RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.037.396 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. DIAS TOFFOLI**

RECTE.(S) : FACEBOOK SERVICOS ONLINE DO BRASIL LTDA.

ADV.(A/S) : CELSO DE FARIA MONTEIRO

ADV.(A/S) : PATRÍCIA HELENA MARTA MARTINS

ADV.(A/S) : ISABELA BRAGA POMPILIO

RECDO.(A/S) : LOURDES PAVIOTO CORREA

ADV.(A/S) : BRUNO HENRIQUE TREVIZAN FORTI

AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE POLÍTICA E DIREITO DO
CONSUMIDOR - BRASILCON

ADV.(A/S) : SIMONE MARIA SILVA MAGALHAES

ADV.(A/S) : AMANDA FLAVIO DE OLIVEIRA

AM. CURIAE. : GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA

ADV.(A/S) : ANDRÉ ZANATTA FERNANDES DE CASTRO

ADV.(A/S) : FELIPE DE MELO FONTE

ADV.(A/S) : THIAGO MAGALHAES PIRES

AM. CURIAE. : INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SAO PAULO -
IASP

ADV.(A/S) : JOSE HORACIO HALFELD REZENDE RIBEIRO

ADV.(A/S) : MARCEL LEONARDI

AM. CURIAE. : IDEC - INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO
CONSUMIDOR

ADV.(A/S) : WALTER JOSE FAIAD DE MOURA

ADV.(A/S) : CHRISTIAN TARIK PRINTES

AM. CURIAE. : TWITTER BRASIL REDE DE INFORMACAO LTDA

ADV.(A/S) : ANDRE ZONARO GIACCHETTA

ADV.(A/S) : GIOVANNA DE ALMEIDA ROTONDARO

ADV.(A/S) : CIRO TORRES FREITAS

AM. CURIAE. : CONFEDERAÇÃO ISRAELITA DO BRASIL - CONIB

ADV.(A/S) : FERNANDO KASINSKI LOTTENBERG

ADV.(A/S) : RONY VAINZOF

ADV.(A/S) : MAURICIO ANTONIO TAMER

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JORNALISMO
INVESTIGATIVO (ABRAJI)

ADV.(A/S) : TAIS BORJA GASPARIAN

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO INTERNETLAB DE PESQUISA EM
DIREITO E TECNOLOGIA (INTERNETLAB)

ADV.(A/S) : THIAGO DIAS OLIVA

AM. CURIAE. : CENTRO DE ENSINO E PESQUISA EM INOVAÇÃO

DA ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA
FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS

ADV.(A/S) : VICTOR DOERING XAVIER DA SILVEIRA
ADV.(A/S) : ALEXANDRE PACHECO DA SILVA
AM. CURIAE. : INSTITUTO DE TECNOLOGIA E SOCIEDADE DO RIO
DE JANEIRO (ITS)

ADV.(A/S) : CELINA BEATRIZ MENDES DE ALMEIDA BOTTINO
ADV.(A/S) : VANESSA VARGAS DOS SANTOS
AM. CURIAE. : MERCADO LIVRE.COM ATIVIDADES DE INTERNET
LTDA

ADV.(A/S) : ANTONIO DE FIGUEIREDO MURTA FILHO
ADV.(A/S) : JOAO MARCOS PAES LEME GEBARA
ADV.(A/S) : FLORENCY REGINA RODRIGUES DE SANTANA
ADV.(A/S) : JULIANA MARCUCCI PONTES AMARAL
ADV.(A/S) : GABRIEL MONNERAT CYRINO DA GAMA E SILVA
AM. CURIAE. : WIKIMEDIA FOUNDATION INC (WIKIMEDIA)
ADV.(A/S) : ANDRE CANUTO MURIEL MENDES DE ALMEIDA
AM. CURIAE. : NÚCLEO DE INFORMAÇÃO E COORDENAÇÃO DO
PONTO BR (NIC.BR)

ADV.(A/S) : LIVIA CALDAS BRITO
ADV.(A/S) : RAQUEL FORTES GATTO
AM. CURIAE. : BYTEDANCE BRASIL TECNOLOGIA LTDA
(BYTEDANCE BRASIL)

ADV.(A/S) : GRACE MARIA FERNANDES MENDONCA
AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CIVIL
(IBDCIVIL)

ADV.(A/S) : JOAO QUINELATO DE QUEIROZ
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMISSORAS DE
RÁDIO E TELEVISÃO (ABERT)

ADV.(A/S) : MATEUS ROCHA TOMAZ
AM. CURIAE. : EDUCAFRO BRASIL - EDUCAÇÃO E CIDADANIA DE
AFRODESCENDENTES E CARENTES

ADV.(A/S) : EMANUELLA RIBEIRO BARTH
AM. CURIAE. : INSTITUTO ALANA

RE 1037396 / SP

ADV.(A/S) : PEDRO AFFONSO DUARTE HARTUNG
ADV.(A/S) : ANA CLÁUDIA CIFALI
AM. CURIAE. : INSTITUTO PARA DESENVOLVIMENTO DO VAREJO
ADV.(A/S) : PEDRO FRANKOVSKY BARROSO
ADV.(A/S) : MAURÍCIO PEREIRA FARO
ADV.(A/S) : ANDRE MACEDO DE OLIVEIRA
ADV.(A/S) : PEDRO SILVEIRA TAVARES
ADV.(A/S) : RAYSA VITAL BRAZIL FREIRE
ADV.(A/S) : SARAH RORIZ DE FREITAS
ADV.(A/S) : JOSÉ HUMBERTO DEVEZA ASSOLA
ADV.(A/S) : MARIA CLARA DE BRITO FERREIRA
ADV.(A/S) : CAMILA DE OLIVEIRA LANOR
AM. CURIAE. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADV.(A/S) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE
SÃO PAULO
AM. CURIAE. : UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DA PROTECAO
DE DADOS PESSOAIS, COMPLIANCE E SEGURANCA
DA INFORMACAO SIGILO
ADV.(A/S) : CARLOS AUGUSTO DE LUCCA BATISTELA
AM. CURIAE. : SLEEPING GIANTS BRASIL
ADV.(A/S) : HUMBERTO SANTANA RIBEIRO FILHO
AM. CURIAE. : SENADO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DO SENADO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES) : GABRIELLE TATITH PEREIRA

VOTO-VOGAL:

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA

1. Excelentíssimo Senhor Presidente, eminentes Ministros relatores, Ministra

Cármen Lúcia, demais pares, acolhendo os relatórios elaborados pelos Ministros Dias Toffoli e Luiz Fux, permito-me apenas rememorar que estamos a apreciar, em julgamento conjunto, os Temas de nº 987 e 533 do catálogo da Repercussão Geral. Para melhor delimitação da controvérsia, passo a transcrevê-los:

Tema 987: *“Discussão sobre a constitucionalidade do art. 19 da Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) que determina a necessidade de prévia e específica ordem judicial de exclusão de conteúdo 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”.*

Tema 533: *“dever de empresa hospedeira de sítio na internet fiscalizar o conteúdo publicado e de retirá-lo do ar quando considerado ofensivo, sem intervenção do Judiciário”.*

2. Por já terem sido objeto de exauriente exposição anterior, permito-me deixar de detalhar as nuances das causas-piloto atualmente indicadas em relação a cada um dos temas e passo desde logo à análise das questões em discussão. Começo abordando as premissas que reputo aplicáveis à adequada resolução da controvérsia.

Considerações Iniciais

3. Certamente, há possibilidade de utilização inadequada de novas tecnologias – como, de fato, há em relação a qualquer instrumento que venha a ser utilizado pelo ser humano. Isso não significa, contudo, que se trate de uma ferramenta que seja, em si, prejudicial ao regime democrático de governo, ou a qualquer dos demais valores fundamentais da nossa sociedade. Bem ao contrário, em essência, as plataformas foram inicialmente consideradas viabilizadoras da chamada *“democracia digital”*¹, precisamente por propiciar uma maior abertura e participação de todos nos

¹ BATAGLIA, Murilo Borsio; FARRANHA, Ana Claudia. *Desafios da democracia digital na realidade brasileira: o acesso à esfera pública online*. Revista de Estudos Jurídicos UNESP, Franca, ano 21, n. 33, p. 287-308. jan/jun. 2017.

assuntos de interesse comum.

4. Compartilhando da mesma visão, Andreas Jungherr e Ralph Schroeder² nos recordam dessa ausência de uma inclinação inata ou congênita das plataformas digitais, que se assemelham a uma caixa de ressonância, a amplificar os ruídos já existentes na sociedade, do que propriamente uma criadora de distúrbios que já não estivessem presentes na sociedade³:

“[...] a tecnologia digital começou a revelar publicamente atitudes, opiniões e preferências políticas que permaneceram ocultos, a menos que encontrassem representação por representantes e organizações políticas estabelecidas - partidos, movimentos ou grupos de interesses. Na mesma linha, a tecnologia digital proporcionou oportunidades para que as pessoas que tinham essas opiniões encontrassem umas às outras, distribuíssem informações, coordenassem e organizassem sua tentativa de mudança do *status quo* (Gurri, 2018; Jungherr et al., 2019b). **Isto ampliou a pluralidade de opiniões e alternativas políticas disponíveis, bem como a oferta de recursos políticos e organizações que os representam no discurso público, além de potencialmente traduzi-los em políticas.**” (grifos acrescentados)

5. Nesse sentido, ainda que se possa problematizar a pecha desabonadora que se costumou imputar às plataformas digitais, havendo intenso debate acadêmico nos mais variados campos das ciências sociais quanto a maior proeminência dos seus aspectos positivos ou negativos, o fato indubitável é que se está diante de um novo

² Jungherr, A., & Schroeder, R. *Disinformation and the structural transformations of the public arena: Addressing the actual challenges to democracy*. *Social Media + Society*, 7(1), 2021

³ Tradução livre do seguinte excerto: “[...] digital technology has started to publicly reveal political attitudes, opinions, and preferences that had remained hidden unless they found representation by established political organizations —parties, movements, or interest groups. Along the same lines, digital technology has provided opportunities for people holding these opinions to find each other, distribute information, coordinate, and organize their challenge to the status quo (Gurri, 2018; Jungherr et al., 2019b). This has extended the plurality of opinions and available political alternatives as well as the supply of political organizations representing them in public discourse and potentially translate them into policy. Protest movements have emerged —such as #BlackLivesMatter, #metoo, or #FridaysForFuture—and so have xenophobic and anti-liberal or anti-democratic candidates and parties all over the world.” (Jungherr, A., & Schroeder, R. *Disinformation and the structural transformations of the public arena: Addressing the actual challenges to democracy*. *Social Media + Society*, 7(1), 2021).

ecossistema de comunicação social.

Panorama do direito comparado | Marcos regulatórios de outras jurisdições

6. Essa refundação da “*esfera pública*” por meio das novas tecnologias inaugura cenário de acentuado desafio para os legisladores, reguladores e operadores do Direito, na medida em que a “*dogmática da Primeira Emenda da Constituição Federal dos Estados Unidos*”⁴ – verdadeiro paradigma jurídico-normativo da liberdade de expressão não apenas naqueles país, mas em todos os ordenamentos jurídicos ocidentais – foi forjada em realidade de tecnologias de mídia social **substancialmente diversas**. E, sendo o direito fenômeno necessariamente impactado pelas transformações da realidade sobre a qual busca incidir, uma alteração da ordem de grandeza como a que ora se experimenta enseja a necessidade de promover adaptações de igual envergadura na arquitetura dogmático-jurídica atinente à liberdade de manifestar pensamentos e opiniões.

7. Como bem observa Ricardo Campos, a lógica normativa sobre a qual se alicerça a Primeira Emenda enfoca duas categorias centrais, nas quais se afiguram plenamente enquadráveis os “*corretores de informações da época*”: o **distribuidor** (“*distributor*”) e o **editor** (“*Publisher*”). Ambas as categorias se inserem na “*dimensão organizacional da disseminação da informação*” – e não na “*dimensão individual do exercício do direito fundamental à liberdade de expressão no tipo ideal de autor e orador*”.⁵

8. O ponto é relevante porque indica que o sistema de responsabilidades em razão do discurso erigido pela Primeira Emenda não mirava diretamente o emissor do discurso, mas a organização que promovera a sua divulgação, seja na posição de *distribuidor*, seja na posição de *editor*. Igualmente relevante é acentuar a **característica essencial a ambas as categorias** e que figura como verdadeira **condição sine qua non**

⁴ CAMPOS, Ricardo. VESTING, Thomas. *Curadoria de Conteúdo: regulação de mídias para o século XXI*. In: CAMPOS, Ricardo (org.). *O futuro da regulação de plataformas digitais: Digital Service Act (DSA), Digital Markets Act (DMA) e seus impactos no Brasil*. São Paulo: Ed. Contracorrente, 2023.

⁵ *Ob. cit.*

para construção dessa matriz de responsabilização: *tanto ao distribuir quanto ao editor seria razoável imputar uma **presunção de conhecimento** acerca do conteúdo por eles veiculado.*

9. Tanto assim, que em razão dessa “*forma de construir a responsabilidade em torno de formas de atribuição de conhecimento*”, promoveu-se a **gradação** entre as duas figuras, precisamente em razão **(i)** do maior nível de conhecimento e controle acerca do conteúdo veiculado, no caso do *editor*; e **(ii)** do nível mais baixo de ingerência em relação ao teor do que publicado, no caso do *distribuidor*.

10. Toda a jurisprudência em torno da Primeira Emenda foi construída a partir dessa dogmática, centrada nessas duas figuras, e em torno da premissa do conhecimento prévio que presumidamente possuiriam em relação ao teor das publicações veiculadas. Bem por isso, **nos casos concretos em que editores ou distribuidores lograram êxito em demonstrar que não seria razoável pressupor a aplicação da referida premissa – de que teriam conhecimento prévio do conteúdo da publicação – a sua responsabilização fora afastada.**

11. Ocorre que, a partir do surgimento das novas tecnologias, as mídias sociais perderam a centralidade e linearidade na produção e divulgação do conteúdo. Em seu lugar, as denominadas mídias digitais assumiram uma estrutura de produção e divulgação descentralizada (“*rizomática*”⁶), marcada pela quebra da separação estanque entre as figuras do *produtor* e do *expectador* da mídia produzida. Todo usuário de rede social pode ser ao mesmo tempo produtor e consumidor de conteúdo. Ou seja, na nova estrutura “[o] conteúdo passou a ser gerado de forma espontânea e direta pelos próprios usuários, sem nenhum filtro editorial ou outro *profissional*”. Nessa nova lógica organizacional, inerente às plataformas digitais, “as categorias centrais desenvolvidas sob a Primeira Emenda, que se concentram na mídia de massa tradicional, onde o fator determinante para a atribuição de responsabilidade recai sobre

⁶ HAN. Byung-Chul. *Infocracia: digitalização e a crise da democracia*. Petrópolis/RJ: Vozes, 2022.

o controle editorial” perdem a sua conexão com a realidade.

12. Trata-se de cenário verdadeiramente desafiador, na medida que impõe aos responsáveis pela **elaboração** das leis a árdua tarefa de buscar mecanismos de atualização e preservação do sistema de liberdades e garantias fundamentais que gira em torno da “*liberdade das liberdades*”⁷, como muitas vezes é compreendida a liberdade de expressão.

13. Nessa conjuntura, é preciso tomar cuidado redobrado com a inibição, por meio da excessiva intervenção sobre o indivíduo – *seja por meio direto do Estado, seja por meio de organizações particulares* –, da sua livre manifestação em arenas digitais. Atento a essa preocupação, os Estados Unidos conceberam na **Seção 230 do Communications Decency Act [CDA]**, que a doutrina cunhou como “*Super Primeira Emenda*”⁸.

14. Interessante observar que a opção norte americana de conferir ainda maior proteção à liberdade das comunicações realizadas nos novos espaços virtuais é comumente apontada como fator determinante para o desenvolvimento das novas tecnologias hoje largamente empregadas em escala global para melhoria da qualidade de vida das pessoas. Citando Jeff Kosseff, o professor Ricardo Campos aponta que essa nova gramática normativa foi vista como “*incubadora, permitindo que desenvolvessem modelos de negócios baseados no conteúdo do usuário sem medo de ações judiciais e regulamentação*”⁹.

15. No mesmo sentido, recorda-se a manifestação ofertada aos autos pela Associação Dínamo e pela Associação Brasileira de Startups, na qualidade de *amici curiae*.

⁷ Recorda-se, no ponto, do discurso de Ulisses Guimarães, proferidas na VI Convenção Nacional do MDB, em 21/09/1973: “a liberdade de expressão [...] é apanágio da condição humana e socorre as demais liberdades ameaçadas, feridas ou banidas”.

⁸ KOSSEFF, Jeff. *Twenty-Six Words That Created the Internet*. New York: Cornell University Press, 2019, p. 239.

⁹ CAMPOS, Ricardo. VESTING, Thomas. *Curadoria de Conteúdo: regulação de mídias para o século XXI*. In: CAMPOS, Ricardo (org.). *O futuro da regulação de plataformas digitais: Digital Service Act (DSA), Digital Markets Act (DMA) e seus impactos no Brasil*. São Paulo: Ed. Contracorrente, 2023.

Ambas as entidades apontam para o retrocesso ao desenvolvimento tecnológico caso se declare inconstitucionalidade do art. 19 do Marco Civil da Internet no Brasil (e-doc. 114)¹⁰. Na mesma direção apontam George Salomão Leite e Ronaldo Lemos, para quem o Marco Civil “engrossa o arcabouço jurídico que impulsiona a produção da inovação e da pesquisa, ao lado da própria Constituição Federal, da Lei de Direitos Autorais e da Lei de Propriedade Industrial, reconhecendo o papel da rede no desenvolvimento de novas tecnologias.”¹¹

16. Fato é que, independentemente de tal aspecto positivo, **diante da constatada impossibilidade de simples aplicação da matriz dogmático-normativa inerente à Primeira Emenda, forjada sob a realidade tecnológica e social de outrora, ao verificar a ausência de algo semelhante ao “conselho editorial” das mídias tradicionais, os Estados Unidos optaram por estimular a autorregulação.** Essa foi a “forma que a legislação encontrou para superar o problema da equivalência da forma de responsabilidade dos novos serviços digitais com a forma de produção de conteúdo dos meios de comunicação da velha comunicação de massa”¹².

17. O ponto é bem desenvolvido por Ricardo Campos e Thomas Vesting¹³:

“A extensa imunidade a novos serviços digitais ou como Jeff Kosseff formula a “Super Primeira Emenda”, não significou um vácuo legal para os novos serviços digitais. Pelo contrário, como os dois senadores americanos Chris Cox e Ron Wyden enfatizaram, **a seção 230 do CDA visa justamente incentivar a moderação privada de conteúdo pelas próprias empresas de serviços digitais.**

A questão de promover a dimensão da auto-organização expressa na

¹⁰ Isso porque, a revogação do crivo jurisdicional para retirada de conteúdo na internet transferiria esta mesma prerrogativa a atores privados. Diante do risco da responsabilização, a lógica do negócio levaria a um excesso de cautela que poderia ampliar as supressões autônomas indevidas. Além disso, os custos operacionais envolvidos na instalação do novo modelo favoreceriam as “big techs” reduzindo, com isso, a concorrência e a liberdade de iniciativa.

¹¹ LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo. *Marco civil da internet*. Editora Atlas SA, 2000, p. 293.

¹² CAMPOS, Ricardo. VESTING, Thomas. *Ob. cit.*

¹³ CAMPOS, Ricardo. VESTING, Thomas. *Ob. cit.*

curadoria de conteúdo dos novos serviços digitais foi a forma que a legislação encontrou para superar o problema da equivalência da forma de responsabilidade dos novos serviços digitais com a forma de produção de conteúdo dos meios de comunicação de a velha comunicação de massa. **O caso *Zeran v. Am. On-line* (1997) solidificou a interpretação dos novos termos de responsabilidade dos intermediários sob a Seção 230 do CDA, argumentando que mesmo casos anteriores à Seção 230 do CDA, como *Stratton Oakmont Inc v. Prodigy Services Co.* (1995) teve como consequência o enfraquecimento da auto-organização ao lidar com uma nova dinâmica comunicacional que não correspondia mais à dos velhos meios de comunicação.**

Certamente, a ascensão da nova indústria de conteúdo de terceiros baseada no Vale do Silício não pode ser atribuída a um único fator. No entanto, nutrir um espaço criativo e inovador para explorar novas possibilidades além das experiências estabelecidas da sociedade de organizações, provavelmente teve um efeito no sucesso do Vale do Silício. **A Seção 230 do CDA contribuiu para um momento de auto-organização da sociedade, em vez de uma "ordem positiva" com o Estado como legislador *ex-ante* e um tribunal constitucional como órgão supremo de supervisão.** Como Jack Balkin aponta com razão, as primeiras versões de Facebook e Google provavelmente não sobreviveriam aos processos, se tivessem sido tratados como editores do conteúdo que aparece em seus sites. A Seção 230 do CDA é conhecida como "*estatuto excepcionalista*" porque ele trata a internet de maneira diferente das outras mídias. Rebecca Tushnet argumenta que **antes do CDA não havia o direito constitucional de operar, por exemplo, um mecanismo de busca isento de responsabilidade pelo conteúdo indexado,** e que para tais serviços, o parâmetro para estabelecer a responsabilidade teria sido *New York Times Co. v. Sullivan* (1964). Em outras palavras, **a diferenciação do tratamento dos diferentes meios de comunicação e suas correspondentes formas de regulação é uma das conquistas da seção 230 do CDA, que levou a Internet a ser tratada de forma diferenciada do rádio, da televisão e da imprensa, em torno dos quais as categorias dogmáticas centrais da jurisprudência**

da Primeira Emenda à Constituição Federal dos EUA giravam até então.”

18. No âmbito da **União Europeia**, em princípio, foi adotada a **Diretiva de Comércio Eletrônico 2000/31/CE**, que buscou disciplinar “*certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno*”. Como aponta Pierpaolo Fratangelo¹⁴, o documento é parte de uma estratégia para garantir que a UE tivesse os meios e ferramentas para competir em um mundo mais dinâmico e complicado.

19. Do referido normativo, restam relevantes até hoje os artigos 12 a 15, os quais preveem as regras de responsabilidade para os prestadores de serviços online. A norma tem como base a diferenciação conceitual que classifica os provedores de conexão e aplicações de internet em três principais tipos: **(i)** aqueles que seriam considerados “*meros condutores*” do conteúdo gerado por terceiro; **(ii)** aqueles que realizam a retenção temporária de dados (*caching*) para tornar mais eficiente a transmissão subsequente dos dados armazenados; e **(iii)** aqueles que fornecessem serviços de “*hospedagem*” (*hosting*), tais como marketplaces, redes sociais e plataformas de vídeo.

20. No que concerne ao regime de responsabilidade de cada um, o normativo estabeleceu o seguinte: **(i)** os “*meros condutores*” seriam isentos de qualquer responsabilidade, excetuada a situação na qual tais provedores [a] iniciem a transmissão, [b] selecionem ativamente o destinatário da transmissão ou [c] alterem as informações contidas na transmissão (art. 12); **(ii)** aqueles que realizam serviço de *caching* seriam isentos de responsabilidade desde que [a] as informações fossem transmitidas sem modificações; [b] as condições de acesso não fossem alteradas e [c] as informações ilegais fossem removidas ou o acesso a elas fosse desabilitado assim que se tornassem ilegais ou fossem removidas na origem (art. 13). Por fim, **(iii)** os provedores considerados como *hosting* não seriam responsáveis pelo conteúdo armazenado a pedido dos usuários, desde que [a] não tenham conhecimento prévio

¹⁴ PIERPAOLO, Fratangelo. *The E-Commerce Directive: first evaluations*. Munich Personal RePEc Archive n. 2 5543, 2001.

da ilegalidade do conteúdo e [b] ao tomar conhecimento, atuem prontamente para remover ou bloquear o acesso ao conteúdo (art. 14).

21. Ou seja, buscou-se tratar de forma distinta os diferentes serviços prestados no âmbito digital, tendo como principal referencial o **nível de controle exercido sobre o conteúdo**.

22. Nesse modelo regulatório, de acordo com Piot Tereszkiwicz¹⁵, o risco de responsabilização dos provedores seria considerado moderado. Essa posição é corroborada pelo **art. 15** do referido normativo, que **proíbe que os Estados-Membros imponham aos prestadores uma obrigação geral de vigilância sobre as informações transmitidas ou armazenadas, ou uma obrigação geral de vasculhar fatos ou circunstâncias ilícitas**.

23. Em 2017, a **Alemanha** assumiu protagonismo no movimento de atualização do marco regulatório europeu ao editar o **Network Enforcement Act – Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG)**. O normativo é considerado o primeiro a adotar **postura mais rigorosa em relação à responsabilidade dos provedores** de serviços online. Ao analisar o seu teor Rony Vainzof¹⁶ elenca os seguintes aspectos como mais relevantes: **(i)** “[n]ão se aplica a todas as plataformas (como redes sociais com menos de 2 milhões de usuários na Alemanha)”; **(ii)** “[h]á um rol taxativo do conteúdo considerado manifestamente ilegal, que deve ser removido em 24h após notificação. São ilícitos tipificados penalmente, como crime de racismo”; **(iii)** “[o]utros conteúdos ilegais, mas não manifestamente ilegais, devem ser removidos em até 7 dias após notificação”; **(iv)**; “[p]ode haver dilação desses 7 dias no caso de dúvidas da plataforma sobre a ilegalidade do conteúdo, podendo, por exemplo: a) abrir o contraditório; ou b) submeter a dúvida a um órgão de autorregulação regulada”; **(v)** “[a]s plataformas devem preparar um relatório periódico sobre

¹⁵ TERESZKIEWICZ, Piotr. *Digital Platforms: Regulation and Liability in the EU Law*. European Review of 8 Private Law n. 6, 2018, pp. 903-920

¹⁶ VAINZOF, Rony. *Desinformação, autorregulação regulada e responsabilidade das plataformas: Quem deve atuar na linha de frente contra a desinformação, o Judiciário ou as plataformas?* JOTA, 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/artigos/desinformacao-autorregulacao-regulada-e-responsabilidade-das-plataformas>

o tratamento dos pedidos, que servem para que a sociedade e as autoridades avaliem a precisão da interpretação das decisões administrativas”; (vi) “[o] órgão de autorregulação regulada deve ser chancelado pelo MJ alemão, que avaliará a sua independência e a experiência dos examinadores”.

24. Mais recentemente, seguindo direção semelhante, a **União Europeia** aprovou o **Digital Services Act (DSA)** e o **Digital Markets Act (DMA)**. Esse último concentra-se na relação concorrencial entre intermediários online, ao passo em que a Lei de Serviços Digitais, o DAS, enfoca a proteção do consumidor, estabelecendo uma série de requisitos para os intermediários online visando a proteção dos direitos fundamentais dos usuários.

25. Enfocando mais especificamente a Lei de Serviços Digitais (DSA), verifica-se que a norma assimilou vários dos instrumentos previstos pelo legislador alemão, tais como (i) requisitos que asseguram maior transparência; (ii) necessidade de elaboração de relatórios; (iii) adoção de postura cooperativa com as autoridades públicas; (iv) além de uma série de obrigações procedimentais aplicáveis à moderação de conteúdo. Em síntese: estruturou-se um sistema de supervisão pública, no qual **os Estados-Membros devem observar o cumprimento, pelas plataformas, de regras materiais e procedimentais pautadas no direito da União.**

26. Ao analisar os novos arranjos concebidos a partir do modelo alemão, Ricardo Campos e Thomas Vesting identificam maiores dificuldades em razão da ausência de uma diferenciação mais substancial entre a política regulatória já empregada em face das mídias tradicionais e o marco legal especificamente concebido para as mídias digitais. Em suas palavras¹⁷:

“Uma distribuição apropriada ao desenvolvimento de oportunidades de crescimento e desenvolvimento para diferentes mídias requer aceitação cognitiva da ascensão da Internet à arquitetura de

¹⁷ CAMPOS, Ricardo. VESTING, Thomas. *Ob. cit.*

comunicação central de nosso tempo. Isso é particularmente difícil para as políticas midiáticas alemã e europeia. Porque este desenvolvimento confronta o legislador de mídias com a exigente tarefa de ter de conceber um regime midiático normativo para um novo tipo de ambiente multifuncional de comunicação. Ele deve passar de um modo de regulação industrial para um informacional, e isso significa, acima de tudo, entender e levar em consideração a transformação da organização em rede. O novo Tratado de Mídia Estatal também quer contribuir para isso, mas mesmo as distinções artificiais, que visam cobrir conceitualmente as muitas formas de mídia digital e submetê-las a diferentes requisitos regulatórios, são pouco convincentes. Agora existem plataformas de mídia, incluindo serviços de TV paga, como *Sky Q*, serviços de streaming ou aplicativos que fornecem acesso a conteúdos ou a outras plataformas (§ 2º par. 2 n° 14 MStV). Além disso, o Tratado Estatal das Mídias reconhece interfaces de usuários em Smart-TVs ou bibliotecas de mídias (§ 2º par. 2 n° 15 MStV), bem como os chamados intermediários de mídias, como *Google*, *Youtube*, *Facebook* ou *Twitter* (§ 2º par. 2 n° 16 MStV) e, finalmente, serviços de compartilhamento de vídeo como o *Netflix* ou a *Amazon Prime* (§ 2º par. 2 n° 22 MStV). A prática mostrará se essas distinções fazem sentido e criam mais do que caos interpretativo.”

27. Diante de tais elementos, ao comparar os modelos americano e de origem alemã, os mesmos autores¹⁸ manifestam predileção pela arquitetura estado-unidense. Isso porque:

“Na nova cultura da tecnologia da informação voltada para a inovação, a regulação da mídia deve ser mais voltada para a promoção da dimensão da auto-organização e, assim, aproximar-se da experiência americana. [...] A regulação das mídias para o século XXI só pode, portanto, ser uma regulação a favor da promoção da auto-organização social e das suas forças de criatividade tecnológica, mas não de ordem positiva, tendo

¹⁸ CAMPOS, Ricardo. VESTING, Thomas. *Ob. cit.*

o Estado como legislador *ex-ante* e os tribunais estaduais como autoridades centrais de supervisão.”

28. Do cotejo entre ambos os modelos apresentados, verifica-se que o Marco Civil da Internet, editado há 10 anos atrás, mais se aproximou da abordagem normativa adotada pelos Estados Unidos, havendo considerável semelhança entre a premissa normativa que embasa a **Seção 230 do CDA** norte-americano e os **artigos 18, 19, 20 e 21 da Lei nº 12.965/2014**.

29. A fim de analisar se um dos elementos desta verdadeira ***opção legislativa*** – especificamente o art. 19 do MCI – pode ser considerado inconstitucional, é preciso examinar mais detidamente o valor fundamental que, de modo expresso, o dispositivo em questão busca defender: a liberdade de expressão.

Liberdade de expressão

30. Apesar de se reconhecer **(i)** que as plataformas digitais [*redes sociais*] de fato ostentam a condição de novo *locus* da “*esfera pública*”; **(ii)** que as novas tecnologias realmente ensejam substanciais transformações na forma pela qual se processam atualmente as interações sociais e **(iii)** que, sendo o direito fenômeno contingenciado pela realidade sobre a qual incide, tais transformações impõem que se promova a atualização/adaptação do parâmetro dogmático referente à liberdade fundamental de expressão das próprias opiniões e pensamentos; **(iv) não se deve olvidar ou negligenciar o aspecto central que esse direito fundamental ostenta na própria fundação das sociedades democráticas ocidentais**. De modo que, em última *ratio*, alterações em sua matriz dogmática ensejam, em verdade, alterações na própria compreensão do que se entenda como sociedade *democrática* contemporânea.

31. Vale realçar que a liberdade de expressão possui *posição preferencial* porque:

I. É meio indispensável à defesa das demais liberdades e direitos fundamentais;

II. É condição de possibilidade do Estado de Direito *Democrático*, na medida em que apenas numa sociedade na qual o cidadão seja livre para expressar sua vontade – *sem receio de reprimenda estatal* – se pode falar em *soberania popular* [e sem que sejam garantidas as condições para que o povo seja efetivamente soberano, não há, obviamente, *democracia*]

32. Em semelhante sentido, na doutrina, o professor Gustavo Bininbojm¹⁹ defende que a liberdade de expressão possui duas dimensões: *substantiva* (ou moral) e *democrática* (ou instrumental). Segundo a dimensão *substantiva*, a liberdade de expressão é condição de possibilidade para formação da própria personalidade humana. Sendo a comunicação inerente à própria condição humana²⁰, a garantia de sua realização livre decorreria da própria dignidade dessa mesma condição – *de ser humano*. Por sua vez, a dimensão *democrática* identifica a liberdade de expressão como *meio* para realização de *fins* específicos. Ela seria instrumento para concretização do *pluralismo político*, da *cidadania*, da *participação social*, do *direito à informação*, à *liberdade de imprensa e dos meios de comunicação social*.

33. Em razão deste segundo aspecto, identifica-se uma contradição lógica insuperável em ideias como a de que seria “*necessário restringir a liberdade de expressão para defender o Estado Democrático de Direito*” ou “*a liberdade de expressão não pode ser usada para erodir o Estado Democrático de Direito*”. Ora, como antes recordado, é a partir da defesa intransigente desta específica e irrenunciável liberdade que se forjou o modelo de Estado democrático atual – *não apesar dela, ou contra ela, mas por causa e através dela*. Não há antagonismo, mas antes relação de natureza umbilical entre os conceitos.

34. Quanto ao ponto, recorda-se que foi com base na defesa da liberdade de expressão que a Lei nº 14.197/2021 acrescentou ao Código Penal o **art. 359-T**, para

¹⁹ BINENBOJM, Gustavo. *Meios de Comunicação de Massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa: As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil*. In: Revista da EMERJ, v. 6, nº 23, 2003, p. 364.

²⁰ HARARI, Yuval Noah. *Sapiens: uma breve história da humanidade*. 19ª ed. Porto Alegre/RS: L&PM, 2017.

expressamente ressaltar que **não constitui crime contra o Estado Democrático de Direito** *“a manifestação crítica aos poderes constitucionais nem a atividade jornalística ou a reivindicação de direitos e garantias constitucionais por meio de passeatas, de reuniões, de greves, de aglomerações ou de qualquer outra forma de manifestação”*²¹

35. Para melhor ilustrar o ponto que se busca frisar, valho-me do exemplo doutrinário fornecido por Samuel Fonteles²²:

“[...] sem a pretensão de, neste momento, fornecer uma resposta específica para esses casos práticos – caso se tolere juridicamente que um anônimo *punk* anarquista, simpático às de Mikhail Bakunin, defenda a suposta importância de *abolir o Estado*, qualquer cidadão brasileiro poderá externar essa mesma opinião. Ou ambos não poderão. Impõe-se uma homogeneidade na comunidade do discurso. E se **Louis Michael Seidman, Professor da Universidade de Georgetown (USA)**, escreve uma obra sobre *a desobediência constitucional, inclusive sustentando ser irracional guiar-se por uma constituição*, das duas uma: ou bem não poderá o jurista palestrar nas universidades brasileiras, porquanto a ninguém seria dado proferir um discurso que incite o desprezo pela Constituição, ou qualquer um também poderá fazê-lo - independentemente das suas credenciais acadêmicas, sob pena de reconhecer a voz e a vez somente a uma casta elitista de privilegiados. Somos todos iguais em consideração e respeito, razão pela qual a regra é a mesma envergadura no que concerne à liberdade de expressão.”

36. Não se olvida a celeuma em torno do denominado *“paradoxo da tolerância”*²³. Todavia, em razão da natureza da relação acima esquadrihada entre

²¹ Eis, na íntegra, o teor do referido dispositivo: “Art. 359-T. Não constitui crime previsto neste Título a manifestação crítica aos poderes constitucionais nem a atividade jornalística ou a reivindicação de direitos e garantias constitucionais por meio de passeatas, de reuniões, de greves, de aglomerações ou de qualquer outra forma de manifestação política com propósitos sociais.”.

²² FONTELES, Samuel Sales. *Direitos Fundamentais*. 6ª ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2024. p. 133.

²³ POPPER, Karl Raimund. *A sociedade aberta e seus inimigos*. vol.1. Trad.: Milton Amado. Belo Horizonte: ed. Itatiaia, São Paulo: ed. da Universidade de São Paulo, 1974.

os conceitos da *liberdade de expressão* e do *Estado Democrático de Direito* a ideia representada pelo referido paradoxo deve ser compreendida a partir da arquitetura institucional própria a esse paradigma de organização estatal. Sobre o tema, são elucidativas as palavras do filósofo e pensador português Desidério Murcho²⁴:

“A tolerância é uma das noções mais difíceis de compreender. Confunde-se geralmente com o relativismo epistémico e esta confusão denuncia incapacidade ou até falta de vontade para aceitar a tolerância. Os pensadores pós-modernistas são responsáveis por contaminar a cultura contemporânea com esta confusão grave, que acaba por tornar impossível a genuína tolerância.

Ser tolerante é aceitar o direito de alguém afirmar o que pensamos firmemente ser falso ou errado ou inaceitável ou ofensivo. Isto é de tal modo difícil de assimilar que os pensadores pós-modernistas se sentem na necessidade de declarar que não há ‘verdades’, mas apenas ‘construções sociais da realidade’. E, por causa disso, todas as diferentes ‘construções’ são igualmente aceitáveis. Pensa-se então que esta atitude é tolerante, quando, ironicamente, torna impossível a tolerância. Pois se ninguém pode realmente estar errado nem dizer coisas falsas nem inaceitáveis, não podemos realmente ser tolerantes: limitamo-nos a aceitar todas as perspectivas que reconhecemos à partida serem tão aceitáveis como as nossas.

Pior: a falsa tolerância abre as portas ao fanatismo, cada vez mais presente na sociedade contemporânea. O fanatismo consiste em usar sistematicamente a noção de ofensa para silenciar os outros. Assiste-se assim à imposição de um discurso falsamente politicamente correcto, proibindo-se seja quem for de dizer seja o que for que possa ser ofensivo seja para quem for. Não se pode dizer que o cristianismo, o islamismo, o budismo ou o judaísmo são basicamente tolices supersticiosas, porque isso é ofensivo. [...]

²⁴ Disponível em: <https://www.publico.pt/2008/01/22/jornal/tolerancia-e-ofensa-246038>. Acessado em 25/11/2024.

A tolerância pressupõe a convicção do erro. Só podemos tolerar o que estamos convictos de que é um erro inaceitável, uma falsidade patente, um absurdo ofensivo. Tolerar é tolerar humanamente. Não é tolerar epistemicamente, no sentido de defender que qualquer afirmação é igualmente justificável epistemicamente. [...] Ser tolerante é defender as pessoas que têm ideias falsas, idiotas ou inaceitáveis e atacar essas ideias; não é atacar as pessoas para evitar o incômodo de provar que as suas ideias são falsas.”

37. Como dito pelo pensador português, a verdadeira tolerância defende as pessoas, ainda que expressem opiniões “falsas, idiotas ou inaceitáveis”. Essa proteção, contudo, não impede que se ataquem essas mesmas ideias, que devem sim, ser combatidas.

38. Bem ao contrário, sob os **paradigmas éticos da publicidade e da transparência**, é precisamente através da exposição de tais pensamentos que se viabiliza a possibilidade de realmente combatê-los, modificando o entendimento daqueles que os sufragam. Trata-se, como dito, de ser intolerante com a ideia, não com quem a veicula.

39. Como recorda Samuel Fonteles, “o *direito à antipatia* está protegido pela Constituição de 1988, mas ele deve se fazer acompanhar do dever fundamental de tolerância”. Ou seja, não se pode obrigar ninguém a ser simpático com ideias que julgar abjetas, estúpidas ou espúrias, mas se deve exigir que haja tolerância para com os demais cidadãos que as defendam. O mesmo autor recorda ainda que está igualmente resguardado o “*direito à incredulidade*”. Pelo didatismo, transcrevo o exemplo apresentado²⁵:

“Outro exemplo é o direito à incredulidade, igualmente protegido pela Constituição. A Justiça Eleitoral brasileira é confiável e digna de

²⁵ FONTELES, Samuel Sales. *Direitos Fundamentais*. 6ª ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2024. p. 147.

orgulho. Se, apesar disso, um cidadão brasileiro vier a desconfiar dela, este é um direito. **No Brasil, é lícito duvidar da existência de Deus, de que o Homem foi à lua e também das instituições.** (...)

[...] **A partir do momento em que um povo é proibido de até mesmo desconfiar - ou é obrigado a acreditar -, instaura-se o ambiente perfeito para subjugá-lo pela sua impotência.** Pois bem. Embora a dúvida incredulidade constitua um direito, é certo que não será tarefa simples tolerar a sua fruição, muito pelo contrário. Se um indivíduo, hoje, brada em uma praça pública a frase "não confio nas eleições", o conteúdo despertará a mais genuína antipatia em todos aqueles que acreditam na lisura do pleito eleitoral."

40. Sob outro enfoque, ainda em razão da dimensão *democrática* acima referida, não se pode olvidar que, mais do que um direito individual, a liberdade de expressão possui uma **dimensão coletiva**, tendo em vista que a sua conservação aproveita não apenas a pessoa individualmente considerada, mas toda a sociedade, que tem – *pelo canal da livre manifestação de ideias e pensamentos* – assegurado o acesso à informação. Nesse sentido, apontam as considerações de autores tão variados como Konrad Hesse, Robert A. Dahl e Jose Afonso da Silva, apenas para citar alguns exemplos:

"(...) Sem a liberdade de manifestação da opinião e liberdade de informação, sem a liberdade dos 'meios de comunicação de massa' modernos, imprensa, rádio e filme, a opinião pública não pode nascer, o desenvolvimento de iniciativas e alternativas pluralistas, assim como 'formação preliminar da vontade política' não são possíveis, publicidade da vida política não pode haver, a oportunidade igual das minorias não está assegurada com eficácia e vida política em um processo livre e aberto não se pode desenvolver. (...)"²⁶

"Cidadãos silenciosos podem ser perfeitos para um governo

²⁶ HESSE, Konrad. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha, p. 305.

autoritário, mas seriam desastrosos para uma democracia”²⁷

“(…) O direito de informar, como aspecto da liberdade de manifestação do pensamento, revela-se um direito individual, mas já contaminado de sentido coletivo, em virtude das transformações dos meios de comunicação, de sorte que a caracterização mais moderna do direito de comunicação, que especialmente se concretiza pelos meios de comunicação social ou de massa, envolve a transmutação do antigo direito de imprensa e de manifestação do pensamento, por esses meios, em direitos de feição coletiva. (…)”²⁸

41. À luz de tais elementos, no que concerne à dicotomia comumente apontada acerca da **abrangência** do direito à liberdade de expressão, entre *(i)* aqueles que defendem uma visão mais próxima à ideia historicamente atribuída à **Voltaire** e *(ii)* aqueles que possuem compreensão mais próxima ao pensamento de **Karl Popper**, pensamos que a relação não é, necessariamente, de real oposição, mas, em verdade, de complementação recíproca. Em reforço a essa perspectiva, recorda-se que **o método de investigação científica baseado na falseabilidade das hipóteses, desenvolvido por Popper, pressupõe a liberdade de pensamento do cientista, notadamente para que possa discordar frontalmente dos parâmetros científicos até então tidos como verdadeiros.**

42. É interessante recordar que a superação da ideia hoje comprovadamente esdrúxula se deu a duras penas, por meio do sacrifício pessoal de Galileu Galilei, precisamente diante da postura intolerante da Igreja Católica em relação ao pensamento contra hegemônico da época. Ou seja, em razão da ausência de liberdade de expressão.

43. Isso não significa, por óbvio, que não possa haver excessos. É claro que

²⁷ DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*, p. 110.

²⁸ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 112.

quando um discurso tiver a **manifesta e indubitável** potencialidade de causar “*perigo claro e iminente*” a terceiros descortina-se a possibilidade de responsabilização do seu emissor (caso *Schenck v. United States*, 1919). É preciso atentar, contudo, para o necessário **teste de incitação**, tal como proposto no caso *Brandenburg v. Ohio* (1969).

44. **O que não se pode concordar** – com o máximo respeito e consideração às opiniões em contrário – **é que se generalize a exceção**. Na dúvida, há que prevalecer a posição preferencial deste direito que é ao mesmo tempo *fin in si mesmo* e meio de concretização de todos os demais direitos. Trata-se de liberdade que, segundo célebre lição de John Stuart Mill²⁹ abrange:

“[...] **primeiro, o domínio íntimo da consciência**, exigindo a **liberdade de consciência** no mais compreensivo sentido, liberdade de pensar e de sentir, **liberdade absoluta de opinião e de sentimento sobre quaisquer assuntos práticos ou especulativos, científicos, morais ou teológicos**. [...] Em **segundo** lugar, o princípio requer a **liberdade** de dispor o plano de nossa vida para seguirmos nosso próprio caráter, **de agir como preferirmos**, sujeitos às consequências que possam resultar; sem impedimento da parte de nossos semelhantes, enquanto o que fazemos os prejudica, ainda que considerem a nossa conduta louca, perversa ou errada. Em **terceiro** lugar, **dessa liberdade de cada indivíduo segue-se a liberdade, dentro dos mesmos limites de associação entre os indivíduos, liberdade de se unirem para qualquer propósito que não envolva dano**, suposto que as pessoas associadas sejam emancipadas e não tenham sido constrangidas nem iludidas.” (grifos acrescentados)

45. Nessa linha, cito ainda a jurisprudência da Suprema Corte Americana no recente caso *Twitter v. Taamneh* (2023). Abordando especificamente a extensão da responsabilidade das plataformas digitais em relação à propagação de conteúdo que poderia ser classificado como extremista, discurso de ódio etc., a *SCOTUS* decidiu,

²⁹ MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. 2ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1991. p. 37-38.

por unanimidade, que os provedores de aplicações de internet não poderiam ser responsabilizados por não conseguir impedir o grupo terrorista Estado Islâmico de utilizá-las para arregimentar jovens, arrecadar fundos e organizar suas atividades.

46. Por fim, entendo pertinente registrar o posicionamento histórico desta Suprema Corte em relação à matéria. Valho-me para tanto da menção a julgamentos mais recentes, como a **ADI nº 4.815/DF**, oportunidade na qual, a propósito de eventuais manifestações que abusem do direito fundamental à liberdade de expressão, a eminente Relatora, e. Ministra Cármen Lúcia, arrematou que *“[e]rros corrigem-se segundo o direito, não se coartando liberdades conquistadas. A reparação de danos e o direito de resposta devem ser exercidos nos termos da lei”*.

47. Ainda segundo as palavras de Sua Excelência, *“[a] liberdade é constitucionalmente garantida, não se podendo anular por outra norma constitucional (inc. IV do art. 60), menos ainda por norma de hierarquia inferior (lei civil), ainda que sob o argumento de se estar a resguardar e proteger outro direito constitucionalmente assegurado”*.

48. Do paradigmático julgamento da **ADPF nº 130/DF**, Rel. Min. Ayres Britto, j. 30/04/2009, que reconhece expressamente à liberdade de expressão a condição de direito que goza de *“posição preferencial”*, pinço o escólio do eminente Ministro Ayres Britto, quando enfatiza que:

“Com efeito, e a título de outorga de um direito individual que o ritmo de civilização do Brasil impôs como conatural à espécie humana (pois sem ele o indivíduo como que se fragmenta em sua incomparável dignidade e assim deixa de ser o ápice da escala animal para se reduzir a subespécie), a Constituição proclama que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” (inciso IV do art. 5º). Assim também, e de novo como pauta de direitos mais fortemente entroncados com a dignidade da pessoa humana, a nossa Lei Maior estabelece nesse mesmo art. 5º que: a) “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (inciso IX);

(...)

Sem que o receio ou mesmo o temor do abuso seja impeditivo do pleno uso das duas categorias de liberdade, acabamos de falar, porque, para a Constituição, o que não se pode é, por antecipação, amesquinhar os quadrantes da personalidade humana quanto aos seguintes dados de sua própria compostura jurídica: liberdade de manifestação do pensamento e liberdade de expressão em sentido genérico (aqui embutidos a criação e o direito de informar, informar-se e ser informado, como expletivamente consignado pelo art. 37, 1, da Constituição portuguesa de 1976, "versão 1997"). Caso venha a ocorrer o deliberado intento de se transmitir apenas em aparência a informação para, de fato, ridicularizar o próximo, ou, ainda, se objetivamente faz-se real um excesso de linguagem tal que faz o seu autor resvalar para a zona proibida da calúnia, da difamação, ou da injúria, aí o corretivo se fará pela exigência de direito de resposta por parte do ofendido, assim como pela assunção de responsabilidade civil ou penal do ofensor. Esta, e não outra, a lógica primaz da interação em causa.

42. Lógica primaz ou elementar - retome-se a afirmação - porque reveladora da mais natural cronologia das coisas. Não há como garantir a livre manifestação do pensamento, tanto quanto o direito de expressão *lato sensu* (abrangendo, então, por efeito do caput do art. 220 da CF, a criação e a informação), **senão em plenitude. Senão colocando em estado de momentânea paralisia a inviolabilidade de certas categorias de direitos subjetivos fundamentais, como, por exemplo, a intimidade, a vida privada, a imagem e a honra de terceiros.** Tal inviolabilidade, aqui, ainda que referida a outros bens de personalidade (o entrechoque é entre direitos de personalidade), não pode significar mais que o direito de resposta, reparação pecuniária e persecução penal, quando cabíveis; não a traduzir um direito de precedência sobre a multicitada parêntese de *sobredireitos* fundamentais: a manifestação do pensamento e a expressão em sentido geral. Sendo que, no plano civil, o direito à indenização será tanto mais expressivo quanto maior for o peso, o tamanho, o grau da ofensa pessoal. Donde a Constituição mesma falar de direito de resposta "proporcional ao agravo", sem distinguir entre o agravado **agente público** e o agravado

agente privado. Proporcionalidade, essa, que há de se comunicar à reparação pecuniária, naturalmente.

(...)

46. Nessa toada de intelecção constitucional da matéria, **quem quer que seja pode dizer o que quer que seja**, ao menos na linha de partida das coisas, pois a verdade, a beleza, a justiça e a bondade - só para citar os quatro valores por excelência da filosofia grega - podem depender dessa total apriorística liberdade de pensamento e de expressão para poder vir a lume. **O possível conteúdo socialmente útil da obra a compensar eventuais excessos de estilo e da própria verve do autor.** Não é de René Descartes a máxima de que não lhe impressionava o argumento de autoridade, mas, isto sim, a autoridade do argumento? Não é de Voltaire a sentença de que "não concordo com uma só das palavras que dizeis, mas defenderei até à morte o vosso direito de dize-las"? Sobremais, **é no desfrute da total liberdade de manifestação do pensamento e de expressão lato sensu que se pode fazer de qualquer dogma um problema.** Um objeto de reflexão e de intuição, para ver até que ponto o conhecimento tido por assente consubstancia, ou não, um valor em si mesmo. Para se perquirir, como o fizeram Galileu Galilei e Giordano Bruno, se determinado experimento ou uma dada teoria não passam de condicionamentos mentais, ou sociais, que nada têm a ver com as leis da natureza ou com a evolução espiritual da humanidade."

49. Especificamente sobre o exercício da liberdade de expressão no bojo do processo eleitoral, é conhecido por todos a **ADI nº 4.451-MC-Ref/DF**, então Relator, o eminente Ministro Ayres Britto, em que se julgou inconstitucional dispositivo da Lei das Eleições que vedava a divulgação de programas humorísticos, charges, entre outros expedientes voltados à sátira eleitoral.

50. Da própria ementa desse *leading case* extraio que "*é vedado à lei dispor sobre o núcleo duro das atividades jornalísticas, assim entendidas as coordenadas de tempo e de conteúdo da manifestação do pensamento, da informação e da criação lato sensu. Vale dizer:*

não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, pouco importando o Poder estatal de que ela provenha”.

51. Do mesmo modo, retiro que a liberdade de imprensa “*assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero, contundente, sarcástico, irônico ou irreverente, especialmente contra as autoridades e aparelhos de Estado. Respondendo, penal e civilmente, pelos abusos que cometer, e sujeitando-se ao direito de resposta a que se refere a Constituição em seu art. 5º, inciso V”.*

52. Para concluir a ideia dessa *pré-compreensão* que manifesto em relação à centralidade que ocupa a liberdade de expressão no catálogo de direitos fundamentais de nossa Lei Fundamental, permito-me reproduzir a síntese percucientemente elaborada pelo Min. Edson Fachin no voto já proferido na **ADPF nº 403/SE**, que dá visão panorâmica quanto à jurisprudência desta Excelsa Corte, em relação ao tema:

“[...] o direito à liberdade de pensamento e de expressão que conta, no âmbito da jurisprudência desta Corte, com um grau elevado de proteção. São marcos da atuação dessa Corte votos memoráveis como o que assentou a **precedência das liberdades de pensamento e de expressão** (ADPF 130, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 05.11.2009); o que fixou a **primazia prima facie da liberdade de expressão no confronto com outros direitos fundamentais** (ADI 4.815, Rel. Ministra Cármen Lúcia, DJe 29.01.2016); e o que reconheceu que **a democracia não existirá e a livre participação política não florescerá onde a liberdade de expressão for ceifada, pois esta constitui condição essencial ao pluralismo de ideias, que por sua vez é um valor estruturante para o salutar funcionamento do sistema democrático** (ADI 4.451, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 06.03.2019).

Em cada um desses precedentes reconheceu-se não apenas a liberdade de expressar o pensamento, como também a de ter opiniões. No caso da ADPF sobre a lei de imprensa, reconheceu-se que **o direito à informação crítica – em essência a que diverge da versão oficial do Estado**

– **como sendo integrante da própria liberdade de pensamento.** Biografias não autorizadas – as que, não raro, constroem outra narrativa, crítica, da vida das pessoas – integram a liberdade de opinião. O humor e a crítica social, ainda quando dirigidos a candidatos em período eleitoral, não podem ser restringidos, antes, legitimam a própria democracia.

É extensa, pois, a jurisprudência desta Corte e a direção que deflui de suas razões é inequívoca: o ordenamento constitucional outorga grande força à liberdade de pensamento e de expressão.”

53. Seja como for, **o que não se pode perder de vista é que a liberdade de expressão vem em socorro, essencialmente, do discurso contrário, da fala áspera, do comentário crítico, por vezes antiético, imoral, e até mesmo não verdadeiro.** Do contrário, ela seria inútil, absolutamente desnecessária.

54. Em arremate, recordam-se as palavras do Justice Oliver Wendell **Holmes** no caso *United States v. Schwimmer* (1929):

“Se existe algum princípio da Constituição que imperativamente requer mais apego do que qualquer outro, é o princípio da liberdade de expressão - não a liberdade de expressão para aqueles que concordam conosco, mas a liberdade para as ideias que odiamos.” (grifos acrescidos)

***Fake News* como sintoma de um quadro de transformações sociais**

55. Fenômenos como a proliferação em massa de notícias falsas [*“fake news”*] não são exatamente novos.

56. Nesse sentido, remeto-me às provocativas ponderações do cientista político Fernando Schüller, ao comparar o momento atual, de expansão da internet e das mídias digitais, com o surgimento da imprensa, a partir da invenção de Gutenberg:

“*“Reprimir notícias falsas, rumores sediciosos, identificar seus autores!”*, dizia uma proclamação do rei Henrique VII, da Inglaterra, em 1487. Soa familiar? Pois é. Quando observo o pânico atual, em torno da *‘desinformação’*, de todos os incríveis riscos rondando os *‘discursos de ódio’* e *‘desestabilizadores’*, me lembro de quanto estamos ficando velhos. No século seguinte, a Inglaterra criou um sofisticado sistema de censura aos livros, inclusive terceirizando o trabalho à guilda de editores e impressores. O pânico vinha da prensa, daquela invenção diabólica de Gutenberg, que infestou a Europa de livros e incendiou a cabeça das pessoas. Daí a necessidade de mandar proibir *‘certos livros e tratados heréticos, impressos diariamente por pessoas escandalosas, maliciosas, cismáticas’*. Na prática, dar conta da *‘desordem informacional’*, 500 anos atrás.” [...]

(...)

“É evidente que a internet e as redes produziram um estrago muito particular em nossa cultura. **É assim, cá entre nós, a cada nova revolução tecnológica no mundo da informação.** A cada ciclo, o pânico. O reconhecimento de que há ganhos evidentes, mas a sensação de que o mundo saiu do controle. Foi assim com a televisão, a *‘cultura de massas’*, a *‘civilização do espetáculo’* e sua frivolidade, tão bem descrita no livro melancólico de Vargas Llosa. E imagino que isso deve ter sido ainda pior em algum momento do século XVI, quando a guerra de religião literalmente tomou conta da Europa. [...] **A obsessão de nossa época não é a censura dos livros. É o controle das redes.** O desejo prosaico de livrar o mundo da infecção das big techs e seus algoritmos *‘sediciosos’*.”³⁰ (grifos acrescentados)

57. Além de não configurar, em essência, *“nada novo debaixo do sol”*³¹, Andreas Jungherr e Ralph Schroeder chamam a atenção ainda para a necessidade de melhor aquilatar o **papel** efetivamente despenhando por esse fenômeno – das *“fake News”* – nesse apontado processo de transformações estruturais por que passa a nova *“esfera*

³⁰ SCHÜLER, Fernando. *As lições da história*. Publicado na Revista VEJA, em 13/12/2024, edição nº 2923.

³¹ Ao contrário do que aponta, em âmbito doutrinário, o Ministro Luís Roberto Barroso em relação ao surgimento da inteligência artificial (BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Inteligência artificial: promessas, riscos e regulação. Algo de novo debaixo do sol*. Revista Direito e Práxis, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2024)

pública”.

58. Isso porque, diversamente do que aponta o senso comum, para os referidos autores, o fenômeno da *desinformação*³² não é “um fator de divisões sociais ou políticas. Em vez disso, é uma expressão deles”³³. Portanto, as notícias falsas não teriam **papel** verdadeiramente *transformador* da esfera pública. **Em vez disso**, seriam responsáveis apenas por **amplificar** os pensamentos e compreensões de desconfiança e baixa credibilidade em relação às instituições públicas em geral, que já estariam latentes na maioria das sociedades ocidentais contemporâneas.

59. Para justificar a referida natureza – *que identifica as notícias falsas não como causa, ou fator de transformação da esfera pública, mas como consequência, ou expressão, dessas transformações* – os autores apontam três características inerentes às fake News, fazendo referência a estudos empíricos que lhes dão embasamento. São elas: **(i)** ao contrário do que aponta o senso comum, os levantamentos já realizados na tentativa de calcular a abrangência que as notícias teriam no público em geral demonstram que esse alcance é limitado e circunscrito a determinado público³⁴; **(ii)** as pesquisas

³² Terminologia que segundo Andreas Jungherr e Ralph Schroeder serviria como “guarda-chuva” que engloba variadas espécies, como as “fake News” [compreendida como a contestação pública de fatos, contraditando afirmações de outrem], a “misinformation” [informação inadequada], a “dissinformation” [informação sabidamente errada]; e a “network propaganda” [buscando conferir uma impressão errada sobre determinado fato], dentre outras (Jungherr, A., & Schroeder, R. *Disinformation and the structural transformations of the public arena: Addressing the actual challenges to democracy*. Social Media + Society, 7(1), 2021).

³³ Jungherr, A., & Schroeder, R. *Disinformation and the structural transformations of the public arena: Addressing the actual challenges to democracy*. Social Media + Society, 7(1), 2021)

³⁴ Sobre o impacto de notícias falsas relacionadas à COVID-19, citando a pesquisa de Lazer et al. (2020), os autores afirmam que apenas 1,1% a 1,8% das URLs compartilhadas em tweets publicados por contas correspondentes a eleitores registrados nos EUA apontavam para domínios conhecidos por publicarem desinformação. Em âmbito global, a pesquisa comparativa internacional realizada por Roozenbeek et al. (2020) aponta que a crença em declarações falsas conhecidas sobre o vírus, as suas origens e contramedidas só era partilhada pelas minorias em cada país. Esses dados corroborariam a perspectiva de que mesmo durante uma crise de saúde pública em curso, com informações em constante evolução, a propagação da desinformação nos meios de comunicação digitais e a crença em falsidades conhecidas parecem ser limitadas. No original: “For one, Lazer et al. (2020) identified that between 1.1% and 1.8% of URLs shared in tweets posted by accounts matched to registered US voters pointed to domains known for posting disinformation. More generally, Roozenbeek et al. (2020) showed in an international comparative survey that belief in known false statements about the virus, its origins, and countermeasures were only shared by minorities in each country. This shows that even during an ongoing public health crisis with continuously evolving information, the spread of disinformation on digital media and the belief in known falsehoods appears to be limited”.

empíricas realizadas igualmente demonstram que as notícias falsas não conseguiriam alterar a opinião do indivíduo sobre determinado assunto³⁵ [ou seja, progressistas não passariam a ser conservadores, capitalistas não se tornariam comunistas etc.]; e, finalmente, (iii) como reação ao fenômeno, observou-se um comportamento comunitário assemelhado a uma espécie de “vigilância social” (“social correction”)³⁶, consistindo na checagem de fatos pelos próprios usuários que façam parte do espectro político-ideológico contrário.

60. Tais características afastariam a ideia de que os usuários das plataformas digitais seriam *“vítimas indefesas”* das manipulações promovidas pelos algoritmos desses provedores de conexão e aplicativos de internet. A rigor, os achados da miríade de pesquisas empíricas citadas pelos autores apontam em outra direção: se é bem verdade que as plataformas buscam mapear nossas preferências para potencializar o engajamento nas redes por meio do monitoramento e direcionamento algorítmicos, é preciso atentar para o fato de que, na realidade, elas o fazem a partir da identificação de predileções e predisposições que já trazemos conosco. **Não se trata de incutir novos pensamentos, crenças e opiniões, ou de alterar aquelas já existentes.** Antes, opera-se com a **identificação** e o **reforço** das compreensões que cada qual já carrega.

61. Com base em tal premissa, “[c]ombater a desinformação principalmente de uma perspectiva de qualidade da informação [...] assemelha-se ao médico que apenas trata os

³⁵ Nesse ponto, faz-se referência à pesquisa realizada por *Guess et al., 2019; Kim & Kim, 2019; Mercier, 2020 e Grinberg et al., 2019*, acerca da influência incerta que a veiculação de notícias falsas teria tido nas eleições americanas de 2016, considerando o perfil comumente associado ao eleitor mais alinhado ao candidato eleito, composto por homens mais velhos, que já possuíam forte interesse político. No original: “[...] it is far from clear that disinformation convinces people of political positions they did not hold before (Guess et al., 2019; Kim & Kim, 2019; Mercier, 2020). For example, studies in the United States have shown that users exposed to disinformation favoring the right were predominantly Republican partisans, tended to be older, and were generally strongly interested in politics (Grinberg et al., 2019; Guess et al., 2019). This is an audience for which persuasive effects of disinformation are unlikely. Given that these findings pertain to the Presidential election campaign of 2016, we can safely assume the role of disinformation in the election of Donald Trump to be minimal.

³⁶ No original: “[...] various studies show that users engage in “social correction” in online environments like Twitter or WhatsApp; that is, pointing out to others when they had shared misinformation (Micallef et al., 2020; Rossini et al., 2020).”

*sintomas de um paciente sem atentar para a causa da doença*³⁷.

62. Ou seja, tal como ocorre em relação às enfermidades de saúde, **não é simplesmente coibindo as fake News (sintoma) que se alcançará a resolução de um problema estrutural** da sociedade do nosso tempo, **de ordem muito mais complexa**. Em uma contemporaneidade marcada pelas ideias de *liquidez, relativismos* e transformações aceleradas e disruptivas é natural que se agudizem questionamentos que sempre inquietaram o espírito humano, angustiado pela incerteza e ausência de resposta definitiva acerca, por exemplo, do que é a *verdade*.

63. É preciso atacar as raízes a partir das quais vicejam os problemas realmente estruturais, por meio dos quais se cultivam as condições do terreno fértil à proliferação e disseminação de informações falsas: a *crise das instituições* em geral.

64. Ao abordar o ponto, os mesmos autores acima referidos acertadamente observam que predomina o enfoque nos aspectos prejudiciais da reconfiguração da forma de acesso à esfera pública, não mais adstrita e condicionada pelos veículos de mídia social tradicionais. Trata-se do esvaziamento dos poderes que tais veículos possuíam enquanto “*guardião do portão*” (“*Gatekeeper*”). Contudo, é preciso também ter cuidado para que essas preocupações legítimas não “*ofusquem os benefícios reais do maior acesso a arenas públicas*”. Prossequindo no raciocínio, enfatiza-se que:

“O foco atual entre a mídia, os políticos, e acadêmicos sobre o uso indevido do aumento do acesso à arena pública gera o risco de perder de vista o enriquecimento vital que as fontes alternativas de informação permitiram através da ampliação do acesso à arena pública. Houve esperanças iniciais de um ‘quinto patrimônio’ (Dutton, 2009) de jornalistas cidadãos que seriam dotadas da condição de prestar contas de forma mais eficaz do que as organizações de notícias que muitas vezes eram vistos como muito amigáveis com as elites políticas (Bennett et al., 2007). [...] a

³⁷ Jungherr, A., & Schroeder, R. *Disinformation and the structural transformations of the public arena: Addressing the actual challenges to democracy*. *Social Media + Society*, 7(1), 2021)

mídia de notícias digital, os verificadores de fatos e vozes independentes provaram ser fontes poderosas de informação não coberta pela mídia de notícias tradicional e ajudou a responsabilizar poderosas instituições da arena pública, incluindo governos, elites políticas, organizações de mídia, e plataformas digitais. **Embora nas sociedades ocidentais possamos estar preocupados com os desafios contínuos às instituições que integram a vida pública (Gurri, 2018), esses desafios podem ser um pequeno preço a pagar para responsabilizar instituições que de outra forma poderiam ser deixadas para se policiarem a si mesmas. Isto vale em dobro para os países com instituições democráticas apenas fracamente estabelecidas, como democracias emergentes, democracias em transição ou estados autoritários. Aqui, as oportunidades para ter acesso não filtrado à arena pública e as oportunidades associadas para examinar publicamente e responsabilizar instituições poderosas são de suma importância.**"³⁸

65. Mais adiante, aponta-se para os riscos que são, estes sim, potencialmente mais danosos à democracia e à preservação das instituições de forma geral: a *"desconexão política"* e a consequente ausência de engajamento da população pelos mecanismos políticos tradicionais. Em suas palavras:

"O baixo custo para atuação coordenada e o aumento da distância em relação às organizações políticas estabelecidas explicam a recente ascensão de novas organizações políticas canalizando energia de pessoas que se sentem privadas de seus direitos pelo *status quo* político (Jungherr et al.,

³⁸ No original: *"The current focus among the media, politicians, and academics on misuses of increasing access to the public arena risks losing sight of the vital enrichment that alternative information has enabled through the broadening of access to the public arena. There were early hopes for a "fifth estate" (Dutton, 2009) of citizen journalists that could hold power to account more effectively than news organizations that were often seen as being too cozy with political elites (Bennett et al., 2007). Yet perhaps these hopes put too much pressure on too few and economically too fragile actors. Nevertheless, digital born news media, fact checkers, and independent voices have proven powerful sources of information not covered by traditional news media and helped to hold powerful institutions of public arenas to account, including governments, political elites, media organizations, and digital platforms. While in Western societies, we might be worried about continuous challenges to institutions of public life (Gurri, 2018), these challenges might be a small price to pay to hold institutions to account that might otherwise be left to police themselves. This goes double for countries with only weakly established democratic institutions, such as emerging democracies, transitional democracies, or authoritarian states. Here, the opportunities for unfiltered access to the public arena and associated opportunities to publicly scrutinize and hold to account powerful institutions are of paramount importance."*

2020). Isto pode levar à formas de coordenação em grupos com baixa coesão organizacional e poucas ambições de contribuir para políticas ou governos, como o *Ocupar Wall Street*³⁹. Como resultado, estas organizações lutam para atualizar preferências ou preocupações em processos políticos subsequentes (Gurri, 2018). Dada a sua baixa ligação com o processo político, é pouco provável que essas novas formas de coordenação política consigam comunicar as intenções e motivações das elites políticas aos seus apoiadores ou membros, **contribuindo assim para um crescente sensação de desconexão política.**⁴⁰

66. Contudo, mais uma vez, a solução deste problema impõe soluções outras do que aquelas que centram esforços exclusivamente no combate à desinformação. Em arremate, alerta-se que:

“Em vez de eliminar ou suprimir uma arena pública barulhenta e indisciplinada, é importante reconhecer seus benefícios em chamar a atenção do público e das elites para novos caminhos. [...] Além disso, em vez de suprimir as por vezes problemáticas preocupações e interesses dos cidadãos e das elites que atendem a eles, a arena pública deveria ser um espaço de articulação e promoção de alternativas que sejam construtivas e possam ser compartilhadas. [...] Por último, os cidadãos precisam assumir mais responsabilidades para selecionar informações em um ambiente de alta escolha que seja diverso e confiável, e também para apoiar uma arena

³⁹ Segundo a Wikipedia, trata-se de um movimento de protesto contra a desigualdade econômica e social, a ganância, a corrupção e a indevida influência das empresas — sobretudo do setor financeiro — no governo dos Estados Unidos.

⁴⁰ No original: “Lowered coordination costs and increasing distance to established political organizations explain the recent international rise of new political organizations channeling participatory energy by people feeling disenfranchised by the political status quo (Jungherr et al., 2020). This can take the form of coordination in groups with low organizational cohesion and few ambitions to contribute to policy or government, such as Occupy Wall Street. As a result, these organizations struggle to actualize preferences or concerns in the subsequent policy process (Gurri, 2018). Given their light connection with the policy process, these new forms of political coordination are unlikely to be able to communicate the intentions and motivations of political elites back to their supporters or membership, thereby contributing to a growing sense of political disconnect.”.

pública que fornece esse tipo de informação.”⁴¹

67. Nessa conjuntura, prosseguindo na analogia empregada, é importante atentar ainda para o fato de que a depender do “remédio” e da “dose” administrada, a tentativa de combater o “sintoma” pode agravar ainda mais a “doença”.

68. No caso do Brasil, é preciso considerar que o nosso povo desenvolveu especial atenção pelos produtos decorrentes das novas tecnologias. O país é o terceiro maior adepto das redes sociais, perdendo apenas para a Indonésia e a Índia⁴². Por outro lado, de acordo com relatório apresentado pela OCDE, figuramos em último lugar, dentre os 21 países analisados, no que se refere à capacidade de identificar notícias falsas. De acordo com a OCDE, a percepção geral da pesquisa foi de que 60% das pessoas conseguem distinguir o que é informação verdadeira e falsa. No Brasil, essa média ficou em 54%⁴³.

69. Essas informações robustecem a percepção de que estamos diante de um fenômeno que vai além da seara estritamente jurídica, indicando sua maior proximidade com outros campos das ditas ciências sociais.

70. Além disso, **ao indicar que 40% das pessoas – de acordo com a percepção geral captada nos 21 países pesquisados – não conseguem identificar o que é informação**

⁴¹ No original: “Instead of eliminating or suppressing a noisy and unruly public arena, it is important to recognize its benefits in tethering publics and elites in new ways. Moreover, while some content is now amplified in digital public arenas in skewed ways which should be made more transparent, it is equally important to strengthen the impartiality of digital public arenas and their inclusion of diverse and minority views. This also applies to the watchdog function of news media which must also be strengthened in the face of growing competitive pressures arising from the tailoring and targeting of content which also skew it. Furthermore, instead of suppressing the sometimes-problematic concerns and interests of citizens and the elites that cater to them, the public arena should be a space for the articulation and promotions of alternatives that are constructive and can be shared. And as the back-stage behavior of elites becomes more open to scrutiny, they need to provide policy supported transparently by robust knowledge and open themselves to skepticism rather than delegitimizing the challenges they face. Finally, citizens need to take on more responsibility for selecting information in a high-choice environment that is diverse and reliable, and also to support a public arena that provides this kind of information”.

⁴² Nesse sentido, ver: <https://oglobo.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2023/03/brasil-e-o-terceiro-pais-que-mais-consome-redes-sociais.ghtml>.

⁴³ OECD (2024), *Hechos frente a falsedades: Fortaleciendo la democracia a través de la integridad de la información*, OECD Publishing, Paris. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/06f8ca41-es>.

verdadeira e o que é notícia falsa, o estudo chama a atenção para outro problema inerente à questão das fake News, que diz com a nossa própria limitação em traçar de modo claro, objetivo, e abstrato – ou seja, sem considerações acerca do contexto no qual a informação está inserida – o que venha a ser uma notícia falsa.

71. Quanto ao ponto, é interessante rememorar que, no campo da filosofia, sociologia, história e dentre outras ditas ciências humanas, há grandes discussões até mesmo sobre a **objetividade dos fatos** – *que dirá, das opiniões*. Apenas a título ilustrativo, cito interessante artigo do professor da Universidade Federal da Paraíba, Eduardo Rabenhorst, que com boa provocação o intitula “*a interpretação dos fatos no direito*”.

72. Isso porque, não apenas as questões de direito, mas também os **fatos são objeto de interpretação**. E o são, **simplesmente porque são “construídos”**, a partir da observação e cognoscibilidade que fazemos do mundo empírico. Cognoscibilidade essa necessariamente contingenciada pelas nossas próprias limitações – *sejam elas sensoriais, motoras, intelectuais etc*. Melhor explicando a proposta, o professor apresenta suas premissas nos seguintes termos:

“Conforme já sublinhei, o senso comum nos leva a pensar que um “fato” é algo indiscutível em virtude de sua própria objetividade. Ora, **esta posição-padrão acerca dos fatos está ancorada na idéia profundamente questionável de que os fatos independem do observador, dos métodos e instrumentos que lhes são disponíveis e, finalmente, de suas próprias escolhas.**

Não vamos enveredar aqui na selva das discussões filosóficas sobre a validade da suposição de um mundo objetivo e comum. **Kant**, muito antes dos “realistas internos” ou de qualquer sociólogo das ciências, **já havia questionado a possibilidade de acesso a um mundo não estruturado pelo sujeito**. Por isso **não é preciso muita ousadia filosófica para se concordar com a idéia de que fatos, de alguma maneira, são construções.**

Aliás, **não foram poucos os filósofos da ciência que, desde o início**

do século, questionaram a “sacralidade dos fatos”. Edouard Le Roy, por exemplo, foi o primeiro a sugerir o caráter convencional da ciência ao sustentar que todo fato é elaborado pelas categorias do próprio cientista. Henry Poincaré, por sua vez, em *O Valor da Ciência* (1906), introduz uma pequena correção na tese de Le Roy, ao afirmar que o cientista não constrói o fato em *sentido bruto*, mas ele elabora o fato em sentido científico ao enunciá-lo por meio da linguagem. Sem esta intervenção do cientista, diz Poincaré, o fato, em si mesmo, não possui qualquer sentido. Por conseguinte, é o trabalho do cientista que transforma a opacidade dos fatos brutos em algo coerente e significativo.

Mas as objeções mais poderosas contra a idéia-padrão de fato vieram da teoria analítica da linguagem. Criticando os excessos cometidos pelo chamado “Círculo de Viena”, os filósofos analíticos mostraram que **não existem proposições puramente empíricas destituídas de um aspecto teórico**. Neste sentido, conforme assinala Valentin Petev, os filósofos analíticos observaram que **nenhuma relação pode existir entre as proposições da ciência e a realidade bruta através da qual a verdade destas proposições é estabelecida. No caso, toda correspondência, se é que existe uma, se dá entre proposições, ou seja, entre enunciados lingüísticos. Por conseguinte, para que possamos nos referir à realidade, temos necessariamente que torná-la conceitual.**”

73. Em arremate, conclui que:

“Um ‘fato’ não é, pois, algo independente da nossa elaboração. Nós construímos os fatos com os meios que nos são disponíveis. E principalmente: nós os construímos por meio da linguagem. Todo fato ao ser elaborado é narrado. E obviamente, fatos podem ser narrados de diferentes maneiras (pensemos aqui, ainda que o exemplo seja retirado do plano literário, nos *Exercícios de Estilo* de Raymond Queneau, magnífico texto no qual uma mesma história é contada de oitenta e nove maneiras distintas).”

74. Portanto, (i) se todo fato é elaborado; (ii) se todo fato, ao ser elaborado, é narrado; (iii), obviamente, podemos contá-lo de diferentes maneiras, sob diferentes perspectivas; e (iv) todas elas podem ser tidas como verdadeiras – *ou, pelo menos, não objetivamente falsas* –; é mais do que razoável identificar a dificuldade que possuímos em discernir notícias falsas das verdadeiras. Na verdade, se trata de dificuldade em estabelecer o que seja a própria verdade.

75. Essas constatações suscitam a potencial inadequação em se buscar solucionar problemas de grande relevância e complexidade social por meio de uma eventual força transformadora que a norma jurídica exerceria sobre a sociedade. Como já alertava William Graham Sumner "*legislation cannot make mores*" (*os caminhos da lei não conseguem alterar a prática social – a legislação é incapaz de criar costumes*)⁴⁴.

76. Nesse sentido, é preciso considerar que **num cenário no qual um dos principais fatores das crises atuais centra-se na desconfiança do cidadão em torno da credibilidade das instituições, não me parece que seja adotando medidas que, em última análise, irão impedi-lo de manifestar seu descontentamento com o estado de coisas vivenciado – inclusive por meio da defesa de outros regimes de governo, em substituição a forma democrática – sob a eventual justificativa de que seria preciso combater – pelo Direito e, portanto, através do Poder Judiciário – a mentira, que se irá superar a realidade de beligerância latente.**

77. Isso não significa, por óbvio, que todo e qualquer tipo de discurso mentiroso deva ser tolerado, ou mesmo considerado isento de responsabilidade posterior. O que se pretende afirmar é que não é pelo simples fato de ser mentiroso que o discurso deve ser automaticamente censurado. Como não é nova, a situação encontra bom direcionamento na **doutrina** estrangeira da *actual malice*, formulada pela Suprema Corte Americana no emblemático caso *New York Times Co. v. Sullivan*

⁴⁴ SUMNER, William Graham. *Folkways: A Study of the Sociological Importance of Usages, Manners, Customs, Mores, and Morals*. Boston: Ginn and Company, 1906.

(1964).

78. Por si só, **mentir é errado, mas não é crime**. Configura desvio ético ou moral, mas que, em regra, é desimportante para o Direito. O cristão pode “condenar” alguém simplesmente porque mentiu. O magistrado, não. Esse último precisa identificar em que a medida determinada mentira configura ato antijurídico e culpável, de acordo com os termos da Lei, editada pela autoridade competente e em momento anterior à prática da conduta, a partir de uma análise imparcial e desinteressada.

79. Numa última palavra sobre a questão das *fake News*, parece importante recordar o que disse Friedrich Hayek: “*Liberdade concedida somente quando se sabe de antemão que seus efeitos serão benéficos não é liberdade*”⁴⁵.

Desacordos morais razoáveis | complexidade da questão | Autocontenção judicial

80. Por tudo o quanto visto até aqui, pode-se concluir com certa facilidade que, dentro de uma lógica de separação de poderes como distribuição alocativa das funções estatais, o Congresso Nacional é a instituição que detém maior **capacidade institucional** para captar, tratar e elaborar arranjo normativo capaz de externar os anseios da sociedade em relação ao tema.

81. Nesse sentido, vale observar o questionamento prévio indicado em âmbito doutrinário por Diego Werneck Arguelhes e Thomaz Pereira. Antes de passar a responder à pergunta “*o que a Constituição quer dizer?*” é preciso indagar “*quem tem autoridade para resolver esta questão?*”

⁴⁵ HAYEK, Friedrich. *The Creative Powers of a Free Civilisation*, In: Felix Morley (ed.) *Essays in Individuality*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1958.

82. Melhor desenvolvendo o argumento, assim discorrem os autores⁴⁶:

“[...] essa concepção de separação de poderes contém dois componentes. O primeiro é recomendar um desenho constitucional que se misture e se sobreponha às competências institucionais, de modo a criar vetos e freios recíprocos, para que nenhuma instituição concentre poder excessivo. O segundo, como implicação, é reconhecer que, **para que nenhuma instituição detenha poder excessivo, a autoridade para decidir determinadas questões precisa ficar invariavelmente fragmentada entre diferentes atores.**

Se aceitarmos essas duas premissas, **é preciso reconhecer, por implicação, que a tarefa de interpretação da Constituição – seja ela feita no âmbito do Judiciário ou fora dele – enfrentará pontos de parada obrigatórios, sempre que surgirem no caminho sobreposições entre os atos e decisões de diferentes instituições. Mesmo que dado agente estatal tenha uma boa resposta, do seu ponto de vista, para a pergunta “o que a Constituição quer dizer?”, é preciso antes que se pergunte se lhe cabe, como integrante de uma das múltiplas instituições que integram o arranjo da separação de poderes, responder a essa pergunta nesse caso específico.**

A pergunta “quem tem autoridade para resolver esta questão?” também envolve interpretação constitucional, já que a resposta precisará ser construída a partir de regras de competência e procedimento previstas na própria Constituição. Entretanto, enfrentar essa pergunta sobre autoridade – *quem decide essa questão?* – pode exigir que se abandone, em algum momento, o enfrentamento da pergunta substantiva. Em princípio, é preciso aceitar a possibilidade de que as regras constitucionais sobre separação de poderes, competências e procedimentos, se corretamente interpretadas, impeçam que determinados atores, em determinadas instituições, resolvam as questões constitucionais para as quais eles

⁴⁶ ARGUELHES, Diego Werneck; PEREIRA, Thomaz. *Separação de poderes como alocação de autoridade: uma espécie ameaçada no direito constitucional brasileiro?* In: LEAL, Fernando (Coord.). *Constitucionalismo de realidade: democracia, direitos e instituições*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 103-124.

acreditam ter a melhor resposta.”

83. Em conclusão, arrematam os autores que⁴⁷:

“Não se trata, aqui, de uma discussão sobre deferência aos outros poderes. Quando se fala de deferência, a imagem é a de um Judiciário que, diante de uma questão que esteja sobre sua competência, na ausência de uma regra específica que regule a situação, não intervenha sobrepondo sua decisão à de outro poder. Ou seja, sendo a questão controvertida, a deferência orientaria uma atitude de respeito pelas opções do Legislativo ou do Executivo. Não é esse, no entanto, o tema deste artigo. O que se discute é a ideia de que, **independentemente do que a Constituição diga substantivamente sobre determinada questão, diante do fato de que as competências também são estabelecidas pela Constituição, deixar de se perguntar “quem tem autoridade para decidir” é mais do que uma postura “ativista”, é desrespeito às regras constitucionais.**

Imaginar que, como “guardião da Constituição”, todo e qualquer ato do Legislativo ou do Executivo que contrarie uma interpretação do STF está sob a autoridade do STF é deixar de lado a ideia de que a Constituição é composta por regras de dois tipos: (i) regras de competência e (ii) regras substantivas. Nesse sentido, fazer valer sua interpretação constitucional ignorando que a Constituição estabeleceu zonas de autonomia para outros poderes não é o mesmo que defender a “supremacia da Constituição”, mas, sim, estabelecer a supremacia do STF, o qual teria o poder de desconsiderar regras constitucionais do primeiro tipo em nome de uma suposta priorização de regras constitucionais do segundo tipo. Mas é possível garantir a Constituição violando a Constituição?

Levar a sério a ideia de que a Constituição é um documento político significa também levar a sério que constituintes – acertadamente ou não – também fizeram escolhas sobre como dividir competências entre os poderes. De tal forma, se é possível que eles tenham, de fato, atribuído ao

⁴⁷ ARGUELHES, Diego Werneck; PEREIRA, Thomaz. *Ob cit.*

STF o poder de errar por último, também é possível que, em certos casos, essa prerrogativa tenha sido atribuída a um outro poder ou instituição.

É este o ponto central da relação entre autoridade e separação de poderes. Se a fonte de autoridade do tribunal é a Constituição, guardá-la significa também guardar o modelo de separação de poderes adotado pelo Poder Constituinte, mesmo que isso signifique reconhecer a sua incompetência para rever um ato (que se considere) inconstitucional.”

84. A relevância do questionamento prévio anteriormente apontado – *sobre qual instituição detém a competência constitucional para deliberar sobre determinada matéria* – é ainda mais superlativa quando se está diante de uma matéria que pode ser identificada com o que se convencionou chamar de “*desacordo moral razoável*”. Isso porque, em tais situações, prepondera com maior candência o **princípio democrático**, o qual (i) inclina a balança entre os poderes para a atuação daqueles que ostentem a legitimidade popular por meio do sufrágio periódico e universal e (ii) demanda de qualquer dos poderes constituídos que esteja atento ao denominado “*sentimento constitucional*”.

85. Para além de tais aspectos, por tudo o quanto se apontou especificamente em relação ao fenômeno das fake News, diante da sua íntima conexão com os processos de crise institucional e democrática atualmente vivenciados, tem-se como ainda mais imperiosa a adoção de uma postura **autocontida** no presente caso.

86. Com todas as vênias aos que possuem compreensão em sentido diverso, penso que, ao assumir maior protagonismo em questões que deveriam ser objeto de deliberação pelo Congresso Nacional, o Poder Judiciário acaba contribuindo, ainda que não intencionalmente, para a agudização da sensação de desconfiança hoje verificada em parcela significativa da sociedade. É preciso quebrar esse ciclo vicioso.

87. Que fique bem claro: não se trata de fazer da opinião pública um critério de julgamento. O que se busca apontar, apenas, são os efeitos deletérios que

decorrem da adoção de uma postura ativista, a qual, no presente caso, culmina por agudizar ainda mais o problema que se pretende combater. É a identificação dessa contradição que, sob a ótica jurídica, evidencia a inadequação da medida.

88. Nada obstante, ciente de que, a partir da afetação dos Temas à sistemática da Repercussão Geral e à luz da conjuntura atual, o Colegiado avançará para a análise do mérito das questões em discussão, prossigo no raciocínio, adentrando, agora, na necessária delimitação do que, penso eu, deve ser o **escopo de análise específica**, sob pena de avançarmos ainda mais em terreno que, no plano ideal, seria ocupado pelos demais Poderes da República.

Distinções necessárias: *nem todo provedor de aplicação de internet é rede social*

89. A par das considerações acima aduzidas, que **(i)** por um lado, reconhecem a necessidade de se promover adaptações do paradigma jurídico-dogmático sobre o qual se alicerça a liberdade de expressão e, **(ii)** por outro lado, apontam para a igual necessidade de preservação do núcleo fundamental e da posição preferencial ostentada por essa liberdade fundamental; **é preciso atentar para a adequada delimitação da abrangência do tema em discussão.**

90. Em essência, discussões como as acima referenciadas giram em torno da dimensão social ou coletiva da liberdade de expressão, guardando pertinência apenas e tão somente com as aplicações de internet que igualmente se direcionam à noção de *“esfera pública”* [espaços públicos digitais]. Contudo, do ponto de vista conceitual-terminológico, o Marco Civil da Internet diferenciou apenas os provedores de *conexão à internet* dos denominados provedores de *aplicações de internet* [art. 5º, V e VII, da Lei nº 12.965/2014]. Portanto, em **primeiro** recorte de escopo, **é preciso excluir das discussões os chamados serviços de mensageria privada.**

91. Quanto ao ponto, parece-me indene de dúvidas que uma comunicação realizada entre marido e mulher, pai e filho, amigos, parentes, através de um

aplicativo de mensagens ostenta natureza manifestamente privada. De fato, o cenário hipotético apresentado é a **versão moderna do exemplo mais banal relacionado à intimidade do cidadão**. Espaço este que, por imperativo constitucional (CF, art. 5º, X, XII e LXXIX), **deve ser veementemente protegido de qualquer ingerência indevida, seja do próprio Estado, seja de terceiros, aí incluídas as próprias plataformas**.

92. Nessa conjuntura, um primeiro e fundamental esclarecimento que deve ser feito quanto à abrangência da questão em debate diz com a exclusão das comunicações de natureza privada – *que não se realizam em ambiente público, sob qualquer aspecto de análise*.

93. Em **segundo** lugar, quanto às aplicações de internet de feição supraindividual, **é preciso identificar adequadamente as peculiaridades inerentes aos aplicativos (i) de busca; (ii) de comércio eletrônico (marketplace); (iii) às redes sociais; (iv) dentre outros**.

94. À título exemplificativo, dentro do marketplace localizam-se o *Mercado Livre*, a *Amazon Brasil*, a *Americanas*, a *Magazine Luiza*, a *Shopee*, as *Casas Bahia* etc. Evidentemente, trata-se de feixe setorial que, apesar da igual relevância, guarda substanciais distinções em relação àquele relacionado às redes sociais.

95. Isso não significa que, também na espécie, não haja espaço para moderação de conteúdo por parte das respectivas plataformas. Como bem ilustram as informações aportadas aos autos pelo *Mercado Livre*, há preocupação espontânea com a integridade do espaço digital direcionado à publicidade e demais atividades inerentes ao comércio digital, com a adoção de postura proativa das próprias empresas na remoção de conteúdos que estejam em desconformidade com os seus Termos de Uso. Nesse sentido, confira-se:

“32. Só no segundo semestre de 2022, o Mercado Livre realizou a

remoção de 3.249.868 (três milhões, duzentos e quarenta e nove mil e oitocentos e sessenta e oito) **anúncios irregulares**, sendo 111.589 (cento e onze mil, quinhentos e oitenta e nove) por denúncias de usuários e de autoridades e 3.138.279 (três milhões, cento e trinta e oito mil, duzentos e setenta e nove) proativamente por infração aos termos e condições de uso da plataforma, naquelas hipóteses claramente identificáveis.

33. Essa tarefa desafiadora ocorre em um **universo de 128.582 anúncios criados e/ou alterados por hora**, totalizando **mais de 500 milhões apenas no segundo semestre de 2022**.

(...)

35. Ademais, o Mercado Livre adota também uma política de **colaboração com os titulares de direitos imateriais, disponibilizando, de forma gratuita, o Brand Protection Program (BPP)**. O programa é uma iniciativa do Mercado Livre para coibir a violação a direitos de propriedade intelectual de terceiros por meio da sua plataforma e **permitir que os titulares tenham acesso aos dados dos infratores para que possam adotar as medidas cabíveis em face dos reais responsáveis.**" (e-doc. 270, p. 11-12)"

96. Ou seja, **96,44% do montante expressivo de conteúdos excluídos são detectados pelas equipes internas da própria plataforma**. Menos de 4% corresponde a publicações denunciadas pelos usuários ou pelas autoridades. Além disso, em atividade colaborativa, a empresa citada **oferece ao titular do direito autoral violado as informações do potencial ofensor**.

97. Nada obstante, é importante recordar que na **União Europeia** foi editada **legislação específica** para esse setor – o *Digital Markets Act [DMA]*. Como aponta Ricardo Campos, o sistema de responsabilidades desenhado pelo referido marco regulatório é consideravelmente diverso daquele concebido pelo *Digital Service Act [DSA]*.

98. Especificamente em relação a esse último normativo – o *DSA* – vale anotar

que **novas distinções foram realizadas, exatamente na linha que ora se propõe**. O texto legal estabelece distinções entre os variados serviços prestados, evitando que um único guarda-chuva conceitual seja utilizado para abarcar todos os tipos de provedores de aplicação, como ocorre atualmente no ordenamento jurídico brasileiro.

99. Nesse sentido, distingue-se entre: (i) *simples transporte*, (ii) serviços de *armazenagem temporária [casting]*, (iii) serviços de *alojamento virtual [hosting]*, (iv) plataformas online e (v) motores de pesquisa online. Para cada qual, de acordo com suas peculiaridades, foram estabelecidas responsabilidades e obrigações específicas. Destaca-se, ainda, uma **categoria específica** para as plataformas e motores de busca online considerados **provedores de “muito grande dimensão”**.

100. De acordo com o artigo 33, esses provedores são aqueles que possuem, [a] dentro da União Europeia, um **número médio mensal de usuários ativos igual ou superior a 45 milhões**, e [b] que tenham recebido essa designação pela Comissão Europeia. A este grupo são impostas obrigações extras, para fins de gestão dos **“riscos sistêmicos”**⁴⁸.

101. Além do recorte de ordem técnica, vinculado às peculiaridades das regras de negócio inerentes a cada um dos serviços de aplicações de internet disponíveis, **em terceiro lugar**, centrando-se na questão específica das redes sociais – *escopo tecnicamente mais adequado para delimitar o âmbito de incidência do art. 19* – dentro desse universo, **é preciso atentar para as distinções (i) de ordem material** [o *objeto* da manifestação – *v.g.* se é *opinião, fato, discurso científico, anúncio publicitário* etc.]; **(ii) de ordem subjetiva** [a) quem se expressa, b) para quem a expressão é originariamente direcionada e c) quem, eventualmente, seria diretamente atingido pela expressão]; **(iii) em razão da natureza** da comunicação [se ostenta algum *interesse* ou impacto

⁴⁸ CAMPOS, Ricardo; OLIVEIRA, Samuel; SANTOS, Carolina. *Riscos sistêmicos e dever de cuidado*. In: CAMPOS, Ricardo (org.). *O futuro da regulação de plataformas digitais: Digital Service Act (DSA), Digital Markets Act (DMA) e seus impactos no Brasil*. São Paulo: Ed. Contracorrente, 2023.

para o público em geral ou é *desprovida de relevância social*]; (iv) **quanto ao papel da plataforma** na sua propagação [se se trata de conteúdo *impulsionado* ou *espontâneo*, “*gratuito*”⁴⁹ ou de algum modo *monetizado* de forma direta pela aplicação].

102. No que concerne à **distinção de ordem substantiva (ou material)**, em que pese os debates anteriormente mencionados acerca do que venha a ser um *fato*, é inegável que o seu grau de subjetividade é significativamente menor do que aquele envolto em uma *opinião*. Entre um extremo e outro, podem ser identificadas ainda algumas gradações, como por exemplo, o *discurso científico*.

103. Esse último tipo específico de discurso bem ilustra o grau de calibragem necessário para bem avaliar cada situação. Isso porque, desde Popper, a ciência trabalha com o método da **falseabilidade** das hipóteses. Para evoluir, o cientista terá de, necessariamente, afirmar que aquilo que se entende como verdadeiro hoje, é falso. Ao fazê-lo, obviamente ele não poderá ser censurado. Foi que ocorreu, recentemente, com uso de máscaras de proteção fácil durante a pandemia da COVID-19. A primeira recomendação dos cientistas foi que apenas as pessoas que já estivessem com sintomas da doença usassem o equipamento de proteção. Num segundo momento, mudou-se a orientação. Por óbvio, isso só foi possível porque não se censuraram as manifestações acadêmicas daqueles apontaram o equívoco da primeira linha de ação.

104. Acerca das distinções **de ordem subjetiva**, como já indicado, é preciso avaliar a posição ocupada na esfera pública *por quem se manifesta, para quem a manifestação é dirigida, e de quem é eventualmente por ela atingido*.

⁴⁹ Não se olvida que faz parte da própria lógica inerente à “economia das redes sociais” a monetização dos dados dos seus usuários, inclusive em detrimento dos seus direitos à proteção de dados pessoais. Fenômeno descrito por alguns como “*Capitalismo da vigilância*”. O que se busca sublinhar são os diferentes cenários verificados quando a plataforma [a] apenas se aproveita das informações extraídas dos seus usuários quanto às suas próprias preferências para lhe direcionar determinado conteúdo; [b] da hipótese na qual, em razão do valor intrínseco verificado em relação a determinado conteúdo produzido por um específico usuário, a plataforma busca aferir lucro a partir de sua exploração direta.

105. Em tentativa de sistematizar esse campo específico, da condição que ostenta o emissor da manifestação perante a esfera pública, Samuel Fonteles traça uma escala que possui 9 degraus: (i) militares; (ii) juízes; (iii) membros do MP; (iv) servidores públicos; (v) cidadãos; (vi) professores; (vii) jornalistas; (viii) artistas e sacerdotes; (ix) congressistas. Como se pode inferir, as posições estão organizadas daqueles possuem menor proteção constitucional nas suas falas, até aquele que gozam de verdadeira imunidade.

106. Quanto à **natureza da comunicação**, há, evidentemente, maior proteção em relação aos discursos que envolvam questões de interesse público, em temas sensíveis, complexos, controvertidos na sociedade. Por outro lado, as manifestações desprovidas de relevância social e que se direcionam a sujeito específico, somente a ele lhe dizendo respeito, podem ser interpretadas com menor benevolência.

107. Por fim, no que concerne ao **papel da plataforma**, me parece indene de dúvidas que não se pode conferir a mesma responsabilização aos casos em que (i) a plataforma tenha impulsionado, via algoritmo, determinado conteúdo ao usuário; (ii) daquelas situações nas quais o usuário busca ativamente o acesso à informação específica. Dentro da primeira hipótese, entendo pertinente diferenciar, ainda, [a] os conteúdos impulsionados moto-próprio pela plataforma, [b] daqueles impulsionados em razão de patrocinador (“anúncio pago”). No primeiro caso, me parece que a condição da plataforma mais se aproxima daquela ocupada pelo *editor* ou *distribuidor* em relação às mídias sociais tradicionais.

108. Portanto, antes de adentrar especificamente na higidez ou suficiência da disciplina estabelecida pelo art. 19 do MCI, diante de sua vasta abrangência, é preciso recortar o escopo de exame de modo a adstringi-lo às situações em relação as quais se possa verificar, ao menos em tese, cenário de inconstitucionalidade. De largada, isso exclui [a] os serviços de mensageria privada.

109. Em relação às demais aplicações, é preciso promover uma análise atenta à

miríade de [b] peculiaridades acima elencadas, que vão desde o tipo de serviço prestado [*a exemplo do que se verifica na legislação europeia*], até a dimensão e alcance das plataformas.

110. Especificamente no âmbito das redes sociais, espaços, estes sim, vocacionados à promoção do debate público e ao “mercado de ideias”, é preciso considerar, em cada caso concreto, [c] se se está diante (i) de personalidade pública ou privada, (ii) de mensagem de interesse público ou desprovida de relevância social, (iii) de teor científico, jornalístico ou publicitário, dentre outros, e (iv) se foi impulsionado – *e por quem* – ou espontâneo.

A eficácia horizontal dos direitos humanos, o papel das empresas na sua proteção e o *compliance*

111. Para além do recorte de escopo acima indicado, antes de focar de modo mais específico as redes sociais, não se pode deixar de apontar que o nó górdio da discussão subjacente aos dois temas de repercussão geral em análise perpassa pelo estabelecimento dos limites e possibilidades em se reconhecer às empresas o papel de guardião dos direitos fundamentais. Portanto, há nítida interface com o que se convencionou denominar de *eficácia horizontal dos direitos humanos*.

112. Interessante rememorar que o surgimento dessa nova dimensão de tais direitos, os quais não mais deveriam ter sua incidência restrita às relações entre indivíduo e Estado, passando a se espriar também pelas relações entre particulares, se deu como decorrência do julgamento do célebre **caso Lüth**, pelo Tribunal Constitucional Alemão, em 1958.

113. Resumidamente, a controvérsia se estabeleceu entre o ativista Erich Lüth, que buscava conscientizar e combater os resquícios do antissemitismo na sociedade alemã do pós-segunda guerra, e o cineasta Veit Harlan, que ganhou notoriedade pela sua proximidade com o *etablissement* político nazista, tendo produzido filme de teor

nitidamente preconceituoso e discriminatório em relação ao povo judeu.

114. A cizânia se deu quando, após sua absolvição pelo Tribunal de Guerra, Harlan foi contratado para dirigir um novo filme, e Lüth passou a defender que a população boicotasse o espetáculo, em espécie de censura ao seu diretor. Diante das manifestações de Lüth, os produtores do filme boicotado ingressam em juízo contra o ativista, buscando a obtenção de ordem judicial que o impedisse de recomendar ao povo alemão que não assistisse ao filme. O pedido foi atendido pelas instâncias ordinárias. Contudo, ao analisar o recurso constitucional interposto, o Bundesverfassungsgericht reformou as decisões inferiores em razão da necessidade de se reconhecer que *“na determinação dos direitos fundamentais da Lei Fundamental corporifica-se uma ordem axiológica objetiva, que vale para todas as áreas do direito como uma decisão fundamental constitucional”*⁵⁰.

115. Portanto, veja-se que **o que estava em discussão era exatamente o direito à liberdade de expressão de Lüth**. Foi diante da necessidade de assegurar a defesa da liberdade de expressão que o Tribunal Constitucional Alemão passou a reconhecer a força irradiadora que os direitos fundamentais exercem sobre todo o ordenamento jurídico, aí incluídos o direito civil e, de modo mais específico, o direito empresarial.

116. Essa compreensão, que identifica nas organizações empresariais uma coparticipante da missão de proteger, respeitar e reparar os direitos fundamentais é potencializada pelo surgimento de novas formas de organização do aparelho do Estado, dentre as quais ganha especial destaque a *regulação*. Isso porque, sob o prisma do Estado Regulador rompe-se com o modelo centrado no monopólio estatal tipicamente exercido pelos órgãos parlamentares quanto à produção normativa, passando-se a admitir que outros atores possam editar normatização específica, mais

⁵⁰ Excerto extraído da segunda parte do item 1 da ementa. No original: *“1. Die Grundrechte sind in erster Linie Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat; in den Grundrechtsbestimmungen des Grundgesetzes verkörpert sich aber auch eine objektive Wertordnung, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gilt.”*

adequada e responsiva às peculiaridades técnico-operacionais do nicho setorial no qual estão inseridas.

117. Quanto a esse último fenômeno, pondera o professor Márcio Iorio Aranha que a regulação⁵¹:

“[...] parte de sua configuração original de ideia programática inscrita em um sistema automático de retroalimentação e controle para se apresentar hoje como uma tecnologia de governo de sistemas sociais, que pode estar sediada em órgãos estatais – a regulação por excelência do Estado Regulador –, em mecanismos internos de controle empresarial – a meta-regulação, em que o Estado audita os regimes de controle interno das empresas –, em mecanismos institucionais privados – auto-regulação –, no vencedor do jogo político entre os atores setoriais – o livre mercado – ou, finalmente, em uma composição de tais opções.” (grifos acrescentados)”

118. À luz dessa conjuntura, vem ganhando força nos últimos tempos a necessidade de se exigir das empresas que adotem **mecanismo de conformidade**, capazes de garantir a integridade da organização e dos seus colaboradores. Trata-se da figura do *compliance*.

119. Muito simplificada, pode-se dizer que a lógica desse mecanismo se baseia em disposições normativas que sejam suscetíveis ao **comportamento do regulado**. Ao mesmo tempo em que são estabelecidas vedações, se prevê que a observância a determinadas obrigações procedimentais tem o condão de reduzir substancialmente a pena que poderia recair sobre as corporações em caso de descumprimento da interdição prevista.

120. Portanto, trata-se de abordagem regulatória que possui como elemento central a abertura à valoração da responsividade do regulado. Ou seja, descortina a

⁵¹ ARANHA, Márcio Iorio. *Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório*. 5ª. ed. rev. ampl. Londres: Laccademia Publishing, 2022, p. 42

possibilidade de um regramento flexível, capaz de sofrer adaptações para melhor se adequar ao comportamento mais ou menos conforme ao direito de cada regulado. Daí porque floresceu no âmbito de sistemas jurídicos mais propensos à construção de soluções negociadas – *por definição, mais maleáveis*.

121. Em razão dessa característica, o professor Márcio Iorio Aranha observa que o *compliance* se contrapõe ao modelo de regulação estatal clássico, baseado na lógica do *comando e controle*. Nessa perspectiva, enfatiza que:

“Enquanto as diversas formas de constrangimento extrínseco do indivíduo pelo Estado para o cumprimento de uma norma jurídica têm por enfoque predominante o quadro regulatório ordenador e criminalizador do comando e controle, **a conformidade regulatória bebe da percepção, por parte do regulado, de que o sistema regulatório será justo e eficaz**. Enfim, o *compliance* regulatório angaria forças da relação de confiança entre regulado e regulador com ênfase na cultura e comportamento do regulado e, acima de tudo, na atitude cooperativa entre regulador e regulado.”

122. De modo mais específico, a doutrina elenca o *compliance* empresarial como hipótese de **autorregulação regulada**. Nessa forma de regulação, ao regulado é dada a liberdade para elaborar e implementar um plano normativo próprio, por si mesmo concebido, sujeito à posterior e contínua chancela e supervisão estatal. Nessa perspectiva, o Estado passa a ocupar posição de supervisor do sistema de integridade desenhado pelo próprio regulado. Por um lado, incrementam-se as chances de um regramento mais aderente às peculiaridades de cada organização. Sob outro enfoque, resguarda-se, pela necessidade de chancela estatal à determinado plano, ou pela supervisão, a possibilidade de o Estado identificar e sancionar de modo mais severo aqueles que não cumpram os seus próprios planos.

123. Nada obstante tal característica, o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca e o professor Bruno Fernandes Carvalho apontam ser “*possível traçar certos elementos que compõem o ‘núcleo duro’ desses programas*”, cuidando-se de “*previsões cuja presença*

é indispensável, encontradas em boa parte da literatura e das legislações sobre o tema”⁵². Nesse sentido, mencionando a dissertação de mestrado acadêmico de um dos autores, enumeram-se os seguintes itens obrigatórios a qualquer plano de conformidade⁵³:

“(i) **Análise de riscos detalhada**, consistente na exposição aprofundada das vulnerabilidades a que aquele órgão ou aquela organização está exposta, tendo-se em vista suas áreas de atuação;

(ii) **Elaboração de código de conduta** com o objetivo de estabelecer quais são as condutas virtuosas esperadas e quais são os comportamentos proibidos os quais não podem constar no órgão ou na organização. Trata-se do fio condutor dos procedimentos de investigação interna e de funcionamento dos canais de denúncia internas, estabelecendo-se limites adequados e protocolos de segurança;

(iii) **Educação e treinamento do corpo de funcionários**, o qual deve estar totalmente consciente de suas atribuições e de seus deveres previamente definidos no código de conduta da organização. O intuito é permitir o adequado cumprimento dessas previsões a partir de recursos humanos capacitados para tanto, conseqüentemente, tornando o órgão ou a organização um ambiente institucional efetivamente dotado da cultura de respeito à ética e à legalidade;

(iv) **Implementação de controles internos na organização**, com a consequente aplicação dos protocolos necessários para prevenir, identificar e sancionar quaisquer violações ao código de conduta ou à lei. Nesse contexto, inserem-se os canais internos de denúncia, por meio dos quais os membros de um órgão ou de uma organização podem denunciar práticas ilícitas, bem como as investigações internas levadas a cabo para investigar alguma suspeita;

⁵² FONSECA, Reynaldo Soares da. FERNANDES, Bruno. *O compliance enquanto mecanismo de combate à corrupção: a experiência brasileira*. 2022

⁵³ CARVALHO, Bruno Fernandes. *Compliance Criminal: uma análise sobre os aspectos fundamentais*. São Paulo: Liberars. 1ª ed. 2019.

(v) **Institucionalização de setor específico para *compliance***, oficializando um departamento interno responsável por acompanhar as medidas de controle e por dirigir os trabalhos de prevenção e das demais ações mencionadas;

(vi) **Avaliação e monitoramento permanente do programa de *compliance*** levados a efeito pelos setores, mensurando a eficiência das medidas estabelecidas, atualizando-as caso apresentem resultados aquém do esperado." (grifos acrescidos)

124. À luz de tais elementos, é possível concluir que o *compliance* é fenômeno que contribui para uma maior integridade no âmbito empresarial. A partir da fixação de *standards* de conduta, assume a função de instrumento viabilizador da concretização efetiva dos direitos fundamentais de todos aqueles que com ela possuem alguma espécie de relação.

125. A partir dessa mesma ótica, ao bem cumprir as obrigações que lhe são imputadas, as organizações empresariais se beneficiam da exclusão de responsabilidade por eventuais atos praticados por terceiros, ainda que com ela possuam algum tipo de vinculação.

126. Tomando como exemplo o paradigma norte-americano, tem-se que: (i) mapeados os riscos inerentes à sua operação; (ii) elaborado um plano de conformidade capaz de mitiga-los; (iii) instituindo-se estrutura organizacional próprio e apartada dos demais departamentos da empresa a fim de zelar pelo cumprimento e observância do plano elaborado; e (iv) verificando-se que a conduta ilícita foi praticada de modo a ludibriar a referida instância de controle interno, (v) não se podendo a ela imputar erro grosseiro ou conduta negligente; afasta-se a possibilidade de responsabilização do ente empresarial⁵⁴.

⁵⁴ De acordo com as disposições do *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*, conforme aponta, em âmbito doutrinário, Bruno Fernandes Carvalho.

127. Veja-se que, ao invés de impor obrigações específicas (“de resultado”), se trata de abordagem que, ao focar no **comportamento** do regulado, possui feição marcadamente **procedimental**, buscando modelar a forma de atuação da companhia, de modo a conformá-la ao ordenamento jurídico.

128. **A análise do tema ora em julgamento sob essa perspectiva enseja uma alteração de foco: deixar de mirar na responsabilidade pela remoção do conteúdo – ou do perfil – passando a destinar atenção aos protocolos e procedimentos empregados pelas plataformas na tentativa de criar um ambiente digital mais hígido, íntegro e salutar.**

129. Trata-se de perspectiva que promove a conciliação necessária entre *(i)* o marco legal regulatório (artigos 18 a 21 do MCI); *(ii)* a preservação da liberdade de expressão; e *(iii)* o papel das plataformas de corresponsável pela concretização dos direitos fundamentais de seus usuários.

Dados de atuação espontânea das próprias plataformas

130. A reforçar a adequação da natureza da solução proposta, focada na adoção de obrigações “de meio”, de viés procedimental, a partir do estabelecimento de *standards* comportamentais a serem seguidos pelas plataformas digitais em seu dia a dia, sob pena de superação do regime de exclusão de responsabilidade previsto nos artigos 18 e 19 do MCI, rememora-se a significativa atuação que tais companhias já possuem na remoção espontânea de conteúdos que estejam em desconformidade com os seus termos e condições de uso, bem como nas situações previstas no art. 21 e em legislações esparsas, como o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), e a nova Lei das Bets, por exemplo.

131. Nesse sentido, colho do relatório recentemente divulgado pela empresa Meta, que possui como sócias Facebook, Instagram e Threads, que entre 1º de agosto e 31 de outubro de 2024 foram removidos “**mais de 2,9 milhões de conteúdos no**

Facebook, Instagram e Threads no Brasil por violação de nossas políticas de bullying e assédio, discurso de ódio e violência e incitação”⁵⁵.

132. Desse total, **520 mil** conteúdos foram removidos por se enquadrarem como **bullying e assédio**; mais de **550 mil** conteúdos foram removidos por configurarem **discurso de ódio**; e mais de **1,9 milhão** de conteúdos por caracterizarem situações de **violência e incitação**. Ainda de acordo com as informações veiculadas, “em 2023, a Meta detectou e **removeu 2,6 bilhões de contas falsas no Facebook, 98,95% das quais foram detectadas** e removidas **proativamente** pela Meta antes mesmo de serem denunciadas”.

133. Em relação a conteúdos especificamente relacionados às eleições municipais de 2024, a Meta informou que⁵⁶:

“[...] como resultado de nossas políticas e medidas sobre informações falsas, **rotulamos mais de 8,2 milhões de conteúdos no Facebook e no Instagram com verificações de fatos no mês que antecedeu e incluiu o período eleitoral**. Em média, **57% das pessoas que começaram a compartilhar conteúdos verificados não concluíram essa ação após receberem um aviso da Meta** de que os conteúdos haviam sido verificados, **demonstrando o impacto dos esforços de rotulagem na redução da disseminação de informações falsas em ambas as plataformas**. Além disso, removemos **mais de 43.000 anúncios por violarem nossas políticas de informações falsas**.” (grifos acrescentados)

134. Por sua vez, em página na internet dedicada ao seu Relatório de Transparência, o Google informa⁵⁷ ter **removido do YouTube 3.260.974 canais, entre abril e junho de 2024, por violação às regras da comunidade**. Com a remoção do

⁵⁵ *Relatório sobre as medidas adotadas pela Meta para proteger a integridade do processo eleitoral nas nossas plataformas*. Disponível em: <https://about.fb.com/br/news/2024/12/nosso-trabalho-proativo-para-protoger-a-integridade-das-eleicoes-municipais-no-brasil-em-2024/>

⁵⁶ *Ob. cit.*

⁵⁷ Disponível em: https://transparencyreport.google.com/youtube-policy/removals?hl=pt_PT

canal, todos os vídeos nele contidos são removidos. O número de **vídeos removidos** durante esse período **devido apenas à aplicação dessa hipótese** foi de **56.578.636**.

135. Melhor especificando o motivo das remoções de canais acima apontada, o mesmo relatório indica que (i) **2.623.270** canais foram removidos por configurarem *“spam, conteúdo enganador e esquemas”*, o que corresponde a **80,4%** do total; (ii) **164.435** canais foram removidos por violarem políticas de *“segurança infantil”*, representando **5%** do total; (iii) **156.802** remoções foram de canais relacionados a *“nudex ou conteúdo de natureza sexual”*, equivalendo a **4,8%** dos números totais; e (iv) **148.408** canais removidos em razão do enquadramento na categoria *“desinformação”*, correspondendo a **4,6%** do todo⁵⁸.

136. Além dos canais removidos, e dos vídeos removidos em razão da supressão do canal, o relatório menciona, ainda, que a plataforma YouTube removeu **8.497.876 vídeos** de modo específico. Desse montante, 8.198.119 foram removidos após detecção automática; 238.204 por denúncia dos usuários; e 61.553 por ação dos *“membros do Programa de denúncias prioritárias”* (dentre os quais se incluem ONGs e organismos governamentais). Informa-se ainda que em **59,91%** das situações o vídeo foi removido **antes de qualquer visualização**. Quanto ao conteúdo, a fração mais expressiva se deve à *“segurança infantil”*, correspondendo a **5.046.178** vídeos, o que equivale a **59,4%** do total.

137. Interessante a informação de que o **Brasil** ocupa o **3º lugar** em ranking formado por 30 países **com mais vídeos removidos**, perdendo apenas para Índia e Rússia. O relatório baseia-se no endereço IP do remetente no momento em que o vídeo foi carregado.

138. Por fim, o relatório informa que houve **remoção de 1.372.493.981 comentários postados no YouTube**. Em 99,6% dos casos, a remoção se deu por

⁵⁸ Há, ainda, outras subdivisões apresentadas, as quais não se faz menção em razão da fração de menor expressividade. A informação completa pode ser obtida em: https://transparencyreport.google.com/youtube-policy/removals?hl=pt_PT

detecção automática e em apenas 0,4% por “denúncias humanas”. No caso dos comentários, 80,8% das remoções foram de conteúdos enquadrados como “*spam, conteúdo enganador e esquemas*”.

139. No mesmo sentido, colho dos memoriais apresentados pela ByteDance Brasil, na qual figura como sócia a TikTok, que, de acordo com o relatório de transparência mais recente, que cobre o primeiro trimestre de 2024, **a referida plataforma removeu 6,39 milhões de vídeos no mercado brasileiro**, dos quais **99,2% foram identificados proativamente** por violação às Diretrizes da Comunidade ou dos Termos de Serviço, **sem necessidade de qualquer notificação extrajudicial**. Informou-se, ainda, que “*em 90% dos casos, a remoção ocorreu em menos de 24 horas após a publicação*”.

140. Em âmbito global, a mesma empresa informou ter removido 166,99 milhões de vídeos, dos quais 97,7% foram identificados de forma proativa, por violarem as Diretrizes da Comunidade ou dos Termos de Serviço, necessidade de qualquer notificação extrajudicial. Além disso, em 89,8% dos casos as remoções se deram em menos de 24h após a publicação. E **81%, antes mesmo de qualquer visualização**. A plataforma ainda **suspendeu 11,72 milhões de transmissões ao vivo**.

141. A partir das informações coletadas, **verifica-se que, em relação ao universo total de situações identificadas, os casos em que se faz necessária a exigência de notificação**, seja extrajudicial, seja judicial, **para remoção de conteúdo, são, realmente, excepcionais**.

142. E, como tal devem ser tratados. **Isso se dá, sobretudo, em razão da superlativa relevância dos valores constitucionais em disputa**. Valores estes que, com a devida vênia aqueles que possuem compreensão em sentido contrário, **somente podem ser adequadamente aquilatados, caso a caso, a partir dos parâmetros fixados pela Constituição, pelo Poder da República investido da missão de arbitrar controvérsias: o Poder Judiciário, a partir do princípio da reserva**

legal.

Riscos à curadoria de conteúdo promovida pelas próprias plataformas | Limites ao emprego da inteligência artificial

143. A apontada necessidade de submeter ao crivo do Poder Judiciário as situações nas quais a moderação de conteúdo identifica manifestações complexas e ambíguas, em razão da reserva de jurisdição prevista pelo legislador, na tentativa de salvaguardar de modo mais adequado a liberdade de expressão dos usuários da internet é robustecida pelos riscos de se deixar ao talante das próprias plataformas realizar a avaliação dos casos controversos.

144. Em primeiro lugar, não se pode deixar de frisar que, para além da autoridade e institucionalidade que a própria Constituição atribui aos integrantes do Poder Judiciário, revestindo-lhes das garantias da *imparcialidade, inamovibilidade e independência funcional*, há, no caso, em função da indelegabilidade do exercício da jurisdição, um traço especialmente relevante para a situação em análise: a preservação da análise humana para realizar a ponderação entre os valores em jogo, nos cenários de maior controvérsia.

145. Sem olvidar a – *cada vez mais usual* – possibilidade de utilização de instrumentos de inteligência artificial para auxiliar os magistrados a analisar as causas que lhes são submetidas, recorda-se a lição do professor Jordi-Nieva Fenoll, catedrático de Direito Processual da Universidade de Barcelona, para quem **não podemos passar da “justiça dos juízes” para a “justiça dos programadores”**, o que seria democraticamente inadmissível⁵⁹.

⁵⁹ JORDI Nieva-Fenoll. *Inteligencia Artificial y Proceso Judicial: perspectivas ante un alto tecnológico en el camino*. In: *Inteligencia Artificial Legal y Administración de Justicia*. (Org.) LÓPEZ, Sonia Calaza. SÁNCHEZ-ARJONA, Mercedes Llorente. Pamplona/Esp: Editorial Aranzadi, 2022, p. 436.

146. Ainda segundo o professor espanhol⁶⁰:

“É preciso lutar para que tudo o que foi conquistado graças ao **direito ao juiz independente e imparcial**, não se perca se um dia as máquinas influenciarem em maior medida o julgamento. **A independência judicial e a imparcialidade constituem um conceito único formulado de forma geralmente binomial, que tentava garantir que os juízes estivessem livres de influências em seu julgamento** que poderiam ativar suas emoções, de maneira que seu julgamento fosse ilegitimamente alterado por elas. Como eu disse, **espera-se que o juiz tenha uma empatia que reflita o consenso social que tentam refletir as leis**, mas **não ao ponto de manipular o que dizem essas leis até acabar por pervertê-las**, que é o que pode acontecer quando o juiz não é verdadeiramente independente.” (grifos acrescentados)

147. Com esteio no referido apontamento doutrinário, renovando as vênias aqueles que possuem compreensão em sentido diverso, **não vislumbro como transferir às plataformas, e, por consequência, ao algoritmo, o dever de ponderar – de modo automático e artificial – os valores em disputa**, especialmente quando um desses valores é a liberdade de expressão⁶¹.

148. Trata-se de direito fundamental que, como visto, é condição de possibilidade do próprio regime democrático e do Estado Democrático de Direito, tal como o conhecemos, sendo precisamente para sua defesa que se promoveram revoluções, reformas, reconstruções de paradigmas sociais de toda ordem, desde sempre.

149. Direito esse sobre o qual se funda, em última *ratio*, o próprio modelo de prestação jurisdicional contemporaneamente adotado pelas democracias ocidentais.

⁶⁰ *Ob. cit.* p. 436/437.

⁶¹ Para uma análise doutrinária das dificuldades relacionadas à adequada ponderação, em âmbito judicial, do princípio da liberdade de expressão, ver COSTA NETO, João. *Liberdade de expressão: o conflito entre o legislador e o juiz constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2017.

Isso porque, diante da infinidade de possibilidades que a realidade apresenta ao julgador no momento de apreciar determinada contenda, a melhor solução encontrada para que o juiz possa decidir encontra-se centrada precisamente na possibilidade de livremente se expressar sobre a lide, exigindo-se, como contrapartida dessa liberdade que expresse o seu convencimento de forma motivada.

150. Direito esse que decorre mesmo da própria natureza humana, sendo a possibilidade de se expressar sobre os mais variados temas, o traço distintivo mais frequentemente apontado entre nós e as demais espécies de vida com as quais compartilhamos esse planeta⁶².

151. Como conclusão desse específico argumento, permito-me consignar a posição pessoal segundo a qual, à luz de tais elementos, em última análise, **a transferência ao algoritmo da missão de decidir os casos complexos**, objeto de dúvida após análise preliminar, **culmina por esvaziar a relevância do próprio Poder Judiciário**, enquanto legítimo guardião dos direitos fundamentais.

152. Verifico ainda que o modelo proposto nos transfere de um extremo a outro, ou seja: *da impossibilidade de moderação privada do conteúdo digital, em razão da reserva de jurisdição estabelecida em torno da matéria, pelo art. 19, à moderação automatizada, sem análise contextual e pormenorizada realizada por ser humano, delegando-se a atividade à máquina.*

153. Como **segundo** argumento, não se pode deixar de conferir especial atenção à questão da considerável possibilidade de conflito entre (i) as tecnologias e meios empregados para o eventual monitoramento de todo o conteúdo veiculado nas redes e (ii) o direito fundamental à proteção de dados e à privacidade dos seus usuários.

154. Nesse ponto, não se olvida que hoje há fortes indícios de que as plataformas já empreendem severa vigilância sobre o comportamento online dos

⁶² HARARI, Yuval Noah. *Sapiens: uma breve história da humanidade*. 19ª ed. Porto Alegre/RS: L&PM, 2017.

seus usuários. O fenômeno, contudo, não deve ser induzido, ou de qualquer modo autorizado pelo Estado. É o que ocorreria acaso se impusesse um dever de custódia ampla e irrestrita de fiscalização de toda a informação veiculada no mundo virtual.

155. A norma estatal estaria estimulando os provedores privados a incrementar o nível de vigilância sobre o indivíduo, em sentido diametralmente oposto aos direitos fundamentais insculpidos nos incisos IV, V, XII e LXXXIX do art. 5º da Lei Maior, para que, em prol de uma pretensa higidez do universo online, as plataformas lancem mão de arsenal ainda mais robusto de algoritmos e ferramentas tecnológicas de toda espécie necessárias à consecução do objetivo.

156. Atualmente, ao desenvolver suas programações algorítmicas e regras de negócio os provedores de aplicação de internet deveriam – *ao menos, em tese* – atentar para a necessidade de salvaguardar o sigilo dos dados fornecidos pelo usuário, inclusive para o emprego de *big data*, dentre outros mecanismos de tratamento, conforme dispõe a Lei Geral de Proteção de Dados. Com a imposição da vigilância ampla, geral e irrestrita sobre o teor do que é veiculado em seus domínios – *porque orientadas pela disciplina estatal* – surge, no mínimo, um potencial conflito entre aquela primeira obrigação apontada e essa nova missão imposta, na medida em que, consabidamente, tanto melhor seria a acurácia e precisão da tarefa de identificar com rapidez o conteúdo considerado ofensivo quanto maior for o universo e mais variadas forem a natureza e forma de cruzamento dos dados empregados nessa atividade fiscalizatória.

157. Apenas para exemplificar a preocupação, há quem defenda “o aprimoramento dos critérios de identificação de desinformação, por meio do comportamento de contas e não necessariamente de conteúdo”⁶³. Ou seja, as plataformas passaram a traçar um perfil do usuário – *não para fins meramente*

⁶³ VAINZOF, Rony. *Desinformação, autorregulação regulada e responsabilidade das plataformas: Quem deve atuar na linha de frente contra a desinformação, o Judiciário ou as plataformas?* JOTA, 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/artigos/desinformacao-autorregulacao-regulada-e-responsabilidade-das-plataformas>

comerciais, mas – com a intenção de classificá-lo como mais ou menos propício a veicular fake News. Dito de modo direto: como mais ou menos inclinados à prática de ilícitos.

158. Com todas as vênias, seria uma versão mais tecnologicamente sofisticada de uma abordagem lombrosiana do direito sancionador, piorada pela utilização de dados fornecidos pelo próprio usuário para tanto. Quanto ao ponto, é preciso reforçar a substancial e importantíssima distinção entre a eventual possibilidade de fornecimento de dados – *por meio do consentimento com os termos de uso e condições da plataforma* – pelo usuário *(i)* para fins de utilização comercial [ainda que eventualmente violadora de normas consumeristas] e *(ii)* para intensificar o nível de atenção e fiscalização sobre determinado indivíduo, particularmente considerado, a partir de seus próprios dados e comportamento digital, mais inclinado à prática – *futura* – de atividades desviantes. Com as devidas vênias, penso que a distinção das situações é evidente. Assim como é de clareza solar o maior nível de risco de ofensa ao direito fundamental – *cuja superlativa relevância já foi objeto de exposição* – à liberdade de expressão do indivíduo que, mais vigiado, ficará consideravelmente mais suscetível ao denominado efeito “silenciador” (*chilling effect*).

159. Por fim, em **terceiro** lugar, exemplos de erros de moderação de conteúdo trazidos pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor [IDEC] bem ilustram as dificuldades operacionais experimentadas pelo algoritmo para promover a referida remoção. Nesse sentido, verificou-se: *(i)* a retirada de vídeos sobre conscientização do autoexame para evitar ou diagnosticar precocemente o câncer de mama; *(ii)* a eliminação da postagem feita pela poetisa paquistanesa Rupi Kaur contendo uma imagem de uma mulher em período menstrual⁶⁴; *(iii)* o fato de que mecanismos automatizados tendem a considerar jargões da linguagem LGBT – *vistos fora de contexto como “desrespeitosos”* – como mais “tóxicos” que aqueles utilizados por

⁶⁴ MORENO, Jesús. *Por que o Instagram vetou a imagem de garota menstruada*. BBC News. Disponível em . Acesso em 26 nov. 2019.

grupos de supremacistas brancos, falhando no reconhecimento de seu valor social.⁶⁵

160. Especificamente em relação aos **direitos do consumidor**, o IDEC aponta para os potenciais efeitos negativos quanto ao dever de informação adequada. De acordo com o raciocínio apresentado:

“[...] com a possível declaração de inconstitucionalidade do art. 19 do MCI, a preocupação é de que o consumidor tenha seu direito afetado com seu conteúdo sendo retirado indevidamente, o que não prejudica somente o exercício de seu direito básico de liberdade de expressão, como potencialmente suprime o direito à informação de interesse público, seja essa informação de cunho político ou cultural. Exemplo relevante diretamente ligado ao exercício do direito do consumidor está na publicação de suas opiniões e críticas a produto ou serviço de um fornecedor, em rede social ou sites de reclamações.

160. **As avaliações dos consumidores sobre produtos e serviços ganharam força nos últimos anos, se tornando instrumento para o exercício do direito à informação.** Consumidores de forma individualizada e a sociedade como um todo têm ganhado com essa troca de informações.

161. **É provável que diversos comentários sejam excluídos em virtude de notificações realizadas pelas empresas ofendidas, tendo em vista as dificuldades de moderação de conteúdo com a grande quantidade de notificações.**

162. **A exclusão indevida de opiniões de consumidores afetaria não somente o direito de liberdade de expressão do consumidor autor, como potencialmente afetaria o direito à informação de milhares de outros consumidores, violando o art. 6º, inc. III, CDC.”** (e-doc. 162, p. 28; grifos

⁶⁵ GOMES, Alessandra; ANTONIALLI, Denny; OLIVA, Thiago Dias. *Drag queens e Inteligência Artificial: computadores devem decidir o que é ‘tóxico’ na internet?*. InternetLab. Disponível em <http://www.internetlab.org.br/pt/liberdade-de-expressao/drag-queens-e-inteligencia-artificial-computadores-devem-decidir-o-que-e-toxico-na-internet/>. Acesso em 26 nov. 2024.

acrescidos)

161. Como efeito negativo específico, faz-se referência a situação da Wikimedia, empresa responsável pela **Wikipedia**. Operando sem fins lucrativos, e com mais de 1.101.391 artigos em língua portuguesa, e 6.641.966 artigos em inglês, além de conteúdos em outras 300 idiomas, a plataforma tem foco inegavelmente educacional. De acordo com as informações prestadas aos autos, além de não auferir lucro, o sítio eletrônico se organiza em torno da moderação realizada pelos próprios usuários, os quais, inquestionavelmente, possuem maior condição de atestar a higidez da informação inserida, dada a natureza enciclopédica da plataforma, que abarca matérias dos mais variados campos do conhecimento científico.

162. Trata-se de modelo de organização que potencializa aspecto já peculiar da plataforma em questão: dado o seu foco no conteúdo acadêmico, potencializa-se, em tese, a liberdade de expressão, em razão da denominada “*liberdade de cátedra*”, inerente à atividade educacional e objeto de especial atenção pelo constituinte de 1988, conforme se verifica do art. 206, II, da Lei Maior⁶⁶.

163. Nessa conjuntura, ponderam os responsáveis pela plataforma sua peculiar dificuldade em moderar o conteúdo nela veiculado de modo direto, ou seja, sem o envolvimento e atuação da comunidade de autores coletivamente organizada:

“Para que um conteúdo seja excluído de uma plataforma, faz-se necessário realizar um juízo de valor a respeito do conteúdo publicado. E este é, justamente, o grande desafio que se apresenta aos provedores de aplicações que hospedam conteúdo criado por terceiros: determinar o momento em que a análise de conteúdo deve ser feita e analisar se o conteúdo publicado viola, ou não, os direitos de outrem. Este desafio é ainda maior para a Wikimedia na Wikipedia, notadamente por ela adotar

⁶⁶ “Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

(...)

II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;”

um sistema de autorregulação na produção do conteúdo disponibilizado fundado na atuação dos colaboradores que integram sua comunidade. Esse modelo de sucesso adotado pela Wikimedia na Wikipedia poderia ser inviabilizado com a atribuição de responsabilidade indiscriminada ao provedor de aplicação pelo conteúdo de terceiros. Novamente se reforça: a Wikimedia é uma fundação sem fins lucrativos e trabalha mediante doações e contribuição voluntária de editores; sendo assim, **a Wikimedia não pode impor aos seus editores e administradores a responsabilidade pela moderação, mas, ao mesmo tempo, alterar a autorregulação prejudicaria o modelo de operações atualmente adotado.**

[...] **Se a inconstitucionalidade do artigo 19 do Marco Civil da Internet for declarada, contudo, a remoção ou não do conteúdo alegadamente ilícito passaria a ser um decisão centralizada nas mãos da própria Wikimedia, que teria que decidir com base em informações unilaterais fornecidas extrajudicialmente pelas partes, independentemente da matéria e da complexidade do tema, mas principalmente alijando toda a comunidade da Wikipedia da tarefa de garantir a qualidade das informações disponibilizadas e a sua aderência às regras estipuladas.**

18.2. Ao forçar a centralização e transferência da tomada de decisões para a Wikimedia, estar-se-ia retirando essa prerrogativa dos membros locais e experientes de cada comunidade. Ocorre que **são os membros das comunidades locais os mais capazes e eficientes para corrigir eventuais erros, pois são fluentes no assunto, idioma e costumes locais.** Além de não ter ingerência sobre o conteúdo, a Wikimedia não tem recursos financeiros para a contratação de uma equipe especializada com experiência em todos os 322 idiomas diferentes dos conteúdos cobertos pela Wikipedia. Inevitavelmente, a qualidade da informação na Wikipedia e em outros projetos de conhecimento livre ficaria comprometida.

18.3. **A declaração de inconstitucionalidade do art. 19 do Marco Civil da Internet feriria de morte o modelo de produção e autorregulação descentralizada dos artigos disponibilizados na Wikipedia.** Note-se que, no Brasil, a Wikipedia possui atualmente 717 autorrevisores, 9 burocratas,

15 eliminadores e diversos administradores. Com uma equipe global de aproximadamente 700 funcionários no total, a Wikimedia certamente não poderia dedicar uma equipe tão robusta e eficiente para o controle e moderação de conteúdo da Wikipedia em português.” (e-doc. 268, p. 20/21; grifos acrescidos)

164. Portanto, como base nessa conjuntura de fatores, ratifico a maior adequação da alternativa descortinada pelo estímulo às práticas de *compliance*, capazes de fornecer solução procedimentais, consideravelmente menos invasivas e problemáticas do que aquelas centradas na exigência de remoção direta de conteúdo e perfis não objetivamente identificáveis pelas próprias plataformas e seus algoritmos. Passo a abordar o ponto de modo mais específico a seguir.

Obrigações procedimentais | Devido procedimento para remoção de conteúdo | dever de transparência na moderação

165. Ao estipular obrigações procedimentais para a própria plataforma, trabalha-se com esteio na previsão contida no **art. 3º, VI, do Marco Civil da Internet**, segundo a qual a disciplina da rede mundial de computadores no Brasil deve ter como princípio a *“responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei”*.

166. Isso porque, por óbvio, tais **imposições** recaem **diretamente sobre a própria plataforma digital**. O cenário é substancialmente **distinto** daquele verificado na tentativa de **responsabilização** das aplicações **por ato de terceiro** (*frisando mais uma vez, deixa-se de responsabilizar a plataforma pelo teor do conteúdo expresso por terceiro, ou pela sua não remoção em determinado caso concreto, descortinando-se a possibilidade de responsabilização por falha na observância de obrigação própria, de natureza procedimental*).

167. Em reforço, vale realçar que a abordagem proposta guarda maior consonância com as tentativas de promover a **autorresponsabilidade** das pessoas jurídicas, a partir do sancionamento de condutas que lhes possam ser diretamente

imputadas (a exemplo das teorias que giram em torno de conceitos como “*fato de conexão*”, “*defeito organizacional*”, “*culpabilidade pelo caráter da empresa*”, “*culpabilidade pela condução da atividade empresarial*”, “*culpabilidade pelo déficit de autorregulação permanente*” etc), em contrapartida ao sistema clássico de heterorresponsabilidade (ou responsabilidade vicarial)⁶⁷.

168. Nessa conjuntura, as atenções se voltam ao adequado esquadramento dos **Termos e Condições de Uso** estipulados pelas plataformas. A rigor, ao estabelecerem as “regras da comunidade” esses termos se consubstanciam no próprio **plano de integridade** (*compliance*) da empresa.

169. Em razão dessa condição, a partir da adoção de um modelo de **autorregulação regulada** tais Termos e Condições de Uso devem ser submetidos ao crivo, supervisão e constante monitoramento das instâncias reguladoras. Em contrapartida, cabe a essas autoridades sinalizar para os regulados os objetos específicos de suas preocupações, a fim de que, ao elaborarem suas próprias normas, as empresas possam contemplar, de modo mais adequado às suas peculiaridades, tais pontos de atenção indicados.

170. Nesse sentido, recorda-se o escólio do professor Márcio Iorio⁶⁸:

“A autorregulação regulada, autorregulação constrangida, com constrangimento estatal ou *enforced self-regulation* é um meio termo entre a estratégia de autorregulação propriamente dita e a de comando e controle em que **a empresa é obrigada a produzir um conjunto de normas que cubram uma determinada área de preocupação do regulador, submetendo-as a ele para ratificação, com a possibilidade de que sejam**

⁶⁷ ALBUQUERQUE, Eduardo Lemos Lins. *Risco, autorregulação e compliance: bases para um modelo de responsabilização autônoma das pessoas jurídicas no direito penal*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Programa de Pós-Graduação em Direito, Recife, 2017.

⁶⁸ ARANHA, Márcio Iorio. *Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório*. 5ª. ed. rev. ampl. Londres: Laccademia Publishing, 2022, p. 160.

reenviadas ao regulado para aprimoramentos. Após ratificação, suas eventuais violações são punidas com atuação direta do regulador. O diferencial dessa estratégia para a de comando e controle está em que o regulado passa a ser regido por um regime jurídico específico, sem que o Estado seja obrigado a idealizar normas com pretensão de aplicação universal desconectadas das reais condições de implementação e motivações de cada ator regulado.” (grifos acrescidos)

171. Além do foco nos Termos de Uso e Condições, deve-se acentuar a necessidade de **criação de uma estrutura específica, dotada de autonomia e suficiência de recursos operacionais** (de pessoal, financeiro, logísticos etc.), **revestida da autoridade para implementar e supervisionar o cumprimento do plano de conformidade da empresa.** Quanto ao ponto, a doutrina observa o seguinte⁶⁹:

“Além da característica de existência de normas escritas privadamente e ratificadas publicamente, **outro elemento próprio à autorregulação regulada** – ou autorregulação com constrangimento estatal – da teoria responsiva **está em se exigir da empresa que internalize custos de fiscalização por intermédio da criação de departamento ou grupo de conformidade interno à empresa com o objetivo de monitorar a observância das normas e recomendar ações disciplinares contra os infratores.** O fracasso em reverter a situação de desconformidade por parte da empresa, de corrigir a atuação desconforme ou de implementar recomendações de punições disciplinares resulta em **comunicação compulsória, por parte da diretoria de compliance, à agência reguladora.**

172. Nesse diapasão, exige-se da instância regulatória que⁷⁰:

“[...] a) somente ratifique regras de conduta empresarial que

⁶⁹ *Ob. cit.* p. 161.

⁷⁰ *Ob. cit.* p. 161.

satisfaçam as políticas públicas governamentais; **b)** garanta que o departamento ou grupo de compliance da empresa tenha independência na estrutura hierárquica societária; **c)** realize a averiguação dos livros de registro da atuação desse grupo; **d)** implemente fiscalizações pontuais para avaliar se o grupo está cumprindo sua finalidade de detecção de violações às normas; e **e)** abra processos administrativos contra empresas que tenham subvertido a atuação do grupo de compliance.” (grifos acrescidos)

173. Partindo dessa compreensão, segundo a qual se deve preservar e fortalecer o ecossistema adequado à adoção de mecanismos de **autorregulação regulada**, por meio do estabelecimento de **obrigações procedimentais**, passa-se a enfocar de modo mais pormenorizado as alternativas regulatórias que poderiam ser empregadas pelo legislador para estimular a adoção de comportamentos, pelas plataformas digitais, aptos a lhes conferir maior integridade.

174. Princípio rememorando os parâmetros do novo marco legal alemão (NetzDG), que, de acordo com Rony Vainzof, não promove a responsabilização das plataformas digitais simplesmente por *“não remover conteúdos livremente”*. Ao invés disso, *“a plataforma se torna responsável na medida em que não adota procedimentos para notificação, remoção de conteúdo e direito de defesa”*⁷¹.

175. Ainda segundo o mesmo articulista, a legislação alemã estabelece **(i) rol taxativo** dos conteúdos considerados manifestamente ilegais (a exemplo do art. 21 do MCI), os quais devem ser removidos em até 24 horas **após a notificação** [trata-se de ilícitos tipificados penalmente, como, p.ex. racismo]; **(ii) a possibilidade de remoção de outros conteúdos classificados como ilegais**, em até 7 dias após a devida notificação; **(iii) a possibilidade de dilação do prazo** de 7 dias, no caso de dúvidas da plataforma sobre a ilegalidade do conteúdo, podendo, nessas situações, submeter o caso a órgão de controle específico, no sistema de autorregulação regulada; **(iv) a**

⁷¹ VAINZOF, Rony. *Desinformação, autorregulação regulada e responsabilidade das plataformas: Quem deve atuar na linha de frente contra a desinformação, o Judiciário ou as plataformas?* JOTA, 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/artigos/desinformacao-autorregulacao-regulada-e-responsabilidade-das-plataformas>

obrigação de **elaboração de relatórios periódicos** sobre o tratamento dos pedidos de moderação recebidos; *(v)* a necessidade de **criação de um órgão de autorregulação regulada**, o qual deve ser **chancelado pelo Ministério da Justiça alemão, que avaliará sua independência** e a experiência dos examinadores.

176. Ainda no âmbito da experiência europeia, colhe-se *(vi)* a necessidade de **publicidade e transparência quanto aos critérios e procedimentos adotados para remoção de conteúdo**, evitando práticas como o *shadowbanning*⁷². Nessa direção, rememoram-se os dados apresentados acima, disponibilizados pelas próprias plataformas, que indicam [a] os motivos pelos quais determinado conteúdo foi removido, [b] se a remoção ocorreu de forma automatizada; [c] se dependeu de notificação, [d] se essa notificação foi judicial ou extrajudicial.

177. Em outra vertente do dever de **accountability**, *(vii)* as plataformas devem ser **capazes de identificar [a] se determinado conteúdo foi objeto de impulsionamento**, e, em caso positivo, se essa amplificação [i] foi patrocinada ou [ii] partiu de iniciativa direta da própria plataforma.

178. Na tentativa de fornecer informações adequadas ao usuário, buscando sua maior conscientização, as plataformas também devem *(viii)* **rotular conteúdos** considerados [a] sensíveis, [b] de veracidade duvidosa, [c] produzidos por inteligência artificial⁷³, [d] classificados como propaganda comercial etc. Quanto ao impacto causado pela aposição de rótulos aos conteúdos, citam-se os dados extraídos do relatório apresentado pela Meta acerca da atuação do Facebook e Instagram durante o trimestre que antecedeu as eleições municipais de 2024 no Brasil: “Em

⁷² A IA do Google apresenta a seguinte definição de *shadowbanning*: “técnica utilizada por redes sociais para restringir o alcance de um usuário sem que ele perceba. O objetivo é prejudicar o desempenho das publicações e da conta, sem informar o usuário do bloqueio”.

⁷³ No âmbito eleitoral, a exigência de identificação do uso de IA está prevista na Resolução nº 23.610/2019, alterada pela Resolução nº 23.732/2024. Por meio desta última norma, incluiu-se o art. 9º-B, com a seguinte redação: “A utilização na propaganda eleitoral, em qualquer modalidade, de conteúdo sintético multimídia gerado por meio de inteligência artificial para criar, substituir, omitir, mesclar ou alterar a velocidade ou sobrepor imagens ou sons impõe ao responsável pela propaganda o dever de informar, de modo explícito, destacado e acessível que o conteúdo foi fabricado ou manipulado e a tecnologia utilizada”.

média, 57% das pessoas que começaram a compartilhar conteúdos verificados não concluíram essa ação após receberem um aviso da Meta de que os conteúdos haviam sido verificados, demonstrando o impacto dos esforços de rotulagem na redução da disseminação de informações falsas em ambas as plataformas”.

179. As plataformas devem atentar, ainda, para a possibilidade de **(ix) limitar o alcance de determinadas publicações** mediante *fact-checking* e **calibragem de algoritmos**; **(x) coibir a utilização de contas inautênticas** ou automatizadas para práticas nocivas; **(xi) impedir a monetização e/ou impulsionamento de contas utilizadas para prática de condutas ilícitas**; **(xii) promover varreduras para eliminação de contas inautênticas e bots** empregados para práticas ilícitas; **(xiii) adotar medidas técnicas para detecção e combate a fraudes**; **(xiv) estabelecer protocolos para verificação de autenticidade de contas e conteúdo nos casos em que receba denúncia** por desrespeito às suas políticas.

180. Enfoca-se com especial realce a obrigação procedimental de **(xv) criação de um canal adequado para o recebimento e tratamento de denúncias**, anônimas ou não, realizadas pelos próprios usuários, reportando condutas que estejam em desconformidade com a legislação ou os Termos e Condições de Uso estipulados pelas plataformas. A doutrina do *compliance* identifica na higidez desse mecanismo de comunicação de desconformidades (“*whistleblowing*”) um dos pontos centrais do êxito da política de integridade da companhia.

181. Por fim, **nos casos em que admitida a remoção de conteúdo sem ordem judicial**, é preciso assegurar a observância de protocolos que assegurem um **procedimento devido**, capaz de garantir a possibilidade do usuário **[a]** ter acesso às motivações da decisão que ensejou a exclusão, **[b]** que essa exclusão seja feita preferencialmente por humano [*uso excepcional de robôs e inteligência artificial no comando de exclusão*]; **[c]** possa recorrer da decisão de moderação, **[d]** obtenha resposta tempestiva e adequada da plataforma, dentre outros aspectos inerentes aos princípios processuais fundamentais.

182. Nessa perspectiva, entre *(i)* responsabilizar as plataformas por ato de terceiro, e *(ii)* estabelecer um regime de imunização ampla, geral e irrestrita aos provedores de aplicações de internet, penso que a melhor alternativa é *(iii)* mirar na fixação de padrões comportamentais voltados à atuação da própria plataforma – *ao invés de seus usuários* –, responsabilizando-a pelo descumprimento de um dever de boa governança empresarial que lhe tenha sido diretamente imputado.

183. Como acima demonstrado, ao seguir esse caminho, o leque de opções que se abre é vasto, capaz de abranger temas como [a] mecanismos para maior transparência na moderação de conteúdo; [b] procedimentos adequados para sua remoção; [c] protocolos de atuação capazes de robustecer a integridade no ambiente digital, de forma geral.

Distinção especialmente necessária: *casos de não responsabilização das plataformas não necessariamente significa caso de não responsabilização*

184. Em estudo elaborado para o Tema 987, o professor Gustavo Binimbojm enfoca especial atenção ao aspecto sempre lembrado por aqueles que defendem a necessidade de um controle mais incisivo sobre as redes sociais: “[e]mbora a liberdade de expressão possua posição de destaque no sistema constitucional, as situações concretas de abuso dessa liberdade devem ser – e efetivamente são – passíveis de responsabilização a posteriori, inclusive como forma de evitar que o exercício das liberdades discursivas por alguns signifique a violação aos direitos fundamentais de outros” (e-doc. 254, p. 14).

185. O renomado professor carioca fundamenta a assertiva [a] no reconhecimento, pela CF/88, do direito à indenização por abusos à manifestação de ideias, tal como se extrai dos incisos V e X do art. 5º; [b] na ausência de previsão expressa de qualquer imunidade, em altiplano constitucional, direcionada às plataformas digitais (diversamente do que verificado, por exemplo, no caso dos congressistas, cf. art. 53 da Lei Maior); e [c] na jurisprudência dessa Suprema Corte quanto à possibilidade de condenação reparatória nesses casos.

186. Ocorre que, com todas as vênias, do texto normativo do artigo 19 não há como extrair uma norma de imunidade material absoluta. A toda evidência, o legislador concebeu comando legal que se volta a **destinatário específico**: *os provedores de aplicações de internet*. Isso porque figurariam como mero intermediador entre aquele que proferiu o discurso, os seus destinatários e aqueles eventualmente atingidos pela manifestação. Por óbvio, a ausência de responsabilização desse específico intermediário **não afasta a possibilidade de responsabilização do efetivo emissor da manifestação eventualmente violadora** de direito fundamental de titularidade de terceiros.

187. O **caso concreto subjacente ao Tema 987** é exemplificativo do ponto que se busca aclarar. Veja-se que ao tempo em que afastou a possibilidade de responsabilização da rede social no âmbito da qual perpetrada a ofensa, o magistrado determinou a identificação específica dos dados particulares dos indivíduos envolvidos, possibilitando que a vítima pudesse buscar a indenização que perseguia de quem era diretamente responsável. Por outro lado, ao reformar essa decisão, a Turma Recursal não apenas reconheceu a possibilidade de responsabilizar a plataforma social, como igualmente suprimiu a obrigação de identificação dos indivíduos que efetivamente proferiram as manifestações ilícitas. Nessa perspectiva, veja-se que **não houve compartilhamento, mas assunção da responsabilidade – transferindo-a do real ofensor para o canal no qual se veiculou a ofensa**.

188. Portanto, a distinção que ora se busca sublinhar não é óbvia ou desimportante, devendo ser objeto de devida atenção: *o artigo 19 não erige sistema de imunidade material absoluta, tornando impassíveis de ulterior responsabilização as manifestações veiculadas em mídia digital*. Em verdade, o que o dispositivo prevê é a ratificação de regra geral prevista no Código Civil, segundo a qual a solidariedade não se presume (CC, art. 265), devendo estar expressamente prevista em lei. No presente caso, o legislador optou por expressamente afastá-la em lei. Ao ofendido restará buscar a indenização pelo direito violado diretamente em face do real ofensor. Em sentido diametralmente oposto, frise-se, a decisão judicial sob exame sequer

adotou lógica de solidariedade, promovendo, na realidade, a transferência da responsabilidade do real ofensor para a instância intermediária.

189. Isso não significa que, em situações específicas, a responsabilização da plataforma não possa estar configurada. Como exemplo mais evidente, rememore-se a situação dos “*perfis robôs*”. Neste caso, não se afigura presente sequer o bem jurídico que o dispositivo em análise visa expressamente tutelar: *a liberdade de expressão*⁷⁴. Por isso, não há que se cogitar da incidência da regra na espécie. Ademais, trata-se de situação de falha na prestação do serviço integralmente atribuída à plataforma, que falha na observância de dever que espontaneamente assumiu (autoimposição).

190. Acerca da *responsabilidade do intermediário*, recordam-se as conclusões alcançadas pelo então *Relator Especial das Nações Unidas sobre a Promoção e Proteção do Direito à Liberdade de Opinião e Expressão*, Frank La Rue, no **Informe A/HRC/17/27**:

“74. Los intermediarios contribuyen de manera destacada a que los usuarios de Internet disfruten de su derecho a la libertad de expresión y accedan a la información. En vista de la influencia sin precedentes que ejercen estos intermediarios en la manera y el contenido de lo que circula por Internet, los Estados han procurado, cada vez con más empeño, controlarlos y considerarlos jurídicamente responsables si no impiden el acceso a contenido que se considera ilegal.

75. El Relator Especial pone de relieve que las medidas de censura nunca deben delegarse en entidades privadas y que no debe considerarse a los intermediarios responsables por negarse a adoptar medidas que vulneren los derechos humanos de las personas. Toda solicitud dirigida a intermediarios a efectos de impedir el acceso a determinados contenidos o revelar información privada con fines rigurosamente limitados, como por ejemplo de administración de la justicia penal, deberá ir precedida de

⁷⁴ Como frisa a locução inicial do dispositivo, a regra do artigo 19 foi concebida “[c]om o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura”.

una orden dictada por un tribunal o un órgano competente que sea independiente de cualquier influencia indebida de tipo político, comercial u otro tipo.

76. Aunque los Estados son los principales garantes de los derechos humanos, el Relator Especial subraya que las empresas también son responsables de respetar los derechos humanos, lo que significa que deben actuar con la debida diligencia para no vulnerar los derechos de las personas. Así pues, el Relator Especial recomienda a los intermediarios que toda restricción de estos derechos vaya precedida de una intervención judicial; ser transparentes ante el usuario y, cuando proceda, ante el público en general, con respecto a las medidas adoptadas; advertir por adelantado a los usuarios, en la medida de lo posible, antes de aplicar medidas restrictivas, y reducir estrictamente al mínimo los efectos de las restricciones impuestas al contenido en cuestión. Por último, los usuarios afectados deben disponer de reparaciones eficaces, incluida la posibilidad de recurrir mediante los procedimientos establecidos por el intermediario o por una autoridad judicial competente.

77. El Relator Especial encomia la labor llevada a cabo por organizaciones y personas para determinar la situación mundial de los obstáculos en línea al derecho a la libertad de expresión. Alienta en particular a los intermediarios a revelar detalles sobre las solicitudes de retirada de contenidos y la accesibilidad de los sitios web. Además, recomienda a las empresas que establezcan condiciones de servicio claras e inequívocas de conformidad con las normas y principios internacionales en materia de derechos humanos y que examinen de forma permanente la repercusión de sus servicios y tecnologías en el derecho de sus usuarios a la libertad de expresión, así como en los posibles escollos derivados de su uso indebido. El Relator Especial considera que esa transparencia contribuirá a promover la rendición de cuentas y el respeto de los derechos humanos.””

191. Nesse sentido, também aponta a **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**, que em seu **artigo 13** dispõe o seguinte:

“1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei a ser necessárias para assegurar:

- a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou
- b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de freqüências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.

5. 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.”

192. Na mesma direção aponta a chamada **Declaração de Manila**, firmada por **cento e onze organizações de proteção aos direitos humanos**, provenientes de diversos países de todos os continentes. Dentre os princípios elencados, realçam-se os seguintes:

Princípio 1.d: “Os intermediários nunca devem ser estritamente responsabilizados por hospedar conteúdos ilegais de terceiros, nem devem ser obrigados a monitorar conteúdos de maneira proativa como parte de

um regime de responsabilidade de intermediários.”

Princípio 2.a: “Os intermediários não devem ser obrigados a restringir conteúdos a menos que uma ordem determinando que o material em questão é ilegal tenha sido emitida por uma autoridade judicial independente e imparcial.”

193. Ainda no âmbito das Nações Unidas, menciona-se documento mais recente da Relatoria Especial sobre Liberdade de Expressão, elaborado para o Conselho de Direitos Humanos, no qual se mantém a recomendação segundo a qual *“Estados apenas devem buscar restringir conteúdo segundo uma ordem emanada por uma autoridade judicial independente e imparcial, e de acordo com o devido processo legal e padrões de legalidade, necessidade e legitimidade”*. A recomendação orienta ainda que os Estados *“devem evitar delegar a responsabilidade para empresas de adjudicar conteúdo, o que faria prevalecer o juízo das empresas sobre os valores dos direitos humanos, em prejuízo dos usuários”*⁷⁵.

194. Em âmbito jurisprudencial, a questão foi submetida ao crivo do Superior Tribunal de Justiça através de aparente conflito entre as normas relacionadas ao **direito do consumidor** e às disposições do Marco Civil da Internet. Como se colhe da decisão proferida no REsp 1.193.764/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 14/12/2010, p. 08/08/2011, o STJ bem distinguiu as hipóteses em que se busca a responsabilidade das plataformas por danos causados por **atos de terceiros** da responsabilidade dessas aplicações com relação às **atividades que lhe são intrínsecas**.

“DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. PROVEDOR DE CONTEÚDO. FISCALIZAÇÃO PRÉVIA DO TEOR DAS INFORMAÇÕES POSTADAS NO SITE PELOS

⁷⁵ United Nations, *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, 6 de abril de 2018, parágrafos 66 e 68, disponível em: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g18/096/72/pdf/g1809672.pdf?OpenElement>. Tradução livre.

USUÁRIOS. DESNECESSIDADE. MENSAGEM DE CONTEÚDO OFENSIVO. DANO MORAL. RISCO INERENTE AO NEGÓCIO. INEXISTÊNCIA. CIÊNCIA DA EXISTÊNCIA DE CONTEÚDO ILÍCITO. RETIRADA IMEDIATA DO AR. DEVER. DISPONIBILIZAÇÃO DE MEIOS PARA IDENTIFICAÇÃO DE CADA USUÁRIO. DEVER. REGISTRO DO NÚMERO DE IP. SUFICIÊNCIA.

1. A exploração comercial da internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90.

2. O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo “mediante remuneração” contido no art. 3º, § 2º, do CDC deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor.

3. A fiscalização prévia, pelo provedor de conteúdo, do teor das informações postadas na web por cada usuário não é atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não examina e filtra os dados e imagens nele inseridos.

4. O dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no site pelo usuário não constitui risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/02.

5. Ao ser comunicado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, deve o provedor agir de forma enérgica, retirando o material do ar imediatamente, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada.

6. Ao oferecer um serviço por meio do qual se possibilita que os usuários externem livremente sua opinião, deve o provedor de conteúdo ter o cuidado de propiciar meios para que se possa identificar cada um desses usuários, coibindo o anonimato e atribuindo a cada manifestação uma autoria certa e determinada. Sob a ótica da diligência média que se espera do provedor, deve este adotar as providências que, conforme as circunstâncias específicas de cada caso, estiverem ao seu alcance para a

individualização dos usuários do site, sob pena de responsabilização subjetiva por culpa *in omittendo*.

7. Ainda que não exija os dados pessoais dos seus usuários, o provedor de conteúdo, que registra o número de protocolo na internet (IP) dos computadores utilizados para o cadastramento de cada conta, mantém um meio razoavelmente eficiente de rastreamento dos seus usuários, medida de segurança que corresponde à diligência média esperada dessa modalidade de provedor de serviço de internet.

8. Recurso especial a que se nega provimento.”

195. Por essa ótica, em plena consonância com o valor maior da liberdade de expressão e com a necessária relação de causalidade exigida para que se promova a responsabilização de alguém, ainda que de modo objetivo, **às plataformas digitais impõe-se o dever de identificação do usuário efetivamente perpetrador de ofensa à direito de titularidade de terceiro**. Acaso falhe no cumprimento desse dever, deixando de agir com a devida diligência, dá ensejo à sua ulterior responsabilização, em análise sempre circunstanciada pelas peculiaridades inerentes ao caso concreto.

196. Apenas à título de esclarecimento, registra-se que após a entrada em vigor do Marco Civil da Internet o Superior Tribunal de Justiça manteve estável a sua jurisprudência em relação ao tema, continuando a distinguir as situações relacionadas a (i) atos de terceiros (ii) daquelas que decorram de atividades que são intrínsecas às atividades das plataformas.

197. Promoveu-se atualização, apenas, quanto ao momento a partir do qual a responsabilização dos provedores de aplicação de internet seria possível, naquela última hipótese, de modo a assimilar o marco temporal expressamente indicado pelo diploma legislativo em questão: fixando-se como termo inicial da possível responsabilização das plataformas a data da sua notificação da decisão judicial que

determinara atuação de modo específico e particularizado⁷⁶. Portanto, manteve-se hígida a compreensão segundo a qual **as plataformas não possuem um dever de vigilância ex ante geral e irrestrita, de modo a fiscalizar a adequação do conteúdo produzido e disponibilizado pelos seus usuários.**

198. Todo esse conjunto de ideias está em plena consonância com o denominado **princípio da inimputabilidade de rede**⁷⁷, reconhecido pelo **Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.Br)** – instituído pelo Decreto nº 4.829/2003 – no âmbito do “*Decálogo de Princípios para a governança e uso da Internet no Brasil*”⁷⁸.

199. Repisa-se, por fim, que a partir desse enfoque não se pretende defender a irresponsabilidade das plataformas. O que se busca é, em defesa da liberdade de expressão, condicionar essa responsabilização por discurso de terceiro apenas aos casos em que verificado o descumprimento de um dever procedimental, apto a demonstrar que não atuou com a devida diligência.

(im)possibilidade de remoção de perfis | contas | páginas pessoais etc.

200. No que concerne à remoção de perfis, o Informe A/HRC/17/27, apresentado pelo *Relator Especial das Nações Unidas sobre a Promoção e Proteção do Direito à Liberdade de Opinião e Expressão*, Frank La Rue, chega à seguinte conclusão:

“78. Aunque las medidas de bloqueo y filtrado niegan el acceso de los usuarios a determinados contenidos de Internet, los Estados también han adoptado medidas para interrumpir por completo el acceso a Internet. El Relator Especial considera que **la interrupción del acceso de los usuarios a**

⁷⁶ STJ, REsp 1694405/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 19/06/2018, DJe 29/06/2018.

⁷⁷ FAUSTINO, André; FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *O princípio da inimputabilidade da rede e a remoção de conteúdo dos provedores de aplicações de internet*. Revista Jurídica Cesumar, set/dez 2017, v. 17, nº 3, p. 818. Eis o teor do princípio 7 do Decálogo mencionado: “*O combate a ilícitos na rede deve atingir os responsáveis finais e não os meios de acesso e transporte, sempre preservando os princípios maiores de defesa da liberdade, da privacidade e do respeito aos direitos humanos*”.

⁷⁸ De acordo com informações aportadas aos autos pelo Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR (NIC.Br), em manifestação de solicitação de ingresso na condição de *amicus curiae* no RE nº 1.037.396/SP (Tema 987) (e-doc. 197, p. 5).

Internet, sea cual sea la justificación aducida, incluso por motivos de violación de la legislación en materia de derechos de propiedad intelectual, es una medida desproporcionada y, en consecuencia, una violación del artículo 19, párrafo 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.”

201. O dispositivo convencional suso mencionado, o art. 19, parágrafo 3, do **Pacto Internacional de Direitos Civis e Públicos** – *devidamente assimilado ao ordenamento jurídico brasileiro* – dispõe o seguinte:

“1. Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.

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

3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Conseqüentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para:

- a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
- b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.”

202. Especificamente em relação à possibilidade de remoção de perfis, contas, ou páginas pessoais, porque vinculadas a indivíduos particularmente identificados, ensejando, por meio de sua supressão, a exclusão de um determinado espaço público digital, interditando de maneira prévia a sua faculdade de se manifestar – *independentemente da eventual responsabilidade posterior, no caso de ofensa verificada e devidamente apurada* – compreendo que **a medida viola uma série de direitos e garantias fundamentais do cidadão.**

203. Como já tive oportunidade de afirmar na **ADI nº 7.261/DF**, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, j. 19/12/2023, p. 06/03/2024, penso que, com base na premissa de que “os direitos *offline* devem ser igualmente assegurados *online*”, a possibilidade de suspensão definitiva ou temporária de perfis, contas ou canais mantidos em mídias sociais – *sem previsão em qualquer diploma normativo editado pelo Poder Legislativo* –, afigura-se de todo inconstitucional. Isso porque **os denominados direitos digitais dependem, como condição *sine qua non*, da preservação de uma “existência online”**.

204. Nesse particular, não é demais rememorar que na sociedade contemporânea o *perfil*, a *conta* ou o *canal mantido em mídia social* caracterizam-se como verdadeiro “avatar” do indivíduo. Em última análise, portanto, a manutenção de um *perfil* em aplicativo virtual pode ser equiparável à salvaguarda de uma *personalidade digital*.

205. Ilustrativa, no ponto, a compreensão desenvolvida desde o direito romano acerca da gênese da palavra *persona*, inicialmente vinculada ao universo de representação teatral, relacionada a ideia de uma personagem, e paulatinamente reestruturada até a noção de personalidade jurídica, enquanto pressuposto inerente àqueles que tem aptidão para adquirir direitos e deveres, possuindo, portanto, capacidade jurídica.

206. Daí porque se asseverar, com esteio no guia interpretativo proposto, que a preservação, no plano virtual, dos direitos assegurados no mundo físico (“*offline*”), tem como pressuposto a manutenção de um *perfil*, *conta* ou *canal criado em mídia social*.

207. Progredindo no raciocínio, especificamente em direção ao escopo da norma em questão, me parece que, a exemplo do que se passa no mundo fenomênico, **o combate ao abuso do direito de se expressar, à desinformação, ao discurso de ódio, não ensejam a exclusão do indivíduo do tecido social**. Todo o atuar estatal antes se direciona a coibir o ato ilícito a partir da responsabilização *a posteriori*,

assegurado o direito ao devido processo legal, do infrator.

208. Nessa ordem de ideias, a par das necessárias e inescapáveis adaptações às idiossincrasias conformadoras de cada universo, penso que se deva, o quanto possível, preservar a lógica, tal como no mundo real, de buscar repelir o *comportamento* desviante — no caso, a *opinião/manifestação*. Não, contudo, a própria *persona* do infrator. Dito de outro modo: dado que aqui tratamos de Direito sancionador, vale a máxima segundo a qual no âmbito do *ius puniendi* estatal, julga-se precipuamente a conduta, e não a pessoa do acusado.

209. Sob tal enfoque, em última *ratio*, **a supressão de perfis caracteriza hipótese de censura prévia.**

210. Ao suspender o perfil de determinado usuário ou o acesso aos serviços de toda uma plataforma digital em razão da “*produção sistemática de desinformação*”, por exemplo, busca-se impedir a veiculação de novas manifestações ante o risco de se consubstanciarem em novas transgressões ao ordenamento jurídico. Dito de forma direta: **para evitar nova manifestação que possa configurar um ilícito, tolhe-se a possibilidade de qualquer manifestação.**

211. Por tais razões, para além da impossibilidade de se responsabilizar a plataforma por discurso proferido por terceiros, notadamente nos casos em que não se consiga identificar violação direta aos seus termos de uso e condição ou à legislação de regência, ensejando situação de dúvida interpretativa, **no caso dos perfis**, entendo que a supressão de maneira autônoma somente pode ocorrer nos casos em que: *(i)* se tratar de “perfil robô”; e *(ii)* de perfis comprovadamente falsos, com esteio em documentação segura, capaz de atestar a falsidade ideológica da conta.

Legitimidade das plataformas para defesa da liberdade de expressão e do acesso à informação dos usuários | preservação das regras de moderação próprias

212. Como último aspecto a analisar, entendo necessário apontar que a fundamentação acima desenvolvida – *sobretudo ao reconhecer a melhor adequação da abordagem autorregulatória, lastreada na eficácia horizontal dos direitos humanos* –, enseja o reconhecimento do **direito das plataformas de perseguirem em juízo a preservação da higidez do ambiente informacional por elas próprias arquitetado e gerenciado**. O que inclui, indubitavelmente, a legitimidade processual para impugnar, em nome próprio, decisões de qualquer autoridade estatal que determinem a remoção de conteúdo específico.

213. Isso porque, como reconhecido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no **caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica (2004)**, do direito à liberdade de expressão, encartado no art. 13 do Pacto de São José da Costa Rica, extraem-se **duas dimensões**: (i) aquela mais conhecida, de **natureza individual**; e (ii) para além dela, a salvaguarda de um direito de **feição social**, de titularidade difusa, consistente, em essência, no reconhecido **direito à informação** (tal como previsto pelos artigos 5º, XIV e 220, ambos da Lei Maior).

214. Por tudo quanto o exposto, não há como negar que, apesar das suas peculiaridades, as plataformas digitais se tornaram “*veículos de comunicação social*”, o que atrai as limitações à atuação do legislador ordinário previstas nos §§ 1º e 2º do art. 220 da Lei Maior, ao disporem que:

“**Art. 220.** A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.”

215. E, por consequência, as legitimam para pleitear, em nome próprio, a tutela jurisdicional necessária à preservação da livre manifestação de seus usuários, garantindo-lhes o acesso à informação de forma mais abrangente, mantendo, ainda, a aplicação das “regras da comunidade” por elas mesmas estabelecidas (as quais devem sempre observar os limites impostos pelo legislador e pela própria Constituição Federal).

216. Como decorrência dessa reconhecida legitimidade, **impõe-se a garantia**, em favor das plataformas responsáveis pelo cumprimento de determinações judiciais de remoção de conteúdo específico, **de que lhes seja franqueado o acesso à integralidade da decisão judicial a ser cumprida**.

217. Por óbvio, a partir dos cânones procedimentais exigidos pelo devido processo legal, só se pode impugnar adequadamente a decisão cuja motivação se tenha acesso. Em razão dessa contingência, é preciso garantir às plataformas o acesso à íntegra da decisão a ser cumprida inclusive nos casos em que os autos judiciais no bojo do qual emanado o comando decisório esteja tramitando sob sigilo.

218. Com a devida vênia às posições em sentido diverso, o pensamento em contrário impõe às mídias digitais o ônus de se autorregularem, sem assegurar-lhes a faculdade de zelar pela manutenção integral das regras cujo esquadramento é estimulado e fiscalizado pelas autoridades estatais competentes.

Considerações finais

219. Por fim, entendo pertinente abordar as recentes manifestações acostadas aos autos do **RE nº 1.037.396/SP**, Rel. Min. Dias Toffoli, causa piloto do **Tema nº 987**. Trata-se de duas manifestações da **Advocacia-Geral da União**, apresentadas em 21/05/2025 (e-doc. 374) e 26/05/2025 (e-doc. 376), respectivamente, e de uma manifestação do **“Facebook Brasil”**, juntada em 27/05/2025 (e-doc. 383).

220. Essas últimas manifestações são mais um exemplo ilustrativo *(i)* da complexidade, *(ii)* das nuances técnicas, *(iii)* da profunda divergência de compreensões quanto aos limites da liberdade de expressão, independentemente do meio de que se utilize o indivíduo, e, sobretudo *(iv)* dos elevados riscos de estimular as próprias plataformas a promovem uma vigilância constante, instalando-se uma verdadeira filtragem privada acerca da conformidade dos conteúdos nela veiculados.

221. Após uma primeira manifestação, por meio da qual requer seja considerado na tese a ser fixada *“que os deveres anexos também se aplicam aos casos de uso de inteligência artificial”* (e-doc. 374, p. 12) – embasada em relatório produzido pelo laboratório de pesquisa da Escola de Comunicação da Universidade Federal do Rio de Janeiro (“NetLab”) –, a AGU pediu, no segundo momento, a concessão de tutela de urgência.

222. Para justificar o pedido, a Advocacia-Geral da União aborda especificamente a existência *(i)* de notícias falsas relacionadas ao recente escândalo das fraudes contra os aposentados do INSS, bem como *(ii)* de anúncios fraudulentos utilizando logotipo da Anvisa para suposta venda do medicamento *“Mounjaro”*. Em suma, a AGU alega que *“seja pela ineficiência da estipulação da própria política de verificação, seja por falha na sua aplicação, o procedimento de verificação de anúncios dos provedores de aplicações da internet, notadamente quando em jogo símbolos e marcas federais, tem se mostrado inócuo”* (e-doc. 376, p. 11/12).

223. Frisa que o enfoque da medida pleiteada mira na atuação de plataformas que promovem o impulsionamento e a recomendação de conteúdos, o que, a partir de classificação promovida pelo Comitê Gestor da Internet (CGI.br), os classificaria como *“provedores de aplicação com funcionalidade de alta interferência sobre a circulação de conteúdo de terceiros”*.

224. Cita reportagem veiculada pelo *The Wall Street Journal* que apontaria para uma “*deliberada falta de interesse da empresa META na verificação dos anúncios, como pilar do seu modelo de negócios*” (e-doc. 376, p. 12). Rememora casos de falecimento de duas crianças, ocorridos em 2022 e 2024, causados por inalação de substância tóxica em razão do chamado “desafio do desodorante”, o qual, de acordo com a AGU, teria sido objeto de ampla divulgação pelas plataformas TikTok e Kwai.

225. Diante dessa conjuntura, conclui que o **perigo na demora** estaria demonstrado em razão do “*cenário de risco para: (i) a correta implementação de políticas públicas governamentais, bem como a credibilidade institucional da Administração Pública como um todo; (ii) o patrimônio de milhões de brasileiros, em especial os mais economicamente vulneráveis, os quais estão expostos a golpes e conteúdos fraudulentos patrocinados por intermédio dos provedores de aplicações de internet, inclusive elaborados por meio de inteligência artificial; (iii) a segurança e bem-estar de crianças e adolescentes, os quais se encontram desprotegidos frente a conteúdos nocivos amplamente publicados e direcionados aos infantes*” (e-doc. 376, p.13).

226. Já a **probabilidade do direito** decorreria “*das informações ora trazidas pela União, sobretudo reportagens que reforçam que conteúdos ilícitos continuam a ser propagados nas redes sociais, representando frontal violação à tese de Repercussão Geral já proposta pelo Min. Relator*” (e-doc. 376, p. 13).

227. Quanto a esse específico requisito para a concessão de medidas cautelares, sumariza ainda as razões jurídicas já expostas pela União em suas múltiplas manifestações no feito, as quais consistem na “*(i) necessidade de compatibilização da garantia fundamental de liberdade de expressão com outros princípios de igual estatura constitucional, como a dignidade da pessoa humana; a pluralidade, diversidade, defesa do consumidor, proteção da criança e adolescente e de vulneráveis; (ii) na compreensão do direito à integridade da informação como elemento integrante da liberdade de expressão; (iii) na necessidade de, para correta leitura do artigo 19 do MCI, considerar-se as situações de fraude, inclusive por meio de inteligência artificial; de veiculação de conteúdo*”

publicitário, impulsionado ou monetizado, com teor ilegal, inverídico ou ofensivo; e a aplicação de regras previstas em legislação específica que denotem a ilicitude do conteúdo (a exemplo da legislação protetiva de crianças e adolescentes). Consistem, ainda, (iv) na necessidade de reconhecimento do dever de prevenção, precaução e segurança das empresas, decorrentes do risco inerente ao modelo lucrativo de negócios e da tutela de direitos consumeristas” (e-doc. 376, p. 13/14).

228. Em conclusão, requer *“a concessão de tutela de urgência, garantindo-se aplicação imediata das medidas judiciais aptas a cessar os danos acima expostos e com a finalidade de que seja assegurado resultado útil ao processo até a conclusão do julgamento”* (e-doc. 376, p. 15).

229. Em seguida, o “Facebook Brasil”, empresa que integra o conglomerado de tecnologia conhecido como “Meta”, veio espontaneamente aos autos, contrapondo-se ao pedido cautelar da AGU. Em sua manifestação, a empresa alegou que o *“quadro calamitoso descrito pela União Federal, fundamentado em uma suposta inércia e falta de diligência por parte da Meta, não corresponde à realidade dos fatos e encontra-se sensivelmente distante dos números e ações de integridade já adotadas em escala”* (e-doc. 383, p. 2).

230. Prosseguindo, afirma que:

“10. A quantidade de anúncios reportados pela União Federal em suas manifestações e indicados no relatório produzido pelo NetLab representa, para o período de 10 a 21 de janeiro de 2025, apenas 0,0092% do total de anúncios veiculados no Brasil nos serviços Facebook e Instagram.

11. Todos os anúncios indicados na petição da União Federal estão indisponíveis ou inativos. Grande parte desses anúncios ficou disponível por pouquíssimo tempo, o que reforça a eficácia das ferramentas já implementadas pela Meta e a ausência de risco ao resultado útil do processo.

12. Além disso, em geral, 85% das contas de anúncios removidas ou banidas por violarem as políticas da Meta nunca pagaram um centavo sequer à empresa. E quase 70% das contas de anúncios removidas são removidas ou banidas dentro de uma semana após a criação da conta, muitas delas no próprio dia em que são criadas.

13. O Laboratório de Operações Cibernéticas da Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça e Segurança Pública (“Ciberlab/SENASP”), órgão integrante do Governo Federal, **ressalta a efetividade da cooperação e atuação do Facebook Brasil e da Meta no combate a conteúdos ilegais** (Doc. 01), afirmando textualmente que *“Essa intervenção rigorosa demonstra o papel ativo da plataforma no combate a conteúdos ilegais e na garantia de um ambiente digital mais seguro”*.

14. Já a pesquisa do NetLab, documento trazido pela União para suportar pedidos de natureza antecipatória extremamente drásticos, é **desprovido de rigor técnico**, como corrobora a Nota Técnica elaborada pelo Professor Marco Sabino (Doc. 02), a qual indica ao menos sete incongruências substanciais, que envolvem desde a falta de definição das hipóteses e do método utilizados até objetivos e premissas inconsistentes e ausência de mecanismo de validação dos resultados.” (e-doc. 383, p. 2/3, grifos no original)

231. Ponderou também que o pedido cautelar formulado pela União seria juridicamente inadequado, e, além disso, sofreria de “duplicidade processual”, na medida em que os mesmos fundamentos e objetivos da medida pleiteada já foram deduzidos em sede própria, por meio da **Ação Civil Pública nº 1039882-92.2025.4.01.3400**, em trâmite perante a Justiça Federal do Distrito Federal.

232. No que tange à **probabilidade do direito**, defendeu não demonstrado o requisito porque *(i)* a Meta aplica políticas efetivas, com resultados comprovados, para moderação do conteúdo veiculado em suas plataformas; *(ii)* as conclusões do relatório elaborado pelo NetLab, que embasa o pedido da União, não refletiriam a realidade; e *(iii)* o Poder Judiciário e o Ministério Público já teriam reconhecido, em

ações civis públicas anteriores, a efetividade das medidas adotadas pela empresa no combate a anúncios fraudulentos.

233. Quanto ao primeiro aspecto indicado, afirma que *“além das **Políticas que proíbem a veiculação de qualquer anúncio fraudulento**, a Meta ainda impõe requisitos adicionais aos anunciantes, que devem observar também os Padrões de Publicidade. A Meta adota precauções extras, incluindo clareza adicional sobre o que não é permitido pelos seus Padrões de Publicidade”*. De modo objetivo, afirma que *“enquanto o conteúdo orgânico geralmente é disponibilizado assim que o usuário clica em ‘postar’, os anúncios são submetidos a um processo de análise antecipada”* (e-doc. 383, p. 9).

234. Explicando em detalhes o **procedimento** utilizado e os números que comprovariam a sua eficácia, a empresa aponta que:

“61. Identificada uma violação às Políticas aplicáveis, o anúncio é rejeitado e o anunciante recebe uma mensagem automática comunicando sobre a rejeição devido à infração das Políticas. O uso da tecnologia no processo de análise de conteúdos permite a detecção e remoção diária de milhões de conteúdos violadores.

62. A tecnologia da Meta detecta e remove de forma proativa a grande maioria do conteúdo violador, antes que alguém o denuncie, ou até mesmo antes que alguém o veja. Na maioria das categorias de violação, **90% dos conteúdos são proativamente removidos antes mesmo que alguém o denuncie**.

63. A Meta utiliza *‘supervisão humana’* para a análise de violação às Políticas. Quando os conteúdos possivelmente violadores são encaminhados para as equipes de análise, cada analista recebe uma fila de publicações para avaliar individualmente. Essa análise consiste em determinar se uma publicação vai contra as Políticas dos serviços Facebook e Instagram, em situações em que as ferramentas tecnológicas não as detectam primeiro.

64. A Meta tem cerca de 40 mil pessoas trabalhando em questões de

segurança e proteção globalmente, com mais de 30 bilhões de dólares investidos em equipes e tecnologia nessa área ao longo da última década. Além disso, dessas 40 mil pessoas, mais de 15 mil analistas pelo mundo analisam ininterruptamente possíveis violações no Facebook e no Instagram. Eles recebem treinamento detalhado, e, juntos, analisam conteúdos em mais de 50 idiomas.

65. Além de examinar anúncios individuais, a Meta também analisa e investiga o comportamento dos anunciantes, como o número de rejeições de anúncios anteriores e a gravidade do tipo de violação. Caso seja identificado um determinado padrão de comportamento infrator, a Meta toma medidas contra o próprio anunciante.

66. Se a Meta identificar que determinado anunciante veicula anúncio que viola suas políticas de forma grave ou repetida, podem ser aplicadas restrições de publicidade ao portfólio empresarial, conta de anúncios, página ou conta de usuário do anunciante. Nestes casos, o anunciante não poderá mais anunciar nas plataformas da Meta e essa restrição pode ser permanente.

(...)

68. A aplicação das políticas da Meta, portanto, engloba uma abordagem coerente e abrangente em três dimensões diferentes: **(i) aplicação baseada no 'ator'**, que envolve a remoção de contas ou organizações devido à totalidade de suas atividades na plataforma; **(ii) aplicação baseada no comportamento**, que se baseia em comportamentos de violação específicos apresentados por usuários infratores; e **(iii) aplicação baseada no conteúdo**, que prevê a aplicação de violações específicas das Políticas." (e-doc. 383, p. 9/10; grifos no original)

235. Especificamente em relação ao estudo elaborado pelo núcleo vinculado à Universidade Federal Fluminense, utilizado pela AGU para embasar o pedido cautelar, o "Facebook Brasil" esclarece que "[n]o que se refere às contas responsáveis pelos anúncios mencionados no relatório do Netlab, a Meta impôs restrição para que os

respectivos anunciantes não possam mais veicular anúncios nas plataformas” (e-doc. 383, p. 10).

236. Buscando demonstrar a efetividade das medidas autorregulatórias adotadas, afirma que *“a Meta atualiza trimestralmente o seu **Relatório de Aplicação dos Padrões da Comunidade**, no qual são publicizados, de maneira transparente, os resultados obtidos pela Meta com relação à aplicação de suas Políticas” (e-doc. 383, p. 10).*

237. A partir de informações extraídas dos mencionados relatórios públicos, destaca que:

“71. Os resultados desses esforços são contundentes. A título exemplificativo, somente entre os meses de outubro a dezembro de 2024, e no que diz respeito apenas ao serviço Facebook, a Meta **desabilitou 1.4 bilhões** de contas falsas e **removeu 730 milhões** de conteúdos de spam, o que demonstra que as ferramentas existem e são efetivas no combate à veiculação de conteúdos violadores às Políticas.

72. Já no serviço Instagram, entre os meses de outubro a dezembro de 2024, a Meta **removeu 62.3 milhões** de conteúdos de spam, o que reforça que as ferramentas são fortemente efetivas no combate à veiculação de conteúdos violadores às Políticas.

73. A menção aos números de remoção de contas falsas é pertinente, considerando que muitas dessas contas são criadas com finalidade maliciosa, especialmente para aplicação de golpes. Além disso, embora nem todo conteúdo classificado como *spam* direcione para golpes financeiros, é evidente que a quantidade de remoções comprova a eficácia das medidas adotadas pela Meta.

74. Vale mencionar ainda que, no âmbito do serviço Facebook, **99,90%** dessas contas falsas e **99,30%** dos conteúdos de spam foram removidos proativamente, **antes mesmo de qualquer denúncia** ou sinalização de usuários.

75. Em outra perspectiva, durante o mesmo período de referência do

relatório elaborado pelo NetLab anexado à petição da União Federal – 10 a 21 de janeiro de 2025 – um total de 1.600.828 contas de anúncios ativas publicaram anúncios no Brasil.

76. Igualmente nesse período, 17.962.598 de anúncios foram criados no Brasil. Se comparados os anúncios efetivamente indicados na inicial com os dados reportados acima²², tem-se que os anúncios contidos no relatório do NetLab correspondem a apenas 0,0092% do total de anúncios veiculados no Brasil. Tal número é ainda mais irrisório ao se considerar a totalidade dos anúncios publicados globalmente.

77. No mesmo sentido, entre 10 e 21 de janeiro de 2025, a Meta **removeu mais de 500 mil anúncios apenas no Brasil** em razão de violações às suas políticas.

78. No mesmo período, apenas no que diz respeito à aplicação de seus Padrões de Publicidade referentes a práticas comerciais inaceitáveis, a Meta removeu milhões de anúncios, sendo mais de 260 mil relativos somente ao Brasil.

79. Em paralelo, a Meta também adota proativamente medidas educativas, visando conscientizar seus usuários e difundindo melhores práticas para a navegação segura, notadamente a respeito de anúncios fraudulentos, adotando com relação a eles medidas adicionais de segurança para o combate desse tipo de conteúdo (Doc. 04).

80. Nesse material educativo divulgado no dia **07/05/2025**, a Meta informou que, em março deste ano, removeu **mais de 23 mil páginas e contas** no Brasil e na Índia associadas a atividades fraudulentas. Entre outras técnicas, os golpistas usaram deep fakes para falsamente representar criadores de conteúdo e figuras empresariais, endossando aplicativos/sites de investimento e de jogos de apostas fraudulentos.” (e-doc. 383, p. 10/11; grifos no original)

238. Afirma que a adoção de postura colaborativa teria sido reconhecida por autoridades públicas. Nesse aspecto, o “Facebook Brasil” afirmou que:

“87. Como parte de sua colaboração contínua com as autoridades públicas, desde 2019, a Meta, por meio do Facebook Brasil, forneceu mais de 130 treinamentos para policiais, promotores de justiça, procuradores da república, servidores do Poder Judiciário e juízes, compartilhando diretrizes sobre a obtenção de dados e pedidos de retirada de conteúdo para a Meta (inclusive em caráter de emergência). Mais de 10 mil autoridades em todo o Brasil já participaram de um desses eventos.

88. Dentre as diversas medidas de cooperação no Brasil, um bom exemplo é a parceria contínua com o Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Nas Eleições de 2024, a Meta colaborou com as autoridades eleitorais visando a combater a disseminação da desinformação e proteger o processo eleitoral brasileiro. Diversas iniciativas foram desenvolvidas em conjunto, como, por exemplo, um canal adicional de denúncias de conteúdos publicados no Facebook, Instagram, Threads ou nos Canais do WhatsApp. Além disso, a Meta ofereceu ao TSE acesso à API do WhatsApp, para que o Tribunal pudesse criar um assistente virtual no aplicativo, a fim de se comunicar diretamente com os eleitores brasileiros e promover informações confiáveis sobre o processo eleitoral.

89. No mesmo espírito de preocupação com a segurança e harmonia das plataformas, o Facebook Brasil e a Meta possuem um canal de cooperação estreito com a Anvisa, referente a eventuais denúncias acerca de conteúdos que comercializariam produtos em desacordo com a legislação sanitária.

90. Por fim, visando justamente coibir a existência de conteúdos violadores das políticas da Meta e que envolvem fraudes e crimes cibernéticos, a Meta e o Facebook Brasil atuam em cooperação desde dezembro de 2024 com o Laboratório de Operações Cibernéticas da Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça e Segurança Pública (‘Ciberlab/SENASP’).

91. A cooperação firmada com o Ciberlab/SENASP reforça a preocupação da Meta em coibir esse tipo de conteúdo na plataforma, sendo certo que a efetividade da atuação conjunta com o Ciberlab/SENASP é

expressamente exaltada pelo órgão, conforme o Ofício ora acostado, por meio do qual o Órgão reconhece que *‘Entre 8 de janeiro e 8 de maio de 2025 (4 meses), a ação de moderação submetida pela parceria com a Meta (Facebook e Instagram) resultou na exclusão de 196 contas, atingindo diretamente 59.428 usuários que de alguma forma consumiam conteúdos inadequados com a Política da empresa’,* bem como que *‘Essa intervenção rigorosa demonstra o papel ativo da plataforma no combate a conteúdos ilegais e na garantia de um ambiente digital mais seguro’.*” (e-doc. 383, p. 12/13; grifos no original)

239. Ao final, punge pelo indeferimento das medidas requeridas.

240. Feita a contextualização dessas três recentes manifestações acostadas aos autos, o que verifico como aspectos de maior inquietação, com a máxima vênia e o mais elevado respeito aos que possuam pensamento contrário, é **(i) a evidente assimetria informacional e técnica** entre as manifestações ofertadas pelo órgão de Estado e pela empresa privada; e **(ii) a tentativa de se estabelecer, dentre as premissas justificadoras de uma regulação estatal mais intrusiva, um alegado dever de o Estado (aí incluído o Poder Judiciário) zelar pelo aventado “direito à integridade da informação”,** o qual seria, na compreensão do órgão estatal petionante, **“elemento integrante da liberdade de expressão”.**

241. Daí porque ter se afirmado que as citadas manifestações bem ilustram a complexidade e sensibilidade da matéria, conferindo intenso destaque para o risco de se tentar promover uma regulação **por quem** – com todas as vênias – não possui a necessária expertise técnica e familiaridade com as nuances da atividade regulada; **com propósitos** significativamente problemáticos quando cotejados com as ideias básicas inerentes à noção do Estado Democrático de Direito.

242. Veja-se que o órgão estatal dá especial relevo ao estudo promovido por organização vinculada à Universidade Federal Fluminense. Estudo esse que se baseia em volume de anúncios identificados no seu levantamento, o qual, de acordo com a própria plataforma, **não corresponde a 0,1% do universo efetivamente**

veiculado pela empresa analisada. Evidentemente, a extração de qualquer inferência a partir de um espaço amostral tão reduzido em relação ao conjunto geral enfrenta desafios metodológicos severos.

243. A situação é representativa de um fenômeno que, há muito, já deixou de ser novidade: diante das complexidades inerentes a determinado setor econômico, o legislador se depara com a necessidade de promover a delegação da atribuição para disciplinar as regras de atuação dos agentes econômicos envolvidos a outrem. Em alguns casos, essa missão é confiada às agências reguladoras. Em outras situações, são estabelecidos *standards* mais abertos, e confiado aos próprios agentes o dever de promoverem sua autorregulação.

244. No caso da regulação das plataformas digitais, independentemente do caminho que se vislumbre adequado, o que se busca evidenciar é que dentre o leque de opções para exercer o papel de **formulador** de um eventual novo marco regulatório – *renovando as vênias às posições em sentido contrário* – não deveria figurar o **Poder Judiciário**.

245. A esse Poder deve ser reservada a missão de, em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição, resolver os casos limítrofes, autorizando a remoção de conteúdos específicos, após o devido processo legal, com as garantias a ele inerentes, a fim de preservar, na maior extensão possível, o direito à expressão, por quem quer que seja.

246. Sobre outro enfoque, vejo como igualmente problemática a tentativa de condicionar a proteção à liberdade de expressão à **integridade da informação**. Isso porque, ao colocar a “integridade da informação” como “elemento integrante” da liberdade de expressão, faz-se com que seja necessário a realização de um controle prévio acerca da higidez do conteúdo que se pretende manifestar, para, uma vez cumprido o requisito, garantir proteção a essa expressão “verificada”. Com o mais elevado respeito à divergência, a expressão assim garantida não é livre.

247. Por óbvio, não se está a defender a mentira deliberada, a desinformação proposital⁷⁹. O que se busca realçar é que, ao se exigir que a informação seja íntegra para ser protegida, evidentemente, demanda-se que alguma autoridade – *pública ou privada* – afira a necessária higidez do que se pretende manifestar. Ou seja, verifique se a manifestação é verdadeira, é correta, ou mesmo, se não apresenta “grave descontextualização”.

248. Nesse ambiente, no qual a defesa da expressão depende de prova da higidez do conteúdo que se pretende compartilhar com os demais, impera o receio em veicular informações que possam ser consideradas inverídicas pelo crivo alheio. E como aponta o cientista político Fernando Schüller, “[u]ma boa democracia depende em muitos sentidos do que os gregos chamavam de *parrésia*: a disposição de falar com franqueza, de peito aberto, mesmo que isso desagrade. Isso no jornalismo, nas universidades, no Parlamento e na arena digital”⁸⁰.

249. Nessa conjuntura, resumindo essas reflexões iniciais, a contribuição que pretendo legar ao debate busca chamar a atenção para a necessidade de se resgatarem os motivos pelos quais a liberdade de expressão galgou o status que costumava ostentar no seio das grandes democracias ocidentais e, por consequência, o risco que surge em tentativas de promover uma regulação (sobretudo de natureza estatal) do discurso, sobretudo pela via judicial.

250. Com esse desiderato, **inauguro uma quarta posição**, mais afastada das três já postas, partindo, em síntese das seguintes premissas.

⁷⁹ Nesse sentido, não se desconhecem os *Princípios Globais das Nações Unidas para a Integridade da Informação*, lançados pelo atual Secretário-Geral da ONU em 24/06/2024. De fato, a integridade da informação deve ser sempre perseguida, sobretudo em cumprimento aos direitos fundamentais plasmados no art. 5º, XIV, e 220, da CF/88. O que não se compreende admissível é a hierarquização sugerida, por meio da qual a busca pela salutar integridade subjugua a possibilidade de se expressar livremente.

⁸⁰ Disponível em: <https://veja.abril.com.br/coluna/fernando-schuler/o-pais-do-medo/>.

251. Em **primeiro lugar**, a tentativa de regular o funcionamento da internet – a rigor, é disso que se trata – é **tarefa que demanda alta especialização** técnica e **constante atualização** e capacidade de adaptação, sob pena de rápida obsolescência (apenas como exemplo, veja-se que o Marco Civil foi aprovado em abril de 2014 e hoje, onze anos depois, os conceitos de “provedores de aplicação” e “provedores de conexão” já se tornaram tão genéricos e abrangentes a ponto de ter sua serventia praticamente esvaziada⁸¹).

252. Em **segundo lugar**, como reconhecido à exaustão por qualquer dos lados do debate público sobre o assunto, a internet virou um “local” que é na maioria das vezes muito mais “frequentado” do que qualquer espaço físico, de modo que, às vezes, gastamos mais tempo na nossa “vida online” do que na nossa “realidade offline”. E isso faz com que esse ambiente digital seja cada vez mais o *locus* preferencial da construção de nossas identidades públicas, da nossa personalidade, a partir daquilo que escolhemos expor ao conhecimento dos nossos semelhantes. Nessa perspectiva, é preciso atentar que a **tentativa de promover, por decisão judicial, a complexa regulação das redes, culmina na regulamentação dos limites ao livre desenvolvimento da personalidade**.

253. Em **terceiro lugar**, sobreleva-se a primazia que possuem os Poderes eleitos para primeiro disciplinar a matéria. Além de haver um evidente “desacordo moral razoável” sobre o assunto, põe-se em discussão os limites à **liberdade de expressão**, que é – como se buscará melhor desenvolver posteriormente – a viga mestra sobre a qual se alicerçam (i) a ideia de **democracia** (e **estado democrático de direito**) e (ii) a construção da **personalidade**. Nessa perspectiva, a tarefa de regular as redes sociais – o “espaço público” atual – deve ser feita pelos agentes que detém a outorga direta, pelo povo, para limitar suas ações. **Ninguém melhor do que os diretamente**

⁸¹ Atualmente, as aplicações de internet são tantas e tão variadas que há uma infinidade de categorias dotadas de singularidades próprias, a demandar tratamento jurídico-normativo igualmente peculiar e diferenciado por parte da autoridade que busca regular tais atividades. Para melhor reflexão sobre o ponto, faz-se menção à recente **Nota Técnica elaborada pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil – CGI.Br, em 18/03/2025** (disponível em: [https://dialogos.cgi.br/assets/files/nota_tecnica_tipologia_de_aplicacao.pdf](https://dialogos.cgi.br/assets/files/nota_tecnica_tipologia_de_provedores_de_aplicacao.pdf)).

investidos da legitimidade democrática para estabelecer as regras de utilização da “ágora” do nosso tempo, dispondo sobre os limites de uso do único instrumento verdadeiramente essencial a qualquer regime democrático: a garantia, em favor de todos, de se expressar livremente, pouco importando se o fazem “online” ou “offline”.

254. À luz dessas premissas, passo à análise da constitucionalidade do art. 19 da Lei nº 12.965/2014.

ANÁLISE ESPECÍFICA DO ARTIGO 19

[TEMAS 533 E 987 DA REPERCUSSÃO GERAL]

255. A partir das premissas acima expostas, passo a análise específica do texto normativo do art. 19 da Lei nº 12.965/2014. *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.

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

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

§ 3º As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à

reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais.

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

256. À luz de tudo o quanto anteriormente mencionado, identifico que o dispositivo impede a **remoção de conteúdo** de modo discricionário pelas empresas. Não há vedação ao estabelecimento de **deveres procedimentais**, aptos a garantir a integridade do ambiente digital, o que inclui a fiel observâncias às disposições legais porventura aplicáveis.

257. A rigor, a possibilidade de estabelecimento de deveres procedimentais é extraída dos princípios elencados pelo art. 3º do mesmo diploma legal, dentre os quais realçam-se os seguintes:

“Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:

I - garantia da **liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal;**

II - **proteção da privacidade;**

III - **proteção dos dados pessoais**, na forma da lei;

IV - preservação e **garantia da neutralidade de rede;**

V - preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo **estímulo ao uso de boas práticas;**

VI - **responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades,**

nos termos da lei;

VII - preservação da natureza participativa da rede;

VIII - liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei.”

258. Nesse diapasão, no que concerne a **remoção de conteúdo**, entendo que, à luz das balizas constitucionalmente estabelecidas, o dispositivo é, em tese, **constitucional**.

259. Tal conclusão é corroborada sobretudo quando se analisa a questão de forma sistêmica, em conjunto com as demais disposições legais – *portanto, de igual hierarquia normativa* – que já excepcionam da exigência de prévia decisão judicial *(i)* os casos previstos no **art. 21 do MCI**, *(ii)* as hipóteses em que esteja em xeque direitos da criança e do adolescente, de acordo com o **ECA** e *(iii)* mais recentemente, a possibilidade de propaganda abusiva em relação ao mercado de apostas, conforme disposto no art. 16, §§ 2º a 5º, da **Lei das Bets**⁸².

260. Nada obstante, diante da vastidão do universo de serviços e aplicações de internet abarcadas pelo art. 19 do MCI, entendo necessário **conferir interpretação conforme a Constituição ao aludido dispositivo de modo a fixar as seguintes teses:**

⁸² Lei nº 14.790, de 2023. [...] **Art. 16** [...]

§ 2º As empresas divulgadoras de publicidade ou de propaganda, incluídos provedores de aplicação de internet, deverão proceder à **exclusão das divulgações e das campanhas irregulares após notificação do Ministério da Fazenda**.

§ 3º As empresas provedoras de conexão à internet e de aplicações de internet deverão proceder ao **bloqueio dos sítios eletrônicos ou à exclusão dos aplicativos** que ofertem a loteria de apostas de quota fixa em desacordo com o disposto neste artigo **após notificação do Ministério da Fazenda**.

§ 4º Os provedores de aplicações de internet que ofertam aplicações de terceiros deverão proceder à **exclusão, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, das aplicações** que tenham por objeto a exploração da loteria de apostas de quota fixa em desacordo com o disposto neste artigo, **após notificação do Ministério da Fazenda**.

§ 5º A **notificação prevista nos §§ 2º e 4º deste artigo deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente**, que permita a localização inequívoca do conteúdo quando se tratar de provedor de aplicação de internet que hospeda conteúdo de terceiro.

- i. Serviços de **mensageria privada** não podem ser equiparados à **mídia social**. Em relação a tais aplicações de internet, **prevalece a proteção à intimidade, vida privada, sigilo das comunicações e proteção de dados**. Portanto, **não há que se falar em dever de monitoramento ou autorregulação na espécie**.
- ii. **É inconstitucional a remoção ou a suspensão de perfis de usuários, exceto quando [a] comprovadamente falsos** – seja porque (i) relacionados a pessoa que efetivamente existe, mas denuncia, com a devida comprovação, que não o utiliza ou criou; ou (ii) relacionados a pessoa que sequer existe fora do universo digital (“perfil robô”); ou **[b] cujo objeto do perfil seja a prática de atividade em si criminosa**.
- iii. As **plataformas em geral**, tais como **mecanismos de busca, marketplaces etc.**, tem o dever de promover a identificação do usuário violador de direito de terceiro (art. 15 c/c art. 22 do MCI). Observado o cumprimento da referida exigência, o particular diretamente responsável pela conduta ofensiva é quem deve ser efetivamente responsabilizado via ação judicial contra si promovida.
- iv. **Nos casos em que admitida a remoção de conteúdo sem ordem judicial (por expressa determinação legal ou conforme previsto nos Termos e Condições de Uso das plataformas)**, é preciso assegurar a observância de protocolos que assegurem um **procedimento devido**, capaz de garantir a possibilidade do usuário **[a]** ter acesso às motivações da decisão que ensejou a exclusão, **[b]** que essa exclusão seja feita preferencialmente por humano [uso excepcional de robôs e inteligência artificial no comando de exclusão]; **[c]** possa recorrer da decisão de moderação, **[d]** obtenha resposta tempestiva e adequada da plataforma, dentre outros aspectos inerentes aos princípios processuais fundamentais.
- v. **Excetuados os casos expressamente autorizados em lei, as plataformas digitais não podem ser responsabilizadas pela ausência de remoção de conteúdo veiculado por terceiro, ainda que posteriormente qualificado como ofensivo pelo Poder Judiciário, aí incluídos os ilícitos relacionados à manifestação de opinião ou do pensamento**.

vi. Há **possibilidade de responsabilização, por conduta omissiva ou comissiva própria**, pelo descumprimento dos deveres procedimentais que lhe são impostos pela legislação, **aí incluída [a] a obrigação de aplicação isonômica, em relação a todos os seus usuários, das regras de conduta estabelecidas pelos seus Termos e Condições de Uso**, os quais devem guardar conformidade com as disposições do Código de Defesa do Consumidor e com a legislação em geral; **e [b] a adoção de mecanismos de segurança digital** aptos a evitar que as plataformas sejam utilizadas para a prática de condutas ilícitas.

vii. Em observância ao devido processo legal, **a decisão judicial que determinar a remoção de conteúdo [a] deve apresentar fundamentação específica, e, [b] ainda que proferida em processo judicial sigiloso, deve ser acessível à plataforma responsável pelo seu cumprimento, facultada a possibilidade de impugnação.**”

ANÁLISE DOS CASOS CONCRETOS

261. Uma vez solucionados as questões afetadas à repercussão geral, passo à apreciação dos Recursos Extraordinários nº 1.037.369/SP e 1.057.258/MG, escolhidos como causa-piloto dos Temas nº 987 e 533, respectivamente.

262. Iniciando pelo **RE nº 1.037.369/SP**, verifico se tratar de recurso interposto em face de acórdão prolatado pela Segunda Turma Recursal Cível do Colégio Recursal de Piracicaba/SP, o qual foi assim ementado:

“Obrigação de Fazer c/c indenização por danos morais. R. sentença condenando a ré à exclusão da rede social do perfil falso da autora, além do fornecimento do IP (internet protocol) de onde gerado, indeferindo, porém, o pleito indenizatório. Incidência parcial da Lei nº 12.965/14 (Marco Civil da Internet), que não pode ofender as garantias constitucionais dadas ao consumidor. Provimento de ambos os recursos: da autora (para condenar a ré no pagamento de indenização) e da ré (para desobrigá-la do

fornecimento do IP). Sentença reformada em parte.”

263. Como já se verifica da ementa proferida pela Turma Recursal, o juízo originário entendeu ser o caso de julgar **improcedente** o pedido relativo à condenação da plataforma digital ao pagamento de indenização por eventuais ofensas à sua honra e imagem. Reconheceu-se, contudo, a necessidade de retirada do perfil falso do universo digital. Em sede recursal, a decisão foi **reformada** por se entender que o art. 19 da Lei nº 12.965/2014 não poderia ofender as garantias constitucionais dadas ao consumidor.

264. Pois bem. Diante dos **parâmetros** acima sugeridos à título de repercussão geral, especificamente em razão do item II da tese, entendo ser o caso de **negar provimento ao recurso interposto**, mantendo o acórdão da Turma Recursal, na parte especificamente recorrida.

265. No que tange ao **RE nº 1.057.258/MG**, inicialmente autuado como ARE nº 660.861/MG, impugna-se decisão da Primeira Turma Recursal Cível da Comarca de Belo Horizonte, que, avaliando a criação de comunidade em rede social (Orkut), por alunos de professora do ensino médio (autora da ação), com fins satíricos, aferiu lesão à honra e à imagem da recorrida. Por consequência, impôs o dever de indenizar ao provedor responsável pela manutenção do serviço, eis que teria se omitido, indevidamente, deixando de atender a pedido da ofendida para a retirada do conteúdo abusivo.

266. Nesse caso, em razão das teses propostas, **entendo assistir razão à recorrente**.

267. Não desconheço a peculiaridade de que tanto o fato submetido à apreciação judicial quanto as decisões das instâncias ordinárias foram prolatadas antes da edição do Marco Civil da Internet, a Lei nº 12.965, **de 2014**. De fato, até mesmo a interposição do recurso extraordinário e sua própria afetação à sistemática

da repercussão geral se deram antes do advento do marco legal regulatório atualmente em vigor.

268. Nesse sentido, são elucidativos os contornos postos pelo Ministro Luiz Fux na manifestação submetida ao Colegiado Maior para fins de apreciação acerca da existência ou não de questão constitucional e de repercussão geral em torno da matéria. Nas palavras de Sua Excelência, o escopo do Tema nº 533 seria:

“[...] **definir, à míngua de regulamentação legal da matéria**, se a incidência direta dos princípios constitucionais gera, para a empresa hospedeira de sítios na rede mundial de computadores, o dever de fiscalizar o conteúdo publicado nos seus domínios eletrônicos e de retirar do ar as informações.”

269. Isso porque o reconhecimento da repercussão geral, na espécie, se deu em 22/03/2012.

270. Nada obstante, por tudo quanto exposto ao longo do presente voto, entendo que “à míngua de regulamentação legal da matéria” (ou seja, mesmo antes da edição do Marco Civil da Internet), a Constituição **não** impõe à “empresa hospedeira de sítios na rede mundial de computadores, o dever de fiscalizar o conteúdo publicado nos seus domínios eletrônicos”, muito menos “de retirar do ar as informações”, especificamente quando o conteúdo em questão esteja relacionado à expressão de opinião ou manifestação de pensamento.

271. Por tudo quanto exposto, afigura-se imprescindível, no caso, a apreciação judicial da questão, a fim de aquilatar, em cada contexto, se foram efetivamente extrapolados os limites à liberdade de expressão. Nessa toada, não haveria como exigir da “empresa hospedeira” que, *sponte sua*, promovesse a remoção de conteúdo potencialmente ofensivo.

272. Em razão de tal conclusão, resta à pessoa que se sentiu ofendida, com toda

legitimidade, ajuizar a devida ação judicial em face dos reais perpetradores da ofensa em tese.

DISPOSITIVO

273. Ante o exposto, em conclusão, no que concerne ao exame dos casos concretos, **nego provimento ao RE nº1.037.369/SP; e dou provimento ao RE nº 1.057.258/MG**, com base na fundamentação acima exposta.

274. Para fins de repercussão geral, concluo pela **plena constitucionalidade do art. 19 do Marco Civil da Internet**, a Lei nº 12.965/2014, e sugiro a fixação das seguintes **teses** de julgamento:

- i. “Serviços de **mensageria privada** não podem ser equiparados à **mídia social**. Em relação a tais aplicações de internet, **prevalece a proteção à intimidade, vida privada, sigilo das comunicações e proteção de dados**. Portanto, **não há que se falar em dever de monitoramento ou autorregulação na espécie**.
- ii. **É inconstitucional a remoção ou a suspensão de perfis de usuários, exceto quando [a] comprovadamente falsos** – seja porque (i) relacionados a pessoa que efetivamente existe, mas denuncia, com a devida comprovação, que não o utiliza ou criou; ou (ii) relacionados a pessoa que sequer existe fora do universo digital (“perfil robô”); ou **[b] cujo objeto do perfil seja a prática de atividade em si criminosa**.
- iii. As **plataformas em geral**, tais como **mecanismos de busca, marketplaces etc.**, tem o dever de promover a identificação do usuário violador de direito de terceiro (art. 15 c/c art. 22 do MCI). Observado o cumprimento da referida exigência, o particular diretamente responsável pela conduta ofensiva é quem deve ser efetivamente responsabilizado via ação judicial contra si promovida.
- iv. **Nos casos em que admitida a remoção de conteúdo sem ordem judicial (por expressa determinação legal ou conforme previsto nos**

Termos e Condições de Uso das plataformas), é preciso assegurar a observância de protocolos que assegurem um **procedimento devido**, capaz de garantir a possibilidade do usuário [a] ter acesso às motivações da decisão que ensejou a exclusão, [b] que essa exclusão seja feita preferencialmente por humano [uso excepcional de robôs e inteligência artificial no comando de exclusão]; [c] possa recorrer da decisão de moderação, [d] obtenha resposta tempestiva e adequada da plataforma, dentre outros aspectos inerentes aos princípios processuais fundamentais.

v. **Excetuados os casos expressamente autorizados em lei, as plataformas digitais não podem ser responsabilizadas pela ausência de remoção de conteúdo veiculado por terceiro**, ainda que posteriormente qualificado como ofensivo pelo Poder Judiciário, **ai incluídos os ilícitos relacionados à manifestação de opinião ou do pensamento.**

vi. Há **possibilidade de responsabilização, por conduta omissiva ou comissiva própria**, pelo descumprimento dos deveres procedimentais que lhe são impostos pela legislação, **ai incluída [a] a obrigação de aplicação isonômica, em relação a todos os seus usuários, das regras de conduta estabelecidas pelos seus Termos e Condições de Uso**, os quais devem guardar conformidade com as disposições do Código de Defesa do Consumidor e com a legislação em geral; e [b] **a adoção de mecanismos de segurança digital** aptos a evitar que as plataformas sejam utilizadas para a prática de condutas ilícitas.

vii. Em observância ao devido processo legal, **a decisão judicial que determinar a remoção de conteúdo [a] deve apresentar fundamentação específica, e, [b] ainda que proferida em processo judicial sigiloso, deve ser acessível à plataforma responsável pelo seu cumprimento, facultada a possibilidade de impugnação.**"

275. Por fim, faço **apelo aos Poderes Legislativo e Executivo** para que, ao atualizarem a legislação e a elaboração de políticas públicas relacionadas à temática em questão – *regulação da internet no Brasil* – adotem estratégias centradas no modelo da autorregulação regulada, focado na imposição de obrigações procedimentais

RE 1037396 / SP

claras e específicas a serem exigidas das plataformas digitais, sob pena de sua responsabilização direta, em caso de descumprimento. Por fim, que a construção do novo modelo atente para a multiplicidade de situações e modelos de negócio existentes, a exigir plasticidade e adaptabilidade a cada uma das atividades e nichos setoriais específicos.

É como voto.

Em revisão