

Ellen Gracie: A constitucionalidade do Marco Civil da Internet - II

20/02/2020

Para ler a primeira parte deste artigo, clique [aqui](#).



17. O mecanismo estabelecido por intermédio do artigo 19

do Marco Civil da Internet define que a responsabilidade dos provedores está restrita aos casos de omissão após ordem judicial. Como aponta a doutrina especializada, o Marco Civil estabeleceu o *judicial notice and take down*. Apenas a exceção prevista no artigo 21 adota, por completo, o sistema originário de *notice and take down*.

18. É importante mencionar que o Marco Civil da Internet não impede a atuação espontânea dos provedores de aplicação em remover conteúdo gerado por terceiros, nos casos em que verificarem, de acordo com os parâmetros estabelecidos em suas políticas de uso, que o conteúdo gerado violou as regras estabelecidas entre provedores e usuários para uso do serviço.

19. Neste contexto, é crucial compreender que há uma diferença entre a obrigação de remover o conteúdo mediante ordem judicial e a possibilidade de remover o conteúdo quando não há ordem judicial. Além das hipóteses previstas no artigo 21, caso o usuário denuncie um conteúdo que entenda infringir as regras de uso do serviço, o provedor pode remover o conteúdo. Porém, se a constatação da violação de alguma garantia for feita pelo Poder Judiciário, que ordena a retirada, o provedor fica obrigado a remover o conteúdo e incide em responsabilidade se não o fizer.

20. A notificação extrajudicial, encaminhada pelo usuário, não é suficiente para obrigar os provedores de aplicação de internet a excluírem o conteúdo gerado e, menos ainda, para

atribuir-lhes o dever de indenizar. É incabível, nos termos da lei, a sugestão de que os provedores de aplicação, mediante recebimento de uma denúncia online, devam remover o conteúdo tido como ilícito pelo notificante, sob pena de responsabilização civil por eventuais danos causados.

21. Não se está aqui a considerar a (i)licitude do conteúdo gerado por terceiro, dado que tal valoração é de caráter subjetivo e cabe, ao final, ao Poder Judiciário.

22. É inegável que a Lei do Marco Civil da Internet escolheu por privilegiar a liberdade de expressão e de informação, devendo esta garantia estar conformada ao direito à proteção da privacidade do indivíduo, estabelecido na Constituição Federal. Por esta razão o legislador previu a necessidade de ordem judicial prévia, para a responsabilização dos provedores de aplicação. Ao Poder Judiciário incumbe, exclusivamente, a valoração da ilicitude do conteúdo gerado por terceiros e a justa ponderação entre as garantias constitucionais em aparente conflito. Somente o Poder Judiciário, ante o princípio da reserva de jurisdição, possui legitimidade para decidir se determinado conteúdo postado por terceiro infringe ou não o ordenamento jurídico, ou se determinado direito deve ceder a outro.

23. Entendo, portanto, que o modelo adotado pelo Marco Civil da Internet (*judicial notice and take down*) é adequado à ordem jurídico-constitucional brasileira pelas razões que passo a expor.

24. A Constituição da República consagrou as liberdades de manifestação de pensamento, de expressão e de informação. Tais liberdades traduzem não apenas direitos individuais relativos à difusão de informações e ideias de qualquer natureza, mas também um direito de dimensão coletiva, pois assegura que toda a comunidade possa ter acesso a qualquer informação, sendo expressamente vedada a censura (Constituição, artigo 220). Nesse sentido:

(...) a liberdade de expressão tem uma dimensão individual e uma dimensão social, a partir das quais uma série de direitos se encontram protegidos no referido artigo. (...) à luz de ambas as dimensões, a liberdade de expressão exige, por um lado, que ninguém seja arbitrariamente prejudicado ou impedido de manifestar seus próprios pensamentos e representa, portanto, um direito de cada indivíduo; mas também implica, por outro lado, o direito coletivo de receber qualquer informação e conhecer a expressão do pensamento alheio. (...) [1]

25. Pretender que os provedores de aplicações tenham a incumbência de monitorar e filtrar o conteúdo gerado por seus usuários, sob o pretexto de prevenir a divulgação de conteúdo possivelmente ofensivo ou mesmo ilícito, corresponderia a um cerceamento do direito à livre manifestação de pensamento, de expressão e de informação. Retroceder ao modelo simples de *notice and take down* seria um movimento indubitavelmente prejudicial à liberdade de expressão. Corresponderia à autorização de prática de censura! Censura a ser exercida por cada um dos provedores, segundo valores próprios, o que é de todo intolerável!

26. Imagine-se a perplexidade em que restariam os provedores quando, por exemplo, em contexto eleitoral, os partidários de todos os candidatos se pusessem a propor a derrubada dos conteúdos postados pelos oponentes. É com liberdade de expressão que se constrói a democracia, não o contrário!

27. O modelo do *judicial notice and take down*, estabelecido no Marco Civil da Internet, para além de ser um instrumento eficaz na concretização da garantia constitucional da liberdade de expressão, de modo algum fere as garantias constitucionais de intimidade, vida privada, honra e imagem (artigo 5º, X, da Constituição)[2] nem a garantia constitucional de proteção ao consumidor (artigo 5º, XXXII, da Constituição)[3].

28. Identificando a possibilidade de colisão entre o direito à liberdade de expressão e outros direitos, como o direito relativo à privacidade, o legislador formulou regra que compatibiliza a aplicação das garantias em questão, sem que haja integral sacrifício de qualquer um desses direitos. Optou o legislador pela preponderância imediata do direito à liberdade de expressão, reservando ao Judiciário, diante de conflitos surgidos entre essa garantia e outras igualmente essenciais, a solução da controvérsia, *a posteriori*, por meio de um exame cuidadoso das circunstâncias do caso concreto.

29. Neste sentido, colhem-se as seguintes manifestações do STJ:

(...) caso todas as denúncias fossem acolhidas, açodadamente, tão somente para que o provedor se esquivasse de ações como a presente, correr-se-ia o risco de um “mal maior”, o de censura, com violação da liberdade de expressão e pensamento (artigo 200, parágrafo 2º, da Constituição). Não se pode exigir dos provedores que determinem o que é ou não apropriado para divulgação pública. Cabe ao Poder Judiciário, quando instigado, aferir se determinada manifestação deve ou não ser extirpada da rede mundial de computadores e, se for o caso, fixar a reparação civil cabível contra o real responsável pelo ato ilícito (...) Diante do exposto não subsiste o fundamento adotado na origem quanto ao cabimento dos danos morais, pois contrário ao entendimento desta Corte. (REsp 1.568.935, relator ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, in DJe 13 de abril de 2016)

Não bastasse isso, a verificação antecipada, pelo provedor, do conteúdo de todas as informações inseridas na web eliminaria – ou pelo menos alijaria – um dos maiores atrativos da internet, que é a transmissão de dados em tempo real. (REsp 1.193.764, relatora ministra Nancy Andrigli, 3ª Turma, in DJe 14 de dezembro de 2010)

30. Deve-se referir, também, que o receio de sofrer sanções financeiras consideráveis, em razão do pagamento de indenizações, faria com que os provedores de aplicação estabelecessem restrições internas tão rigorosas que tenderiam a inviabilizar o desenvolvimento de novas formas de produção de conteúdo e a resultar em uma deficiente prestação de serviço aos usuários.

31. Assim, temos em resumo as três seguintes conclusões: a) o provedor de aplicação não pode ser responsabilizado pela publicação do conteúdo propriamente dito, pois não pode haver



censura prévia; b) salvo a hipótese prevista no artigo 21, o provedor de aplicação não pode ser responsabilizado pela permanência do conteúdo enquanto não houver ordem judicial determinando sua remoção; e c) o provedor de aplicação será responsabilizado por omissão, nos casos em que não atender à ordem judicial de retirada de conteúdo, de forma imediata.

32. Adequada a solução legislativa, não se vislumbra no artigo 19 da Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) qualquer vício de inconstitucionalidade.

[1] Corte IDH. Caso Lagos del Campo vs. Peru. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 31/8/2017. Tradução livre. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaInternacional/anexo/Artigo13.pdf>

[2] Art. 5º, X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[3] Art. 5º, XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2020-fev-20/ellen-gracie-constitucionalidade-marco-civil-internet-ii/>