

A REVISÃO DO CÓDIGO CIVIL E O NOVO CONTEXTO DE RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PLATAFORMAS DIGITAIS: O AVANÇO DE RECLAMOS DO DIREITO DIGITAL

THE REVISION OF THE CIVIL CODE AND THE NEW CONTEXT OF CIVIL LIABILITY FOR DIGITAL PLATFORMS: THE ADVANCEMENT OF DIGITAL LAW CLAIMS

Humberto Cunha dos Santos¹

RESUMO

Em face da constituição de Comissão de Revisão do Código Civil, o artigo se propõe a discutir aprimoramentos ao tratamento da responsabilidade civil de grandes plataformas digitais, valendo-se da experiência estrangeira, enfocando a forma de estruturação do negócio explorado pelas plataformas digitais a partir de institutos centrais regidos pelo próprio Código sobre regras aplicáveis à sociedade empresarial, responsabilidade civil e disposições relativas aos negócios jurídicos em geral. O propósito do artigo encara o momento de revisão do Código Civil como uma preciosa oportunidade para ensejar a modificação de tratamento normativo de tema constante no Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), em particular, a responsabilidade civil das plataformas digitais por conteúdo gerado por terceiros (atualmente disciplinada pelos artigos 19 a 21 da Lei nº 12.965/2014). Além dos trabalhos da Comissão de Revisão do Código Civil, o tema vem sendo discutido pelo STF em sede de repercussão geral, assim como por outras iniciativas no Congresso Nacional, como o Projeto de Lei nº 2630/20, evidenciando a importância da discussão proposta. O artigo conclui pela necessidade de alteração das regras do artigo 19 da Lei nº 12.965/2014.

Palavras-chaves: Marco Civil da Internet; Plataformas digitais; Responsabilidade civil; Revisão do Código Civil.

ABSTRACT

As a result of the Civil Code review's commission installation, the article proposes to discuss improvements to the treatment of civil liability of large digital platforms, doing so by foreign experience, focus on the way which is structured the business explored by digital platforms and using central institutes ruled by the Code itself on rules applicable to corporate law, civil liability and trade and contracts in general. The purpose of the article sees the moment of Code Civil review's as a precious opportunity to enact the

¹ Doutor em Direito pela USP. Professor de Direito do CEUB. Procurador Federal junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7016660977664638>.

review of the normative treatment of a topic contained in the civil framework of the internet (Law No. 12,965/2014), particularly, the civil liability of digital platforms for content generated by third parties (currently regulated by articles 19 to 21 of Law No. 12,965/2014). In addition to the commission's work on revising the Civil Code, the issue has been discussed by the STF, at general's repercussion systematic, as well as through initiatives in the National Congress, such as Bill No. 2630/20, highlighting the importance of the proposed discussion. The article concludes that is necessary to change the rules of article 19 of Law No. 12,965/2014.

Keywords: Internet Civil Framework; Digital platforms; Civil liability; Revision of the Brazilian Civil Code.

1 INTRODUÇÃO

As duas décadas de vigência do Código Civil Brasileiro coincidem com uma trajetória de crescimento, cada dia mais acentuada, de utilização da internet em nosso cotidiano para viabilizar os mais diversos tipos de interações e transações na sociedade contemporânea, fruto de comodidades trazidas pela revolução tecnológica.

Se, por um lado, é inegável o reconhecimento de facilidades viabilizadas pelos novos meios tecnológicos, por outro lado, há o surgimento de novos desafios que demandam respostas jurídicas adequadas às novas feições assumidas pelas práticas sociais empreendidas no meio digital, havendo um importante papel a ser exercido pelo Código Civil.

Quando o Código Civil Brasileiro foi promulgado, o uso da internet, assim como do comércio eletrônico, não possuía a relevância que hoje possui. De forma intencional, matérias que não possuíssem entendimentos “consolidados, sedimentados, estratificados na consciência jurídica nacional” foram propositalmente excluídas do tratamento normativo dado pelo novo Código Civil (Fiuza, 2004, p.5).

Nas palavras do Deputado Ricardo Fiuza, relator geral do projeto de lei que resultou no texto aprovado pelo Congresso Nacional, se o Código Civil tivesse tratado de temas novos, “tais como clonagem, negócios eletrônicos, dentre outros vários que não estão pacificados, [...] certamente, em curtíssimo espaço de tempo, o novo Código já estaria superado, em decorrência da evolução natural da ciência” (Fiuza, 2004, p.5-6).

Atualmente, o país vivencia momento de revisão do Código Civil. No último dia 04 de setembro de 2023, a Comissão de juristas encarregada de apresentar propostas de atualização do Código Civil resolveu criar grupos temáticos, sendo um deles de direito digital (Senado Federal, 2023). Dentre os temas a serem tratados pelo grupo de direito digital, insere-se a possibilidade de revisão do tratamento normativo reservado à responsabilidade das grandes plataformas digitais por conteúdo produzido por terceiros.

Apesar de se mostrar louvável a iniciativa de revisão do Código Civil, com a possível inclusão de uma parte nova para cuidar das matérias de direito digital, cabe salientar a importância de diversos institutos jurídicos já disciplinados e consagrados pela prática jurídica para orientar a regência desses temas.

Nesse sentido, os institutos da sociedade empresarial (arts. 966 e 982), da responsabilidade civil (art. 927 a 943) e as disposições relativas aos negócios jurídicos em geral (art. 104 a 184) exercerão centralidade na elaboração dos novos preceitos aplicáveis ao ambiente digital, ainda que esses próprios temas venham também a sofrer alterações por ocasião da revisão do Código Civil.

O propósito deste artigo encara a revisão do Código Civil como uma oportunidade para ensejar a revisão do tratamento normativo de temas constantes no Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14), em particular, a responsabilidade civil das plataformas digitais por conteúdo gerado por terceiros (atualmente disciplinada pelos artigos 19 a 21 da Lei nº 12.965/14). Ao lado do trabalho de revisão do Código Civil, o Supremo Tribunal Federal está discutindo, em sede de repercussão geral, a interpretação constitucional mais adequada a ser conferida ao tratamento da responsabilidade civil das plataformas digitais por conteúdo gerado por terceiros (RE 1.037.396, Tema 987 sob a sistemática de Repercussão Geral).

Ademais, em paralelo, tem avançado no Congresso Nacional a discussão de iniciativas, como o Projeto de Lei nº 2630/20, que buscam regulamentar deveres de cuidado e de moderação de conteúdo às publicações realizadas em grandes plataformas, podendo ensejar o surgimento de novas responsabilidades a esses agentes econômicos. O momento se mostra, portanto, muito oportuno para discussão do tema.

Se, por ocasião da promulgação do Código Civil, havia desconfiança de que a lei já nasceria ultrapassada, essa desconfiança foi aos poucos sendo dissipada, muito graças à técnica legislativa empregada à redação das normas, por meio da qual conferiu-se flexibilidade suficiente para que se mostrasse possível a adaptação de seus comandos às situações fáticas que reclamavam sua observância, cabendo à jurisprudência o importante papel de estabilizar o conteúdo semântico contido em normas eminentemente abertas, expressando o sentido de aplicação das normas.

Com efeito, diferentemente da técnica constante do Código de 1916, o Código Civil de 2002 se valeu de diversas “normas que não prescrevem uma certa conduta, mas simplesmente definem valores e parâmetros hermenêuticos.” (Tepedino, 2003, p. XIX), ampliando a importância do esforço interpretativo no papel de aplicação da norma. Nesse sentido, Ricardo Fiuza destaca que “um Código, enquanto lei geral, deve apresentar seus comandos de forma suficientemente aberta, de maneira a permitir a função criadora do intérprete.” (Fiuza, 2004, p. 6).

Somente em circunstâncias muito bem delimitadas, a fim de guardar aderência e observância às especificidades do meio digital, restariam justificados o afastamento ou modificação de entendimentos que vêm sendo consolidados ao longo da aplicação dessas duas décadas dos preceitos do Código Civil. Ter essa perspectiva em mente permitiria preservar o papel de centralidade na regência das matérias de ordem civil exercido pelo Código, conferindo previsibilidade e segurança jurídica a todos.

Na estrutura do texto, além desta introdução, segue uma breve seção para discutir a gradativa percepção de impacto que a assimilação do paradigma tecnológico provoca no meio jurídico, sendo percebido de forma mais clara à medida em que se intensifica a utilização da internet para viabilizar as transações em geral, aumentando os reclamos de adequação dos institutos jurídicos a essa nova realidade.

Após, é discutida a mudança de contexto geral na disciplina da responsabilidade civil das plataformas digitais por conteúdo gerado por terceiros, tendo em vista a edição de normas mundo afora que ampliaram deveres das plataformas digitais, sem que se possa cogitar em censura ou cerceio de liberdade de manifestação dos usuários. Na sequência, são realçados institutos centrais da sociedade empresarial, do tratamento geral conferido

aos negócios jurídicos e à responsabilidade civil, previstos no Código Civil, para reger satisfatoriamente a matéria até eventual aprovação de legislação específica em nosso país que atualize o Marco Civil da Internet ou traga ampliação de conteúdo do Código Civil, sendo seguida, ao final, das conclusões do texto.

Transcorrida uma década desde a aprovação da Lei nº 12.965/14 (Marco Civil da Internet), a percepção que aparenta se firmar é que o tratamento dado ao tema da responsabilidade civil das plataformas digitais não tem se mostrado a opção legislativa mais adequada. O tema pode sofrer modificação, pelo STF, via julgamento em sede de repercussão geral, pressionando o Congresso Nacional a atualizar as normas vigentes.

2 A COMPREENSÃO E APLICAÇÃO DE UM NOVO PARADIGMA TECNOLÓGICO: ADEQUAÇÃO E CRIAÇÃO DE NOVAS CATEGORIAS CONCEITUAIS EXPLICATIVAS

A reformulação das práticas e estruturas centrais de funcionamento do comércio que vivenciamos atualmente se apresentam como expressão de um fenômeno mais amplo, não adstrito apenas ao funcionamento propriamente dos mercados, mas consistente em verdadeira digitalização das interações humanas, o que tem permitido leituras compreensivas da sociedade contemporânea como sendo constituída enquanto “sociedade em rede”, tal como propõe Castells (1999, p. 40), já que “as redes interativas de computadores estão crescendo exponencialmente, criando novas formas e canais de comunicação, moldando a vida e, ao mesmo tempo, sendo moldadas por ela.”

Nos dizeres de Perez (2000), estamos diante de um novo paradigma explicativo da realidade que importa na adoção de uma nova lógica, visto que se trata de “*un cambio en las herramientas y en los modos de hacer las cosas, es un cambio en patrones organizativos y en posibilidades tecnológicas*” (Perez, 2000, p. 2).

A assimilação das profundas mudanças trazidas por esse novo paradigma implica a revisão e criação de categorias explicativas condizentes com essa nova realidade a fim de permitir que as regras jurídicas se mostrem capaz de regular, tutelar e legitimar as

práticas reputadas justas e adequadas. Nesse sentido, trilha bem a Comissão de reforma do Código Civil em atribuir um núcleo específico para cuidar do chamado direito digital.

Para que se possa extrair o “poder transformador e orientador” desse novo paradigma é preciso que haja pertinência entre o fenômeno e a forma de sua assimilação pela norma, devendo-se, para tanto, considerar *“cuál es su lógica”*, etapa fundamental para que se possa *“moldearlo, utilizarlo y aprovecharlo en función de nuestros objetivos como sociedad”* (Perez, 2000, p. 9). O desafio em assimilar e compreender as interações sociais por um novo arcabouço explicativo impõe a necessidade de operar mudanças em nosso sistema de compreensão dos fatos, já que, *“ante las nuevas condiciones, tenemos que estar dispuestos a revisar nuestras ideas”* (Perez, 2000, p. 9).

A penetrabilidade desse novo paradigma tecnológico “em todos os domínios da atividade humana” ocorre não como uma “fonte exógena de impacto, mas como o tecido em que essa atividade é exercida” (Castells, 1999, p. 68).

O enfrentamento da pandemia da Covid-19 intensificou esse processo e deixou mais perceptível o curso de mudança da “digitalização da vida, o impacto tecnológico da digitalização em segmentos fundamentais das sociedades e seus efeitos para as pessoas individualmente consideradas.” (Hoffmann-Riem, 2020, p. 15).

Restando evidenciado que estamos diante de exigências epistemológicas reclamadas por um novo paradigma explicativo, no qual o transcurso do tempo opera num ritmo acelerado, passa-se a discutir a alteração ocorrida no contexto de compreensão da responsabilidade das plataformas digitais desde o advento do Marco Civil da Internet no país.

3 A ALTERAÇÃO NO CONTEXTO DE RESPONSABILIDADE DAS PLATAFORMAS DIGITAIS POR CONTEÚDO GERADO POR TERCEIROS: A PERCEPÇÃO DE QUE O TRATAMENTO NORMATIVO BRASILEIRO NÃO SE MOSTRA MAIS ADEQUADO

O Marco Civil da Internet no Brasil (Lei nº 12.965/14) disciplinou o tema da responsabilidade civil das plataformas digitais por danos decorrentes de conteúdo gerado

por terceiros em seus artigos 19 a 21. Muito já se escreveu sobre como se deu esse tratamento normativo, não cabendo aqui rediscuti-lo.

Ana Frazão e Ana Medeiros promovem revisão da literatura e destacam como a redação disposta ao art. 19 do Marco Civil da Internet acabou por conferir uma espécie de “imunidade às plataformas digitais”, dificultando a responsabilização desses agentes, já que somente na remota hipótese de inobservância de ordem judicial específica, consistente em ter deixado de tomar as providências necessárias para remoção do conteúdo específico, em prazo assinalado pelo juízo, poder-se-ia cogitar no instituto, o que acabou transformando o artigo 19 numa espécie de “norma de blindagem para as plataformas” (Frazão; Medeiros, 2021, p. 424).

No mesmo sentido, Lima destaca que a sistemática prevista pela Lei nº 12.965/14 contrariou o entendimento que o STJ vinha consolidando sobre o tema, o qual “exigia tão somente a ciência do conteúdo ilícito por qualquer meio adequado” para ensejar a possibilidade de responsabilização da plataforma, representando a disciplina legal um verdadeiro retrocesso no tratamento da matéria (Lima, 2015, p. 172).

Bem analisado o dispositivo legal, a parte inicial de sua redação revela que a norma teria buscado privilegiar o “intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura”, daí a razão de se prever hipóteses tão restritivas para ensejar a responsabilização das plataformas digitais.

Transcorrida uma década de vigência da lei, o consenso que aparenta se formar é que o tratamento atual dado pela norma brasileira não se mostra adequado, seja numa perspectiva comparativa a outras leis editadas ao redor do mundo, seja pela sinalização comportamental equivocada que a limitação de responsabilidade enseja às grandes plataformas digitais, desvirtuando-se da lógica da economia da atenção que alimenta a racionalidade econômica nesse meio.

Ilustra essa mudança de entendimento a alteração de posicionamento da Procuradoria-Geral da República, cuja última manifestação exarada nos autos do RE 1.037.396/SP, posiciona-se pela inconstitucionalidade do artigo 19 da Lei nº 12.965/14, propondo a seguinte tese de orientação geral:

O provedor de aplicações de *internet*, independentemente de ordem judicial, há de atuar com a devida diligência, a fim de observar os direitos fundamentais, prevenir sua violação e reparar danos decorrentes de condutas de usuários não acobertadas pela liberdade de expressão, a exemplo de manifestações ilegais desidentificadas, baseadas em fatos sabidamente inverídicos ou de conteúdo criminoso. (MPF, 2023, p. 41).

Com essa nova perspectiva em mente, passa-se a discutir brevemente aspectos relevantes para compreensão da alteração de contexto, o que pode resultar em alteração da norma.

3.1 A convivência com leis limitadoras à liberdade de expressão e a ausência de censura diante de deveres de cuidado perante riscos sistêmicos e da necessidade de moderação de conteúdo pelas plataformas digitais

Por ocasião da aprovação da Lei nº 12.965/14, optou-se por uma sistemática menos restritiva ao funcionamento da internet. O artigo 19 reflete a ideia de que as plataformas digitais não deveriam ser, em primeiro plano, responsabilizadas por conteúdo produzido por terceira pessoa, prevalecendo-se, no ambiente virtual disponibilizado por essas plataformas, um espaço privilegiado de livre manifestação de seus usuários.

Não sendo responsáveis pelo teor sobre o qual seus usuários publicam, especialmente considerando-se a interação social propiciada pelas redes sociais, e sem qualquer dever *a posteriori* de moderação sobre o conteúdo dessas publicações, as plataformas se apresentariam como uma espécie de livre arena de exteriorização de manifestações por parte de seus usuários. Apenas em casos mais extremados, de violação de intimidade, decorrente da divulgação de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado, as plataformas podem ser subsidiariamente responsabilizadas caso não promovam a imediata indisponibilização desse conteúdo, nos termos da redação do art. 21 da Lei nº 12.965/14.

Victor Fernandes e Gilmar Mendes destacam como “o regime nacional se aproxima ao norte-americano e europeu, consagrando, como regra, a imunidade do provedor pelo conteúdo de terceiros.” (Fernandes; Mendes, 2020, p. 27).

Cabe registrar que se mostrando como um espaço privilegiado para manifestações associadas à liberdade, inclusive, na dimensão de expressão do pensamento (art. 5º, IV, da CF-88) ou de livre expressão de atividade de comunicação (art. 5º, IX, da CF-88), a concepção da lei nacional se alinhou à convergência global que marcou a fase inicial de tratamento da internet ao redor do mundo, na qual *“initial attempts at Internet regulation have tended to move away from direct legal control and toward more flexible variations of ‘self-regulation.’”* (Price; Verhulst, 2005, p. 1)

Transcorrida uma década de vigência dessa norma, não se pode afirmar que esse contexto se mantém. Segundo Tirole, há um crescente sentimento global contrário às high techs, denominado *“techlash”*, cuja pauta envolveria reclamos *“for taming the large tech platforms, regulating them as public utilities, breaking them up, using a tougher antitrust enforcement, or engaging in industrial-policy programs in big data and AI.”* (Tirole, 2020, p. 2)

Na Europa, complexidades trazidas pelo uso da internet, aliada a uma crescente insatisfação social e política com mecanismos exclusivos de autorregulação, deram ensejo a diversas normas, modificando o propósito inicialmente contido na Diretiva nº 2000/31/EC, de 17 de julho de 2000, a qual buscava uniformizar a legislação europeia a fim de conferir maior liberdade e autonomia na elaboração de regras que permitissem a cada plataforma definir as condições de regência de seus ambientes, mais aderente, portanto, a um ambiente de *laissez-faire*, dando surgimento a um contexto de edição de diversas normas que voltam a regular distintos aspectos de funcionamento do ambiente digital.

Não seria possível aqui analisar o amplo bloco normativo que passou a disciplinar diversos aspectos de funcionamento do ambiente digital, cabendo destacar, particularmente, a pioneira lei alemã *Netzwerkdurchsetzungsgesetz* (NetzDG) de 2017, que, segundo Wischmeyer, carrega em seu título o propósito de *“improve the enforcement of existing laws on illegal speech in social networks.”* (Wischmeyer, 2019, p.4).

Pela NetzDG, a Alemanha passou a consagrar a ideia do que é ilegal no mundo fora da internet deveria receber o mesmo tratamento no mundo virtual em temas envolvendo a liberdade de expressão em redes sociais, atribuindo a uma autoridade

administrativa – e não ao judiciário – a competência de escrutinar se e como as grandes plataformas de redes sociais conferiram cumprimento a esses comandos. A opção foi deliberadamente “*in limiting its scope to content already illegal according to existing laws, rather than introducing new prohibitions for ‘hate speech’ or ‘fake news.’*” (Wischmeyer, 2019, p. 8).

Sem a pretensão, portanto, de inovar acerca do que passaria a ser proibido no âmbito digital, coube à norma criar uma sistemática procedimental para regular o que as plataformas digitais deveriam fazer diante de práticas lesivas à liberdade de expressão. Vinte e duas definições de crime, constantes do código penal alemão, seriam os parâmetros a balizar o que viria a caracterizar conteúdo ilegal e a ensejar a pronta atuação de conformidade das grandes plataformas digitais. Assim, no prazo de 24 horas, após a comunicação do ofendido, as plataformas deveriam remover ou bloquear o conteúdo manifestamente ilegal, podendo esse prazo ser estendido em até 7 dias para os casos menos evidentes (Wischmeyer, 2019, p. 9).

Além da lei alemã, o recente Regulamento Europeu de Serviços Digitais – Diretiva nº 2022/2065, de 19 de outubro de 2022, (*Digital Services Act*) – traz obrigações gerais de moderação de conteúdo para as plataformas digitais diante de publicações com conteúdo ilegal (art. 9º), assim como obrigações específicas direcionadas às plataformas de grande dimensão (art. 33), com previsão de medidas adicionais de atuação no controle de riscos sistêmicos decorrentes da utilização indevida da plataforma, tanto por manipulação intencional do ambiente, quanto pela amplificação e difusão potencialmente rápida e alargada de conteúdos ilegais e de informações incompatíveis com os seus termos e condições (art. 34, II, § único).

Em conjunto, tanto a NetzDG quanto o DSA servem de inspiração para muitas das prescrições contidas no Projeto de Lei 2630/2020 em tramitação no Congresso Nacional, o qual pretende trazer normas de responsabilidade, transparência e dever de cuidado às grandes plataformas digitais que operam no país. Certamente, também serão objeto de atenção por ocasião das novas propostas de atualização do Código Civil.

Cabe destacar que referidas leis não guardam um formato rígido de regulação embasado em preceitos hierárquicos de comando e controle emanados da autoridade

estatal em face de agentes privados. São fruto de arranjos compatíveis com preceitos centrais de uma economia de mercado, seguindo a lógica de regulação responsiva proposta por Ayres-Braithwaite, consistente numa ideia central de que *“working more creatively with the interplay between private and public regulation, government and citizens can design better policy solutions”* (Ayres-Braithwaite, 1992, p. 4).

As leis guardam, portanto, compatibilidade com aspectos flexíveis reclamados pelo uso da internet, em que a regulação passa a ser orientada por diretrizes gerais fixadas pelo Poder Público, mas com um amplo espaço para exercício privado, o que vem sendo chamado de um modelo de “autorregulação regulada”, condizente com a tradição ordoliberal existente no continente europeu.

Em comum, essas normas aumentam a responsabilidade detida pelas grandes plataformas digitais, sem que se possa visualizar qualquer preceito capaz de violar a liberdade de expressão ou qualquer determinação voltada a censurar a legítima expressão de usuários.

Ao aumentar a responsabilidade das grandes plataformas digitais, essas leis acabam por obrigar as empresas a investirem em mecanismos mais acurados de moderação de conteúdo. A moderação de conteúdo – algo muito distinto de qualquer prática associada à censura – não é uma obrigação propriamente nova criada por essas normas, já que toda plataforma exerce moderação comportamental, de acordo com a disciplina que a própria plataforma elege para reger as regras de utilização das comodidades oferecidas em seu ecossistema.

As condições de acesso e de uso das plataformas são disciplinadas no termo de utilização do serviço, algo que, enquanto usuários, costumamos mecanicamente anuir – na maioria das vezes sem ler – para viabilizar o acesso à plataforma. Abrusio critica a banalização que o consentimento na internet adquiriu, seja para viabilizar o acesso de qualquer página, seja para permitir o uso de qualquer aplicativo, visto que, no seu entender, “o consentimento livre, inequívoco e informado” não se compatibiliza com o “aceite, quase como comportamento automático do usuário para poder acessar o conteúdo desejado” (Abrusio, 2023, p. 181).

Apresentando-se mais como uma sujeição do que propriamente como aceite, uma vez que “o usuário da plataforma é uma parte aderente, cujo poder de baganha se limita à escolha entre ‘pegar ou largar’” (Belli, 2022, p. 103), as condições de uso, definidas unilateralmente pelas grandes plataformas digitais, servem como parâmetro para realização da autorregulação e da moderação de conteúdo, admitindo, em casos mais extremos, a suspensão e o banimento de usuários pelas plataformas digitais.

Um dos episódios mais famosos de utilização dessa faculdade, foi o banimento da conta do ex-presidente Donald Trump, promovida pelo Twitter (atual X), justificada para evitar novos atos violentos, decorrentes da invasão do Capitólio, ocorrida em 6 de janeiro de 2021, em face de publicações que traziam “*risk of further incitement of violence.*” (Twitter, 2021).

Por óbvio, a liberdade de expressão não é um direito absoluto que legitime qualquer tipo de expressão. Dentre várias limitações, esse direito não pode ser invocado para o cometimento de crimes contra a honra (calúnia, difamação, injúria), para a incitação de crimes em geral, a disseminação de notícias falsas, a exteriorização de discursos de ódio, de preconceito de qualquer espécie, de terrorismo ou servir como instrumento para viabilizar práticas contrárias ao Estado Democrático de Direito (Lei nº 14.197/2021), tais como as vivenciadas em território nacional na depredação da Praça dos 3 Poderes, ocorrida no último dia 08 de janeiro de 2023.

Deveres que reforçam a moderação a ser realizada pelas plataformas digitais, assim como o incremento de responsabilidade diante de riscos sistêmicos que o uso da plataforma possa ensejar, não caracterizam práticas de censura. Esses normativos trazem parâmetros legais para disciplinar como as plataformas digitais deverão fazer a moderação de conteúdo que atualmente já fazem, acrescentando obrigações diante de situações que podem ensejar risco sistêmico.

Como se passa a discutir, as preocupações relacionadas à censura não são propriamente o vetor central das grandes plataformas. A razão da irrisignação se dirige mais às investidas estatais que possam interferir no modelo de negócio desses agentes, podendo-lhes acarretar aumento de custos diante de novas responsabilidades.

3.2 O verdadeiro racional de objeção das plataformas reside no possível incremento de custos em razão de situações que exigiriam o agir das plataformas e menos em preocupações relacionadas à preservação de livre expressão de seus usuários

As preocupações das plataformas digitais com o possível desfecho do RE 1.037.396 (Tema 987 sob a sistemática de Repercussão Geral) no STF, assim como o avanço da tramitação do PL 2630/20 no Congresso Nacional, ou mesmo no trabalho revisional do Código Civil residem mais no possível incremento de custos diante de situações que poderão exigir um agir mais diligente por parte desses agentes do que propriamente na preservação do direito de livre expressão de seus usuários. Mais uma vez, o vetor de resistência pende mais para o lado econômico do que propriamente político.

Bem consideradas as novas feições trazidas pelo paradigma tecnológico discutido na seção 2, vê-se que o modelo de negócio das grandes plataformas digitais tem particularidades que merecem ser levadas em consideração, decorrentes de atributos da “economia da atenção.” É na busca por atenção dos usuários, aliado ao consequente engajamento que as publicações disponibilizadas suscitam, que reside a lógica de funcionamento das grandes plataformas digitais.

Nessa sistemática, deve-se considerar que *“attention is focused mental engagement on a particular item of information. Items come into our awareness, we attend to a particular item, and then we decide whether to act.”* (Beck; Davenport, 2001, p. 137). Na dinâmica do mundo digital, o que move as grandes plataformas digitais é a perseguição constante da atenção de seus usuários. No âmbito do antitruste, a aferição de poder de mercado tem se modificado de uma lógica típica centrada em preços para uma análise de tempo despendido nas plataformas digitais como forma mais apropriada para refletir a dinâmica concorrencial desse segmento. Na percepção de Tim Wu, *“this metric – time spent (a proxy for attention) – gives a different, and arguably more accurate picture of industries like social media.”* (Wu, 2017, p.774).

Quanto mais os usuários utilizam as redes sociais e mais interagem com os conteúdos disponibilizados, mais dados são fornecidos sobre suas preferências e

vontades, permitindo-se à empresa detentora da plataforma beneficiar-se de um contínuo processo de descobertas e aprimoramento sobre quais conteúdos possivelmente se compatibilizarão com cada perfil de usuário, o que, por sua vez, possibilitará maior retenção de atenção e o conseqüente desprendimento de maior tempo de utilização da plataforma digital.

Considerando que a nova moeda nesse mercado é a atenção, o maior tempo de uso da plataforma incrementa seu valor de mercado. E isso deve muito em razão de quanto maior for o tempo de uso da plataforma, maior será a extração de dados comportamentais. Obtendo mais informações sobre o perfil de cada usuário, esse precioso ativo pode ser disponibilizado a anunciantes e comerciantes interessados em transacionar com os usuários que valoram especificamente determinados bens e serviços, os quais são revelados a partir do teor de determinados conteúdos que se mostram capazes de atrair a atenção desses usuários, permitindo-se, assim, alimentar serviços publicitários e ofertas comerciais estritamente customizadas.

Essa fantástica capacidade preditiva decorre da capacidade constante do algoritmo da plataforma em aprender, por técnicas de *machine learning* e de mecanismos de inteligência artificial, sobre como aperfeiçoar o que deva ser passível de visualização de acordo com o perfil de cada usuário. Reside nessa lógica boa parte da impressionante fonte lucrativa que tem alimentado o crescimento de grandes plataformas ao redor do mundo.

Impor restrições, seja pelo dever reforçado de moderação, seja decorrente de novas obrigações, como o dever de cuidado diante de riscos sistêmicos, recaindo sobre determinados tipos de publicação que possuam impacto e possibilitem forte engajamento nas redes sociais afeta o *core business* das grandes plataformas digitais, daí a principal justificativa da resistência desses agentes.

A devida compreensão da racionalidade econômica que move as plataformas digitais permite bem delimitar quais riscos subjacente ao negócio devam ser gerenciados pelas plataformas digitais, reforçando a centralidade de institutos disciplinados pelo Código Civil para reger a responsabilidade desses agentes.

4 A CENTRALIDADE DOS INSTITUTOS DO CÓDIGO CIVIL QUE DELIMITAM O CONCEITO DE EMPRESA E DE RESPONSABILIDADE PARA REGER O COMPORTAMENTO OBRIGACIONAL DAS PLATAFORMAS DIGITAIS

O artigo 966 do Código Civil define quem deva receber o tratamento de empresário no país, dispondo, para tanto, ser todo aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, sendo um conceito central para distinguir as sociedades empresárias (art. 982) das demais.

Na definição legal do Código, destaca-se o elemento central da organização da maneira como a atividade econômica se apresenta, visto que “gera o aparato produtivo estável, estruturado por pessoas, bens e recursos, coordena os meios para atingir o resultado visado” (Stajn, 2004, p. 129).

Ao assim se apresentar, “a atividade econômica empresarial é um fazer especial, porque implica produzir para mercados de forma continuada, não esporádica ou episódica” (Stajn, 2004, p. 130). Destaca Calixto que empresário e organização são perfis de uma mesma realidade, a empresa (Salomão Filho, 2006, p. 10).

Esse fazer especial se consubstancia na assunção do risco pertinente a cada negócio que o empresário individual ou a sociedade empresarial venha voluntariamente a explorar, decorrência direta do primado da livre iniciativa que estrutura o funcionamento da ordem econômica no país (art. 170, *caput*, da CF-88).

Ao assumir, pela livre iniciativa, a exploração de uma atividade econômica, visando, por óbvio, a obtenção de proveitos próprios, usualmente resumidos nos ganhos lucrativos, o corolário dessa liberdade é que haja a consequente assunção de responsabilidade atrelada por potenciais danos decorrentes de riscos subjacentes à atividade empreendida.

Esse é o tratamento conceitual dado pelo Código Civil, o qual se compatibiliza com o das normas de regência do trabalho. Segundo o artigo 2º da CLT, insere-se no conceito de empresa aquele que, de “forma individual ou coletiva, assume os riscos da

atividade econômica” e que, ao assim fazê-lo, “admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.”

Na longa evolução do tratamento da responsabilidade civil, vê-se que “as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação” (art. 931 do Código Civil). Do mesmo modo, há o comando geral previsto na parte final do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, no sentido de que “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

Tem-se que a responsabilidade civil atribuída às sociedades empresariais advém do risco decorrente do fato de explorarem determinado segmento de mercado, podendo submeter determinadas pessoas a experimentar certos tipos de dano.

O tema é tratado dessa mesma forma pelo Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual a responsabilidade objetiva dos fornecedores, na regência das relações de consumo, é atrelada ao risco da atividade, prevendo hipóteses de responsabilidade objetiva pelos danos gerados por defeitos dos produtos, incluídas as hipóteses de informações insuficientes ou inadequadas sobre a utilização e riscos de produtos (art. 12), assim como por defeitos dos serviços, incluída a reparação de danos causados por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos (art. 14).

Nessa concepção, não prospera o entendimento de que o dano gerado em razão de conteúdo produzido por terceiro seja matéria alheia à responsabilidade das grandes plataformas digitais, pois faz parte do conceito central de risco admitir que a disponibilização de uma grande rede de comunicação permite que, por meio da utilização dessa rede, mostre-se possível a prática de atos lesivos e que os efeitos do dano continuem a se propagar, numa escala gigantesca, enquanto o conteúdo lesivo continuar visível e acessível aos demais usuários em geral. Trata-se de algo previsível e inerente ao risco assumido pela prestação dessa disponibilidade aos usuários.

Se, de fato, não cabe a plataforma atuar como uma espécie de censor prévio, é preciso, contudo, que haja atuação diligente, com criação e aperfeiçoamento de

instrumentos efetivos de moderação e, nos casos extremos, de exclusão ou bloqueio de conteúdos lesivos não abrangidos pelo direito de expressão.

E, conforme discutido na seção anterior, não se pode perder de vista que o verdadeiro ganho lucrativo da plataforma digital decorre da atenção desprendida pelos seus usuários, daí ser inerente ao próprio negócio explorado por essas grandes redes sociais, estruturado em mercados de vários lados, buscar, em um dos lados, beneficiar-se, em princípio, de qualquer conteúdo que se mostre capaz de reter atenção e promover engajamento entre os usuários existentes em determinada rede social.

Ainda que se reconheça que as grandes plataformas digitais exerçam moderação de conteúdo das publicações, através de critérios definidos unilateralmente em seus termos de uso, a opacidade sobre como se dá esse exercício, assim como a percepção de insuficiência desse agir, indicam a necessidade de aprimoramento desses deveres, daí as principais razões justificadoras para edição de normas como a lei alemã de 2017 (NetzDG) e mais recentemente o DSA europeu, contexto semelhante de inspiração ao Projeto de Lei 2630/20 em discussão no Brasil.

A necessidade de se conferir mecanismo mais ágil para ensejar a remoção de publicações lesivas, diversamente do que dispõe o artigo 19 da Lei nº 12.965/14, restaria ainda mais evidenciado nos casos em que a plataforma se beneficiaria de intenso engajamento promovido por conteúdo manifestamente falso ou que tenha sido fruto de destaque de visualização, seja em razão de contas monetizadas, usualmente produzidas por geradores de conteúdo para produção de conteúdo disponibilizado na rede, seja em razão de práticas em que a própria plataforma se beneficia diretamente da atenção gerada pelo pagamento de impulsionamento de publicações feita por determinados usuários.

A quantidade de usuários dessas plataformas, associada à impressionante velocidade que publicações lesivas podem se espalhar, dão contornos diferenciados à magnitude dos danos que se pode atingir nesse meio, fazendo-se necessário cogitar em instrumentos jurídicos mais ágeis e condizentes com os atributos dessa nova realidade, incompatíveis com a sistemática disposta no artigo 19 da Lei nº 12.965/14.

As normas gerais do Código Civil não se mostram vagas e seriam suficientes para a reger a situação disciplinada pelo artigo 19 da Lei nº 12.965/14. Tal como costuma

ocorrer diante de normas típicas a regular o funcionamento dos mercados, a indeterminação da linguagem funciona como técnica de operacionalização da norma ao seu contexto, impedindo que a redação semântica dissocie a aplicação da lei aos objetivos visados na resolução de casos concretos.

Ainda que não se possa afirmar que estejamos no mesmo tempo das grandes codificações, é irrecusável reconhecer o papel fundamental que o Código Civil exerce em conferir organicidade e sistematicidade às questões que afligem “os problemas de vida de relação dos particulares”, sendo um verdadeiro “estatuto orgânico da vida privada.” (Gomes, 1998, p. 68).

A vida atual perpassa pela utilização cada vez mais presente das grandes plataformas digitais. Os institutos centrais da responsabilidade civil, previstos no Código Civil, permitem orientar a conclusão dos trabalhos da Comissão Revisora do Código Civil quanto a esse tema, preservando a harmonia do tratamento da responsabilidade civil em nosso ordenamento jurídico. Ao que tudo indica, parece ter trilhado nesse sentido a Comissão Revisora do Código Civil, ao propor a revogação do art. 19 do Marco Civil da Internet, remetendo o tratamento do tema às novas regras de responsabilidade civil, com o norteamento interpretativo dado pelos direitos digitais, em novo livro a ser acrescido ao Código Civil. (Senado Federal, 2024).

A sistemática de se ter que recorrer ao Poder Judiciário para a retirada de conteúdo lesivo é incompatível com a agilidade esperada diante de um ambiente tão dinâmico como o uso da internet, contrariando a essência do paradigma tecnológico. Ademais, recorrer ao Judiciário, em todas as hipóteses, pode sobrecarregar o órgão com demandas que poderiam ser submetidas a mecanismos mais simples, ágeis e menos onerosos de autorregulação pelos interessados e pela própria plataforma, desde que, para tanto, fossem criados mecanismos de contraditório e de transparência. Somente em casos de discordância em relação ao que fora decidido, poder-se-ia cogitar, residualmente, na submissão desse contingente ao crivo do Judiciário, tendo em vista a garantia constitucional da inafastabilidade jurisdicional.

Em paralelo, o avanço do Projeto de Lei nº 2630/20 perante o Congresso Nacional dotaria o país de disposições mais específicas e adequadas a reger as obrigações de

cuidado diante de riscos sistêmicos e de como deveria se dar a moderação de conteúdo de publicações lesivas, incumbências a serem realizadas pelas próprias plataformas digitais, em consonância ao modelo de autorregulação regulada.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Bruno Miragem destaca que “um desafio comum às codificações civis em geral é o de se manterem atualizadas e úteis com o passar do tempo”, destacando que, na sua percepção, o Código Civil Brasileiro soube passar nesse teste nas suas primeiras duas décadas de vigência, restando o desafio projetado no futuro, dentre outras questões, em face da “disciplina das novas tecnologias e seu impacto na vida contemporânea” (Miragem, 2023, p. 211).

O Código Civil pode passar a disciplinar expressamente a responsabilidade civil das plataformas digitais por conteúdo gerado por terceiros, de tal modo que, reconhecido o descabimento do artigo 19 do Marco Civil da Internet, o tema se mostraria regido por normas mais compatíveis com o negócio jurídico exercido pelas plataformas digitais. Isso poderia ser feito até o amadurecimento das proposições contidas no Projeto de Lei nº 2630/20 junto ao Congresso Nacional.

A percepção de passagem do tempo no paradigma tecnológico virtual é muito mais acelerada em relação às práticas anteriores. Uma década, na velocidade de transformação do mundo digital, talvez equivalha a meio século ou mais nas conformações das práticas do mundo existente antes das transformações trazidas pela tecnologia contemporânea.

O tempo de vigência do Marco Civil da Internet no Brasil sinaliza que já houve transcurso suficiente para ensejar modificação de tratamento da responsabilidade das grandes plataformas digitais. O desfecho do julgamento do Tema 987, no âmbito do STF, sob a sistemática de repercussão geral, pode ser uma oportunidade preciosa para modificar o tratamento normativo previsto pelo art. 19 da Lei nº 12.965/14, além dos trabalhos da Comissão revisora do Código Civil.

REFERÊNCIAS

ABRUSIO, Juliana. A banalização do consentimento e a conseqüente fadiga dos cliques. **Revista dos Tribunais**: São Paulo, Ano 112, Vol. 1047, p. 177-186, Jan. 2023.

AYRES, I; BRAITHWAITE, J. **Responsive regulation**: Transcending the deregulation debate. Nova York: Oxford University Press, 1992.

BECK, T. H.; DAVENPORT, J. C. **The Attention Economy**: Understanding the New Currency of Business. Boston: Harvard Business School Press, 2001.

BELLI, Luca. Fundamentos da regulação da tecnologia digital: entender como a tecnologia digital regula para conseguir regulá-la. *In*: **Regulação e Novas Tecnologias**. PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio José Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (coords.). Rio de Janeiro: FGV Editora, 2022.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

FERNANDES, Victor; MENDES, Gilmar. **Constitucionalismo Digital e Jurisdição Constitucional**: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro. *Revista Brasileira de Direito*, 2020.

FIUZA, Ricardo. **O novo Código Civil e as propostas de aperfeiçoamento**. São Paulo: Saraiva, 2004.

FRAZÃO, Ana; MEDEIROS, Ana Rafaela. Responsabilidade civil dos provedores de internet: a liberdade de expressão e o art. 19 do Marco Civil. *In*: EHRHARDT JUNIOR, Marcos; LOBO, Fabíola; ANDRADE, Gustavo (coord.). **Liberdade de Expressão e relações privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. **Teoria geral do direito digital** – Transformação digital – Desafios para o direito. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. A responsabilidade civil dos provedores de aplicação de internet por conteúdo gerado por terceiro antes e depois do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14). Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r35358.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2024.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA. Parecer AGEP-STF/PGR nº 457163/2023. Recurso Extraordinário nº 1.037.396/SP – Relator: Ministro Dias Toffoli.

MIRAGEM, Bruno. Código Civil de 2002 e o Direito Civil do Futuro. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 32, nº 145, Jan-Fev, 2023.

PÉREZ, Carlota. **Cambio de paradigma y rol de la tecnología en el Desarrollo**. Charla en el Foro de apertura del ciclo “La ciencia y la tecnología en la construcción del futuro del país” organizado por el MCT, Caracas, Junio de 2000.

PRICE, Monroe E; VERHULST, Stefaan G. **Self-regulation and the internet**. The Netherlands: Kluwer Law International, 2005.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *A fattispecie* “Empresário” no Código Civil de 2002. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro** nº 144. Ano XLV – Outubro-Dezembro 2006.

SENADO FEDERAL. Instalada comissão de juristas para atualizar o Código Civil. **Agência Senado**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/09/04/instalada-comissao-de-juristas-para-atualizar-o-codigo-civil>. Acesso em: 01 jul. 2024.

SENADO FEDERAL. Relatório Final da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. **Senado Federal**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/comissoes/comissao?codcol=2630>. Acesso em: 01 jul. 2024.

SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa: Atividade empresária e mercados**. São Paulo: Atlas, 2004.

TIROLE, Jean. **Competition and the Industrial Challenge for the Digital Age**. Background piece for the IFS Deaton Review on “Inequalities in Twenty-Five Century, April 3, 2020.

TWITTER. Permanent suspension of @realDonaldTrump. **Twitter**, 8 de janeiro de 2021. Disponível em: https://blog.twitter.com/en_us/topics/company/2020/suspension. Acesso em: 10 nov. 2023.

WISCHMEYER, Thomas. **What is Illegal Offline is Also Illegal Online** – The German Network Enforcement Act 2017 (September 27, 2018). In Bilyana Petkova & Tuomas Ojanen: *Fundamental Rights Protection Online: The Future Regulation of Intermediaries* (Elgar 2019).