

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE APLICAÇÕES DE INTERNET FRENTE ÀS *FAKE NEWS*

Ana Carolina Cássio do Nascimento Lacerda

Acadêmica de Direito da Universidade Federal do Amazonas – UFAM.
Estagiária do Ministério Público do Estado do Amazonas.

Rafael da Silva Menezes

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas.
Doutor em Direito (UFMG). Especialista em Direito Processual Civil (UFAM).
Assessor Jurídico do Ministério Público do Estado do Amazonas.

Sumário: Introdução. 1 As *fake news* como um fenômeno da desinformação. 2 A atuação do Marco Civil da Internet diante de notícias falsas. 2.1 A responsabilidade civil dos provedores de aplicação antes do Marco Civil da Internet. 2.2 A responsabilidade civil dos provedores de aplicação após o Marco Civil da Internet. 3 Conflitos entre direitos fundamentais. 3.1 Honra, imagem e privacidade. 3.2 Liberdade de expressão e acesso irrestrito à informação. 4 Propostas para contornar as *fake news*. Conclusão. Referências.

Resumo

Sendo a principal problemática enfrentada em razão de um mundo conectado, as *fake news* são o resultado da rápida propagação de informações possibilitada pela internet. Assim, por conta da modificação que notícias falsas podem causar nas relações interpessoais e jurídicas da população, a Lei n. 12.965/14, conhecida como Marco Civil da Internet, procurou estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. Nesse contexto, o presente artigo analisa a responsabilização dos provedores de aplicações de internet, prevista no art. 19 do diploma legal mencionado, em relação à retirada de conteúdo falso, defendendo-se, em consonância com o dispositivo, que a análise da veracidade de uma publicação deva ser feita exclusivamente pelo Poder Judiciário, de modo a ponderar direitos fundamentais constitucionalmente previstos.

Palavras-chave: Fake news. Marco Civil da Internet. Responsabilidade civil. Provedor. Internet. Direitos fundamentais.

THE CIVIL RESPONSIBILITY OF INTERNET APPLICATION PROVIDERS IN FACE OF FAKE NEWS

Abstract

Nowadays, the fake news are the biggest problem faced by a connected world. The spread of information is fast and, because of it, these false reports have been changing the personal and juridical relations. Therefore, the law n. 12.965/14, known as “The Civil Milestone of the Internet”, talked about principles, guarantees, rights and obligations that regulate the use of internet in Brazil. In this context, this paper analyses the civil responsibility of internet application providers in face of fake news, provided in article 19 of that law, advocating that the analysis of the truth of online publication should be done by the judiciary, harmonizing fundamental rights.

Keywords: *Fake news. The civil milestone of the internet. Civil responsibility. Internet application providers. Fundamental rights.*

INTRODUÇÃO

Em um mundo cada vez mais conectado, a propagação de informações, ideias e posicionamentos se espalha quase instantaneamente e ultrapassa limites geográficos, alcançando um número indeterminado de pessoas (sobretudo, os usuários da rede mundial de computadores), sem filtro ou garantia de veracidade.

Juntamente às inúmeras boas novidades que a internet trouxe, surgiram problemas nunca antes discutidos no âmbito jurídico, entre eles a propagação das chamadas *fake news*, que estampam o maior desafio enfrentado por uma sociedade conectada: a desinformação.

Nesse contexto, a divulgação de notícias falsas,

incompletas, descontextualizadas, fraudulentas e ilegais transcende o universo virtual e produz efeitos catastróficos na vida real das vítimas, de modo que uma simples informação equivocada compartilhada *on-line* possui o poder de impactar a vida profissional de terceiros, romper seus relacionamentos afetivos e, até mesmo, influenciar processos eleitorais.

Diante desse contexto fático, indaga-se: cabe ao Direito regular e punir a mentira?¹

Ao considerar que o mundo digital alterou quase todos os aspectos da vida em sociedade, a desinformação passou a modificar as relações sociais e jurídicas, daí surgindo a necessidade de regulamentação legal.

Nesse cenário, direitos fundamentais constitucionalmente previstos se contrapõem, exigindo-se uma ponderação entre o livre acesso à informação e liberdade de expressão e a defesa da privacidade e da honra, de modo a buscar a melhor forma de regulamentar a disseminação de publicações falsas sem romper com os ideais democráticos de liberdade de expressão, tendo os provedores de aplicação de internet papel fundamental diante dessa problemática.

Tendo em vista que todos os tipos de relação já podem ser virtualmente estabelecidos, isolar-se do ambiente virtual nos dias atuais é viver como um eremita, já que a internet passou de mera comodidade à verdadeira necessidade, restando ao Direito atenuar os efeitos das *fake news* e propiciar um ambiente *on-line* mais benéfico aos usuários.

1 AS FAKE NEWS COMO UM FENÔMENO DA DESINFORMAÇÃO

Virtualmente conectadas, as relações interpessoais foram facilitadas por intermédio das redes sociais. Lojas e empresas passaram a ter como principal ferramenta de *marketing* as suas páginas virtuais. Jornais impressos vêm sendo substituídos por jornais eletrônicos. A praticidade dos *e-mails* fez com que

¹ RAIS, Diego. *Fake News: a conexão entre a desinformação e o direito*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 9.

o hábito de escrever cartas se tornasse obsoleto. Inúmeros são os exemplos os quais demonstram que, hoje em dia, a vida acontece, praticamente, *on-line*.

Nesse aspecto, basta um *click* para saber o que o outro comeu, para onde viajou, qual é a sua formação acadêmica e, até mesmo, a sua convicção política. Tais informações alcançam um número infinito de pessoas, independentemente de seu conteúdo, sendo esta, justamente, a desvantagem da propagação célere de notícias por meio da *internet*.

Junto com essas informações, chegam as “desinformações”, que caracterizam conteúdos fraudulentos, mentirosos, incompletos, ilegais e desonrosos.

Sendo a internet, atualmente, o principal meio de comunicação, as pessoas já não falam somente por si, mas servem de porta-vozes de todas as notícias e conteúdos a que têm acesso, transmitindo informações acerca de determinado fato a partir da própria perspectiva e interpretação, a qual não raro é distorcida.

Está caracterizada, assim, a era da pós-verdade², expressão utilizada para identificar o período em que vivemos, o qual é composto por pessoas que só julgam ser verdadeiro aquilo em que acreditam. Nesse cenário, diante de sua própria visão de mundo, aceita-se apenas a informação que confirma crenças pessoais, inexistindo espaço para debates acerca de pontos controversos.

Diante da necessidade de opinar e querer estar certo, independentemente de fundamentação ou provas em contrário, passou-se a acreditar mais facilmente em boatos e, conseqüentemente, a espalhá-los, de modo que a comunicação virtual tornou-se autocêntrica, conduzindo os usuários a

² O termo “pós-verdade” foi empregado pela primeira vez em 1992, em um artigo do dramaturgo Steve Tesich na revista “The Nation”, mas ganhou força mesmo em 2016, quando o departamento da Universidade Oxford, responsável pela publicação de dicionários, elegeu “pós-verdade” como a palavra do ano da língua inglesa. Disponível em: <https://g1.globo.com/pop-arte/blog/luciano-trigo/post/2018/05/27/jornalista-britanico-reflete-sobre-a-era-da-pos-verdade.ghtml>. Acesso em: 13 ago. 2019.

radicalizações e extremismos.³

Uma pesquisa realizada por Diogo Rais e Gustavo Hennemann⁴ indicou que o principal fator de propagação das chamadas *fake news* é o econômico, uma vez que os propagadores das notícias falsas, com o intuito de chamar atenção e assim ter o seu conteúdo acessado, apostam em notícias falsas e sensacionalistas.

Importante destacar que o termo *fake news* não se limita à sua tradução literal (notícias falsas), afinal, não compete ao Poder Judiciário punir ou regular uma mentira.

Em verdade, o foco do direito é projetado para o dano decorrente dessa “mentira” e na responsabilização dos envolvidos pela publicação, sendo, portanto, melhor definido como uma mensagem que, apesar de ser propositalmente mentirosa, é revestida de artifícios que lhe conferem aparência de verdade⁵ e é capaz de gerar dano ou proporcionar alguma vantagem⁶.

A partir dessa problemática, uma solução é exigida do Estado, que passa a ter a difícil missão de censurar conteúdos compartilhados sem golpear a democracia, devendo mobilizar-se para inibir a propagação de *fake news* e fazer da internet um ambiente de conexão, de compartilhamento e de livre debate.⁷

2 A ATUAÇÃO DO MARCO CIVIL DA INTERNET DIANTE DE NOTÍCIAS FALSAS

Com o intuito de dispor acerca de princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da rede mundial de computadores, o

³ SCHREIBER, Anderson. Marco Civil da Internet: avanço ou retrocesso? *A responsabilidade civil por dano derivado do conteúdo gerado por terceiro*. p. 9. Disponível em: <http://sdls.com.br/uploads/files/2018/06/artigo-marco-civil-internet-1529497697.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2019.

⁴ RAIS, Diogo; HENNEMANN, Gustavo. Fake news: do que se alimentam, como se reproduzem. Disponível em: <https://www.mackenzie.br/fakenews/noticias/arquivo/n/a/i/fake-news-do-que-se-alimentam-como-se-reproduzem/>. Acesso em: 12 ago. 2018.

⁵ Id. O que é “fake news”. Disponível em: <https://www.mackenzie.br/fakenews/noticias/arquivo/n/a/i/o-que-e-fake-news/>. Acesso em: 12 ago. 2018.

⁶ Id, op. cit., p. 107.

⁷ NOHARA, Irene Patrícia. *Fake News: a conexão entre a desinformação e o direito*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p.77.

Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14)⁸ foi editado, dispendo em seu art. 19 acerca da hipótese de responsabilização dos provedores de aplicações de internet por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros:

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

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

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

§ 3º As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais.

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

⁸ BRASIL. *Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília. 2014.

O dispositivo supracitado encontra amparo no art. 220, *caput*, §1º e §2º da CRFB/88º, o qual veda a censura, seja ela de natureza política, ideológica ou artística. Ainda na Lei Maior, garantias referentes à liberdade de pensamento, comunicação e informação também são asseguradas, em especial nas disposições do art. 5º.

No entanto, a referida temática – responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet quanto à disponibilização de conteúdos - vem gerando inúmeros debates, existindo atualmente três temas submetidos à sistemática da Repercussão Geral perante o Supremo Tribunal Federal: os temas 533¹⁰ e 987¹¹ que analisam, respectivamente, a questão em período anterior e posterior à entrada em vigor do Marco Civil da Internet e o tema 786¹², que discute a possibilidade de aplicação do “direito ao esquecimento” em relação às postagens existentes na rede.

Destaca-se que o “direito ao esquecimento” não possui o mesmo reconhecimento dado pelo ordenamento jurídico europeu¹³, em que as Agências de Proteção de Dados, por exemplo, retiram da rede o conteúdo se entenderem que este não sirva mais aos fins para os quais fora coletado.

Nesse sentido, confira-se a decisão prolatada pelo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PROVEDOR DE PESQUISA. DIREITO AO ESQUECIMENTO. FILTRAGEM PRÉVIA

⁹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

¹⁰ Id. Supremo Tribunal Federal. Tema 533 – Dever de empresa hospedeira de sítio na internet fiscalizar o conteúdo publicado e de retirá-lo do ar quando considerado ofensivo, sem intervenção do Judiciário. Relator: Min. Luiz Fux. Leading Case: *RE 1057258*.

¹¹ Id. Tema 987 – Discussão sobre a constitucionalidade do art. 19 da Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) que determina a necessidade de prévia e específica ordem judicial de exclusão de conteúdo para a responsabilização civil de provedor de internet, websites e gestores de aplicativos de redes sociais por danos decorrentes de atos ilícitos praticados por terceiros. Relator: Min. Dias Toffoli. Leading Case: *RE 1037396*.

¹² Id. Supremo Tribunal Federal. Tema 786 – Aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil quando for invocado pela própria vítima ou pelos seus familiares. Relator: Min. Dias Toffoli. Leading Case: *RE 1010606*.

¹³ CASTELLANO, Pere Simón, The right to be forgotten under European Law: a Constitutional debate. *Lex Electronica*, v. 16, n. 1, Hiver/Winter, 2012.

DAS BUSCAS. BLOQUEIO DE PALAVRAS-CHAVES. IMPOSSIBILIDADE. - Direito ao esquecimento como “o direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas que, posteriormente, fora inocentado”. Precedentes. - Os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação da página onde este estiver inserido. - Ausência de fundamento normativo para imputar aos provedores de aplicação de buscas na internet a obrigação de implementar o direito ao esquecimento e, assim, exercer função de censor digital. - Recurso especial provido. (AgInt no REsp 1593873/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe, 17 nov. 2016)

No voto da relatora, há menção à sobredita solução oferecida pelo Tribunal de Justiça Europeu, *in verbis*:

À falta de precedente específico das cortes superiores, pede-se vênia para mencionar um importante julgado do Tribunal de Justiça Europeu, em controvérsia semelhante a que se está a examinar.

Em 05/03/2010, M. Costeja González, cidadão espanhol, apresentou na Autoridade Espanhola de Proteção de Dados Pessoais – AEPD uma reclamação contra a La Vanguardia Ediciones SL, a Google Spain e a Google Inc. Alegava que, nos resultados das buscas feitas pelo Google com seu nome, obtinha menção a duas páginas do jornal da La Vanguardia de 1998, nas quais figurava um anúncio de uma venda de imóveis em hasta pública decorrente de uma execução fiscal de dívidas junto à Segurança Social. Assim, pedia que: (i) La Vanguardia suprimisse ou alterasse referidas páginas; e (ii) Google suprimisse ou ocultasse os seus dados pessoais, para que deixassem de aparecer nos resultados de pesquisa. A autoridade espanhola indeferiu o pedido relacionado à La Vanguardia, mas deferiu com relação à Google,

ordenando que essa empresa promovesse a exclusão solicitada.

A decisão foi submetida à Justiça espanhola e, como havia questionamento sobre o alcance de legislação da União Europeia, o processo foi remetido ao Tribunal de Justiça Europeu. Em 13/05/2014, com fundamento na Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção de dados pessoais, mencionado Tribunal decidiu que: i) Um provedor de aplicação de buscas deve ser considerado responsável pelos dados pessoais, nos termos da legislação europeia; ii) A responsabilidade existe mesmo quando o servidor do provedor de aplicação de buscas se encontra fora do território europeu; iii) Preenchidos os requisitos legais, um provedor de aplicação de buscas é obrigado a suprimir da lista de resultados, exibida na sequência de uma pesquisa efetuada a partir do nome de uma pessoa, as conexões a outras páginas web publicadas por terceiros e que contenham informações sobre essa pessoa, mesmo quando a sua publicação nas referidas páginas seja, em si mesma, lícita; iv) O indivíduo, ao exercer seu direito ao esquecimento, não pode causar prejuízo a outra pessoa. Em princípio, esse direito prevalece sobre o interesse econômico do buscador e sobre o interesse público em acessar a informação numa pesquisa sobre o nome dessa pessoa. No entanto, não será esse caso se houver razões especiais (por exemplo, se o requerente houver desempenhado relevante papel na vida pública).

Apesar de indicar um importante precedente, não se pode olvidar que o Tribunal de Justiça Europeu parte de pressupostos legais muito distintos daqueles existentes no País. O mais importante, cumpre mencionar, é a ausência de uma lei geral que disponha sobre a proteção de dados pessoais dos cidadãos brasileiros.

Do julgado colacionado, é possível concluir que, no âmbito jurídico brasileiro, o “direito ao esquecimento” é reconhecido¹⁴, mas não cabe a empresas privadas a obrigação de promovê-lo.

¹⁴ A tese do “direito ao esquecimento” foi consolidada com a aprovação do Enunciado 531, na VI Jornada de Direito Civil promovida pelo CJF/STJ, cujo teor dispõe: ENUNCIADO 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.

Nesse contexto, observa-se que o art. 19, da Lei n. 12.965/14, privilegiou a liberdade de expressão e o acesso irrestrito à informação, já que estabelece que os provedores de aplicação de internet somente serão responsabilizados civilmente caso descumpram ordem judicial específica, que reconheça a ilicitude do conteúdo publicado.

No entanto, cumpre salientar que o Marco Civil da Internet não impede a atuação espontânea das empresas hospedeiras de sítios eletrônicos de removerem publicações que contrariem as suas políticas e termos de uso¹⁵.

Em verdade, o art. 19 do referido diploma legal não exige que a remoção de conteúdo deva ser feita somente por meio de ordem judicial específica, mas que, se esse for o caso, o provedor será responsabilizado civilmente se descumprir a determinação.

Apesar disso, operadores do direito continuam divergindo acerca da necessidade de notificação judicial para fins de responsabilidade civil dos provedores de aplicação, de modo que alguns acreditam que a Lei n. 12.965/14, nesse ponto, caracteriza verdadeiro retrocesso, ao passo que outros acreditam que houve, na verdade, um reforço dos ideais democráticos.

Tratando-se de *fake news*, a lei se articula no sentido de conferir exclusivamente ao Poder Judiciário o papel de averiguar se a publicação indicada como falsa é adequada para circular virtualmente e, de fato, adiantamos que este parece ser o melhor caminho a se trilhar, uma vez que conferir a entes privados o poder de determinar o que circulará na internet caracterizaria a censura que a Constituição da República procurou eliminar.

¹⁵ O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo emanou decisão no sentido de reconhecer a autonomia do *Facebook* para remover as postagens que contrariem os seus termos de uso. Vide trecho do acórdão: "Pedido de autorização ao Facebook para remoção de conteúdos ofensivos. Agravante que afirma que o Facebook tem procedido à remoção dos conteúdos apontados como ofensivos, independentemente de pedido judicial. 'Declaração de Direitos e Responsabilidades' com a qual o usuário assente ao criar conta na rede social que estabelece que as postagens que violem direitos de terceiros serão removidas. Desnecessária a autorização para que o Facebook remova conteúdos ofensivos, uma vez que tal procedimento faz parte dos termos de uso da rede social. Agravo desprovido." (TJSP; Agravo de Instrumento 2195051-90.2015.8.26.0000; Relator (a): Rômulo Russo; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 21ª Vara Cível; Data do Julgamento: 29 jun. 2016; Data de Registro: 29 jun. 2016).

2.1 A responsabilidade civil dos provedores de aplicação antes do Marco Civil da Internet

De um lado, vítimas de conteúdo inverídico divulgado procurando reparação. Do outro, sociedades empresárias que sustentavam a impossibilidade de responsabilização por conteúdo inserido por terceiros. Esse era o debate que aquecia os tribunais pátrios.

Diante desse contexto e da ausência de regulamentação específica, os Tribunais vinham apontando medidas a serem tomadas pelas empresas a fim de prevenirem danos, tal como a identificação do usuário que publicou o conteúdo fraudulento.

O entendimento firmado consistia em reconhecer que as sociedades empresárias que exploram algum dos modos de rede social deviam ser responsabilizadas pelos danos causados às vítimas de conteúdo, já que fiscalizar e retirar o conteúdo impróprio fazem parte de seus serviços. Nesse sentido, dispôs o Superior Tribunal de Justiça à época:

Quem viabiliza tecnicamente, quem se beneficia economicamente e, ativamente, estimula a criação de comunidades e páginas de relacionamento na internet é tão responsável pelo controle de eventuais abusos e pela garantia dos direitos da personalidade de internautas e terceiros como os próprios internautas que geram e disseminam informações ofensivas aos valores mais comezinhos da vida em comunidade, seja ela real, seja virtual¹⁶.

Tratava-se da teoria do *notice and takedown*¹⁷, inspirada no *digital millennium copyright act*, segundo a qual haveria imunidade dos provedores que atendessem prontamente à

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ, Recurso Especial 1.117.633/RO, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ, 26 mar. 2010.

¹⁷ O *Digital Millennium Copyright Act* regulamenta minuciosamente, em seu Título II (denominado ele próprio como *Online Copyright Infringement Liability Limitation*), o procedimento de notificação e contra-notificação, além de providências que devem ser seguidas pelos provedores para fazerem jus à limitação de responsabilidade. Ver especialmente a *section 202*, que traz substancial modificação ao §512 do Capítulo 5 do Título 17 do *United States Code*, compilação das normas federais de caráter geral e permanente.

notificação do ofendido para a retirada do material, configurando uma verdadeira obrigação de fazer por parte do provedor.

Exigia-se, portanto, uma postura mais proativa dos provedores, os quais, no momento da notificação, teriam que avaliar se o conteúdo postado pelo usuário era, de fato, inadequado, escolhendo a medida a ser adotada para retirá-lo do site.

No entanto, acompanhando o *notice and takedown*, surge o *chilling effect*¹⁸, sendo este o termo utilizado para denominar o abuso na retirada de conteúdo por parte dos provedores, os quais acabam por “resfriar” e limitar o exercício da liberdade de expressão.

Poesse motivo, passou-se a questionar: ao indisponibilizar conteúdo sem qualquer determinação judicial, não estariam as referidas empresas mascarando uma espécie de censura prévia?

A esse respeito, posicionou-se o Ministro Cezar Peluso:

[...] o exercício, por alguns juízos e Tribunais, do poder cautelar geral transformou-se em inadmissível instrumento de censura estatal, com grave comprometimento da liberdade de expressão, aí compreendida a liberdade de imprensa. Ou, em uma palavra: o poder cautelar geral é, hoje, o novo nome da censura! [...] ¹⁹

Corroborando com o entendimento mencionado, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça dispôs que:

A fiscalização prévia, pelo provedor de conteúdo, do teor das informações postadas na web por cada usuário não é atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do

¹⁸ Ver www.chillingeffects.org, página oficial do Projeto Chilling Effects, iniciativa desenvolvida conjuntamente pela Electronic Frontier Foundation e prestigiosas universidades americanas (Harvard, Stanford, Berkeley etc.) com o declarado objetivo de esclarecer o público e evitar que a legislação dos Estados Unidos (especialmente, o sistema do *notice and takedown*) seja utilizada de modo abusivo para “esfriar” o exercício da liberdade de expressão na internet.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 9.428, rel. Min. Cezar Peluso, Pleno, Julgado 10 dez. 2009, *DJe*, 24 jun. 2010.

CDC, o site que não examina e filtra os dados e imagens nele inseridos²⁰.

Nesse diapasão, o Marco Civil da Internet foi elaborado para suprimir lacunas referentes à utilização da internet, além de procurar combater o sobredito *chilling effect*.

2.2 A responsabilidade civil dos provedores de aplicação após o Marco Civil da Internet

Realizando uma breve leitura da Lei n. 12.965/14, nota-se que a sua intenção principal consiste em afastar a interferência indesejada de terceiros, seja o Estado ou particulares, na livre difusão de conteúdos²¹.

Portanto, atualmente, se entende que, inexistindo uma ordem judicial específica para remover a publicação (sendo este o único meio de valorar adequadamente a existência de ilicitude da conduta do usuário e do conteúdo), não há que se falar em imputação de responsabilidade aos provedores de aplicação de *internet* se mantiverem circulando uma notícia considerada como *fake news*.

O provedor não pode, por si só, analisar o que seria o conteúdo ilícito a fim de restringir o acesso à informação, salvo nas hipóteses de nudez, pornografia infantil e cenas privadas de sexo (art. 21, da Lei n. 12.965/14), as quais a análise pode ser feita imediatamente²².

Ressalta-se que isso não induz à ausência de dedicação dos provedores em controlar as *fake news*, sendo inclusive uma atividade inerente à existência deles.

No entanto, há quem entenda²³ que condicionar a reparação dos danos provenientes de conteúdo compartilhado *on-line* à propositura de ação judicial é inconstitucional porque

²⁰ Id. REsp 1.308.830/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, Julgado 09.05.2012, *DJe*, 19 jun. 2012

²¹ GIACCHETE, André Zonaro. *Fake News: a conexão entre a desinformação e o direito*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 28.

²² LEONARDI, Marcel. Internet e regulação: o bom exemplo do Marco Civil da Internet. *Revista do Advogado*, ano 32, n. 115, p. 99-113, abr. 2012. p. 100.

²³ SCHREIBER, op. cit., 27 p.

violaria o art. 5º, inciso X, da CF, o qual dispõe que o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de violação de intimidade, vida privada, honra e imagem deva ser plenamente assegurado, não cabendo ao Poder Judiciário obstaculizá-lo.

Via de consequência, muitos são os projetos de lei aguardando votação com o intuito de adequar e editar o art. 19 da Lei n. 12.965/14, modificando, assim, a necessidade de notificação judicial para fins de responsabilidade dos provedores de aplicações de internet²⁴.

3 CONFLITOS ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A problemática enfrentada para estabelecer os limites da responsabilidade civil dos provedores de aplicação de internet consiste, principalmente, em harmonizar o controle de suas plataformas, sem que essa intervenção viole garantias mínimas do Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, entram em conflito o direito à liberdade de expressão e acesso irrestrito à informação, como pedras angulares do regime democrático, com o direito à proteção da honra, imagem e privacidade, como forma de resguardo da dignidade da pessoa humana.

Em razão do afronte direto entre os mencionados direitos fundamentais, coube aos operadores do direito, norteados pelos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, ponderar ambos os direitos e estabelecer normas para resguardá-los com a maior efetividade possível.

3.1 Honra, imagem e privacidade

A proteção à intimidade e à vida privada é defendida por nossa Constituição Federal no art. 1º, III, sendo, inclusive, um direito fundamental sujeito à reparação pelos danos decorrentes de sua violação (art. 5º, X).

²⁴ Instituto de Referência em Internet e Sociedade. *Para desinformação não ser lei: proposta contra "fake news"*. 10 dez. 2018. Blog. Disponível em: <http://irisbh.com.br/pa-ra-desinformacao-nao-ser-lei-propostas-contra-fake-news/>. Acesso em: 12 ago. 2019.

No âmbito infraconstitucional, há previsão de reparação também no Código Civil²⁵, em seus artigos 186 e 927 e ss., e responsabilização penal em face dos crimes cometidos contra a honra no art. 138 e ss. do Código Penal²⁶.

Porém, muito embora o Marco Civil da Internet tenha suprimido diversas lacunas referentes à regulamentação do mundo digital, inexistente legislação específica que ampare as vítimas e disponha especificamente sobre *fake news*. Sobre o tema, confira-se:

De forma geral, o marco civil da Internet buscou proteger os usuários, na perspectiva do direito à privacidade e intimidade, a fim de emprestar maior segurança jurídica às relações estabelecidas entre o consumidor e o fornecedor de acesso e serviços da rede mundial. Todavia, à exceção do regramento quanto ao armazenamento de dados e registros, o texto legal não trouxe nenhuma outra proteção significativa que já não existisse no sistema jurídico brasileiro, considerada a integridade desse, seja porque a lei repetiu textos legais ou porque incorporou decisões judiciais que caminhavam para uma estabilização. Deixaram-se fora da previsão normativa questões cruciais para o balanceamento entre o direito à informação, liberdade de imprensa e o respeito à intimidade e à vida privada, a exemplo do direito ao esquecimento e ainda as possibilidades de participação democrática por meio da rede mundial de computadores²⁷.

Em outro giro, Carlos Eduardo Nicoletti Camillo, divergindo do que dispõe o art. 19 da Lei n. 12.965/14, defende que nenhuma proteção à liberdade de expressão, temperada

²⁵ BRASIL. *Código Civil*. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira. 46. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

²⁶ Id. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

²⁷ MENEZES, Rafael da Silva. ASSUNÇÃO, Linara Oeiras. Os contornos jurídicos da proteção à privacidade no Marco Civil da Internet. In: POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot; ANJOS, Lucas Costa dos (org.). *Marco civil e governança da internet: diálogos entre o doméstico e o global*. 2016, p. 150.

com o selo da mentira e com o fito de prejudicar o outro, poderia prevalecer em face da proteção à intimidade, honra e imagem das pessoas ²⁸.

A responsabilidade do provedor se justificaria, portanto, no papel da ética na condução das relações sociais e jurídicas estabelecidas a partir da publicação de uma informação inapropriada.

Desse modo, em vista dos inúmeros danos psicológicos causados a uma vítima de *bullying* virtual ou do discurso de ódio, a necessidade de priorizar os direitos fundamentais da pessoa humana (honra, privacidade, imagem etc.), na visão de quem defende a desnecessidade de determinação judicial para a retirada de conteúdo *on-line*, se sobressai, de modo que não poderiam ser colocados em patamar inferior à liberdade de expressão.

No entanto, importa destacar que o art. 19 do Marco Civil da Internet não priorizou um direito fundamental em detrimento de outro, na medida em que o combate às *fake news* foi incentivado, como se pode extrair do art. 7º, I, desse diploma legal, que dispõe:

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Como já fora mencionado, diante de um conflito entre direitos fundamentais, há de ser feita uma ponderação, de modo que, sem ferir a privacidade dos usuários, a Lei n. 12.965/14 procurou assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura.

²⁸ CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti. *Fake News: a conexão entre a desinformação e o direito*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p.227.

3.2 Liberdade de expressão e acesso irrestrito à informação

Antes da entrada em vigor do Marco Civil da Internet, os Tribunais entendiam ser razoável que os provedores de aplicações retirassem espontaneamente os conteúdos que considerassem impertinentes.

No entanto, há perigo evidente em limitar o que circula nas redes, como bem se posicionou Hesse:

[...] Sem a liberdade de manifestação da opinião e liberdade de informação, sem a liberdade dos “meios de comunicação de massa” modernos, imprensa, rádio e filme, a opinião pública não pode nascer, o desenvolvimento de iniciativas e alternativas pluralistas, assim como “formação preliminar da vontade política” não são possíveis, publicidade da vida política não pode haver, a oportunidade igual das minorias não está assegurada com eficácia e vida política em um processo livre e aberto não se pode desenvolver. [...] ²⁹

Em concreto, a internet externa a esperança na democracia, sendo um ambiente propício para debates de variados assuntos, entre eles discussões éticas, culturais e políticas. No entanto, ao acessar as principais redes sociais, o que se encontra é justamente o oposto.

Nesse sentido, há de ser considerado que, em caso de conflito, se deve resguardar a liberdade de expressão e o acesso irrestrito à informação, por serem estas as principais ferramentas de um Estado Democrático de Direito.

Para fundamentar esse posicionamento, confira-se o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130/DF:

[...] Os direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa são bens de personalidade que se qualificam como sobre direitos. Daí que, no limite, as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são

²⁹ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 305.

de mútua exclusão, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas; ou seja, antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado, sobrevivendo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras.³⁰ [...]

Nesse sentido, quando o monitoramento e o controle das publicações estão nas mãos de provedores de aplicações de Internet, sob o argumento de que se objetiva impedir a divulgação de material ilegal, o que está sendo caracterizado, na verdade, é a limitação da livre manifestação de pensamento, dando-se margem à censura.

Em conclusão, a partir da controvérsia encontrada entre direitos e liberdades constitucionais, tem-se que compete exclusivamente ao Poder Judiciário valorar e impor a obrigação de remoção do conteúdo tido como falso, inverídico, fraudulento, incompleto ou distorcido aos *sites* que os hospedam.

Trata-se, portanto, de um controle repressivo, uma vez que qualquer tipo de controle preventivo do que será postado e circulado virtualmente quedaria em uma indesejável censura.

4 PROPOSTAS PARA CONTORNAR AS *FAKE NEWS*

Como solução para a problemática, parece razoável que o Estado incentive a liberdade da rede, garantindo que os conteúdos estejam disponíveis ao público e estimulando a presença de políticas públicas que assegurem a educação digital, de modo a atentar os usuários para que pesquisem fontes, duvidem de notícias falsas e evitem contribuir para a disseminação de informações caluniosas ou difamantes.³¹

Não se trata de participar somente de debates esclarecidos, cujo teor denote uma verdade científica ou moral, mas de estar inserido em um contexto social em que as pessoas tragam para

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 130/DF, rel. Min. Carlos Britto, Pleno, Julgado 30 abr. 2009, DJe 06 nov. 2009.

³¹ NOHARA, Irene Patrícia. *Fake News: a conexão entre a desinformação e o direito*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 77.

a esfera pública as suas convicções, ainda que aparentemente equivocadas, afinal, isso é a democracia³².

Para melhor nortear os usuários de internet, o Conselho de Comunicação Social do Congresso Nacional aprovou relatório com recomendações sobre os projetos de lei que tramitam na Câmara e no Senado a respeito de notícias falsas.

O documento se baseou no trabalho do HLEG (High Level Expert Group – Grupo de Especialistas de Alto Nível da Comissão Europeia, órgão executivo da União Europeia), que recomendou os seguintes remédios para as *fake news* ³³:

- 1) Aumentar a transparência das notícias online, envolvendo o compartilhamento de dados do sistema que permitem sua circulação online de forma adequada e de acordo com os termos de privacidade;
- 2) Promover a alfabetização midiática e informacional para combater a desinformação e ajudar os usuários a navegar no ambiente digital;
- 3) Desenvolver ferramentas para capacitar usuários e jornalistas para combater a desinformação e promover um envolvimento positivo com tecnologias de informação que estão evoluindo rapidamente;
- 4) Salvaguardar a diversidade e a sustentabilidade do ecossistema dos meios de comunicação social; e,
- 5) Promover uma pesquisa contínua acerca dos impactos da desinformação, a fim de avaliar as medidas tomadas pelos diferentes atores e ajustar constantemente as respostas necessárias.

Das recomendações arroladas, é possível concluir que o combate às *fake news* não deve ser apenas missão dos provedores de aplicações de internet e do Estado, mas também dos usuários, sendo mais eficaz a adoção de medidas indiretas do que sanções criminais e remoção arbitrária de publicações.

³² GROSS, Clarissa Piterman. *Fake News: a conexão entre a desinformação e o direito*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 170.

³³ Disponível em: <http://irisbh.com.br/fake-news-formas-de-se-combater-noticias-falsas/>. Acesso em: 13 ago. 2019.

5 CONCLUSÃO

Em razão da inexistência de hierarquia entre direitos fundamentais, observa-se constante tensão entre normas, cabendo exclusivamente ao Poder Judiciário realizar um juízo de valor e ponderar tais elementos constitucionalmente conflitantes.

No âmbito das *fake news*, de um lado encontra-se o direito à privacidade, imagem e honra, os quais ensejam indenização se violados. De outro, está o direito à liberdade de expressão e ao acesso irrestrito à informação, de modo que a retirada de conteúdo *on-line*, por parte dos provedores de aplicação de internet, poderia caracterizar uma espécie de “censura prévia”.

Em concreto, antes da entrada em vigor do Marco Civil da Internet, o entendimento dos tribunais pátrios consistia em reconhecer o sistema do “notice and takedown”, ou seja, a partir do momento em que um usuário se sentisse ofendido, ele poderia acionar extrajudicialmente a empresa proprietária do *site*, a qual decidiria a respeito da retirada do conteúdo.

No entanto, o art. 19 do diploma legal supracitado acabou por resguardar o acesso à informação e a liberdade de expressão, sob a justificativa de que não é prerrogativa de empresas privadas filtrarem as publicações de seus usuários ou definirem o tipo de conteúdo que deva permanecer circulando *on-line*. Apesar disso, muitos são os projetos que objetivam modificar esse artigo, pretendendo-se especificar e ampliar os efeitos da responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet diante das *fake news*.

O que se deve considerar, porém, é que a lei em comento, ao limitar a responsabilidade dos provedores à determinação judicial, agiu de modo a evitar a censura, a filtragem, o bloqueio e o controle de informações e, assim, defendeu os ideais norteadores do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira. 46. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. *Decreto-Lei 2.848*, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

_____. *Lei nº 12.965*, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.117.633/RO, Recorrente: GOOGLE Brasil Internet LTDA. Recorrido: Ministério Público do Estado de Rondônia. Relator: Min. Herman Benjamin. *Diário da Justiça*, 26 mar. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 130/DF. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 208, 6 nov. 2009. Ementário, n. 2.381-1.

_____. Reclamação 9.428, rel. Min. Cezar Peluso, Pleno. *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 116, 25 jun. 2010. Ementário, n. 2.407-1.

_____. *Tema 533*: Dever de empresa hospedeira de sítio na internet fiscalizar o conteúdo publicado e de retirá-lo do ar quando considerado ofensivo, sem intervenção do Judiciário. Relator: Min. Luiz Fux. RE 1057258.

_____. *Tema 786* – Aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil quando for invocado pela própria vítima ou pelos seus familiares. Relator: Min. Dias Toffoli. Leading Case: RE 1010606.

_____. *Tema 987* – Discussão sobre a constitucionalidade do art. 19 da Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) que determina a necessidade de prévia e específica ordem judicial de exclusão de conteúdo para a responsabilização civil de provedor de internet, *websites* e gestores de aplicativos de redes sociais por danos decorrentes de atos ilícitos praticados por terceiros. Relator: Min. Dias Toffoli. Leading Case: RE 1037396.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 305.

LEONARDI, Marcel. Internet e regulação: o bom exemplo do Marco Civil da Internet. *Revista do Advogado*, ano 32, n. 115, p. 99-113, abr.

2012. p. 100.

MENEZES, Rafael da Silva. ASSUNÇÃO, Linara Oeiras. Os contornos jurídicos da proteção à privacidade no Marco Civil da Internet. In: POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot; ANJOS, Lucas Costa dos (org.). *Marco civil e governança da internet: diálogos entre o doméstico e o global*. 2016, p. 150.

RAIS, Diogo. *Fake News: a conexão entre a desinformação e o direito*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. 253 p.

HENNEMANN, Gustavo. *Fake news: do que se alimentam, como se reproduzem*. Disponível em: <https://www.mackenzie.br/fakenews/noticias/arquivo/n/a/i/fake-news-do-que-se-alimentam-como-se-reproduzem/>. Acesso em: 12 ago. 2018.

O QUE É “fake news”. Disponível em: <https://www.mackenzie.br/fakenews/noticias/arquivo/n/a/i/o-que-e-fake-news/>. Acesso em: 12 ago. 2018.

SCHREIBER, Anderson. Marco Civil da Internet: avanço ou retrocesso? A responsabilidade civil por dano derivado do conteúdo gerado por terceiro. p. 9. Disponível em: <http://sdls.com.br/uploads/files/2018/06/artigo-marco-civil-internet-1529497697.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2019.