

---

**DESAFIOS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NAS REDES SOCIAIS E O PAPEL DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO FRENTE À TESE DA POSIÇÃO PREFERENCIAL**

---

*CHALLENGES OF FREEDOM OF SPEECH ON SOCIAL NETWORKS AND THE ROLE OF CIVIL LIABILITY IN BRAZILIAN LAW IN LIGHT OF THE PREFERENTIAL POSITION THESIS*

**Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk \***

**RESUMO:** O artigo trata do papel da responsabilidade civil na relação entre a liberdade de expressão e as redes sociais no Brasil, com enfoque no Marco Civil da Internet, assumindo como premissa a tese da posição preferencial da liberdade de expressão frente a outros direitos fundamentais. Examina a opção legislativa do artigo 19 da referida norma, em cotejo com a tese da posição preferencial. Analisa a autolimitação dos conteúdos postados derivada da adesão a condições gerais de contratação definidoras de ferramentas de moderação, bem como os critérios para o controle das limitações à liberdade de expressão dos usuários realizadas pelos provedores, destacando a importância da proteção estatal da posição preferencial da liberdade de expressão, à luz da proibição do déficit e o devido processo legal.

**Palavras-chave:** responsabilidade civil; liberdade de expressão; redes sociais; direitos fundamentais; indenização.

**ABSTRACT:** The article deals with the role of civil liability in the relationship between freedom of speech and social media in Brazil, focusing on the Internet Civil Framework Law and assuming as a premise the thesis of the preferential position of freedom of speech over other fundamental rights. It examines the legislative option of Article 19 of the aforementioned norm, in comparison with the thesis of the preferential position. The article analyzes the self-limitation of parties in the posting of content resulting from general contracting conditions defining moderation tools, as well as criteria for controlling limitations on user freedom of speech by social networks, highlighting the importance of state protection of the preferential position of freedom of speech, in light of the prohibition of deficit and due process of law.

**Keywords:** civil liability; *freedom of speech*; collective moral damage; social networks; fundamental rights; damages.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Do desenho da liberdade de expressão na Constituição Brasileira. 3. Redes Sociais, Liberdade de Expressão, e potencial lesivo: *La calunnia è un venticello...* 4. Da opção do Marco Civil da Internet quanto ao dever de apagar postagens. 5. Disponibilidade relativa dos direitos fundamentais e autonomia privada. 6. Considerações finais: alguns critérios para o controle das limitações à liberdade de expressão dos usuários realizadas pelos provedores no cumprimento de suas condições gerais de contratação. 7. Referências.

## **1. INTRODUÇÃO**

O presente artigo tem o escopo de analisar o papel da responsabilidade civil frente à liberdade de expressão nas redes sociais.

---

\* Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1999), mestrado em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (2003) e doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2009). Atualmente é Professor Associado nos cursos de Graduação e Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) da Universidade Federal do Paraná. E-mail: [carlospianovski@hotmail.com](mailto:carlospianovski@hotmail.com) / ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4544-9605>

O estudo passa, por conseguinte, pelo perfil constitucional da liberdade de expressão, como garantia/direito fundamental, assim como pela sua apreensão no âmbito da Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet).

Um duplo escopo compõe o objetivo deste artigo: (A) o exame do emprego lesivo da liberdade de expressão pelo usuário, no que diz respeito ao desenho da responsabilidade civil do provedor, e (B) a análise sobre o controle, pelo provedor, da liberdade de expressão do usuário.

Circunscreve-se o estudo proposto ao âmbito da responsabilidade civil na relação entre particulares, sem pretender, assim, examinar eventuais mecanismos regulatórios por meio de outros ramos do Direito – ainda que as premissas aqui desenvolvidas, à luz da metodologia civil-constitucional, possam indicar, mesmo que pontualmente, balizas também a esses mecanismos, sobretudo no que tange à simbiótica relação entre liberdade de expressão e democracia e ao princípio da proporcionalidade.

A investigação proposta se desenvolve a partir da conjugação dos métodos dedutivo e indutivo.

## 2. DO DESENHO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

O inevitável ponto de partida da análise a respeito da responsabilidade civil de provedores de Internet no âmbito das redes sociais consiste no exame do desenho da liberdade de expressão na ordem constitucional brasileira. Trata-se de etapa indispensável, seja para compreender como pode se configurar dano indenizável (ou passível de tutela de remoção de ilícito) causado pelo agente no exercício da liberdade de expressão, com sua eventual repercussão sobre a esfera jurídica do provedor, seja para investigar eventual responsabilidade civil do provedor por violação à liberdade de expressão do usuário.

Esse desenho constitucional aponta para aquilo que se denomina posição preferencial da liberdade de expressão.<sup>1</sup> Embora não isenta de controvérsia doutrinária,<sup>2</sup> a tese da posição preferencial é contemplada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Em diferentes ordenamentos jurídicos, o desenho da liberdade de expressão pode variar consideravelmente, sobretudo quanto à extensão e aos fundamentos das limitações impostas ao seu exercício. Sobre o tema, BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. *Revista de Direito Público, Brasília*, v. 15, n. 117, jan.-mar. 2007, e SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do *hate speech*. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, ano 1, n. 4, p. 56, out./dez. 2006.

<sup>2</sup> Exemplo disso é o Enunciado 613 da VIII Jornada De Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “A liberdade de expressão não goza de posição preferencial em relação aos direitos da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro”. Em respaldo a essa concepção crítica, ver SCHREIBER, Anderson. Liberdade de Expressão e Tecnologia. SCHREIBER, Anderson; MORAES, Bruno Terra de; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de (coord.). *Direito e Mídia: tecnologia e liberdade de expressão*. Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, 2020, p. 8; FACCHINI NETO, Eugenio; RODRIGUES, Maria Lúcia Boutros Buchain Zoch. Liberdade de expressão e discurso de ódio: o direito brasileiro à procura de um modelo. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJL]*, [S. l.], v. 22, n. 2, p. 481–516, 2021. DOI: 10.18593/ejil.29220. Disponível em:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou historicamente esse entendimento, a partir do precedente decorrente da ADPF no 130<sup>4</sup>.

A posição preferencial constitucionalmente definida em proveito da liberdade de expressão frente a outros direitos constitucionalmente assegurados não consiste, ressalte-se, em hierarquia entre normas constitucionais, mas, sim, na afirmação de uma prevalência *prima facie* da liberdade de expressão em confronto com outros direitos.

Essa preferência, precisamente por ser *prima facie*, e não absoluta, pode ceder nos casos concretos.

Duas são as repercussões imediatas da posição preferencial detida pela liberdade de expressão na ordem constitucional brasileira. A primeira e mais evidente é a vedação à censura prévia; a segunda, a seu turno, consiste na imposição de um reforço ao ônus argumentativo para sustentar a prevalência em concreto de outros direitos frente à liberdade de expressão.<sup>5</sup>

Cabe destacar que a posição preferencial ocupada pela liberdade de expressão, a par de impedir a censura prévia, também demanda especial atenção à sua colisão com outros direitos, o que se reflete até mesmo na imposição de responsabilidade civil *a posteriori* - ou seja, na aferição de responsabilidade civil por violação a outros direitos da personalidade, decorrente do exercício da expressão/discurso por parte do agente a quem se pretende imputar

---

<https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/29220>. Acesso em: 8 mar. 2023; SOARES, Felipe Ramos Ribas; MANSUR, Rafael (2020). A tese da posição preferencial da liberdade de Expressão frente aos direitos da personalidade: análise crítica à luz da legalidade constitucional. SCHREIBER, Anderson; MORAES, Bruno Terra de; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de (coord.). *Direito e Mídia: tecnologia e liberdade de expressão*. Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, 2020.

<sup>3</sup> Conforme Ingo Sarlet, ao explicar a tese prevalente no STF, “mesmo que, em um primeiro momento, a CF assegure um idêntico status protetivo a privacidade e a garantia da liberdade de manifestação e expressão, percebe-se que, em relação à segunda, o texto constitucional entendeu por bem ser mais explícito e detalhista no que se refere aos critérios de controle e de restrição dessa liberdade, tal como se vê das regras constitucionais contidas nos artigos 220 e 221. Isso porque a CF, além de fixar de antemão impedimentos legislativos (§ 1º e § 3º do artigo 220), entendeu por bem já prever a proibição categórica à censura (§ 2º do artigo 220), assim como fixar princípios diretivos que deverão guiar a produção publicitária, de rádio e de televisão (§§ 4º, 5º e 6º do artigo 220 e artigo 221). Tal opção constitucional pode ser interpretada como sendo um sinal de que o Constituinte foi mais seletivo no que se refere às restrições que poderão ser aplicadas à liberdade de imprensa, de manifestação de pensamento e de expressão do que foi em relação à proteção da intimidade e da privacidade, a qual deverá contar com uma ponderação *a posteriori* para identificar as situações de grave e intolerável interferência na esfera de proteção privada. Essa opção do constituinte de 1988 pode ser interpretada como indicando a escolha constitucional por tratar restrições à liberdade de manifestação e expressão como sendo algo excepcional, exigindo que eventuais restrições adicionais necessitem de um esforço argumentativo diferenciado e mais intenso que consiga justificar a necessidade particular de uma nova limitação.” SARLET, Ingo Wolfgang. *Liberdade de expressão e o problema da regulação do discurso do ódio nas mídias sociais*. REI - *Revista Estudos Institucionais*, [S.l.], v. 5, n. 3, p. 1207-1233, dez. 2019. ISSN 2447-5467. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/428/443>>. Acesso em: 08 março 2023. doi:<https://doi.org/10.21783/rei.v5i3.428>.

<sup>4</sup> STF – ADPF 130 - Rel. Min. Ayres Britto, DJE: 6/11/2009.

<sup>5</sup> Sobre o tema, ensina Luis Roberto Barroso: “Na verdade, tanto em sua manifestação individual, como especialmente na coletiva, entende-se que as liberdades de informação e de expressão servem de fundamento para o exercício de outras liberdades, o que justifica uma posição de preferência - *preferred position* - em relação aos direitos fundamentais individualmente considerados”. (BARROSO, Luis Roberto. *Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa*. *Revista de Direito Administrativo*, v. 235, p. 1–36, 2004).

responsabilidade civil. Na investigação sobre ser o alegado dano indenizável ou não, a partir de um juízo de merecimento de tutela, deve-se atentar para a posição preferencial *prima facie* assegurada à liberdade de expressão.

Essa posição preferencial tem entre seus fundamentos a recíproca instrumentalidade entre liberdade de expressão e princípio democrático.

Pela democracia, as convicções individuais chegam à ágora, como expressões de liberdade positiva, apta a contribuir para os rumos do complexo de relações sociais. Daí deriva a recíproca dependência, a ensejar corresponsabilidade entre os princípios.

Dessa forma, liberdade de expressão e democracia têm dependência recíproca. Não há verdadeira liberdade de expressão fora da democracia, e não há democracia sem ampla liberdade de expressão.<sup>6</sup>

A instrumentalidade não é, diga-se, de mão única, uma vez que tanto a democracia quanto a liberdade de expressão, na ordem constitucional, têm valor em si mesmas.

Daí porque se pode afirmar a existência de repercussão recíproca entre liberdade de expressão e democracia, ambas expressões da liberdade individual.<sup>7</sup>

Por conseguinte, dada a interdependência entre os princípios, constata-se que a liberdade de expressão não pode ser empregada em prejuízo da democracia, sob pena de se eliminar condição de possibilidade para a própria liberdade de expressão. A rigor, quando se limita a liberdade de expressão em proveito da democracia – desde que atendidos aos pressupostos da adequação e da necessidade - o que se está a proteger, em conjunto, é a própria condição de possibilidade da liberdade de expressão.

Em suma: não há liberdade para solapar a própria liberdade.

O discurso que estimula a supressão da democracia entra em contradição performativa com as condições de possibilidade de reprodução do próprio discurso livre, e, portanto, pode ser

---

<sup>6</sup> É inevitável a lembrança das palavras de Tocqueville, alicerce do pensamento democrático liberal, a respeito da liberdade de imprensa – ela própria, em nosso sistema, derivada do princípio mais amplo da liberdade de expressão: “Num país em que reina ostensivamente o dogma da soberania do povo, a censura não é apenas um perigo, mas um grande absurdo. Quando se concede a cada qual um direito de governar a sociedade, cumpre reconhecer-lhe a capacidade de escolher entre as diferentes opiniões que agitam seus contemporâneos e apreciar os diferentes feitos cujo conhecimento pode guiá-lo. A soberania do povo e a liberdade de imprensa são, pois, duas coisas inteiramente correlativas. A censura e o voto universal são, ao contrário, duas coisas que se contradizem e não se podem encontrar por muito tempo nas instituições políticas de um mesmo povo”. (TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático*. Trad. Eduardo Brandão. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 209).

<sup>7</sup> Nesse sentido, cabe a lição de Denis Rosenfield: “A democracia, para vingar, deve estar assentada na liberdade individual, no reconhecimento de que o homem é um ser livre, que age à sua guisa, seguindo a orientação que ele mesmo se dá. O que constitui o fundamento da democracia é, assim, o seu limite, pois se um processo, digamos coletivo de escolha, abolir a liberdade individual, ele não poderá ser dito livre, embora possa se apresentar como o resultado de uma decisão coletiva. Uma decisão política que suprima a liberdade individual, mesmo tomada por uma coletividade, logo pela maioria de seus membros, apenas reduziria os seus membros à condição de servos, impedindo e extinguindo a vida dos indivíduos”. (LERRER ROSENFELD, D. *Democracia e Liberdade de Escolha. Revista Opinião Filosófica, [S. l.], v. 1, n. 1, 2017*).

legitimamente limitado, desde que atendidos aos pressupostos da proporcionalidade (adequação e necessidade) em proveito da própria liberdade de expressão.

Uma vez que a liberdade de expressão e a liberdade democrática são, ambas, manifestações de um mesmo princípio (a liberdade), servindo, portanto, ao próprio indivíduo, e não a um coletivo abstrato, a deliberação majoritária não pode por sob rédeas a liberdade de expressão, sob pretextos coletivistas. É a garantia da autêntica liberdade dos indivíduos em relação, que só é possível no âmbito da democracia, e que pode justificar a (sempre) proporcional e excepcional limitação aos discursos, quando estes colocam em risco imediato a ordem democrática.

No âmbito dessa *ratio* que reafirma a opção preferencial, se, de um lado, não se admite a censura prévia, de outro, não se pode afastar, a partir do próprio desenho constitucional, a responsabilidade individual *a posteriori*, na constatação de violação de outros direitos. Se a posição preferencial é pressuposto que serve de alicerce à vedação à censura prévia à expressão do pensar, esta não afasta a resposta coerciva posterior, em caso de violação a outros direitos fundamentais, perpetrada por meio do abuso da liberdade de expressão.

Emergem, nessa seara, as tutelas ressarcitória e de remoção do ilícito, quando se evidencia que o agente excedeu os limites externos impostos à liberdade de expressão, mediante violação a outros direitos merecedores de tutela, já considerada a posição preferencial *prima facie*.

Ou seja: o fato de a posição preferencial implicar vedação à censura prévia e estabelecer balizas para o reconhecimento do dever de indenizar no âmbito da responsabilidade civil em sua função ressarcitória, não exclui a tutela de remoção do ilícito<sup>8</sup> também integrante da responsabilidade civil.

Não é cabível, nesses baldrames, assumir-se a tutela inibitória como compatível com a ordem constitucional. A tutela de remoção do ilícito, porém, não ofende a liberdade de expressão. Ao contrário, decorre, a um só tempo, do desenho constitucional que assegura a resposta à lesão causada pelo discurso contrário ao ordenamento jurídico, e da função institucional do Poder Judiciário decorrente do princípio constitucional da tripartição dos poderes.

---

<sup>8</sup> Conforme Marinoni, "a evidência da necessidade da remoção do ilícito está na necessidade de se dar efetividade às normas de direito material que, objetivando a prevenção, proíbem certas condutas. Se o direito material, para evitar dano, proíbe uma conduta, é evidente que a sua violação deve abrir ensejo para uma ação processual a ela ajustada. Ora, essa ação somente pode ser a de remoção do ilícito, uma vez que o direito material, nesse caso, somente pode ser reavivado com a remoção do ilícito. Em outras palavras, de nada adiantaria a norma de direito material que proíbe um agir se não existisse a possibilidade de uma ação processual capaz de permitir a sua remoção. Portanto, essa ação também encontra fundamento no art. 5o, XXX V da Constituição Federal, que consagra o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva". Ainda segundo o pensamento do autor, "Assim como a ação inibitória, a ação de remoção do ilícito é decorrência do próprio direito material, especialmente das normas que estabelecem condutas de não fazer para proteger os direitos". MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela inibitória e de remoção do ilícito. *Revista Ibero-Americana de Direito Público*, v. 1, p. 15-30, 2003.

Assim, a tutela de remoção do ilícito não se confundirá com censura, desde que ela atenda, de modo proporcional, aos deveres de proteção a outros direitos fundamentais de modo atento à posição preferencial ocupada pela liberdade de expressão. Ou seja: a remoção de conteúdos é tutela constitucionalmente legítima quando adequada e necessária à proteção de outros direitos fundamentais, desde que, no exame da proporcionalidade em sentido estrito, as circunstâncias concretas justifiquem o afastamento da preferência *prima facie* da liberdade de expressão – exigido, assim, o reforço ao ônus de fundamentação para justificar a prevalência do direito que se afirma violado.

Destarte, o parâmetro da tutela da remoção do ilícito no âmbito da liberdade de expressão é o mesmo que deve, sob a perspectiva metodológica de construção normativa concreta, ser aplicado à definição da tutela ressarcitória no âmbito da responsabilidade civil

Não é difícil constatar que a determinação judicial para a supressão de postagens em redes sociais consiste, precisamente, em expressão dessa tutela de remoção do ilícito.

O passo seguinte na análise proposta é, pois, o exame dos limites e possibilidades da resposta jurisdicional *a posteriori* aos discursos que excedem os limites externos que a ordem jurídica impõe à liberdade de expressão.

### **3. REDES SOCIAIS, LIBERDADE DE EXPRESSÃO, E POTENCIAL LESIVO: LA CALUNNIA È UN VENTICELLO ...**

A atuação coerciva *a posteriori* como resposta à lesão a direitos derivada de discursos vedados pelo ordenamento não é uma realidade nova no Direito Brasileiro. O Direito Penal, por exemplo, de longa data, veda, mediante qualificação como conduta típica, antijurídica e culpável, a expressão da palavra que enseja difamação, calúnia ou injúria, a partir de seu próprio arcabouço conceitual.

A honra objetiva e subjetiva, como direito da personalidade, é tutelada, a um só tempo, pela responsabilidade penal e pela responsabilidade civil.

É também (e, quiçá, sobretudo) a responsabilidade civil, por certo, instrumento protetivo a direitos da personalidade, impondo, nos termos do arcabouço constitucional, resposta proporcional ao dano, inclusive como consequência jurídica de discursos que excedem os limites impostos pelo ordenamento.<sup>9</sup>

Ao mesmo tempo, a responsabilidade civil, como integrante do Direito Civil, sujeita-se à dimensão funcional *prima facie* que caracteriza a normatividade aplicável às relações entre

---

<sup>9</sup> LOTUFO, Renan. Responsabilidade Civil na Internet. GRECO, Marco Aurelio; MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Direito e Internet: Relações Jurídicas na Sociedade Informatizada*. São Paulo: RT, 2001, p. 240.

particulares, que consiste em contributos aptos a propiciar o exercício, a conservação ou a ampliação de liberdade(s). No Direito Civil, a liberdade é a regra, e a coerção, a exceção.<sup>10</sup>

O papel funcional centrado na liberdade, porém, se sujeita a difícil campo de provas quando seus instrumentos são desafiados por uma realidade em que o potencial de violação a direitos diversos da própria liberdade é tamanha, que parece demandar ampliação dos meios de coerção.

É precisamente nessas searas que a reafirmação da liberdade se mostra ainda mais relevante. A realidade das redes sociais é um desses campos de prova.

O exemplo da violação à honra por meio das redes sociais é emblemático do problema que se está a descrever. As condutas violadoras da honra, por meio da expressão da palavra, conforme já exposto neste texto, são coibidas pelo ordenamento desde há muito, antes mesmo de se cogitar das redes sociais.

A metáfora que se extrai de conhecida ária operística é útil à análise que aqui se propõe.<sup>11</sup> Em *Il Barbiere di Siviglia*, de Gioachino Rossini, o personagem Don Basilio propõe a Doutor Bartolo campanha difamatória contra o Conde de Almaviva, rival de Bartolo no amor da jovem Rosina. A ária, de irresistível apelo cômico, se desenvolve principiando pela afirmação de que a calúnia é como uma brisa, “um arzinho assaz suave”, mas que, “lentamente, docemente, começa a sussurrar” no ouvido das pessoas, de modo que “adquire força pouco a pouco”, até se converter em uma tempestade, a atingir o “pobre caluniado” como um “tiro de canhão” (*un colpo di cannone*).

No âmbito das redes sociais *il colpo di cannone* tem a aptidão para ser disparado quase de imediato, diante da inaudita capacidade das redes de, muito rapidamente, disseminar discursos atentatórios à honra ou a outros direitos da personalidade. O potencial lesivo é, sem dúvida, extraordinariamente ampliado.

Isso gera a questão sobre se, ante a ampliação do potencial lesivo, próprio da sociedade contemporânea, a resposta deveria ser a ampliação da coerção, a se impor não apenas ao agente que causa o dano, mas, também, ao provedor da rede social.

---

<sup>10</sup> PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. *Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s)*. Rio de Janeiro: GZ Ed, 2011, p. 10.

<sup>11</sup> “La calunnia è un venticello/un'auretta assai gentile/che insensibile, sottile,/leggermente, dolcemente,/incomincia a sussurrar./Piano piano, terra terra,/sotto voce, sibilando,/va scorrendo, va ronzando;/nelle orecchie della gente/s'introduce destramente,/e le teste ed i cervelli/fa stordire e fa gonfiar./Dalla bocca fuori uscendo,/lo schiamazzo va crescendo:/prende forza a poco a poco,/vola già di loco in loco./Sembra il tuono, la tempesta/che nel sen della foresta,/va fischiando, brontolando,/e ti fa d'orror gelar./ Alla fin trabocca e scoppia,/si propaga, si raddoppia/e produce un'esplosione/come un colpo di cannone,/un tremuoto, un temporale,/[[un tumulto generale]/che fa l'aria rimbombare./ E il meschino calunniato,/avvilito, calpestato,/sotto il pubblico flagelo/per gran sorte va a crepar.” STERBINI, Cesare (libretto); ROSSINI, Gioacchino (mus.). *Il Barbiere di Siviglia*. Milano: Casa Ricordi (s/d).

A ordem constitucional e a opção legislativa vigentes apontam para caminho diverso, em proveito da reafirmação da liberdade como regra. É o que se constata do exame do Marco Civil da Internet.

#### **4. DA OPÇÃO DO MARCO CIVIL DA INTERNET QUANTO AO DEVER DE APAGAR POSTAGENS**

Como não poderia deixar de ser, a liberdade de expressão é um dos princípios fundamentais enunciados no Marco Civil da Internet. O artigo 2º da referida lei deixa claro, já no *caput*, que a disciplina do uso da Internet tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão. A norma faz por evidente, referência também a outros princípios, entre os quais o respeito aos direitos humanos, ao desenvolvimento da personalidade, e ao exercício da cidadania em meios digitais.

O artigo 3º da mesma lei reitera o princípio referente a garantia da liberdade de expressão comunicação e manifestação de pensamento como princípio fundamental do referido diploma legal, fazendo, inclusive, remissão aos termos da Constituição Federal. O mesmo artigo se refere à proteção da privacidade, dos dados pessoais, e à “responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei”.

O dispositivo legal que define os parâmetros para a responsabilidade civil dos provedores, todavia, é o artigo 19 do Marco Civil, que tem a seguinte redação:

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.

A norma acima transcrita afasta, como se observa, a responsabilidade do provedor pelos conteúdos produzidos por terceiros. Assim o faz com expresse fundamento na liberdade de expressão.

A opção legislativa, a toda evidência, reconhece o provedor como agente que propicia a ampliação da disseminação dos discursos, ao oportunizar o acesso dos usuários às plataformas, sendo a sua não responsabilização pelos conteúdos produzidos por terceiros uma medida de preservação e de incentivo a essa liberdade de expressão.

Não há, como decorrência da norma, dever de controle prévio dos conteúdos por parte do provedor. Da mesma forma, não há imposição de realização de controle *a posteriori*, mediante mecanismos de moderação – os quais, todavia, não são, por evidente, vedados.<sup>12</sup>

Assim, como se observa sob a perspectiva do direito posto, sobretudo no artigo 19 do Marco Civil da Internet, não se impõe responsabilidade civil dos provedores por conteúdos violadores a direitos da personalidade postados por terceiros, emergindo essa responsabilidade exclusivamente na hipótese em que a rede social, devidamente intimada de decisão judicial, deixa de proceder a supressão do conteúdo.<sup>13</sup>

Sabe-se, porém, que a constitucionalidade da norma foi desafiada perante o Supremo Tribunal Federal por meio do Recurso Extraordinário 1037396. O tema foi reconhecido como de repercussão geral número 987.

Cabe, assim, ponderar se a opção legislativa está em consonância com o texto constitucional. A resposta parecer ser positiva.

Trata-se o artigo 19 do Marco Civil de uma opção legislativa coerente com o perfil constitucional da liberdade de expressão que, como já exposto, detém posição preferencial no sistema.

A ausência de responsabilidade *a priori* do provedor por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros está fundamentada expressamente no princípio da liberdade de expressão, o que está em linha com a tese da posição preferencial.

Precisamente para assegurar essa prevalência *prima facie* da liberdade de expressão, estimulando a manutenção de amplo espaço livre de coerção, é que a escolha do legislador foi tomar como regra a responsabilidade do provedor somente na hipótese em que, após ordem

---

<sup>12</sup> No âmbito da União Europeia, solução diversa foi adotada pela Resolução 2022/2065. Não são impostas obrigações gerais de vigilância ou de apuração de fatos, conforme o artigo 8º. Há, porém, dever de oferta de ferramentas de recebimento de notificações, bem como de moderação de conteúdos, uma vez notificado o provedor sobre a possível prática de atos ilícitos, independentemente de decisão judicial. Exemplo disso está no artigo 6º, 1.b: 1. “Em caso de prestação de um serviço da sociedade da informação que consista na armazenagem de informações prestadas por um destinatário do serviço, o prestador do serviço não é responsável pelas informações armazenadas a pedido de um destinatário do serviço, desde que: (a) Não tenha conhecimento efetivo da atividade ou conteúdo ilegal e, no que se refere a uma ação de indemnização por perdas e danos, não tenha conhecimento de factos ou de circunstâncias que evidenciem a ilegalidade da atividade ou do conteúdo; ou (b) A partir do momento em que tenha conhecimento da ilicitude, atue com diligência no sentido de suprimir ou desativar o acesso aos conteúdos ilegais. Cabe notar, porém, que a opção do Direito Europeu parece não ser a mais congruente com a posição preferencial da liberdade de expressão que é a tônica do desenho constitucional dessa garantia no Direito brasileiro.

<sup>13</sup> Conforme Giacchetta e Meneguetti, “Essa previsão legal coloca fim à divergência jurisprudencial quanto ao momento a partir do qual o provedor de aplicações de internet poderia se tornar civilmente responsável pelos danos decorrentes de conteúdo criado e divulgado pelos usuários. Não mais se sustentam as alegações no sentido de que o provedor de aplicações de Internet seria responsável de forma objetiva ou caso não procedesse à remoção após o recebimento de notificação extrajudicial”. GIACCHETA, André Zonaro; MENEGUETTI, Pamela Gabrielle. A garantia constitucional à inviolabilidade da intimidade e da vida privada como direitos dos usuários no marco civil da Internet. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo. *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 383.

judicial específica, este não tomar providências para tornar indisponível o conteúdo definido pelo Poder Judiciário como violador de normas.

Ou seja: não se impõe postura ativa do provedor na busca e supressão de conteúdos ilícitos, nem, tampouco, será bastante, para fins de responsabilidade civil, a notificação do usuário por meio de ferramentas de moderação que sejam ofertadas pelos provedores.<sup>14</sup>

É evidente que essa opção legislativa não é a única apta a assegurar a posição preferencial. Não está, porém, evitada, em si mesma, de inconstitucionalidade.

Cabe notar, nesse passo, que o artigo 21 do mesmo diploma legal traz disciplina diversa no que diz respeito à violação da intimidade corrente de divulgação de imagens, como se observa da literalidade do dispositivo legal abaixo:

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

A distinção entre as opções legislativas levadas a efeito nos artigos 19 e 21 se justifica. O artigo 21, que se refere a violação da intimidade, está circunscrito à publicação de imagens ou vídeos. A violação da privacidade, assim, é objetivamente aferível mediante a notificação realizada pelo participante, ou seja, pelo interessado na supressão da imagem ou do vídeo, sem que se demande do provedor que realize uma valoração sobre o conteúdo.

Trata-se, reitera-se, da constatação objetiva da postagem da imagem contendo cena de nudez ou atos sexuais de caráter privado.

Coisa diversa ocorre quanto a postagens que possam repercutir sobre outros direitos da personalidade, as quais demandariam do provedor uma valoração sobre o conteúdo, e sua aptidão ou não para causar danos – ou em sentido lato, sobre sua ilicitude.

Com efeito, a aferição da violação a outros direitos a da personalidade por meio da expressão escrita ou oral da palavra demanda um inevitável juízo de valor a respeito do conteúdo da postagem de modo a permitir que se compreenda ou não a referida postagem como violação a tais direitos.

---

<sup>14</sup> Trata-se de opção diversa daquela levada a efeito pela União Europeia, por meio do Regulamento 2022/2065, que impõem aos provedores instrumentos para a recepção de notificação pelos usuários, sendo tais notificações reputadas como bastantes para a ciência do provedor a respeito do conteúdo supostamente ilícito, para fins da responsabilidade derivada do artigo 6º do diploma legal.

Ainda que não se negue que determinadas formas de violação a direitos da personalidade seriam de fácil aferição pelas próprias plataformas, por seu caráter flagrante, o óbice residiria na definição legal de limites à atuação dos próprios provedores que, se sujeitos à responsabilidade civil decorrente de postagem de tais conteúdos, mesmo sem determinação judicial para supressão, poderiam tender a uma postura mais restritiva quanto aos conteúdos, optando, na dúvida, pela supressão.

O risco imposto pela coerção estatal poderia inverter a lógica da opção preferencial, gerando primazia da restrição, com evidente prejuízo à liberdade de expressão. O risco será tão maior quanto mais graves forem as sanções previstas, ensejando, no limite, estímulo à censura.

Se isso poderia servir à supressão de conteúdos manifestamente ilegais, ao mesmo tempo, permitiria suprimir outros conteúdos que estariam protegidos pelo desenho constitucional da liberdade de expressão.<sup>15</sup>

A solução legal, assim, ainda que não seja a única opção possível ao Poder Legislativo no âmbito do desenho constitucional, foi delineada em consonância com a posição preferencial, claramente definindo uma proeminência à manutenção do discurso, salvo o controle institucional superveniente realizado pelo Estado-juiz, limitando, assim, imposições coercitivas que poderiam derivar de opção legislativa diversa.

---

<sup>15</sup> Leonardi enumera um conjunto de óbices, frente à proteção da liberdade de expressão, que tornam indesejável o sistema de suspensão de conteúdos mediante notificações realizadas por usuários e/ou interessados (*notice and takedown*): “a) notificação e retirada incentiva a remoção arbitrária de conteúdo. A possibilidade de remoção sumária de informações online mediante simples reclamação do interessado, sem ordem judicial, cria espaço para que reclamações frívolas, infundadas ou até mesmo ilegais, que jamais seriam acolhidas pelo Judiciário, sejam necessariamente atendidas pelas plataformas online, que ficariam obrigadas a fazê-lo para se isentar de responsabilidade. Essa situação incentiva a remoção arbitrária de conteúdo, atribuindo a uma requisição privada o mesmo poder de uma medida liminar, sem o necessário devido processo legal. b) regras procedimentais de notificação e retirada não impedem a censura temporária. Ainda que eventuais regras procedimentais tentem impedir abusos na utilização de mecanismos de notificação e retirada, isso não afasta o risco de imposição de censura temporária, calando manifestações cujo momento de divulgação é crucial (tais como campanhas políticas, acontecimentos recentes e notícias urgentes) e cuja divulgação posterior será inútil ou irrelevante. c) notificação e retirada permite abusos frequentes. Estudos realizados por membros da Electronic Frontier Foundation e do Berkman Center for Internet & Society da Harvard Law School demonstram, com riqueza de exemplos, que o sistema de notificação e retirada instituído nos Estados Unidos pelo DMCA é rotineiramente utilizado de forma abusiva, servindo como ferramenta de intimidação ou sendo empregado impropriamente para a retirada de conteúdo não protegido por direito autoral, trazendo enormes implicações para a liberdade de expressão, além de não combater adequadamente a violação de direitos online. Entre outras situações, o conteúdo indevidamente removido por abuso do DMCA inclui fatos e informações não sujeitos à proteção autoral, material em domínio público, crítica social e material de utilização livre em razão de limitações aos direitos autorais. d) notificação e retirada não oferece granularidade e é desproporcional. Em muitas situações, o conteúdo apontado como ilegal consiste em apenas um item (ou seja, um único arquivo, texto, vídeo, fotografia, post, link ou URL), mas a plataforma ou o serviço são obrigados a desativar completamente um website para atender à notificação e se beneficiar da isenção de responsabilidade. Como exemplo, isso ocorre quando o serviço apenas oferece espaço para armazenamento de websites e não controla nem gerencia as ferramentas utilizadas por seus usuários. Essa ausência de granularidade do mecanismo de notificação e retirada traz sérias implicações para a liberdade de expressão online e ofende a regra da proporcionalidade consagrada no sistema constitucional brasileiro”. LEONARDI, Marcel. A garantia fundamental do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações como condição ao pleno exercício do direito de acesso à Internet. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo. *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 629-630.

Assim, embora outros desenhos possam vir a ser compatíveis com a Constituição, desde que preservem a posição preferencial da liberdade de expressão e atentem aos juízos de adequação e necessidade próprios do princípio da proporcionalidade, dúvida não há de que o artigo 19, tal como posto no ordenamento jurídico atual, não é eivado de inconstitucionalidade.

Trata-se, inclusive, no que diz respeito estritamente ao papel da responsabilidade civil no âmbito das relações entre particulares, da opção legislativa, mais congruente com a posição preferencial da liberdade de expressão.

Isso não implica dizer, sem embargo, no que diz respeito a dados conteúdos, como aqueles pertinentes à possível prática de determinados crimes graves crimes – iminente, ou consumada -, como ameaças à vida ou à integridade de pessoas, ou, ainda, como ameaças reais e iminentes à ordem democrática, que outra solução legislativa não seja desejável. Nesses casos, uma alteração legislativa que determine, por exemplo, a partir da ciência derivada de notificação realizada por usuário, o dever de prestar informações às autoridades públicas, seria medida dotada de proporcionalidade, sem afronta à liberdade de expressão.

Não se trata de imposição de investigação ativa, mas, sim, de exigência razoável quando, mediante mecanismos de moderação constantes de condições gerais de contratação, tais informações chegam ao conhecimento do provedor.

De *lege ferenda*, pode-se cogitar de diferenciação das soluções legislativas conforme se trate da proteção a direitos da personalidade e ou da prática de crimes que digam respeito à vida ou à integridade física das pessoas<sup>16</sup>, ou, ainda, contra a condição de possibilidade para a própria liberdade de expressão, que consiste na preservação do princípio democrático.

Emerge, assim, quanto a esses temas específicos (crimes contra à vida, a integridade física ou à democracia), possível insuficiência do regime instituído pelo artigo 19 – que, todavia, são muito mais pertinentes a um papel regulatório do Estado, do que, propriamente, à responsabilidade civil circunscrita às balizas que lhe são próprias.

Nessa linha, fazendo referência específica a ameaças de crimes que digam respeito ao terrorismo ou à supressão do Estado Democrático de Direito, a opção preferencial pela liberdade

---

<sup>16</sup> Elogiável, nesse ponto, a norma do artigo 18 do Regulamento 2022/2065 da EU, que dispõe: “Artigo 18.º - 1. Sempre que um prestador de serviços de alojamento virtual tome conhecimento de qualquer informação que levante suspeitas de que ocorreu, está a ocorrer ou é suscetível de ocorrer um crime que envolva uma ameaça à vida ou à segurança de uma ou várias pessoas, o prestador de serviços de alojamento virtual informa imediatamente da sua suspeita as autoridades policiais ou judiciárias do ou dos Estados-Membros em causa e fornece todas as informações pertinentes disponíveis. 2. Sempre que não puder identificar com razoável certeza o Estado-Membro em causa, o prestador de serviços de alojamento virtual informa as autoridades responsáveis pela aplicação da lei do Estado-Membro em que se encontra estabelecido ou em que o seu representante legal reside ou se encontra estabelecido ou informa a Europol, ou ambas. Para efeitos do presente artigo, o Estado-Membro em causa é o Estado-Membro no qual se suspeita que tenha ocorrido, esteja a ocorrer ou seja suscetível de ocorrer o crime, ou o Estado-Membro em que o suspeito de ter cometido o crime resida ou esteja localizado ou o Estado-Membro em que a vítima do presumido crime resida ou esteja localizada”.

de expressão, por certo, atendidas a dadas condições, pode não prevalecer *prima facie*, sob pena de contradição performativa, sobre as suas próprias condições de possibilidade.

O princípio democrático pressupõe como pilar essencial a liberdade individual. A participação democrática é expressão da liberdade dos indivíduos no âmbito da deliberação pública. É na democracia que os valores individuais são, simultaneamente, assegurados em face até mesmo da deliberação majoritária, e, ao mesmo tempo, são relevantes na tomada da própria deliberação.

É no exercício da liberdade democrática que os valores dos indivíduos livres postos em conflito encontram a acomodação possível em um ambiente de não violência – violência esta contrária, *de per se*, às condições de possibilidade de reprodução da liberdade.

Quanto a conteúdos que ponham em risco ponderável e imediato a ordem social e a democracia, uma opção legislativa diversa, que admitisse a imposição de coerção sobre os provedores de Internet quanto ao controle dos conteúdos produzidos por terceiros, desde notificados por usuários, no âmbito de seus mecanismos de moderação, não seria necessariamente inconstitucional. Caberia, é certo, o cuidado legislativo com a preservação dos pressupostos inerentes ao princípio da proporcionalidade, notadamente da adequação e da necessidade.

O objeto da presente reflexão, porém, como exposto ao início - ainda que demande, na identificação da posição preferencial, a sua relação como o princípio democrático -, não tem o escopo de propor eventual adequação do artigo 19 à necessidade de oferecer respostas institucionais proporcionais e eficientes a discursos que impliquem risco real e imediato ao princípio democrático.

Assim tem esta reflexão o escopo central de analisar a responsabilidade civil no âmbito estrito da relação entre particulares, vale dizer, entre provedor e usuário, com ênfase à relação entre liberdade de expressão e outros direitos da personalidade. Sob esse enfoque, o artigo 19 do Marco Civil é, repita-se, coerente com a Constituição.

Cabe investigar, a seguir, a questão sobre a responsabilidade civil que o próprio provedor pode ter frente aos seus usuários, na hipótese de efetiva violação à liberdade de expressão. Emerge, sob esse aspecto, a inequívoca relevância da relação contratual entre provedor e o usuário, bem como de sua aptidão para fundamentar limitações a conteúdos que possam ser postados, bem como a justificar, pela autonomia privada, a imposição, pelo provedor, de sanções ao próprio usuário. É o que se examinará a seguir.

## 5. DISPONIBILIDADE RELATIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AUTONOMIA PRIVADA

Não afronta a liberdade de expressão a voluntária inserção em condições gerais de contratação, pelos provedores de internet, de instrumentos de moderação de conteúdos, desde que o emprego desses instrumentos não implique, em concreto, a ofensa ao conteúdo essencial da liberdade de expressão.

Mesmo tratando-se de condições gerais de contratação, está-se no âmbito da autonomia privada, e, portanto, da liberdade individual.

A leitura contemporânea sobre o exercício da autonomia privada, como liberdade contratual e como liberdade de contratar, não se pauta em uma perspectiva puramente voluntarista, mas, diversamente, na objetivação da conduta intencional da parte, com o escopo de obter o contributo existencial ou econômico que o contrato pode propiciar.

Isso permite afirmar que a aferição da ação contratual livre, como manifestação negocial, se reporta à exteriorização volitiva que não está, necessariamente, vinculada de modo específico a cada uma das cláusulas do contrato celebrado, mas à realização da operação econômica em sua integralidade.<sup>17</sup>

No âmbito dos contratos por adesão, essa afirmação é especialmente relevante, uma vez que a aferição de eventual invalidade de cláusulas constantes de contratos celebrados por meio dessa técnica deve se dar muito mais pela congruência das cláusulas frente à dimensão funcional de que se reveste o contrato (e que não se confunde, diga-se, necessariamente, com uma função social) do que uma análise subjetivista da vontade real das partes.

Ou seja, no âmbito dos contratos celebrados com provedores de Internet, a autolimitação ao exercício da liberdade de expressão se justifica sempre que for coerente com os escopos próprios da ferramenta oferecida pelo provedor.

Não se ignora a posição de Teubner<sup>18</sup>, e seu ceticismo a respeito das possibilidades de proteção a direitos fundamentais na Internet apenas por meio do reconhecimento da eficácia desses direitos nas relações entre particulares, a partir de uma lógica individualista de Direito Privado. Para Teubner, entre outros fatores, essa insuficiência derivaria do poder das grandes plataformas, seja pelo seu caráter monopolista, seja pelo controle dos dados pessoais, e, sobretudo, pelo caráter autoexecutório dos códigos/algoritmos, como instrumentos, por excelência, de regulação dos comportamentos. Tudo isso colocaria em xeque a autonomia

---

<sup>17</sup> Souza Ribeiro, ao tratar das condições gerais de contratação, demonstra que as declarações volitivas são partes de uma estrutura complexa de contrato, como uma totalidade, em que “o consenso das partes é pensado em conjunto com o ‘ambiente’ em que se manifesta, integrando, como factor constitutivo e modelador, um sistema de coordenação vinculativa de acções individuais aberto à comunicação com outros sistemas de enquadramento e de referência”. SOUZA RIBEIRO, Joaquim de. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 107.

<sup>18</sup> TEUBNER, Gunther. *Horizontal Effects of Constitutional Rights in the Internet: A Legal Case on the Digital Constitution*. Edizioni Scientifiche Italiane, v. 3, n. 1, p. 193-205, 2017.

individual, fazendo com que as condições gerais de contratação que definem as regras no âmbito das plataformas não mais possuíssem, em seu entender, natureza contratual propriamente dita. Seria necessário, para o autor, que a reflexão se desse sob a perspectiva da institucionalização de uma esfera pública digital. Haveria, assim, para Teubner, uma insuficiência na aplicação dos direitos constitucionais nacionais, sendo necessário que os Tribunais adotassem uma perspectiva transnacional, na construção do que denomina de “constituição digital transnacional”.

A liberdade dos indivíduos, porém, é sempre contextual. Em diferentes espaços sociais, formados por vínculos intersubjetivos com características diversas entre si, a circunscrição dos espaços de liberdade substancial – possibilidade concreta de realização de escolhas valorosas para o indivíduo – será mais amplo ou mais restrito. No âmbito específico das redes sociais, objetos deste estudo, o ingresso ou não do usuário é uma escolha individual. A escolha por não ingressar priva o indivíduo, é certo, do acesso a serviço útil no âmbito de uma sociedade cada vez mais digital, e que pode, inclusive, servir de instrumento para o exercício de atividades econômicas. Não há, porém, ao menos por ora, efetiva essencialidade desses serviços (redes sociais)<sup>19</sup> para a vida dos indivíduos, uma vez que o não ingresso em redes sociais não priva – reitere-se, ao menos por ora - as pessoas de elementos indispensáveis à sua existência digna na vida em sociedade.<sup>20</sup>

Ainda se está, pois, no âmbito das escolhas. Mesmo que as condições gerais de contratação e a execução de decisões derivadas dos algoritmos não estejam sob o controle do usuário, a escolha sobre aceder ou não ao uso das redes ainda está sob o seu espaço de liberdade individual. Por isso, mesmo reconhecendo como limitado o espaço de escolhas, pode-se afirmar que a decisão por ingressar em uma rede social, aderindo às suas condições gerais tem natureza de ação intencional consistente em manifestação negocial, e, assim, apta, dentro dos limites legais, a gerar a força obrigatória, como expressão da autorresponsabilidade individual.

Por isso, reitera-se o entendimento pela viabilidade, sob o pálio da autonomia privada negocial, da limitação definida pelas condições gerais de contratação ao exercício da liberdade de expressão do usuário, obviamente sujeita ao escrutínio jurisdicional, sob a perspectiva do dever de proteção (imposto ao Estado-Juiz) aos direitos fundamentais.

Isso pode justificar limitação, inclusive, quanto aos conteúdos que possam ser debatidos ou postados no âmbito de uma dada rede social, ou de um fórum de internet, desde que haja clareza quanto à sujeição das postagens a mecanismos de moderação. É isso que

---

<sup>19</sup> A mesma conclusão não se aplica ao acesso à Internet, este, sim, já dotado de essencialidade. Sobre o tema, Rodotà já qualificou esse acesso como dotado de natureza jusfundamental. RODOTÀ, Stefano. *Il Mondo nella Rete: Quali i diritti, quali i vincoli*. Roma: Laterza, 2014, p. 72.

<sup>20</sup> Sobre o paradigma da essencialidade, no âmbito das relações contratuais, NEGREIROS, Tereza. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 380. Vinculando o critério de aferição da essencialidade ao conceito de liberdade substancial, PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. *Institutos Fundamentais do Direito Civil*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2021, p. 291.

permite, por exemplo, afastar postagens que se caracterizam como *spam*, ou, ainda, no âmbito de determinadas ferramentas que sejam destinadas a debates circunscritos a dados temas, afastar debates que se qualificam como *off topic* (como nos antigos fóruns, bastante frequentes nos primórdios da internet e que ainda persistem em meio a prevalência das redes sociais).

Impor responsabilidade civil derivada de deveres de controle do discurso pelo próprio particular (provedor) por meio da lei é coisa diversa de admitir que esse provedor possa, no âmbito negocial, constituir voluntariamente ferramentas para exercer tal controle.

É, quiçá, desejável que assim o façam – e não seria inconstitucional a imposição legal de ferramentas de notificação e moderação, especialmente tratando-se de provedores de grandes plataformas *on-line*. Não é desejável, porém, que se imponha responsabilidade civil pela decisão da plataforma manter os conteúdos, mesmo após notificada por meio dos seus mecanismos de ciência e moderação. É que a imposição ao particular (provedor) de dever de correta valoração da ilicitude de discursos seria inadequada, por se tratar de função constitucional do Poder Judiciário, e não dos particulares. Afastada a adequação da medida, evidencia-se a sua desproporcionalidade.

Ou seja: a ordem constitucional não é incompatível com a imposição, por meio de lei (*lege ferenda*), da oferta de ferramentas e de procedimentos de notificação e moderação, mas não se pode converter em regra geral, sob pena de se estimular condutas excessivamente restritivas à liberdade de expressão dos usuários, a sujeição dos provedores a um controle jurisdicional do mérito das decisões daí decorrentes, para o fim de sua responsabilização civil.

O estímulo legislativo à realização, pelo provedor, de limitação aos discursos, sob o risco de sua própria responsabilidade civil, pode se equiparar-se à própria e indevida limitação estatal (ainda que por via mediata) à expressão dos usuários. Daí porque a imposição legal (e, portanto, cogente) de responsabilidade civil dos provedores por suas decisões tomadas no âmbito dos mecanismos de moderação pode ensejar o risco de controle estatal sobre a liberdade de expressão.<sup>21</sup>

Sendo essa conclusão pautada na preservação da posição preferencial da liberdade de expressão, cabe, todavia, cogitar da viabilidade de um controle jurisdicional sobre danos causados pelos provedores, no âmbito dos instrumentos de moderação, à própria liberdade de expressão.

Se não cabe, porque desproporcional, responsabilizar o provedor pela decisão de manter conteúdos de terceiros – salvo, por evidente, decisão judicial para a sua supressão, ou nos casos especiais já referidos neste artigo -, é possível cogitar de sua responsabilidade civil

---

<sup>21</sup> Com a ressalva de que, pelos fundamentos já expostos neste texto, tais mecanismos cogentes podem ser cogitados, sem eiva de inconstitucionalidade, quando se tratar de discursos que coloquem em risco imediato o Estado Democrático de Direito, especialmente se esses mecanismos, fortes no princípio da proporcionalidade, ainda que derivados de eventual futura imposição legislativa, se desenvolverem mediante uma lógica de autorregulação por parte dos provedores, ou, ainda, ameaça de crimes contra a vida ou a integridade física de pessoas.

pela supressão de postagens ou suspensão de contas, quando atentatória ao conteúdo essencial da liberdade de expressão (ou ao devido processo legal, tomado como instrumento de proteção à própria liberdade de expressão). Isso poderia se dar, como regra, por uma tutela que imponha obrigação de fazer (restabelecer o conteúdo ou reativar a conta do usuário), ou, em dados casos, por eventual tutela ressarcitória. Trata-se de decorrência da posição preferencial constitucionalmente assegurada.

Cabe, nessa senda, evitar a restrição ao discurso como regra *prima facie*, quando a posição preferencial impõe a lógica inversa.

Vem à tona, assim, a relevância dos princípios da proibição do déficit e do devido processo legal.

## **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS: ALGUNS CRITÉRIOS PARA O CONTROLE DAS LIMITAÇÕES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO DOS USUÁRIOS REALIZADAS PELOS PROVEDORES NO CUMPRIMENTO DE SUAS CONDIÇÕES GERAIS DE CONTRATAÇÃO**

Como exposto, se a imposição, pelas plataformas, de limites à liberdade de expressão dos usuários pode decorrer de instrumentos de controle voluntariamente instituídos nas condições gerais de contratação, dúvida não há de que cabe ao Estado-Juiz a garantia da posição preferencial da liberdade de expressão, seja na decisão sobre a validade das cláusulas que impõem as limitações, seja, na aferição em concreto sobre a ocorrência de restrição desproporcional/ilícita a essa garantia fundamental – que pode, por exemplo, impor o restabelecimento de conteúdos suprimidos, ou de contas suspensas ou, mesmo, excluídas.

Sem a pretensão de exaurir os instrumentos metodológicos para o cumprimento desse dever estatal de proteção, cabe destacar dois princípios fundamentais para essa finalidade: a proibição do déficit e o devido processo legal.

A proibição do déficit (ou da proteção deficiente, ou da insuficiência de proteção) consiste em imposição ao Estado, na realização dos direitos fundamentais, de medidas suficientes para garantir uma proteção constitucionalmente adequada do direito fundamental. Ao seu lado, a proibição do excesso diz respeito à proibição de limitação estatal a direitos fundamentais que exceda o estritamente necessário para atender aos pressupostos da proporcionalidade na realização de um fim constitucionalmente legítimo.<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 741.

Trata-se de aferir, quanto à proibição do déficit, se a proteção oferecida atende a exigências mínimas quanto à sua eficiência na garantia do gozo de direitos fundamentais, e, ainda, se os bens jurídicos eventualmente contrapostos não estariam sobreavaliados.<sup>23</sup>

Assim, uma decisão de supressão de conteúdos, suspensão provisória ou cancelamento de contas de usuários pode se sujeitar a escrutínio das funções da responsabilidade civil quando consistir em ofensa ao conteúdo essencial da liberdade de expressão, em concreto, sob a perspectiva da proibição do déficit de proteção estatal (e, de outro lado, caso se pudesse entender que o provedor seria, ela próprio, diretamente, garante da proteção aos direitos fundamentais, proibição do excesso na restrição à liberdade de expressão).

Além disso, uma vez que a plataforma se reserva à realização de moderação, é necessário que se atendam elementos mínimos de garantia do devido processo legal.<sup>24</sup> A leitura do devido processo legal, aqui, deve se fazer em proveito da posição preferencial da liberdade de expressão. Isso não é incompatível com a suspensão preventiva de conteúdos, ou, mesmo, de contas de usuários, desde que essas medidas procedimentais sejam postas com clareza nas condições gerais de contratação, e sejam oferecidos mecanismos efetivos para a ciência sobre as razões da suspensão, oferta de defesa e realização de deliberação.

Ausente o atendimento ao devido processo legal, devida é a imposição judicial do restabelecimento de contas ou de postagens – cabendo, porém, por parte do Poder Judiciário, a valoração da licitude do próprio conteúdo da postagem, no exercício de seu próprio dever de proteção aos direitos fundamentais.

Tratam-se, portanto, de critérios que guardam congruência com a posição preferencial que a Constituição oferece à liberdade de expressão e à *ratio* que emerge das opções normativas constantes do Marco Civil da Internet.

## 7. REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, v. 235, p. 1–36.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. *Revista de Direito Público*, Brasília, v. 15, n. 117, jan.-mar. 2007, e SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do *hate speech*. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, ano 1, n. 4, p. 56, out./dez. 2006.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª. Ed. Coimbra: Almedina.

---

<sup>23</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª. Ed. Coimbra: Almedina, p. 273.

<sup>24</sup> A incidência do princípio do devido processo legal sobre relações interprivadas não é estranha à experiência constitucional brasileira, como se constata do precedente RE 201.819-8/RJ, de relatoria para acórdão do Min. Gilmar Mendes, julgado em 11 de outubro de 2005.

FACCHINI NETO, Eugenio; RODRIGUES, Maria Lúcia Boutros Buchain Zoch. Liberdade de expressão e discurso de ódio: o direito brasileiro à procura de um modelo. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJL]*, [S. l.], v. 22, n. 2, p. 481–516, 2021. DOI: 10.18593/ejll.29220. Disponível em: <https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/29220>. Acesso em: 8 mar. 2023.

GIACCHETA, André Zonaro; MENEGUETTI, Pamela Gabrielle. A garantia constitucional à inviolabilidade da intimidade e da vida privada como direitos dos usuários no marco civil da Internet. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo. *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014.

LERRER ROSENFELD, Denis. Democracia e Liberdade de Escolha. *Revista Opinião Filosófica*, [S. l.], v. 1, n. 1, 2017.

LEONARDI, Marcel. A garantia fundamental do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações como condição ao pleno exercício do direito de acesso à Internet. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo. *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014.

LOTUFO, Renan. Responsabilidade Civil na Internet. GRECO, Marco Aurelio; MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Direito e Internet: Relações Jurídicas na Sociedade Informatizada*. São Paulo: RT, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela inibitória e de remoção do ilícito. *Revista Ibero-Americana de Direito Público*, v. 1, p. 15-30, 2003.

NEGREIROS, Tereza. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003.

PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. *Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s)*. Rio de Janeiro: GZ Ed, 2011.

RODOTÀ, Stefano. *Il Mondo nella Rete: quali i diritti, quali i vincoli*. Roma: Laterza, 2014.

SCHREIBER, Anderson. Liberdade de Expressão e Tecnologia. SCHREIBER, Anderson; MORAES, Bruno Terra de; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de (coord.). *Direito e Mídia: tecnologia e liberdade de expressão*. Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. Liberdade de expressão e o problema da regulação do discurso do ódio nas mídias sociais. *Rei - Revista Estudos Institucionais*, [S.l.], v. 5, n. 3, p. 1207-1233, dez. 2019. ISSN 2447-5467. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/428/443>>. Acesso em: 08 março 2023. doi:<https://doi.org/10.21783/rei.v5i3.428>. Acesso em 26 fev. 2023.

SOARES, Felipe Ramos Ribas; MANSUR, Rafael (2020). A tese da posição preferencial da liberdade de Expressão frente aos direitos da personalidade: análise crítica à luz da legalidade constitucional. SCHREIBER, Anderson; MORAES, Bruno Terra de; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de (coord.). *Direito e Mídia: tecnologia e liberdade de expressão*. Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, 2020.

SOUZA RIBEIRO, Joaquim de. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 2003.

STERBINI, Cesare (libretto); ROSSINI, Gioacchino (mus.). *Il Barbiere di Siviglia*. Milano: Casa Ricordi (s/d).

TEUBNER, Gunther. *Horizontal Effects of Constitutional Rights in the Internet: A Legal Case on the Digital Constitution*. Edizioni Scientifiche Italiane, v. 3, n. 1, p. 193-205, 2017.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático*. Trad. Eduardo Brandão. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

**Recebido:** 10.03.2023

**Aprovado:** 30.03.2023

**Como citar:** PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Desafios da liberdade de expressão nas redes sociais e o papel da responsabilidade civil no direito brasileiro frente à tese da posição preferencial. **Revista IBERC**, Belo Horizonte, v. 6, n. 1, p. 1-20, jan./abr. 2023.

