Insper

**Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC)**

Direito

# O Supremo Legislador? Interpretação Conforme a Constituição e o caso do Marco Civil da Internet

Erick Mesquita Cruz

Orientador: Diego Werneck Arguelhes

São Paulo

2025

Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Cientifica (PIBIC)

Erick Mesquita Cruz
Direito

# O Supremo legislador? Interpretação Conforme a Constituição e o caso do Marco Civil da Internet

Relatório final apresentado ao Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Cientifica (PIBIC)

Orientador: Prof. Diego Werneck Arguelhes

São Paulo

2025

## Resumo

Este trabalho analisa o uso da Interpretação Conforme a Constituição (ICC) pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no Recurso Extraordinário (RE) Nº 1.037.396/SP. O caso discute a constitucionalidade do art. 19 do Marco Civil da Internet (MCI), que trata da responsabilidade civil dos provedores de aplicação por danos decorrentes de conteúdos de terceiros. Para isso foi analisado o voto original do Min. Dias Toffoli, como forma de entender o uso da ICC, os argumentos para utilizá-la no art. 21 do MCI, limites e repercussões dessa técnica decisória. Os resultados da pesquisa apontam para um uso distorcido da ICC que, diferente da prática de interpretar, foi utilizada para criação de um novo regime jurídico de responsabilidade civil, desconsiderados os limites textuais dos arts. 19 e 21 e a intenção legislativa para a edição das referidas normas, além de limitar o trabalho legislativo futuro para editar normas de responsabilidade civil no MCI.



**Palavras-chave:** Controle de constitucionalidade; Interpretação Conforme a Constituição; Supremo Tribunal Federal; Responsabilidade civil.

## Abstract

This paper analyzes the use of Constitutionally Conforming Interpretations (ICC) by the Brazilian Supreme Court (STF) in Extraordinary Appeal No. 1.037.396/SP. The case discusses the constitutionality of Article 19 of the Brazilian Civil Rights Framework for the Internet (Marco Civil da Internet, "MCI"), which deals with the civil liability of application providers for damages resulting from third-party content. To this end, the vote of Minister Dias Toffoli was analyzed in order to understand the use of ICC, the arguments for using it in Article 21 of the MCI, and the limits and repercussions of this decision-making technique. The results of the research point to a distorted use of ICC which, unlike the practice of interpretation, was used to create a new legal regime of civil liability, disregarding the textual limits of Articles 19 and 21 and the legislative intention for the enactment of the aforementioned rules, in addition to limiting future legislative work to enact civil liability rules in the MCI.

**Keywords:** Judicial Review; Constitutionally Conforming Interpretation; Brazilian Supreme Court; Civil liability.

# Sumário

**Introdução** ..... 6

**1. Análise doutrinária** ..... 8

**1.1. Da literatura brasileira sobre criação de regras por tribunais** ..... 8

**1.2. Da literatura internacional sobre criação de regras por tribunais** ..... 10

**2. A ICC e o caso do Marco Civil da Internet (RE 1.036.397)** ..... 13

**2.1. Resumo do Caso** ..... 13

**2.2. Análise do uso da ICC no RE 1.036.397** ..... 16

**2.2.1. Da alteração do regime de responsabilidade civil dos provedores de aplicação** ..... 17

**2.2.2. Da influência do caso concreto no uso da ICC para criar regras** ..... 18

**2.2.3. Do uso da ICC para se sobrepor à intenção legislativa** ..... 19

**2.2.4. Da repercussão do uso da ICC na atuação legislativa futura** ..... 20

**2.3. Considerações sobre a decisão final do STF no RE 1.036.397** ..... 21

**Considerações finais** ..... 24

**Referências** ..... 26

## Introdução

A Interpretação Conforme a Constituição (ICC) é a técnica utilizada por um tribunal para controlar a constitucionalidade de um ato normativo. Contudo, ao invés de declarar inconstitucional o texto impugnado e afastá-lo da ordem jurídica, o tribunal observa, dentre diversas interpretações do texto – se houver –, qual delas é compatível com o texto e respeite a Constituição, o que permite preservar a aplicação da norma.

Tal técnica, em tese, possibilita que o Supremo Tribunal Federal (STF) deixe de usar certo poder, o que a faria estar relacionada à autocontenção judicial: os Ministros poderiam invalidar algo feito pelo legislador, mas não fazem isso, já que invalidam algumas leituras da norma potencialmente inconstitucional (Arguelhes; Lima, 2023, p. 227) e utilizam certa interpretação que "salva" a norma. Apesar disso, questionamento que se coloca é em que medida o STF aplica tal técnica na forma conceituada e como o seu uso da ICC em decisões recentes do tribunal tem de fato cumprido a promessa de que essa ferramenta evita que o tribunal use seu poder de controlar a constitucionalidade em toda sua intensidade.

Pretende-se, neste trabalho, contribuir para responder a essa pergunta com base no caso do Marco Civil da Internet (MCI), a saber, o Recurso Extraordinário (RE) 1.037.396/SP, em que se discute a constitucionalidade do art. 19 do MCI. Além de se situar em uma discussão atual sobre a responsabilidade civil de provedores de aplicação por conteúdos de terceiros, o caso ilustra o uso da ICC nos votos proferidos. Isso permitirá compreender se sua utilização foi uma forma de se limitar à discussão formalmente chegada à Corte para solucionar a controvérsia do controle de constitucionalidade ou se seu uso foi além do que foi pedido nas ações e do objeto do julgamento.

No atual estado de julgamento, o Tribunal, por maioria, vencido o Min. Edson Fachin, negou provimento ao RE 1.037.396/SP e fixou a tese de que o art. 19 do MCI é parcialmente inconstitucional por omissão[1], já que o dispositivo não tutela suficientemente direitos fundamentais e a democracia. Além disso, alguns pontos da tese fixada, em relação aos provedores de aplicação, foram: aplicação do art. 19 do MCI em hipóteses de crimes contra a honra; remoção de conteúdos considerados ofensivos por ordem judicial, caso venham a ser replicados, desde que emitidas nova ordem judicial ou extrajudicial; obrigação de tornar

[1] Vencidos parcialmente na tese os Ministros André Mendonça, Edson Fachin e Nunes Marques.

imediatamente indisponíveis conteúdos tipificados penalmente[2]; obrigação de editar autorregulação que preveja notificação, devido processo, relatórios de transparência sobre tratamento de notificações judiciais ou extrajudiciais; responsabilidade, na forma do art. 21 do MCI, por danos decorrentes de conteúdos ilícitos e contas inautênticas. O tribunal optou por não atrair a responsabilidade objetiva dos provedores de aplicação na da tese.

Vale observar que este relatório considerou apenas o voto original proferido pelo Relator Min. Dias Toffoli, que mudou de posição para acompanhar a maioria na tese fixada pela Corte. Isso porque, quando este trabalho começou a ser escrito, apenas o Relator havia proferido seu voto original no caso. Independentemente do atual estado de julgamento, isso não será um empecilho para o desenvolvimento deste trabalho, já que ele foi elaborado a partir do voto original do Relator, que permite refletir sobre o uso da ICC, seu alcance e limites.

Diante disso, este relatório se dividirá em dois capítulos. No primeiro, serão discutidas as literaturas brasileira e internacional de direito constitucional que abordam a criação de regras por tribunais – especialmente no contexto da ICC. Já no segundo, será descrito e analisado o voto original do Relator no RE 1.037.396/SP, à luz da doutrina constitucional discutida ao longo deste trabalho, além de comentários referentes à decisão final do STF, notadamente em relação à tese fixada pela Corte, para compará-la ao voto original do Relator.

[2] Reforça o tribunal que o rol é taxativo: (a) condutas e atos antidemocráticos que se amoldem aos tipos previstos nos artigos 286, parágrafo único, 359-L, 359-M, 359-N, 359-P e 359-R do Código Penal; (b) crimes de terrorismo ou preparatórios de terrorismo, tipificados pela Lei nº 13.260/2016; (c) crimes de induzimento, instigação ou auxílio a suicídio ou a automutilação, nos termos do art. 122 do Código Penal; (d) incitação à discriminação em razão de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, sexualidade ou identidade de gênero (condutas homofóbicas e transfóbicas), passível de enquadramento nos arts. 20, 20-A, 20-B e 20-C da Lei nº 7.716, de 1989; (e) crimes praticados contra a mulher em razão da condição do sexo feminino, inclusive conteúdos que propagam ódio às mulheres (Lei nº 11.340/06; Lei nº 10.446/02; Lei nº 14.192/21; CP, art. 141, § 3º; art. 146-A; art. 147, § 1º; art. 147-A; e art. 147-B do CP); (f) crimes sexuais contra pessoas vulneráveis, pornografia infantil e crimes graves contra crianças e adolescentes, nos termos dos arts. 217-A, 218, 218-A, 218-B, 218-C, do Código Penal e dos arts. 240, 241-A, 241-C, 241-D do Estatuto da Criança e do Adolescente; g) tráfico de pessoas (CP, art. 149-A).

# 1. Análise doutrinária

## 1.1. Da literatura brasileira sobre criação de regras por tribunais

Introduzida a discussão da ICC, como se deu seu uso pelo STF nas últimas décadas? Esta seção pretende discutir textos que refletem sobre a ICC em um debate mais amplo sobre ativismo judicial, limites de atuação do Poder Judiciário, bem como as diferenças entre criar e aplicar regras. As referências do projeto foram selecionadas pelo orientador, que conduziu as discussões das leituras como forma de apresentar o debate acima mencionado.

Arguelhes e Lima (2023, pp. 229-30) afirmam que o STF utilizou a ICC, a princípio, como uma forma de contenção judicial. Nesse sentido, abordam os autores dois aspectos da contenção: de um lado, o metodológico, pelo qual há diferentes interpretações possíveis do texto normativo, e uma delas pode ser adotada, caso seja compatível com o texto; de outro lado, há o aspecto institucional, em que o tribunal, enquanto competente para exercer o controle de constitucionalidade, mantém a aplicação do texto normativo, ao invés de invalidá-lo, desde que observada a interpretação compatível com a constituição.

Contudo, argumentam os autores que ao longo do tempo o STF passou a utilizar a ICC de maneira diversa da inicialmente descrita nas primeiras decisões em que a técnica aparece. Tome-se de exemplo a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1.719[3], em que se discutia a inconstitucionalidade do art. 90 da Lei Nº 9.099/95. A lei instituiu juizados especiais cíveis e criminais, mas o dispositivo os tornava inaplicáveis para processos penais já iniciados. Apesar de o artigo violar o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, o STF utilizou a ICC no caso, de modo que o dispositivo foi preservado e aplicado retroativamente, ainda que o texto fosse claro quanto a irretroatividade[4] e só permitir uma interpretação.

---

[3] Confira a ementa do caso discutido por Arguelhes e Lima (*Ibid*., p. 235), que ilustraria uma hipótese de não aplicação da ICC, mas que foi empregada pelo STF: Ação direta de inconstitucionalidade. Arguição de inconstitucionalidade do artigo 90 da Lei 9.099, de 26.09.95, em face do princípio constitucional da retroatividade da lei penal mais benigna (art. 5º, XL, da Carta Magna). Pedido de liminar. - Ocorrência dos requisitos da relevância da fundamentação jurídica do pedido e da conveniência da suspensão parcial da norma impugnada. Pedido de liminar que se defere, em parte, para, dando ao artigo 90 da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, interpretação conforme à Constituição suspender "ex tunc", sua eficácia com relação ao sentido de ser ele aplicável às normas de conteúdo penal mais favorável contidas nessa Lei. (STF, ADI 1.719 MC – DF/Distrito Federal, Rel. Min. Moreira Alves, DJe, 27 fev. 1998)

[4] Art. 90. As disposições desta Lei não se aplicam aos processos penais cuja instrução já estiver iniciada.

Nesse e em outros casos, o STF passou a empregar a ICC paulatinamente para proferir decisões manipulativas. Por tais decisões, o tribunal não necessariamente interpreta o texto normativo, mas remove, substitui ou altera o conteúdo da norma que existe (Arguelhes; Lima, 2023, p. 236). Pode-se exemplificar com a ADI 6.586[5], que discutia a constitucionalidade do art. 3º, III, "d", da Lei Nº 13.979/2020[6]. A lei dispõe de medidas sanitárias de urgência para o enfrentamento do coronavírus, e o dispositivo impunha a vacinação compulsória como medida que autoridades competentes poderiam adotar.

Os Ministros, em sua maioria, diferenciaram a vacinação "obrigatória" da vacinação "forçada", de modo a usar a ICC não apenas para interpretar o dispositivo, como também para estabelecer critérios de restrição a indivíduos para praticar certas atividades ou frequentar lugares. Os requisitos foram: a restrição deve se basear em evidências científicas; devem informar a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes; respeitem a dignidade da pessoa humana e outros direitos fundamentais; observem os critérios de razoabilidade e proporcionalidade; e que as vacinas sejam distribuídas universal e gratuitamente.

Cumpre ressaltar que tais requisitos não se encontravam na lei em discussão, o que sugere que o STF teria extravasado o uso da ICC para, em verdade, adicionar regras à norma existente. Para Brandão (2014, p. 197), essa maneira de decidir situaria o STF como "legislador positivo", já que o resultado da interpretação é diferente daquela empregada pelo Legislativo ao editar a norma. Isso se daria por meio do uso de princípios constitucionais abertos para se

---

[5] AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. VACINAÇÃO COMPULSÓRIA CONTRA A COVID-19 PREVISTA NA LEI 13.979/2020. PRETENSÃO DE ALCANÇAR A IMUNIDADE DE REBANHO. PROTEÇÃO DA COLETIVIDADE, EM ESPECIAL DOS MAIS VULNERÁVEIS. DIREITO SOCIAL À SAÚDE. PROIBIÇÃO DE VACINAÇÃO FORÇADA. EXIGÊNCIA DE PRÉVIO CONSENTIMENTO INFORMADO DO USUÁRIO. INTANGIBILIDADE DO CORPO HUMANO. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA. INVIOLABILIDADE DO DIREITO À VIDA, LIBERDADE, SEGURANÇA, PROPRIEDADE, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. VEDAÇÃO DA TORTURA E DO TRATAMENTO DESUMANO OU DEGRADANTE. COMPULSORIEDADE DA IMUNIZAÇÃO A SER ALÇANÇADA MEDIANTE RESTRIÇÕES INDIRETAS. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE EVIDÊNCIAS CIENTÍFICAS E ANÁLISES DE INFORMAÇÕES ESTRATÉGICAS. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA SEGURANÇA E EFICÁCIA DAS VACINAS. LIMITES À OBRIGATORIEDADE DA IMUNIZAÇÃO CONSISTENTES NA ESTRITA OBSERVÂNCIA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. COMPETÊNCIA COMUM DA UNIÃO, ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS PARA CUIDAR DA SAÚDE E ASSISTÊNCIA PÚBLICA. ADIS CONHECIDAS E JULGADAS PARCIALMENTE PROCEDENTES. (STF, ADI 6.586 DF/Distrito Federal, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe, 07 abr. 2021)

[6] Art. 3º. Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas: III - determinação de realização compulsória de: d) vacinação e outras medidas profiláticas

afastar da interpretação literal do dispositivo analisado, tais como “democracia” e “dignidade da pessoa humana”.

Apesar do exercício do papel criativo dos tribunais, há parcela da doutrina constitucional brasileira que apresenta argumentos para tal prática. Nesse sentido, Barroso e Mello (2019, pp. 319-328) abordam argumentos e objeções para o uso de decisões manipulativas pela Corte. Primeiro, pelo princípio democrático, o conteúdo de normas deveria ser alterado por poderes eleitos, já que a eles compete tal função, de modo que isso não caberia a juízes não eleitos, ao passo que a decisão criativa supriria o “vácuo” normativo decorrente da inconstitucionalidade da norma.

Em segundo lugar, a atuação criativa violaria a separação de poderes, já que o tribunal aturaria como “legislador positivo”. Em sentido diverso, a atuação criativa deveria se dar de acordo com soluções constitucionalmente possíveis, de modo que o magistrado deve fundamentar sua decisão e atrair para si o ônus de demonstrar uma resposta obrigatória com base na Constituição.

## 1.2. Da literatura internacional sobre criação de regras por tribunais

Feitas as considerações anteriores, observa-se que a “criação de regras” por juízes é formulada usualmente como um problema de “ativismo judicial”, assunto com vasta literatura nacional e internacional em direito constitucional. Assim, um dos focos de análise nesta seção se encontra nos efeitos contramajoritários da criação de regras por tribunais. O outro encontra-se na influência do caso concreto para elaboração de regras por juízes.

Posto isso, Marshall (2002, p. 1220) reconstrói alguns elementos associados a diferentes sentidos ou dimensões do “ativismo judicial” no debate dos EUA, descrevendo “pecados” desse ativismo judicial[7] praticados por juízes da suprema Corte dos Estados Unidos. Dentre os indícios de ativismo, destaque-se o critério “contramajoritário”, que consiste em resistir à deferência de decisões tomadas por poderes eleitos[8]. Embora as premissas do autor se relacionem ao contexto dos Estados Unidos, elas são úteis na medida em que podem ajudar a

[7] Esclarece o autor que, nos contextos político e judicial, ativismo seria qualquer decisão de que não se gosta, citando Goodwin (Marshall, 2002, p. 1.217).

[8] *Ibid*., p. 1220.

compreender comportamentos do STF quando utiliza a ICC. De que maneira, então, o STF atuaria como "contramajoritário"?

Como visto anteriormente, a ICC é utilizada para o controle de constitucionalidade. Dessa forma, ainda que o STF mantenha a aplicação do texto e, portanto, não o invalide – o que seria um não ativismo, assumidos os pressupostos de Marshall –, a forma como a ICC vem sendo utilizada pode contrariar as decisões do legislador. Isso se manifestaria pelas decisões manipulativas do STF, que alteram o escopo da norma, que não foi previsto inicialmente pelo legislador. Daí afirmam Arguelhes e Lima (2023, p. 228) que o STF entende haver elementos no texto que não necessariamente foram objeto de discussão legislativa ou responde a questões que eventualmente não foram levadas ao processo.

Vale dizer: o tribunal impõe que tais elementos sejam observados no diploma legal daquele tópico para que seja considerado constitucional, ainda que não diga diretamente que as decisões legislativas sejam inconstitucionais. Os efeitos práticos dessas decisões seriam um uso expansivo do poder judicial, além da limitação de potenciais debates legislativos sobre o assunto. Logo, o tribunal deixaria de ser deferente com as decisões legislativas, ainda que sutilmente, quando deixa declarar inconstitucional o texto e usa a ICC para modificar seu conteúdo: O STF manifestaria nessas circunstâncias, então, o ativismo "contramajoritário", tomado em um sentido amplo de não deferência, ainda que necessariamente deixe de invalidar as decisões legislativas, invalidação esta tipicamente associada a essa forma de ativismo (Marshall, 2002, p. 1223).

Katyal e Schmidt (2015, p. 2110) também discutem os efeitos contramajoritários decorrentes da criação de regras pela Suprema Corte norte-americana. Nesse sentido, definem os autores *active avoidance* como o uso do cânone da evasão, por um tribunal, para produzir mudanças jurídicas. Observam os autores que a técnica – que, em princípio, seria uma maneira de autocontenção do tribunal – é utilizada pelo tribunal para atribuir à norma uma interpretação diversa daquela conferida pelos poderes eleitos[9]. Similar ao que ocorre no Brasil com o uso da

[9] Um exemplo dessa prática destacado pelos autores é o caso *National Federation of Independent Business v. Sebelius (NFIB)*. Naquela ocasião, a Suprema Corte dos EUA discutia a constitucionalidade do *Affordable Care Act* (ACA), conhecida como "Obamacare". A lei impunha aos norte-americanos a aquisição de um plano de saúde, que, se fosse não realizada, implicaria pagamento de uma multa. A Corte deveria decidir se o Congresso poderia exigir esse mandato com base na Cláusula de Comércio da Constituição. Para manter a aplicação da lei, a Corte utilizou a técnica *avoidance* para produzir mudanças legais, ao entender que o Congresso poderia exigir impostos como penalidades a cidadãos, diante do poder de tributação.

ICC pelo STF, essas técnicas de decisão revelam o uso de um poder legislativo pelas Cortes, que dificulta a atuação legislativa futura para alterar as normas “reescritas” pelas Cortes.

Schauer (2006, p. 894), por sua vez, também manifesta preocupação com a criação de regras judiciais por tribunais em sistemas de *common law*, que se dá a partir de casos concretos. Assevera o autor que a presença de casos concretos para a produção de princípios pode enviesar o magistrado, uma vez que o caso em análise pode não ser representativo da generalidade de casos que serão resolvidos futuramente, já que os elementos presentes em um dado caso podem estar presentes em menor graus em outros casos a partir dos quais se aplica o precedente.

## 2. A ICC e o caso do Marco Civil da Internet (RE 1.036.397)

### 2.1. Resumo do Caso

Tendo explorado as formas de uso da ICC e o manifestações de ativismo pela Corte, chega-se à complexidade do julgamento do Tribunal sobre o MCI. Busca-se, nesta seção, contextualizar o caso do MCI para, posteriormente, aplicar nele as discussões anteriores sobre criação e aplicação de regras judiciais por juízes.

No RE 1.037.396/SP, caso paradigma do Tema nº 987[10] de Repercussão Geral, de Relatoria do Min. Dias Toffoli, o STF discute se é constitucional o art. 19, da Lei Nº12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet (MCI), que dispõe:

> 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.

Na origem do processo, foi criado um perfil falso na plataforma Facebook no nome da autora (recorrida no RE), que publicou mensagens ofensivas no perfil e que utilizou fotos da autora. Posteriormente, a autora denunciou o perfil à Facebook Serviços Online do Brasil Ltda. (recorrente no RE), que não o removeu. Isso resultou no ajuizamento de uma ação judicial, com

---

[10] 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.

pedido para condenar a ré à obrigação de fazer – remover o perfil e fornecer o IP do autor que criou o perfil -, além de indenizar a autora por danos morais.

A sentença de primeiro grau condenou à ré a remover o conteúdo e fornecer o IP do perfil sem, contudo, dar provimento ao pedido de indenização por danos morais. Ambas as partes recorreram: de um lado, a autora pleiteava a indenização por danos morais; a ré, por sua vez, pleiteava que fosse desobrigada a fornecer o IP. O Colégio Recursal do Estado de São Paulo deu provimento a ambos os recursos, condenando o Facebook a indenizar a vítima por danos morais, mas o desobrigando de fornecer o IP. O Facebook recorreu, então, a decisão do referido acórdão.

A Recorrente do RE, Facebook, argumentou que deve prevalecer a liberdade de expressão quando confrontada com outros direitos fundamentais, como direitos da personalidade, e sustentou que o Poder Judiciário seria o único legítimo e apto a moderar a potencial ilicitude de conteúdos publicados por terceiros nas plataformas digitais. Em sentido contrário, a recorrida alegou que as vítimas de ilícitos no meio digital suportam danos de proporções imensuráveis, dada a rápida difusão de conteúdos em tais plataformas. Isso tornaria muito longo o lapso temporal entre uma decisão judicial e seu cumprimento, se comparado à velocidade de compartilhamento do conteúdo. Assim, seria necessário um ordenamento jurídico mais ágil do que o atual para lidar com os riscos inerentes às redes digitais.

O Min. Dias Toffoli entendeu ser inconstitucional o art. 19, *caput*, e §1º, do MCI, e igualmente inconstitucionais os parágrafos seguintes, por arrastamento. O dispositivo faria prevalecer, em abstrato, a liberdade de expressão em detrimento de outros direitos fundamentais, como direitos da personalidade, ao passo que a Constituição não estabelece hierarquia entre direitos. O Min. se valeu da ICC para fazer valer como regra o disposto no art. 21 do MCI, de modo a permitir uma aplicação mais ampla do dispositivo, que dispõe:

> 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.
>
> Parágrafo único. A notificação prevista no **caput** deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido.

Dessa forma, além dos direitos à intimidade e à dignidade, o artigo passa a tutelar todos os direitos fundamentais no meio digital. Tome-se de exemplo o direito à vida privada, à honra e à imagem, cujas tutelas decorreriam da dignidade da pessoa humana, nos termos do art. 1º, III, da CF/88. Apesar de o Relator conferir uma interpretação mais ampla ao texto do art. 21, outros aspectos do voto merecem atenção, dentre eles o regime de responsabilidade civil dos provedores de aplicação.

Embora o teor do *caput* do art. 21 trate de responsabilidade subsidiária dos provedores de aplicação, pela qual o provedor responderá pelos danos se o patrimônio do terceiro for insuficiente para indenizar a vítima, o Min. Dias Toffoli entendeu ser aplicável a responsabilidade objetiva.

Para ele, nesse regime de responsabilidade, a notificação extrajudicial, por si só, obrigaria o provedor a remover o conteúdo potencialmente danoso. Tal conteúdo seria ofensivo se atacar a honra objetiva ou subjetiva da vítima, e ilícito, se estiver em descompasso com a constituição ou legislação vigente. A apuração da responsabilidade do provedor de aplicações exige avaliar a atividade praticada por ele e o grau de interferência no fluxo de informações.

Por outro lado, argumenta-se que a responsabilidade subjetiva do art. 19 dificultaria a prova da conduta culposa ou dolosa do provedor em remover o conteúdo. Isso, por sua vez, implicaria menor tutela do princípio da reparação integral do dano, nos termos do art. 5º, V e X[11], da CF/88, bem como do art. 944, parágrafo único, do Código Civil[12]. Além disso, o fato de os provedores de aplicação explorarem atividade economicamente organizada para auferir lucro faria recair sobre eles maior ônus de suportar os riscos diante de terceiros.

Quanto à potencial ilicitude de conteúdos, os provedores de aplicação deveriam apreciar: crimes contra o Estado Democrático de Direito; atos preparatórios de terrorismo; induzimento ao suicídio ou à mutilação; racismo; violência contra criança, adolescente e pessoas vulneráveis; violência contra a mulher; infração sanitária; tráfico de pessoas; incitação ou ameaça de prática de violência física ou sexual; e divulgação de fatos inverídicos ou

---

[11] V - É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[12] Parágrafo único. 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.

descontextualizados que ameacem a vida ou membros de grupos vulneráveis, bem como a integridade de processos eleitorais.

Por fim, o Relator determinou deveres anexos aos provedores de aplicação na internet, o que inclui: (i) atualizar termos de Condições e Uso, com a devida publicidade; (ii) criar mecanismos que asseguram a autenticidade e identificação de contas de usuários; (iii) elaborar códigos de conduta; (iv) estabelecer regras e procedimentos para moderar conteúdos, com a devida publicidade; (v) atualizar continuamente regras e procedimentos para moderar conteúdos; (vi) combater a difusão de desinformação, com as providências para identificar a conta que originou o conteúdo; (vii) produzir relatórios semestrais que indicam riscos identificados no ambiente digital e providências adotadas para preveni-los ou mitigá-los; (viii) fornecer canais de comunicação para o recebimento e apuração de denúncias de conteúdos ilícitos; (ix) elaborar relatórios semestrais de transparência sobre a resolução das denúncias apresentadas; e (x) atuar diligentemente para prevenir e mitigar a disseminação de conteúdos ilícitos tipificados.

## 2.2. Análise do uso da ICC no RE 1.036.397

O que esses elementos do voto original revelam sobre o uso da ICC pelo Relator, à luz das premissas expostas nas discussões doutrinárias? Alguns pontos merecem ser destacados.

Dadas as considerações de Marshall sobre ativismo judicial “contramajoritário”, pode-se inferir que suas preocupações com a deferência da Suprema Corte ao Legislativo se dão em virtude do resultado do julgamento, isto é, invalidar ou não determinado ato normativo. Mas isso pode não ser tão relevante para a análise do caso, pois, de um lado, o STF não seria ativista quanto ao resultado, já que preservaria a aplicação do art. 21 do MCI, mas ainda assim acrescentaria conteúdo à norma, de modo que o “método” de decisão com a ICC não seria deferente, pois o tribunal passaria a criar regras, e não somente interpretar.

Portanto, as leituras discutidas permitem refletir sobre as seguintes perguntas que orientarão este relatório final: Como os Ministro se pronunciou sobre o uso da ICC no caso? Quais justificativas foram dadas no voto para utilizar a ICC?

Diante dos fatos expostos e dos argumentos apresentados no caso, esta seção pretende analisar o uso da ICC pelo Relator. Para isso, este trabalho optou por dividir a análise nos aspectos que se segue, como forma de facilitar a compreensão do voto original e aplicação da

doutrina discutida: alteração do regime de responsabilidade civil dos provedores de aplicação; a influência do caso concreto no uso da ICC; uso da ICC para se sobrepor à vontade legislativa; e a repercussão do uso da ICC na atuação legislativa futura.

### 2.2.1. Da alteração do regime de responsabilidade civil dos provedores de aplicação

Um primeiro ponto de análise do uso da ICC é o regime de responsabilidade civil dos provedores de aplicação estabelecido pelo MCI. Ao analisar o art. 19, afirma Teffé (2015, p. 08) que o MCI optou pela responsabilidade subjetiva dos provedores de aplicação por omissão em remover o conteúdo ofensivo após uma ordem judicial. A simples notificação extrajudicial não poderia, portanto, obrigar o provedor a remover o conteúdo, mas se assim desejar, pode removê-lo.

Nesse sentido, a regra buscaria adotar esse regime de responsabilidade civil para resguardar a liberdade de expressão e evitar a prática de censura (Teffé, 2015, p. 9). Por isso ao Judiciário caberia a função de definir a potencial ilicitude do conteúdo denunciado, e não ao provedor de aplicações.

Por outro lado, o Relator criou um regime de responsabilidade civil para os provedores de aplicação, mas sem se ater aos limites textuais no uso da ICC. Em primeiro lugar, a redação do art. 21 atrai a responsabilidade subsidiária aos provedores de aplicação. Mas o Relator incluiu a responsabilidade objetiva nas hipóteses de recomendação, impulsionamento ou moderação dos conteúdos considerados danosos publicados por terceiro (pp. 99-100). Em segundo lugar, a hipótese de aplicação da norma se restringe a conteúdos com cenas de nudez ou atos sexuais de caráter privado. De modo diverso, o Relator entende que o dispositivo também deve tutelar os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem (p. 97).

Dentre os argumentos que fundamentam a escolha pela responsabilidade objetiva, destacam-se: a desigualdade técnica e informacional entre o usuário e a plataforma, que impõe à vítima um ônus excessivo de provar o dolo ou a culpa; a sociedade moderna é caracterizada pela disseminação de riscos, incluindo o ambiente digital, de modo que as plataformas devem assumir esses riscos por condutas de terceiros, já que exploram atividade econômica; digressão sobre o histórico da responsabilidade objetiva no Brasil[13]. Trata-se, portanto, de decisão aditiva

[13] Como nos casos de responsabilidade por danos decorrentes da atividade de mineração; por danos nucleares; por danos ambientais; por danos na atividade de transporte aeronáutico; por danos causados por pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado prestadoras de serviço público. Cumpre destacar que o Relator apresenta esses

(Barroso; Mello, 2014, p. 311), uma vez que o Ministro acrescenta ao regime jurídico da responsabilidade subjetiva para a responsabilidade objetiva, regime este que o poder legislativo não buscou editar quando da elaboração dos arts. 19 e 21 do MCI[14], mas preserva parte dos destinatários da norma (vítimas de conteúdos de nudez ou de atos sexuais de caráter privado).

### 2.2.2. Da influência do caso concreto no uso da ICC para criar regras

Além de o Relator ter proferido uma decisão de caráter criativo, foi possível extrair do voto uma influência direta do caso concreto no uso da ICC. O Ministro afirma que "é irreparável a conclusão do acórdão recorrido, tendo em vista que privilegia a aplicação dos direitos fundamentais, inclusive no que diz respeito à tutela do consumidor" (p. 154). A decisão em manter a condenação proferida pelo TJSP decorreria da conclusão do Ministro de que seria insuficiente tutelar a liberdade de expressão no art. 19 do MCI em detrimento de outros direitos fundamentais, como intimidade, vida privada, honra e imagem.

Diante disso, vale tecer reflexões sobre os argumentos de Schauer. Por óbvio, embora o autor se preocupe com a criação de regras na *common law*, e, no caso em análise, já se faz presente o MCI para a decisão, as reflexões do autor são relevantes. Observa-se que o caso concreto do RE reforçou a percepção do Relator de que o art. 19 é insuficiente para proteger outros direitos fundamentais, o que, por consequência, o conduziu à criação de regras mediante o uso da ICC no art. 21 do MCI. Isso porque os fatos podem ilustrar uma situação extrema de criação de perfil inautêntico em plataforma digital para constranger a vítima, com publicação e uso de fotos dela. Caberia questionar em que medida os elementos do caso são representativos o suficiente de outros casos (Schauer, 2006, p. 894) envolvendo provedores de aplicação.

---

exemplos para reforçar a conclusão de que ele não inova ao optar por essa modalidade de responsabilidade, mas que o direito brasileiro adotou gradualmente a teoria do risco, em contraposição à noção de culpa, o que confere amparo à escolha feita no caso em discussão. Nesse sentido, confira-se o item 7.2.2 do voto do Min. Dias Toffoli.

[14] Conforme afirmam Barroso e Mello (2014, p. 314), tal prática já ocorreu em outros casos decidido pelo STF, tais como na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, que discutia se, à luz dos arts. 124 e 125 do Código Penal, a interrupção da gravidez de fetos anencefálicos era caracterizada como o tipo penal do aborto, além do que o art. 128 do Código Penal não excetuava essa interrupção como excludente de ilicitude. A Corte, por maioria, julgou a ação procedente e declarou inconstitucional a interpretação segundo a qual a interrupção de gravidez de feto anencéfalo é tipificada nos termos dos dispositivos citados, ainda que o texto não tratasse expressamente a hipótese de feto anencefálico, o que coloca em dúvida a aplicabilidade da ICC naquele caso, ainda que fosse a solução adotada para suprir a possível omissão parcial do Código Penal e compatibilizá-lo com a Constituição.

Ou seja, pode-se argumentar que, para o caso concreto, os elementos de responsabilidade civil tenham sido verificados, e que a decisão, para o Relator, tenha sido a melhor para a vítima (pois o provedor foi omisso em remover o conteúdo mesmo após a ordem judicial, com violação do art. 19 do MCI). Por outro lado, questiona-se se essa mesma percepção do caso concreto poderia embasar a mudança de um arcabouço jurídico do MCI por meio da ICC, sem atenção ao texto do art. 21, bem como diante da ausência de debates legislativos sobre a responsabilidade dos provedores de aplicação independente de ordem judicial para remoção de conteúdo.

### 2.2.3. Do uso da ICC para se sobrepor à intenção legislativa

Como visto anteriormente, o uso da ICC pelo STF pode se dar como forma contramajoritária de decidir, na medida em que o Tribunal deixa de ser deferente às escolhas legislativas. E isso se confirma na decisão do Relator, que, em determinado trecho da decisão, afirma que é ilegítima a escolha do legislador de conferir preferência à tutela da liberdade de expressão no art. 19 do MCI:

> Nesse sentido, também não se mostra legítimo – e, a meu ver, não se pode admitir – que o legislador ordinário, ainda que imbuído de propósitos nobres, estabeleça, em tese e a priori, a primazia ou a preferência da liberdade de expressão (e da vedação à censura) em relação a outros direitos fundamentais e aos valores constitucionais que porventura possam com ele conflitar
>
> (p. 47).

Além disso, a exposição de motivos do PL 2126/2011, que foi transformada na Lei Nº12.965/2014 (MCI), traz considerações pertinentes sobre os propósitos do Legislativo. Na descrição das estruturas dos capítulos da proposição, afirma-se claramente que:

> As opções adotadas privilegiam a responsabilização subjetiva, como forma de preservar as conquistas para a liberdade de expressão decorrentes da chamada Web 2.0, que se caracteriza pela ampla liberdade de produção de conteúdo pelos próprios usuários, sem a necessidade de aprovação prévia pelos intermediários. A norma mira os usos legítimos, protegendo a privacidade dos usuários e a liberdade de expressão, adotando como pressuposto o princípio da presunção de inocência, tratando os abusos como eventos excepcionais
>
> (EMI Nº 00086 - MJ/MP/MCT/MC)[15].

[15] Em outro trecho, o referido documento também reforça a preocupação com a tutela da privacidade e da liberdade de expressão ao se referir à responsabilidade civil: "Para o Poder Judiciário, a ausência de definição legal específica, em face da realidade diversificada das relações virtuais, tem gerado decisões judiciais conflitantes, e mesmo contraditórias. Não raro, controvérsias simples sobre responsabilidade civil obtêm respostas que, embora direcionadas a assegurar a devida reparação de direitos individuais, podem, em razão das peculiaridades da Internet, colocar em risco as garantias constitucionais de privacidade e liberdade de expressão de toda a sociedade".

Com efeito, a contraposição do Ministro às escolhas legislativas embasa o uso da ICC não para interpretar o art. 21 do MCI, mas para revelar que o Tribunal compara a qualidade das opções legislativas com as soluções que a Corte propõe na decisão (Vilhena, 2008, p. 452). Pode-se afirmar, nesse sentido, que a discussão trazida pelo Relator sobre os arts. 19 e 21 do MCI limita-se não apenas à constitucionalidade das normas, mas abrange quão convenientes ou inconvenientes foram as escolhas legislativas para o regime de responsabilidade dos provedores de aplicação. E essa foi uma das razões pelas quais o Relator propôs a responsabilidade objetiva dos provedores, por entender que sua decisão é a melhor a se adotar.

### 2.2.4. Da repercussão do uso da ICC na atuação legislativa futura

Um último aspecto a ser analisado é o grau de liberdade que o Poder Legislativo terá para regulamentar o uso da internet. O Relator apela ao Legislativo e ao Executivo a elaboração e implementação, em dezoito meses, de política pública que enfrente a violência digital e a desinformação, "baseada em evidências científicas e boas práticas internacionais" (p. 164). A título ilustrativo, o Ministro aborda a autorregulação regulada como um modelo promissor no âmbito do direito comparado (p. 152).

Adicionalmente, determina que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) crie o Departamento de Acompanhamento de Internet no Brasil (DAI), órgão cuja função seria acompanhar o cumprimento da decisão proferida, bem como o respeito aos direitos fundamentais na internet. O DAI, de acordo com o voto, levantaria dados sobre essa matéria, que seriam consolidados em relatórios periódicos e embasariam "estudos diagnósticos e sugestões de estratégias legislativas e de políticas públicas para a melhoria do meio ambiente digital" (p. 165).

Ante as determinações da decisão, pode-se afirmar que o uso da ICC ilustra as preocupações de Arguelhes e Ribeiro (2017, p. 260). Para os autores, há circunstâncias em que o STF atua como o único ator responsável por legislar certa matéria, ao impor regras em matérias sobre as quais os poderes eleitos não haviam se pronunciado, além do que impede legislações futuras nos aspectos já decididos pelo tribunal. Nesse sentido, o uso da ICC pelo Relator pode inibir a atividade legislativa futura no tocante à responsabilidade objetiva, independente de ordem judicial prévia, dos provedores de aplicação; aos deveres anexos a eles impostos; e à aplicação de tipos penais, inclusive a criação de um órgão (DAI). Portanto,

normas futuras, em princípio, devem manter os referidos regimes jurídicos, ainda que o Congresso não tenha se pronunciado anteriormente sobre essas matérias. Do contrário, a Corte poderia invalidar legislações futuras que viessem a contrariar o entendimento firmado no caso.

### 2.3. Considerações sobre a decisão final do STF no RE 1.036.397

Como visto, este trabalho concentrou sua análise no voto original do Min. Dias Toffoli, mas valem algumas notas sobre a decisão final proferida pela Corte. Quando este relatório começou a ser escrito, o julgamento se encontrava suspenso em virtude do pedido de vista do Min. André Mendonça, ocorrido em 18 de dezembro de 2024. Os autos, por sua vez, foram liberados para julgamento em 26 de maio de 2025, de modo que o Tribunal proferiu em 27 de junho de 2025 o julgamento de mérito com tema de repercussão geral. Devido a esses fatores, este relatório final foi elaborado a partir do voto original do Relator – que alterou seu entendimento posteriormente para acompanhar a tese fixada pela Corte -, pela falta de tempo de analisar a decisão proferida durante a escrita deste trabalho.

De todo modo, propõe-se, nesta seção, mostrar que, embora o trabalho não tenha sido elaborado com base em toda a decisão, pela falta de tempo para analisá-la completamente no relatório final, isso não afeta as conclusões a que se chegou no relatório. Para isso, vale resumir a decisão final, diferenciar a tese fixada pelo STF daquela proposta originalmente pelo Relator e, em seguida, destacar alguns elementos da decisão final que reforçam os problemas abordados neste relatório.

Em síntese, a decisão final definiu que é parcialmente inconstitucional o art. 19 do MCI; define a falha sistêmica como omissão em adotar medidas adequadas para remover conteúdos ilícitos; que o art. 19 se aplica a provedores de e-mail, de aplicações para reunião e de mensageria instantânea; aplica o Código de Defesa do Consumidor (Lei Nº8.078/90) aos provedores de aplicação que atuem como *marketplace*; impõe obrigatoriedade aos provedores de aplicação de constituir representante legal no Brasil; apela ao Congresso Nacional que elabore uma legislação que supere as deficiências do MCI; a modulação dos efeitos se dá de maneira prospectiva, ressalvadas as decisões transitadas em julgado.

A tese fixada pela Corte se diferencia em alguns aspectos daquela proposta originalmente pelo Min. Dias Toffoli. O Tribunal reconheceu inconstitucionalidade parcial e progressiva do art. 19 do MCI, ao passo que o Relator concluiu inicialmente pela

inconstitucionalidade total do 19 e, por arrastamento, seus demais parágrafos. O Tribunal, no item 12, afastou a responsabilidade objetiva dos provedores de aplicação para fins de aplicação da tese, diferentemente do Relator, que fixou inicialmente a responsabilidade independente culpa diante da recomendação ou impulsionamento de conteúdo danoso; de conta inautêntica; direitos do autor; práticas caracterizadas como tipos penais (vide a seção 2.1). A Corte também não estabelece a criação de um órgão para acompanhar a implementação da decisão, diversamente do Relator, que, como discutido anteriormente, impôs ao CNJ, no voto original, a criação do DAI (vide seção 2.2.4), ainda que sem previsão legal para isso.

Apesar das diferenças destacadas, as proximidades entre a decisão final e o voto original do Relator revelam os problemas destacados ao longo deste trabalho.

Primeiro, a tese estabelece a responsabilidade dos provedores de aplicação, na forma do art. 21 do MCI (isto é, independente de notificação judicial), na hipótese de danos decorrentes de crimes, atos ilícitos ou contas denunciadas como inautênticas. Por certo, o referido dispositivo somente dispensa a notificação judicial para fins de responsabilidade dos provedores em se tratando da violação da intimidade por meio da divulgação de conteúdo de nudez ou atos sexuais de caráter privado. Tais pontos da tese, contudo, não são propriamente relevantes para a discussão, já que respondem a perguntas que não foram feitas no processo[16] (Arguelhes; Lima, 2023, p. 230), além do que o STF, tal como o Relator, cria regras nos referidos aspectos, o que implica uma sobreposição de funções (interpretação e criação de regras) que, em princípio, não caberia à Corte, mas ao Legislativo.

Em segundo lugar, destaque-se a presunção de responsabilidade. Pelo item 4 da tese, presume-se a responsabilidade dos provedores de aplicação diante de anúncios e impulsionamento pago ou de rede artificial de distribuição (seja por *chatbot*, seja por robôs), independente de notificação. Contudo, fica claro que os arts. 19 e 21 do MCI não estabelecem a presunção de responsabilidade em qualquer hipótese: a diferença substancial é que o art. 19 determina a responsabilidade dos provedores pelo descumprimento de ordem judicial, e o art. 21, pelo descumprimento da notificação extrajudicial, caracterizado como exceção.

[16] A discussão está em definir se é constitucional exigir descumprimento de ordem judicial para remover conteúdo como critério de responsabilidade dos provedores de aplicação, conforme formulado pela própria Corte na descrição do tema 987 de repercussão geral: "Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 5º, incs. II, IV, IX, XIV e XXXVI, e 220, caput, §§ 1º e 2º, da Constituição da República, a constitucionalidade do art. 19 da Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) que impõe condição para a responsabilização civil de provedor de internet, websites e gestores de aplicativos de redes sociais por danos decorrentes de atos ilícitos de terceiros".

Vale a ressalva de que ambos os dispositivos pressupõem a omissão do provedor em observar a notificação judicial ou extrajudicial, requisito que é afastado pela tese. Como a Corte concluiu pela inconstitucionalidade parcial do art. 19, tal decisão pode ser classificada como aditiva (Barroso; Mello, 2019, p. 311), na medida em que a Corte estende o regime jurídico do art. 19 (com hipóteses de presunção de responsabilidade) para que seja plenamente constitucional.

Finalmente, a decisão da Corte e aquela proferida inicialmente pelo Relator se aproximam no tocante aos deveres adicionais, ou anexos, impostos aos provedores de aplicação. Por meio da autorregulação, os itens 8 a 10 da tese da Corte impõem um sistema de notificações, devido processo, relatórios anuais de transparência sobre tratamento de denúncias e sobre impulsionamento, disponibilização de canais de atendimento, bem como a publicação e revisão dessas regras.

O reflexo disso é que a imposição de tais regras pode impedir a atuação do Legislativo de criar soluções para a responsabilidade civil dos provedores dentro dos limites constitucionais, caso venha a contrariar a decisão da Corte. Com efeito, no âmbito das discussões norte-americanas sobre criação de regras por tribunais, a atuação do STF se aproximaria da prática de *active avoidance*, no sentido de que o Tribunal produz o efeito de "reescrever" (por meio da ICC) uma lei potencialmente indesejada pelo Congresso, na tentativa de evitar o efeito contramajoritário com a declaração de inconstitucionalidade de uma norma – o que não ocorreu no caso em análise – (Katyal; Schmidt, 2015, pp. 2112-2113).

Como se verifica, ainda que o voto original do Min. Dias Toffoli não tenha prevalecido, a decisão do STF revela os problemas anteriormente apontados no voto do Relator.

## Considerações finais

Esse artigo buscou analisar em que medida o uso da ICC no RE 1.036.397 está alinhado às discussões doutrinárias de criação de regras por tribunais. A análise do voto original do Min. Dias Toffoli revela o uso da ICC para ampliar o alcance do art. 21 como uma forma de suprir o estado de "vácuo normativo" surgido pela declaração de inconstitucionalidade do art. 19 do MCI. Igualmente, a inconstitucionalidade e a conveniência das escolhas legislativas são fatores que se sobrepõem na análise do Relator ao utilizar a ICC, dado que eles ensejaram a mudança de um regime de responsabilidade civil de provedores de aplicação, mesmo que o a redação do art. 21 não comporte outros sentidos.

Esses elementos do voto exemplificam as conclusões de Vilhena (2008, p. 445), para quem o fenômeno *supremocracia*, entendido como a expansão da autoridade do STF diante dos demais poderes, mostra que o tribunal se tornou o último a se pronunciar em matérias de diversas naturezas, tanto pela legitimação quanto pela invalidação de decisões dos órgãos representativos. E essas conclusões são igualmente válidas no contexto da ICC: a Corte deixa de se ater aos limites textuais e adota uma ambição legislativa ao incorporar um novo regime de responsabilidade civil, além de determinar a criação de órgãos a partir de uma decisão.

Além disso, existe um descompasso entre a formulação do problema pelos pronunciamentos públicos do Relator e a atuação efetiva no julgamento. Ilustrativamente, na retomada do julgamento em junho de 2025, o Relator afirmou que:

> Aqui não se trata de nenhum julgamento que se trata sobre censura ou acolher a liberdade de expressão. O que estamos aqui a discutir é que se o artigo 19 – que estabelece que a responsabilização por dano só surge se houver um descumprimento de decisão judicial - é compatível com a Constituição ou não[17].

Mas como visto, a decisão vai muito além de estabelecer o momento do início de responsabilidade civil. Ela implica a mudança em um arcabouço jurídico estabelecido pelo MCI, criação órgãos, juízos sobre a liberdade de expressão frente a outros direitos fundamentais.

O uso da ICC no RE 1.036.397, bem como em outros casos, elucida as considerações de Brandão (2014, pp. 215-216) sobre contradições do "dogma do legislador negativo". O STF

---

[17] BOECHAT, Gabriela; VITTORAZZI, Davi. **Toffoli:** julgamento não trata de censura, mas de responsabilidade civil. CNN Brasil, Brasília, 04 ago. 2025. Disponível em: https://www.cnnbrasil.com.br/politica/toffoli-julgamento-nao-trata-de-censura-mas-de-responsabilidade-civil/. Acesso em: 10 ago. 2025.

não se limitaria apenas a invalidar normas editadas pelos poderes eleitos, como no caso do art. 19 do MCI, mas a atuar de maneira criativa. Dessa forma, a discussão não deveria estar na existência de decisões criativas da Corte, mas no seu limite, pois a manipulação do texto seria inerente no controle de constitucionalidade, já que o tribunal examinaria a compatibilidade entre os sentidos do texto constitucional e daqueles do ato normativo cuja constitucionalidade é questionada.

Todas as consequências da técnica de decidir com a ICC, seja pelo Relator, seja pela Corte, sugerem não apenas um desvio casuístico de criar regras ao invés de interpretá-las no âmbito do MCI. Mas, com base nas discussões doutrinárias abordadas neste relatório, mostram ser um resultado da transformação do STF de mero aplicador de regras a um ator que passou a sobrepor gradativamente as funções de Judiciário e Legislativo.

## Referências


ARGUELHES, Diego Werneck.; LIMA, Rafael B. de. Brazil From Restraint to Preemption? *In*: KLATT, Mathias. **Constitutionally Conforming Interpretation** - Comparative Perspectives. Oxfordshire: Hart Publishing, 2023. Cap. 11, p. 225-246.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Courts as the first and only legislative chambers? The Brazilian Supreme Court and the legalization of same-sex marriage. **VERFASSUNG UND RECHT IN UBERSEE**, v. 50, p. 260-278, 2017.

BARROSO, Luis Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. O Papel Criativo Dos Tribunais - Técnicas De Decisão em Controle De Constitucionalidade. **Revista da AJURIS**, v. 46, n. 146, 2019. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=3553009. Acesso em: 04 ago. 2025.

BOECHAT, Gabriela; VITTORAZZI, Davi. **Toffoli:** julgamento não trata de censura, mas de responsabilidade civil. CNN Brasil, Brasília, 04 ago. 2025. Disponível em: https://www.cnnbrasil.com.br/politica/toffoli-julgamento-nao-trata-de-censura-mas-de-responsabilidade-civil/. Acesso em: 10 ago. 2025.

BRANDÃO, Rodrigo. O STF e o Dogma do Legislador Negativo. **Revista Direito, Estado E Sociedade**, n. 44, 2014. Disponível em: https://doi.org/10.17808/des.44.385. Acesso em: 02 ago. 2025

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 27 fev. 2025.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Palácio do Planalto, Presidência da República**, Brasília, DF, 10 jan. 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 28 fev. 2025.

BRASIL. Lei nº 9.265, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. **Palácio do Planalto, Presidência da República**, Brasília, DF, 23 abr. 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 24 fev. 2025.

BRASIL. EMI Nº 00086 - MJ/MP/MCT/MC, de 25 de abril de 2011. Brasília, 25 abr. 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/projetos/expmotiv/emi/2011/86-mj%20mp%20mct%20mc.htm#:~:text=EMI%2F2011%2F86-MJ%20MP%20MCT%20MC&text=Excelentíssima%20Senhora%20Presidenta%20da%20República,país%2C%20e%20dá%20outras%20providências. Acesso em: 5 ago. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília,12 abr. 2012. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954. Acesso em: 17 ago. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1719. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 03 dez. 1997. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur107358/false. Acesso em: 25 fev. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 1037396. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 05 dez. 2024. Disponível em: https://noticias.stf.jus.br/postsnoticias/marco-civil-da-internet-Relator-vota-por-responsabilizacao-de-plataformas-sem-necessidade-de-notificacao-previa/. Acesso em: 10 fev. 2025.

KATYAL, Neal Kumar; SCHMIDT, Thomas P. Active Avoidance: The Modern Supreme Court and Legal Change. **Harvard Law Review**, p. 2109-2165, 2015. Disponível em: https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/hlr128&collection=journals&id=2145&startid=&endid=2201. Acesso em: 04 ago. 2025.

MARSHALL, William P. Conservatives and the and the Seven Sins of Judicial Activism. **University of Colorado Law Review**, v. 73, p. 1217-1256, 2002. Disponível em: https://scholar.law.colorado.edu/lawreview/vol73/iss4/3. Acesso em: 10 fev. 2025.

SCHAUER, Frederick. Do Cases Make Bad Law? **University of Chicago Law Review**, v. 73, n. 3, pp. 883-918, 2006. Disponível em: https://heinonline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/uclr73&id=893&men_tab=srchresults. Acesso em: 02 ago. 2025.

TEFFÉ, Chiara Antonia Spadaccini de. A responsabilidade civil do provedor de aplicações de internet pelos danos decorrentes do conteúdo gerado por terceiros de acordo com o Marco Civil da Internet. **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**, Belo Horizonte, ano 4, n. 10, set./dez. 2015. Disponível em: http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=238166. Acesso em: 27 fev. 2015.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV São Paulo**, v. 4, n. 2, pp. 441-465, 2008. Disponível em: https://periodicos.fgv.br/revdireitogv/article/view/35159. Acesso em: 04 ago. 2025.