



香港大學

THE UNIVERSITY OF HONG KONG

Hong Kong, 14 de dezembro de 2018

Ao

Exmo. Sr. Ministro Dias Toffoli

Supremo Tribunal Federal

Re.: RE 1037396 (Repercussão Geral) – Artigo 19 do Marco Civil da Internet no Brasil

Excelentíssimo Sr. Ministro,

Escrevo em relação à aguardada decisão desse Egrégio Tribunal no Recurso Extraordinário n. 1037396, referente ao artigo 19 do Marco Civil da Internet no Brasil (Lei 12.965 / 2014).

Sou professor de direito na Universidade de Hong Kong onde me especializo na interseção entre filosofia do direito e a regulação da internet—ambas matérias em que leciono e pesquiso. Participei ativamente dos debates do Marco Civil, em especial em relação ao artigo 19.

Nesse contexto, busco trazer, no documento anexo, alguns argumentos que espero possam auxiliar na formação do convencimento de V. Exas. sobre o assunto. Algumas das ideias ali expostas são desenvolvidas em maior profundidade em artigo ora também encaminhado.

Expressando minha profunda admiração por V.Exa. e por essa Corte, fico à disposição para quaisquer esclarecimentos porventura desejados.

Respeitosamente,

Marcelo Thompson

Professor de Direito, Universidade de Hong Kong

Doutor em Filosofia, Universidade de Oxford

Mestre em Direito e Tecnologia, Universidade de Ottawa

marcelo.thompson@hku.hk

Breves Apontamentos Sobre Poder, Dever e Responsabilidade das Plataformas Tecnológicas no Marco Civil da Internet no Brasil

Marcelo Thompson, DPhil (Oxford)
Faculdade de Direito, Universidade de Hong Kong

I. O Artigo 19 e o Marco Civil

1. O Marco Civil da Internet no Brasil (Lei 12.965 / 2014) é uma lei de muitos méritos. Foi elaborado por um time de imenso valor. Passou por um processo vigoroso de consulta pública. Seus princípios e fundamentos refletem os mesmos ideais de liberdade dos quais herdamos a internet. São, aliás, mais do que mero reflexo desses ideais. O Marco Civil é o ponto culminante do trabalho de pessoas que colocaram o Brasil no mapa internacional das discussões mais importantes na interseção entre direito, tecnologia e cultura, com impactos que são sentidos e reconhecidos por todos que estudam a área ao redor do mundo.

2. Ao longo das últimas duas décadas, tais discussões foram marcadas por enorme otimismo em relação ao potencial transformador da internet. Como acontecimentos recentes demonstram, porém, esse momento de otimismo está anoitecendo. E que esteja é, e em grande parte, produto da incongruência dos modelos existentes de regulação das Plataformas Tecnológicas. Esses modelos conduziram as Plataformas a posição de extremo poder, mas sem qualquer possibilidade de correspondente controle em relação à essência de suas atividades— i.e. a disponibilização de conteúdo online.

3. Tal incongruência, que discuto em detalhes no artigo anexo, e de forma mais concisa abaixo, é crescentemente reconhecida pela literatura científica na área. Entre nós, ela está refletida, em sua modalidade mais extrema, no artigo 19 do Marco Civil, que V. Exas. ora examinam. Como busco brevemente demonstrar, tal dispositivo é a antítese não somente dos princípios e fundamentos que animam o Marco Civil, mas da ordem constitucional brasileira como um todo—senão de qualquer ordem constitucional.

4. Afastar o artigo 19, portanto, não significa negar os méritos do Marco Civil. Ao contrário, significa afirmá-los.

II. Sobre Poder, Dever e Responsabilidade, Ou o Que o Artigo 19 Não Faz (e o Que Faz),

5. O artigo 19 se apresenta como uma cláusula de proteção da liberdade de expressão. Em princípio, parece se erguer em defesa da liberdade de expressão. Mas não o faz. Ao contrário do que parece, e do que proclama, o que o artigo 19 faz é tornar ilimitado o poder das grandes Plataformas Tecnológicas de decidir sobre conteúdo que hospedam e, assim, sobre o conjunto de relações sociais e jurídicas que se desenvolvem em relação a tal conteúdo.

6. O artigo 19 o faz porque elimina qualquer dever das Plataformas de adotar padrões e boas práticas que reflitam a essencialidade e a inevitabilidade de tais decisões para as atividades que exercem. O artigo 19 se baseia em um mito—qual seja, o mito de que sua existência elimina, ou ao menos mitiga, o processo de tomada de decisão das Plataformas. Mas tanto não é verdade.

7. Uma vez cientes de que hospedam determinado conteúdo—por exemplo, porque de tanto tenham sido avisadas por vítima do mesmo—, as Plataformas inevitavelmente têm de decidir sobre manter o conteúdo *online* ou retirar-lo de circulação. Mas, enquanto essas decisões são, de fato, inevitáveis, de direito, para o Marco Civil, as Plataformas não têm o dever sequer de buscar decidir bem. O Marco Civil, portanto, não elimina o processo de decisão das Plataformas. Ele elimina, simplesmente, o dever de decidir bem.

8. Regimes como o do artigo 19, então, ao contrário do que parece, não atingem somente o momento posterior, da responsabilidade. Eles foram talhados para atingir também o momento anterior, do dever.¹ O problema não é a responsabilidade indenizatória nos poucos casos que chegarão aos tribunais. O grande problema do artigo 19 é como as Plataformas se estruturam para decidir na infinidade dos demais casos que, especialmente por obra do artigo 19, não chegarão.

9. Perceber tal disparidade quantitativa—entre a judicialização episódica e a onipresença decisória das Plataformas—é fundamental para entender a dimensão do problema criado pelo artigo 19. As consequências de como as Plataformas estruturam suas práticas para a tomada de decisões são monumentais. Mal construídos, os processos e algoritmos que instanciam essas práticas podem levar desde ao suicídio de quem tem a vida privada violada até ao fenecer de nossos processos políticos.

¹ O mesmo se dá, embora de forma mais restrita, com o regime que serviu de inspiração ao artigo 19 (ver Seções III e IV *infra*). O regime do Marco Civil é, de todos, o mais extremo.

10. Daí que a exclusão dos deveres das plataformas para com tais práticas tenha, em si, de corresponder, na linguagem do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, a uma “necessidade social imperiosa”.² O regime adotado pelo artigo 19, não é, porém, necessário para os fins — legítimos — que busca atingir: a proteção à liberdade de expressão.

11. O artigo 19 não é necessário porque, de um lado, não protege verdadeiramente a liberdade de expressão. De outro, ele impõe restrições arbitrárias aos demais direitos fundamentais, pois os fins que busca atingir podem ser atingidos por caminhos menos gravosos, que não façam tábula rasa desses direitos. Tais regimes são possíveis e existem, seja como concepção doutrinária, seja na prática legislativa e jurisprudencial de outros países.

12. O problema da necessidade ou não do artigo 19 será desenvolvido na Seção III abaixo. Por ora, é importante entender, brevemente, a problemática interna, mais profunda, do artigo 19 sob a perspectiva das relações jurídicas que ele instancia — ou, ao contrário, destrói.

13. Nesse sentido, é de se ver que a completa ausência de responsabilidade das plataformas, precisamente onde mais importa, viola a ideia de correlação (*correlativity*), fundamento básico de qualquer sistema de justiça corretiva³ e expressão civil dos valores da igualdade e da dignidade da pessoa humana. O Marco Civil, em outras palavras, determina que os princípios de responsabilidade que se aplicam à vida em geral não se estendem às Plataformas.

14. Mas não há responsabilidade porque não há dever jurídico originário. Os deveres que nos ligam a todos igualmente são excluídos pelo artigo 19 tão somente para um conjunto de atores que, coincidentemente ou não, são os mais poderosos do sistema. E são excluídos, repita-se, em relação ao que é a essência mesma das atividades desses atores.

15. Quando as plataformas respondem, em um segundo momento, por violar ordem judicial, respondem não pelo descumprimento de qualquer dever jurídico anterior, mas sim pelo que nos sistemas da *common law* é conhecido como “contempt of court” — respondem pelo desprezo à Corte, não pelo desprezo específico que dedicam à vítimas de cujo abuso têm notícia. Até aquele momento, as plataformas não têm dever.⁴ Têm, pura e simplesmente, poder.

² Ver, e.g., o caso *Dudgeon v. The United Kingdom*, Application no. 7525/76, 22 October 1981, §§ 51-53 (sobre os contornos do Art. 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos). Sobre a linguagem do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, ver nota 8 *infra*.

³ Ver ERNEST WEINRIB, *The Idea of Private Law* (Oxford University Press, 2012) e discussão no artigo anexo, em especial às páginas 829 e ss..

⁴ Três pontos técnicos mais profundos merecem ser questionados, nesse sentido. 1) O primeiro se diz com o que JOHN GARDNER chama de “tese da continuidade” (*continuity thesis*) em *Tort Law*. A tese da continuidade tem que a obrigação secundária em tort law “é um eco racional da obrigação primária, porquanto ela existe para servir, conquanto tanto ainda possa ser feito, as razões para a obrigação primária que não foi cumprida quando seu cumprimento era devido”. JOHN GARDNER, “What is Tort Law For? Part 1. The Place of Corrective Justice” (2011) 30 *LAW AND PHILOSOPHY* 1, 33 (discutido às páginas 829 e ss. do artigo anexo, grifos adicionados). No direito civil falaríamos em dever jurídico originário e dever jurídico sucessivo. O raciocínio, porém, é o mesmo. Assim,

16. Nesse sentido é que o próprio Tribunal Superior Eleitoral, por força de sua Resolução 23.551, de 18 de Dezembro de 2017, não impõe qualquer dever às Plataformas senão em matéria distinta: o impulsionamento pago de conteúdo (Artigo 23, § 4º)—onde a Plataforma tem o dever de manter canal de comunicação com seus usuários. No mais, prevalece tão somente a regra de imunidade do Marco Civil, não tendo a Plataforma qualquer dever de, mesmo notificada, adotar quaisquer medidas responsáveis em relação ao conteúdo que hospeda e disponibiliza.

17. E assim foi que quando conhecida Plataforma, agindo por desconhecidos critérios, excluiu centenas de milhares de perfis (e, presumidamente, conteúdo a eles associados) às vésperas do segundo turno das eleições presidenciais, agiu tão somente em exercício de poder, porquanto dever não tinha. Foi o tempo senhor da razão? O que ocorreria, na vida política nacional, tivessem tais perfis sido excluídos antes? Jamais se saberá.

18. Esse poder das Plataformas, portanto, se estende para muito além de uma dimensão puramente privada. Tem, ao contrário, publicidade sem precedentes. É como se quem temporariamente possuísse um objeto de direito adquirisse com ele o poder de determinar a situação jurídica de pessoas ao redor do mundo inteiro—e de o fazer sem quaisquer restrições legais. Como o anel de Giges, o Marco Civil torna as Plataformas invisíveis—aqui, juridicamente.

19. Princípios como o da razoabilidade, que usualmente se aplicam ao exercício do poder público, não encontram qualquer paralelo em tal dinâmica de irresponsabilidade. Opera, ao

é de se perguntar, no caso do artigo 19, como as razões de que fala GARDNER se movimentam até o momento em que uma autoridade judicial determina a remoção de conteúdo? Até o momento da decisão judicial, que razões jurídicas tinha a Plataforma para responder às violações que chegassem a seu conhecimento? Para o Marco Civil, não tinha razão alguma. O que o artigo 19 faz, então, curiosamente, é introduzir como parte (o que até processualmente é estranho) alguém que, até aquele momento, era inteiramente estranho à relação jurídica que se dá simplesmente entre autor e vítima do conteúdo—e estranho, portanto, à lide. Não há, em relação à Plataforma, qualquer pretensão resistida. 2) O segundo ponto é o de que, se deveres jurídicos originários existissem, permaneceriam, qual meras obrigações naturais, sem qualquer possibilidade de tutela. Mas mesmo tal concepção, de que as plataformas poderiam ter, nesse contexto, deveres sem responsabilidade—deveres cuja violação não dá surgimento a uma pretensão por parte dos titulares dos direitos a eles correspondentes—, seria problemática. Veja-se que, na disciplina do Código Civil de 2002, os artigos 186 e 187 registram, de um lado, que quem age das formas neles descritas comete ato ilícito—por exemplo, por violar dolosamente o direito à vida privada, causando danos. Já o artigo 189 reconhece, de outro lado, que “[c]om a violação do direito, nasce para o titular a pretensão”. Há, portanto, correlação necessária entre a prática de ato ilícito e o surgimento de uma pretensão. Para o artigo 19 do Marco Civil, porém, a pretensão não nasce senão em um segundo momento, em virtude de danos advindos pura e simplesmente do descumprimento de ordem judicial. De onde se poder concluir que, até aquele momento, não existe, para as Plataformas, a própria ideia de ato ilícito—e, portanto, não existe dever de dele se absterem; 3) O terceiro ponto, ou, melhor, a terceira possibilidade de interpretação do artigo 19 é a de que, havendo um dever jurídico originário da Plataforma, a responsabilização por sua violação (e do direito fundamental a ele correspondente) permanece sob condição suspensiva até a existência de uma ordem judicial. Mas tal hipótese—a de um direito fundamental vulnerado por ato ilícito ter sua tutela posta sob condição suspensiva—é tão extraordinariamente absurda que sequer merece ser discutida.

contrário, o que o Comitê Gestor da Internet no Brasil consagrou, acredite-se, como o “Princípio da Inimputabilidade da Rede” — um dos dez princípios reconhecidos pelo CGI.br para a governança e uso da internet no Brasil.

20. Dentre os direitos que tal inimputabilidade permite às Plataformas violar sem consequência está, paradoxalmente, a própria liberdade de expressão. O artigo 19 em nada garante que as Plataformas não agirão de forma arbitrária ou abusiva para retirar conteúdo do ar quando bem entenderem. As Plataformas estão tão livres para violar a privacidade e a reputação quanto estão para violar a liberdade de expressão.

21. O resultado do artigo 19 é, portanto, a chancela institucional de uma jurisprudência privada, arbitrária e opaca, que não promove nem a liberdade de expressão—ao contrário, pela ausência de critérios e obrigação de boas práticas, a ameaça—nem outros princípios que com ela devem ser ponderados.

22. Para a quase totalidade dos casos, que não chegam aos tribunais, a prática dos oficiais das plataformas é a palavra final, a regra última de reconhecimento das normas que pertencem ao sistema. As regras invisíveis das Plataformas são, por assim dizer, o direito dos nossos tempos—e um direito diferente. Mais do que norma de agir, esse direito age diretamente sobre nós. Ao regular o que vai, o que fica—e com que ordem de prioridade fica—determina o que achamos, conhecemos e, em grande parte, como pensamos e vivemos nossas vidas.

23. Pode ser constitucional que poder tão grande seja exercido sem quaisquer restrições? Não é a antítese mesma dos propósitos de uma Constituição?

III. O Artigo 19 Não é Necessário. Ao Contrário, Impõe Restrições Arbitrárias a Direitos Fundamentais

24. A origem do artigo 19 é conhecida. Ele se inspira em dispositivo semelhante do *Communications Decency Act*, nos EUA, de 1996. Tal dispositivo (*Section 230*) hoje é tido em desfavor por parte enorme e crescente da própria academia americana. Como demonstram Reidenberg et al,⁵ essa já era a situação em 2012—antes, portanto da adoção do Marco Civil. E o que dizer dos dias de hoje, depois de todos os escândalos recentes envolvendo as Plataformas?

⁵ Joel R. Reidenberg et al, Fordham Law School-Center on Law and Information Policy, *Fordham L. Legal Stud. Res. Paper No. 2046230, Section 230 of the Communications Decency Act: A Survey of the Legal Literature and Reform Proposals* (2012) (citado à página 787 do artigo anexo).

25. Como notou-se acima,⁶ o artigo 19 está fundado em um mito. Esse mito é o de sua necessidade para combater os chamados “chilling effects” sobre a liberdade de expressão. A ideia é a de que, se o provedor tiver responsabilidade objetiva por responsabilizar conteúdo de terceiros, tenderá a retirar o conteúdo do ar assim que tiver notificação de sua existência.

26. Em análise preliminar, é um ponto justo e empiricamente correto. Regimes como aqueles presentes na Diretiva Europeia sobre o Comércio Eletrônico, na União Europeia, no *Digital Millenium Copyright Act*, nos EUA, ou na disciplina da difamação pela *common law* em diversos países são conhecidos por encorajarem a retirada imediata de conteúdo, após notificação da vítima, sob pena de responsabilidade objetiva (assim se dava, também, no regime brasileiro antes do artigo 19 do Marco Civil).⁷ Mas isto não quer dizer que regimes de responsabilidade objetiva sejam os únicos possíveis—e, portanto, que o artigo 19 seja necessário. Tais regimes não são os únicos possíveis, e o artigo 19 está longe de ser necessário, até mesmo pela forma extrema de que, veremos na Seção IV abaixo, se reveste.

27. A questão da necessidade ou não é importante. Tanto o artigo 19 como a Section 230 afirmam, literal ou implicitamente, a prioridade da liberdade de expressão. Conferir eventual prioridade à liberdade de expressão talvez possa ser compatível com o ordenamento jurídico brasileiro. Mas prioridade somente se pode entender, tautologicamente, em termos relativos, ou seja, em relação a outros direitos fundamentais—por exemplo, o direito à vida privada.

⁶ Ver par. 6 *supra*.

⁷ É importante aqui abrir um parêntesis para registrar que, antes do Marco Civil, os Tribunais brasileiros classificavam o regime de responsabilidade das Plataformas, de acordo com o Código Civil de 2002, como regime de responsabilidade subjetiva. Na visão dos Tribunais, o fato de as Plataformas não terem responsabilidade automática pela ilegalidade do conteúdo que armazenavam, mas tão somente por não o removerem após notificação pela vítima, significaria não se estar diante de caso de responsabilidade objetiva (ver, e.g., REsp 1.501.187/RJ, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 16/12/2014, REPDJe 3/3/2015, DJe 19/12/2014). Tal interpretação, porém, é, com todo o respeito, equivocada. O fato de a responsabilização ocorrer por não remoção após notificação não transformava a responsabilidade em subjetiva. O que mudava era tão somente o momento da responsabilização. O fato permanecia que, após notificação pela vítima, as Plataformas deveriam remover o conteúdo automaticamente. Não o fazendo, respondiam objetivamente. Isto porque pouco importava o grau de diligência empregado pelas Plataformas no exame do conteúdo. Mesmo que as Plataformas envidassem os melhores esforços, toda a diligência do mundo, em examinar o conteúdo, se este fosse tido como ilegal as plataformas responderiam independentemente dos esforços empregados. A culpa refletida no exercício desdioso do dever de examinar o conteúdo era imaterial, assim como imaterial era a diligência. A Plataforma respondia independentemente da diligência empregada. O princípio é exatamente o mesmo na *common law*, onde a não remoção do conteúdo em prazo hábil após notificação resulta no que se caracteriza explicitamente como responsabilidade objetiva. Veja-se, por exemplo, *Godfrey v. Demon Internet Limited* [1999] EWHC 244 (QB), paras. 20, 26, entendendo a responsabilidade do editor como objetiva—e que Plataformas, quando decidem não remover o conteúdo, devem ser consideradas editores, não podendo se valer da “defesa do disseminador inocente” (*innocent disseminator defense*). É exatamente o mesmo princípio das decisões de nossos tribunais. A não remoção do conteúdo implica em responsabilidade automática, objetiva. No Reino Unido, essa dinâmica foi alterada em virtude do *Defamation Act 2013*. Segue, porém, sendo aplicada nos demais países da *common law*. Veja-se, por exemplo, o caso *Oriental Press Group and Another v. Fevaworks Solutions Ltd.* [2013] 16 H.K.C.F.A.R. 366, par. 85, onde a Corte Final de Apelações de Hong Kong diz textualmente que se a Plataforma “estava ciente do conteúdo do artigo e teve a oportunidade de prevenir sua disseminação”—e, como no caso, não o fez—“não há razão em princípio para excluir a ‘*strict publication rule*’”. A *strict publication rule* é a regra de responsabilidade objetiva dos editores.

Não pode, portanto, converter-se em arbítrio, sob pena de violar o conteúdo essencial dos demais direitos fundamentais, apagando a própria força normativa dos mesmos.

28. Assim é que o artigo 17 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, por exemplo, diretamente proíbe ingerências arbitrárias sobre a vida privada. Conferir imunidade às Plataformas, em automático esvaziamento do direito à vida privada, ainda que aproveite a liberdade de expressão (o que, vimos na Seção II acima, é duvidoso), será medida arbitrária se alternativas existirem em que tanto o direito à vida privada quanto a liberdade de expressão sejam preservados.⁸

29. Importante, portanto, é ver que tais alternativas existem. Há caminhos intermediários possíveis, que não promovem nem a violação da liberdade de expressão, nem de outros direitos que com ela devem ser ponderados. E isto vale ainda que se reconheça qualquer superioridade axiológica à liberdade de expressão.

30. Em importante relatório de pesquisa publicado há duas semanas, a TRUTH, TRUST, AND TECHNOLOGY COMMISSION, da LONDON SCHOOL OF ECONOMICS AND POLITICAL SCIENCE, citando meu artigo anexo, fala de um crescente consenso na academia sobre a importância de caminhos intermediários entre a responsabilidade estrita, usualmente atribuída aos editores (*publishers*), e regimes de imunidade⁹ como os da Section 230 e do artigo 19 Marco Civil.

31. A sugestão particular do artigo anexo é, com efeito, a de um regime em que as Plataformas tenham responsabilidade tanto para com a liberdade de expressão quanto para com os demais direitos fundamentais, mas sem um dever de estarem necessariamente corretas quanto ao resultado da ponderação entre os dois lados. O importante é, tão somente, que razoavelmente busquem estar corretas, agindo de acordo com padrões procedimentais definidos em lei ou regulamento. Um dever de meios, se assim pudermos caracterizá-lo, emanando dos direitos mesmos que as plataformas de fato, inevitavelmente, ponderam—e que de direito devem, razoavelmente, ponderar.

⁸ Importa ver que, embora a linguagem utilizada pelo artigo 17 do Pacto se limite a vedar ingerências arbitrárias, o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas não difere em muito do Tribunal Europeu de Direitos Humanos em como interpreta tal vedação. Ver, e.g., United Nations, *Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms While Countering Terrorism*, Martin Scheinin, 28 December 2009, A/HRC/13/37, §17 (notando, em relação ao direito à privacidade, como os Comentários Gerais do Comitê de Direitos Humanos requerem um teste de necessidade para a restrição a direitos do Pacto, e como esse teste, por sua vez, requer a existência de uma necessidade social imperiosa). Ver, também, *Francesco Madafferi v. Australia*, Communication No. 1011/2001, U.N. Doc. CCPR/C/81/D/1011/2001 (2004), §9.8 (demandando razões imperiosas para se restringir os direitos do artigo 17).

⁹ The London School of Economics and Political Science, *Tackling the Information Crisis: A Policy Framework for Media System Resilience* (The Report of the LSE Commission on Truth, Trust, and Technology), online: <http://www.lse.ac.uk/media-and-communications/assets/documents/research/T3-Report-Tackling-the-Information-Crisis.pdf>. Último Acesso: 2 de Dezembro de 2018.

32. Veja-se que o modelo proposto muda o foco mesmo de regimes análogos aos da negligência, aplicados por diversos países da common law no contexto da difamação. Naqueles regimes, como se notou acima,¹⁰ vale a ideia de que o chamado “disseminador inocente” de conteúdo—aquele que, participando da disseminação de certo conteúdo, não sabe ou tem motivos para saber que o está fazendo—pode se eximir de responsabilidade conquanto, adquirindo conhecimento do conteúdo, se cerque de medidas de cuidado razoável para fazer cessar a disseminação.

33. O problema da dinâmica do disseminador inocente é que o foco no cuidado razoável se direciona pura e simplesmente à retirada de conteúdo—o que acaba por fomentar a retirada imediata e irrefletida do mesmo. No modelo proposto no artigo anexo, ao contrário, o cuidado razoável é direcionado ao exame do conteúdo. É esse exame que importa e deve importar para o Direito. Cuidado razoável não significa exigir que a Plataforma esteja correta em suas decisões. Significa, simplesmente, que deve razoavelmente buscar estar.

34. O modelo proposto soluciona o problema dos “chilling effects”. Tendo responsabilidade também para com a liberdade de expressão, as plataformas não terão incentivo específico para retirar o conteúdo do ar. Ao mesmo tempo, não impõe ônus excessivo, às Plataformas. Isto porque as Plataformas têm a liberdade de errar. Ainda que, por exemplo, mantenham certo conteúdo difamatório no ar, conquanto tenham procedido de forma responsável, de acordo com os padrões procedimentais esperados em aferindo a natureza desse conteúdo, as Plataformas não serão responsabilizadas. Em outras palavras, não importa a correção, em substância, do juízo das Plataformas—exigência que seria paralisante. O que importa é a boa-fé procedimental desse juízo.

35. O modelo sugerido não é sem precedentes. Ele se inspira, em verdade, na defesa da comunicação responsável da própria disciplina da difamação na common law, hoje melhor refletida na jurisprudência da Suprema Corte do Canadá. Essa defesa demanda dos atores comunicativos em geral—de jornalistas a usuários de plataformas—que se cerquem de cuidados procedimentais objetivos ao publicar conteúdo potencialmente difamatório.

36. Os critérios, que vemos em casos como Grant v. Torstar Corp., decidido pela Suprema Corte do Canadá em 2009,¹¹ envolvem, por exemplo, a seriedade da alegação, a importância pública do assunto, a urgência do assunto, se o lado do autor da ação foi buscado, dentre outros. Foram concebidos para autores que exercem um papel autoral mais pronunciado em relação ao conteúdo. Mas nada impede que alguns desses critérios, e outros novos, sejam estendidos para o processo de decisão das Plataformas.

¹⁰ Ver nota 7 *supra*.

¹¹ *Grant v. Torstar Corp.*, [2009] 3 S.C.R. 640 (Can.).

37. É importante ver que as Plataformas já têm, elas mesmas, os seus critérios. Uma são mais sérias que outras em como definem tais critérios e em como aderem a eles. Em princípio, deve haver espaço para que estes se desenvolvam como expressão da liberdade e da razoabilidade das Plataformas. Deve-se levar em conta, também, as diferentes possibilidades econômicas e tecnológicas das plataformas em como formam suas decisões.

38. Algum grau de controle, porém, se impõe sobre a generalidade, razoabilidade e publicidade dessas decisões—seja pela natureza fundamental dos direitos com que lidam as Plataformas, seja pelo alcance assumido por suas decisões, ou seja, sobretudo, pela necessidade de se afirmar o caráter do Direito como recurso público do qual também a liberdade e a razão individuais dependem¹²—e ao que o desenvolvimento de regras casuísticas, arbitrárias e opacas se opõe.

39. É, portanto, em como guardar a generalidade, a razoabilidade e a publicidade dos critérios em que as decisões das Plataformas se baseiam que as discussões sobre como regular as Plataformas devem se centrar. Em outras palavras, nossas discussões devem se centrar nos critérios que o próprio Direito há de ter como um pano de fundo, como expressão e garantia de um ‘princípio de comunicação responsável’ pelas Plataformas. Devem esses critérios ser puramente procedimentais? Devem envolver elementos substantivos?

40. Tais critérios são garantia dupla. Para os indivíduos, são garantia de que serão tratados pelas Plataformas como, também eles, agentes livres e razoáveis, que merecem ser convencidos, por boas razões, sobre a correção ou incorreção de suas ações. Para as Plataformas, são garantia de que não serão responsabilizadas senão por perseguir o esforço mínimo razoavelmente requerido por esses critérios.

41. Modelo similar ao da ideia de comunicação responsável foi adotado recentemente, na Alemanha, no contexto específico das Plataformas. O Network Enforcement Act 2018¹³ (também conhecido como *NetzDG*) requer das redes sociais com mais de 2 milhões de usuários que mantenham um processo efetivo e transparente para a administração de reclamações sobre conteúdo ilegal. Verificação desses processos é feita uma vez por mês e deficiências nos mesmos devem ser sanadas imediatamente—sob pena de responsabilidade para a Plataforma, por não o fazer, em tempo hábil, nos casos em que a Plataforma aja com dolo ou negligência.

¹² Ver JEREMY WALDRON, *The Concept and the Rule of Law*, 43 GA. L. REV. 1, 31 (2009), e discussão à página 828 do artigo anexo.

¹³ Em Alemão, *Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken*.

42. Dentro desse dever procedimental, há previsão de que conteúdo manifestamente ilegal seja retirado do ar em 24h e que conteúdo ilegal seja retirado em até 7 dias, podendo, porém, o prazo ser prorrogado no segundo caso. Mesmo falha nessa retirada, porém, não dá lugar a indenização imediata. É apreciada no contexto geral do dever procedimental das Plataformas. Estas têm ainda a possibilidade de terceirizar o processo de avaliação do conteúdo para “instituições de auto-regulação reconhecidas”, em casos de conteúdo não manifestamente ilegal.

43. Em síntese, alternativas existem que nem criam regime de responsabilidade objetiva, a violar a liberdade de expressão, nem fazem tábula rasa dos direitos que com ela devem ser ponderados. Não há, portanto, necessidade social imperiosa para o regime de nulificação que o artigo 19 do Marco Civil impõe a direitos como o direito à vida privada. Tal regime, ao contrário, revela-se absolutamente arbitrário,¹⁴ em especial quando se considera a forma extrema de que se reveste, como explicado na Seção IV abaixo.

IV. O Artigo 19 é Extremo: Em Verdade, Não Há, No Mundo, Modelo Mais Extremo

44. A Seção 230 do *Communications Decency Act* é única no mundo pela forma genérica com que confere imunidade às Plataformas, mesmo quando saibam, porque de tanto tenham sido avisadas, que estão hospedando e disponibilizando conteúdo ilegal. Poderia parecer que regime mais extremo não há. E de fato não há—senão o refletido no artigo 19 do Marco Civil.

¹⁴ É de se destacar, nesse sentido, mudança de posicionamento do próprio Deputado Alessandro Molon, Relator do Marco Civil na Câmara dos Deputados, que, diante de comissão no Parlamento Britânico, reviu afinal seu entendimento sobre o artigo 19. Com efeito, reunido com parlamentares de outros países em uma “*International Grand Commission on Disinformation and Fake News*”, capitaneada por Damien Collins, MP da *House of Commons* britânica, Molon firmou declaração onde reconhece, categoricamente, que Plataformas de mídia social não devem ser responsabilizadas somente quando descumprirem ordem judicial. Devem, ao contrário, ser responsabilizadas também quando descumprirem ordem legal ou regulatória (“*statutory or regulatory order*”) que determine a remoção de conteúdo danoso ou enganoso—e devem ser reguladas para assegurar que observem tal requerimento (de remoção). Veja-se que é mudança imensamente significativa. De um lado, o princípio adotado acomoda regimes em que autoridades regulatórias aprovem regras sobre remoção de conteúdo, não só danoso, mas também enganoso—categoria que compreende enorme elasticidade. De outro lado, o princípio acomoda a edição de ordens que não necessariamente se digam com cada conteúdo específico (ver Seção IV abaixo), mas que, ao contrário, sejam dotadas de caráter de generalidade e abstração. Seria o caso de ordem que determinasse procedimentos para remoção de conteúdo danoso em geral (diante de sistemática violação por parte das plataformas) ou de categoria específica de conteúdo, por exemplo em um contexto eleitoral—ambos casos que requereriam deveres específicos das plataformas em relação ao exame do conteúdo a ser removido. Ver International Grand Committee on Disinformation and Fake News, *Principles of the Law Governing the Internet* (2018), Principle IV, online: <https://goo.gl/f3oTY3> Último acesso: 12 de Dezembro de 2018. Curiosamente, o Princípio adotado por Molon, tendo por foco a remoção de conteúdo, parece não só caminhar em sentido oposto ao sentido original do artigo 19, mas também se distanciar mesmo do regime mais ponderado que se recomenda nesta Seção III. Demonstra, por conseguinte, quão arbitrária foi e é a dinâmica adotada no Marco Civil.

45. A diferença principal entre a Seção 230 e o artigo 19 é que aquele dispositivo diz tão somente que as Plataformas não serão consideradas editoras (*publishers*). Nas palavras do dispositivo,

“Nenhum provedor ou usuário de um sistema interativo de computador será tratado como editor ou autor de qualquer informação provida por outro provedor de conteúdo informacional” (tradução livre).

46. O que ocorre, então, é que regimes de responsabilidade que dependem da noção de editor não podem ser estendidos às Plataformas. Mas nada impede que, nos EUA, responsabilidade no âmbito de regime regulatório específico, que imponha deveres próprios e que não dependa dessa noção, seja estendida às Plataformas.

47. Nesse sentido há recente movimento jurisprudencial e legislativo nos EUA em direção à responsabilização das Plataformas quando não ajam como editores. Em *Airbnb, Inc. v. City and County of San Francisco*,¹⁵ o Airbnb acionou o governo de San Francisco em virtude de punição por ter violado dispositivos de uma lei local que proibiam o agendamento de unidades não licenciadas pela prefeitura—o que, por conseguinte, de forma indireta, atingia a própria listagem dessas unidades. A corte distrital, porém, entendeu que o Airbnb, no caso, não agia, nos termos da Section 230, como editor de conteúdo de terceiros. A lei simplesmente se referia à responsabilidade pelo agendamento, que, sendo caso estranho à Section 230, poderia, sim, ser estendida ao Airbnb.

48. Os termos do artigo 19 do Marco Civil são mais abrangentes do que os da Section 230. Eles se estendem a qualquer forma de responsabilização por conteúdo de terceiros, não se restringindo, portanto, ao conceito de *publisher*. Refletem, assim, espécie de imunidade genérica, axiologicamente conectada a valor constitucional, qual seja o da liberdade de expressão—o que aponta, naturalmente, para tendência jurisprudencial de interpretação teleológica, não restritiva, do artigo 19 (a se entender que o mesmo é, de fato, necessário para proteção da liberdade de expressão). Tivesse um caso como o do Airbnb lugar no Brasil, dificilmente uma norma inferior local que buscasse, por meios transversos, evitar o objetivo final da norma geral (o artigo 19) lograria êxito constitucional.

49. É de se ver que tão abrangente foi a intenção do legislador que o artigo 19 cria dificuldades até mesmo para remoção do conteúdo por ordem judicial. Requer o artigo 19, em seu §1º, que a ordem judicial, sob pena de nulidade, contenha identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material. Tal dinâmica impede que as Plataformas sejam responsabilizadas em casos que não se moldem estritamente

¹⁵ *Airbnb, Inc. v. City and County of San Francisco* (2016 WL 6599821 (N.D. Cal. Nov. 8, 2016)),

aos referidos dispositivos, o que, dada a natureza equívoca da expressão “localização inequívoca”, torna extraordinariamente incerto o escopo de ordens judiciais possíveis.

50. É de se ver que aqui, ao contrário do *caput*, a tendência jurisprudencial deverá ser de interpretação restritiva. Então o que se tem é uma ausência absoluta de deveres para as Plataformas em momentos anteriores à ordem judicial, cumulada com oportunidades absolutamente ínfimas de responsabilização em momentos posteriores à ordem judicial. E, de fato, por ora a matéria está posta como no artigo 33, § 3º da Resolução 23.551/2017 do Tribunal Superior Eleitoral que, seguindo jurisprudência maciça do Superior Tribunal de Justiça,¹⁶ interpreta o artigo 19, §1º, do Marco Civil, nos seguintes termos:

“[a] ordem judicial que determinar a remoção de conteúdo divulgado na internet fixará prazo razoável para o cumprimento, não inferior a 24 (vinte e quatro) horas, e deverá conter, sob pena de nulidade, a URL do conteúdo específico”.

51. Localização inequívoca é tida, aqui, em sentido “topológico”,¹⁷ como indicando o “local” na Internet em que o conteúdo está armazenado. Mas será tal posicionamento justificado para todos os casos—por exemplo, para imagens ou vídeos que violam a vida privada de menores, e continuam a aparecer, de forma idêntica ou substancialmente idêntica, na mesma Plataforma?

52. Em tais casos, não seria mais razoável uma ideia lógica (em vez de topológica) de “localização”—requerendo, assim, a comparação de novo conteúdo com o conteúdo original, de acordo com atributos que permitam logicamente identificar, “localizar” novas instâncias do mesmo objeto? É algo que as grandes Plataformas podem fazer sem maiores sacrifícios,¹⁸ e cujas dificuldades, dentro do espírito de um responder subjetivo, podem ser mitigadas para as menores.

53. Veja-se, sobretudo, que o dever de, em casos de substantiva identidade, comparar novo conteúdo com o conteúdo identificado na ordem judicial, não pode, por razões de coerência, se consubstanciar em um dever de retirada automática. Assim como deve acontecer em

¹⁶ Ver e.g. REsp nº 1.568.935/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 5/4/2016, DJe de 13/4/2016.

¹⁷ A ideia de localização, aqui, provém, então, de interpretação analógica. Depende de analogia que emana da própria ideia, eminentemente topológica, de ciberespaço. Depende de se presumir que um “local” na Internet é realmente um local—uma perspectiva interna, portanto, que atribui caráter geográfico ao que é outrossim meramente um registro lógico em um sistema de dados (ver ORIN KERR, *The Problem of Perspective in Internet Law*, (2003) 91 THE GEORGETOWN LAW JOURNAL 357).

¹⁸ Para os mestres da Inteligência Artificial, que recentemente excluíram centenas de milhares de perfis de uma de suas Plataformas (mesmo com toda a criptografia), essa comparação não pode ser tarefa tão difícil. Se o WhatsApp pode efetivamente excluir tais perfis em momento de tamanha relevância nacional (às vésperas das eleições presidenciais), foi porque presumidamente pôde, sim, localizar o conteúdo (no caso, *spam* e desinformação). Ou agiu o WhatsApp de forma equívoca?

relação ao momento anterior à ordem judicial, a responsabilidade no momento posterior à ordem merece ser, também ela, subjetiva.

54. O que se deve esperar das plataformas é que estejam obrigadas, aqui também, a adotar critérios responsáveis na identificação do conteúdo. Em um sistema coerente, os deveres e responsabilidades para com a situação jurídica das vítimas, transitam, tal qual existem no momento anterior à ordem judicial, para o momento posterior à mesma. No sistema do artigo 19 do Marco Civil, ao contrário, a imunidade, que existe em um primeiro momento, transita para o momento seguinte como perplexidade.

55. A interpretação hoje dominante, de que a ordem judicial deve identificar individualmente cada instância de conteúdo a ser removido, é basicamente uma exortação para que conteúdo violador de direitos fundamentais permaneça na internet para todo o sempre. Para Plataformas que oferecem recursos poderosos de buscas de imagem—e que lucram com esses recursos—, é pedir demais que novas instâncias de uma mesma imagem ou vídeo sejam ao menos examinadas?

56. Todas essas incertezas tornam o artigo 19 ainda mais arbitrário do que parece. Juntas à ausência de qualquer dever anterior das Plataformas para com conteúdo que cientemente hospedam, essas incertezas transformam o sistema de responsabilidade do Marco Civil em um motor universal de violação de direitos fundamentais.

57. Mesmo que lenta evolução jurisprudencial talvez permita que, no longo prazo, as incertezas acima sejam remediadas, o problema permanece que, até o momento de cada ordem judicial extemporânea, jurisdicionalmente distante,¹⁹ as Plataformas poderão agir em completa impunidade, terminantemente excluídas dos deveres e responsabilidades que, por razões de igualdade, alcançam e devem alcançar a todos nós. E poderão continuar a fazê-lo, em movimento perpétuo, ao arrepio de qualquer teoria ou ideal de justiça, nos casos infinitamente mais numerosos que jamais chegarão aos Tribunais.

58. Do caso que V. Exas. têm diante de si neste momento depende, em essência, a integridade de todo o sistema de direito civil brasileiro; depende de V. Exas. o processo de constitucionalização que esse sistema experimentou ao longo das últimas décadas; depende de V. Exas. também a integridade moral de todos os sujeitos de direito que o artigo 19 desampara.

¹⁹ Veja-se que, em um país de dimensões continentais, e sobretudo em um mundo globalizado, a interação jurisdicional com as Plataformas frequentemente depende de cartas precatórias e rogatórias. O que isto significa para as pessoas que têm seus direitos violados na Internet?

59. À sombra de nossas eleições presidenciais, é de se ver que dependem de V. Exas., sobretudo, os processos constitucionais, políticos, democráticos que dão forma e substância a todos esses valores acima—ao Direito e à vida dos direitos, ambos profundamente transmutados em uma sociedade tecnológica de cujo futuro e humanidade V. Exas. hoje guardam a chave.

60. Não há aqui escolhas neutras, seja para V. Exas., seja para as Plataformas. Nem pode haver. O Direito, afinal, não é ciência da neutralidade. O Direito sempre foi—e sobretudo no espaço sensível de nossas relações imateriais deve continuar a ser—a arte do bom e do justo. Mas é arte que nos alcança a todos, obra que escrevemos em rede, imagem de nós mesmos que envelhece à nossa revelia quando dela divorciamos nossa história. Não há inimizabilidade, ou pretensão de neutralidade, que não nos venha um dia cobrar seu preço.

M.T.

Hong Kong, 14 de dezembro de 2018