

parecer

Ana Frazão

**Dever geral de cuidado das
plataformas diante de crianças
e adolescentes**

Encomendado por

alana 

CRIANÇA e
CONSUMO 

Título: Dever geral de cuidado das plataformas diante de crianças e adolescentes

Autora: Ana Frazão

Sócia fundadora do Ana Frazão Advogados. Professora Associada de Direito Civil, Comercial e Econômico nos cursos de graduação e pós-graduação da Universidade de Brasília (UnB).

Brasília, 09 de outubro de 2020

Esta é uma publicação encomendada pelo programa Criança e Consumo, do Instituto Alana.

Publicado em São Paulo, em novembro de 2021.

ALANA

Presidente

Ana Lucia de Mattos Barretto Villela

Vice-Presidente

Marcos Nisti

CEO

Marcos Nisti

INSTITUTO ALANA

Presidente

Ana Lucia de Mattos Barretto Villela

Vice-Presidentes

Alfredo Egydio Arruda Villela Filho

Marcos Nisti

Diretora-Executiva

Isabella Henriques

Diretora-Executiva de Operações

Marisa Ohashi

Tesoureiro

Daniel Costa

Diretor Administrativo-Financeiro

Carlos Vieira Júnior

Diretor de Políticas e Direitos das Crianças

Pedro Hartung

Diretora de Educação e Cultura da Infância

Raquel Franzim

Diretora de Pessoas e Cultura

Renata Lirio

PROGRAMA CRIANÇA E CONSUMO

Coordenadora: Maria Mello

Jurídico: João Francisco Coelho, Thais Rugolo e Carolina Martinelli

Comunicação: Maíra Bosi e Giovana Ventura

Conselho Consultivo: Ana Olmos, Ana Toni, Clóvis de Barros Filho, Daniel Becker, Danilo Doneda, Flávio Paiva, Inês Sílvia Vitorino Sampaio, Ladislau Dowbor, Luiz Lara, Marcelo Sodré, Nádia Rebouças, Rachel Biderman, Regina de Assis, Renata Tomaz, Severino Antônio e Vidal Serrano Júnior.

Projeto Gráfico: Fernanda Porto

parecer

Ana Frazão

**Dever geral de cuidado das plataformas
diante de crianças e adolescentes**

Apresentação

A internet está cada vez mais presente nas nossas vidas: no trabalho, na educação, no lazer e nas nossas atividades cotidianas em geral. Pode ser por meio de telas em diversos dispositivos – como computadores, tablets ou celulares –, em relógios de pulso, em assistentes pessoais e em aparelhos variados existentes em casa, na escola, no trabalho, nas ruas e nos estabelecimentos que frequentamos.

Também as crianças e os adolescentes estão imersos nesse universo que se apresenta totalmente conectado. No mundo todo, crianças e adolescentes representam um terço dos usuários de internet¹. No Brasil, 89% das crianças e dos adolescentes entre 9 e 17 anos são usuários de internet, em um total de 24 milhões². Eles utilizam a internet para acessar o ensino remoto, fazer tarefas escolares e pesquisas, socializar a distância com amigos e parentes, participar de redes sociais, brincar, assistir a vídeos e TV, ouvir música e jogar online.

A internet reduz a distância entre pessoas e conteúdos e permite ampla disseminação da informação. Até por sua constante presença na vida contemporânea, o acesso à internet já é considerado um direito humano³ de todas as pessoas, inclusive de crianças e adolescentes.

Nesse contexto, a internet propicia às crianças e aos adolescentes inúmeras oportunidades, ainda que traga riscos e, em alguns casos, possa causar danos. Para mães, pais e responsáveis, as novas tecnologias digitais da informação e comunicação representam a principal diferença entre suas próprias infâncias e a de seus filhos e filhas, fazendo com que o tema ganhe atenção e preocupação

- 1 UNITED NATIONS CHILDREN’S FUND (UNICEF). Children in a digital world – The state of the world’s children 2017. Nova York: Unicef, 2017. Disponível em: <https://www.unicef.org/bulgaria/media/421/file/State%20of%20the%20world's%20children%20-%20children%20in%20a%20digital%20age.pdf>. Acesso em: 16.4.2021.
- 2 Ainda que 4,8 milhões de crianças e adolescentes vivam em domicílios sem acesso à internet e 1,4 milhão nunca a tenha acessado e que 58% das crianças e adolescentes acessem a internet exclusivamente pelo celular – o que reduz o desenvolvimento de suas habilidades e empobrece suas possibilidades de uso e fruição. Fonte: Pesquisa sobre o uso da internet por crianças e adolescentes no Brasil: TIC Kids Online Brasil 2019 [livro eletrônico]. Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR. 1a Edição. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2020. Disponível em: https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/20201123093344/tic_kids_online_2019_livro_eletronico.pdf. Acesso em: 1.2.2021.
- 3 Disponível em: https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf. Acesso em: 1.2.2021.

por parte das famílias⁴. Da mesma forma, as escolas, professores e professoras têm ampliado seus esforços para garantir uma efetiva educação para as mídias digitais às crianças e aos adolescentes.

Contudo, não somente as famílias e as escolas são responsáveis pelo cuidado e pela garantia dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes no ambiente digital. Também o Estado, a sociedade e as empresas envolvidas nesse modelo de negócio são igualmente responsáveis, naquilo que lhes cabe. Aliás, é esse o comando normativo do artigo 227 da Constituição Federal, que determina essa responsabilidade compartilhada e coloca as crianças e os adolescentes como prioridade absoluta da Nação.

Pensando nisso e no fato de que a maioria das crianças e adolescentes usuários de internet utiliza essa rede mundial para usar as várias plataformas digitais que estão disponíveis, apresentamos à professora Ana Frazão algumas das inquietações mais frequentes em torno do tema dos direitos de crianças e adolescentes no ambiente digital, notadamente nas plataformas digitais, no âmbito do Direito.

Pedimos que ela elaborasse parecer jurídico para responder sobre a extensão da responsabilidade das plataformas digitais em relação a violações de direitos de crianças e adolescentes; sobre o dever de cuidado das plataformas digitais no que diz respeito à exploração comercial de crianças e adolescentes; e sobre a interpretação da nova Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) no tocante ao vigilantismo e ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes.

Dessa forma, lançamos o presente documento com a íntegra do parecer, com seu valoroso trabalho de pesquisa e análise da doutrina, da legislação em vigor e da jurisprudência existente, bem como das mais sensíveis questões relacionadas ao tema, para contribuir com os debates e garantir a eficácia das leis que se ocupam dos direitos de crianças e adolescentes no país. É um trabalho de fôlego e bastante consistente nas suas conclusões, que, sem dúvida, consideram a criança e o adolescente em primeiro lugar, tal qual determinado pela Carta Constitucional brasileira. Leitura indispensável para quem pesquisa ou trabalha com temas afins.

Crianças e adolescentes são ainda mais vulneráveis nessas relações marcadas pela enorme assimetria de poder por serem pessoas em formação, que vivenciam um estágio peculiar de desenvolvimento físico, cognitivo e psicossocial. Necessitam de apoio para se desenvolver de forma sadia e a salvo de todo tipo de violência.

A internet pode sim ser um território de muitas oportunidades, que promova a criatividade, a socialização, o aprendizado, a interatividade, a brincadeira e descobertas saudáveis. É

4 LIVINGSTONE, Sonia; BLUM-ROSS, Alicia. Parenting for a digital future – How hopes and fears about technology shape children’s lives. Oxford University Press, 2020.

imprescindível, para tanto, que exista um ambiente regulatório capaz de garantir, na prática, desde o design das plataformas, dos serviços e dos produtos disponíveis até a sua colocação no mercado de consumo, os direitos fundamentais de crianças e adolescentes no que diz respeito não só ao acesso, mas à fruição da internet na sua maior potência.

Esperamos que o parecer aqui apresentado contribua para isso.

Boa leitura!

Isabella Henriques

Diretora-Executiva do Instituto Alana

SOBRE O CRIANÇA E CONSUMO

O Criança e Consumo é uma iniciativa do Instituto Alana e tem como objetivo proteger as infâncias de toda forma de exploração comercial, principalmente da prática ilegal de publicidade de marcas, produtos e serviços dirigida às crianças, em todos os tipos de mídia, inclusive no ambiente digital. O programa atua de forma transdisciplinar, promovendo reflexões e apontando meios de prevenir e mitigar os prejuízos decorrentes dessa comunicação mercadológica e buscando garantir a efetivação dos direitos da criança, notadamente por meio de advocacy, incluindo ações judiciais, comunicação, monitoramento e incidência em políticas, diálogo com diferentes setores, campanhas e pesquisas.

SOBRE O INSTITUTO ALANA

O Instituto Alana é uma organização da sociedade civil, sem fins lucrativos, que aposta em programas que buscam a garantia de condições para a vivência plena da infância. Criado em 1994, é mantido pelos rendimentos de um fundo patrimonial desde 2013. Tem como missão “honrar a criança”.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

ÍNDICE

SUMÁRIO DO PARECER	5
CONSULTA	14
PARECER	15
Introdução: O modelo de negócio das plataformas digitais e as repercussões sobre a responsabilidade civil	15
Seção I: Panorama geral do dever de cuidado das plataformas ante a tutela especial assegurada a crianças e a adolescentes	20
1. A tutela especial assegurada às crianças e adolescentes na ordem jurídica brasileira	20
2. Dever geral de cuidado exigível das plataformas digitais	26
3. Restrição de idade e nulidade das cláusulas contratuais que transferem a responsabilidade exclusivamente aos pais: o exemplo do YouTube	35
4. Um dos problemas básicos: como identificar as crianças na rede	42
Seção II: Responsabilidade das plataformas digitais por danos a crianças e a adolescentes decorrentes de conteúdo gerado por terceiros	47
1. Construção da jurisprudência brasileira em relação aos danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros antes do Marco Civil da Internet	47
2. O Marco Civil da Internet e a disciplina da responsabilidade civil das plataformas digitais por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros	55
3. Liberdade de expressão e necessários impactos da ausência de neutralidade e do protagonismo das plataformas na curadoria e gerenciamento de informações	61



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

4. Uma nova abordagem da questão: o dever de cuidado no <i>design</i> da plataforma	73
5. Interpretação sistemática e finalística do Marco Civil da Internet impõe a consideração do dever de cuidado, ainda mais em se tratando de crianças e de adolescentes	84
6. Densificando a discussão: responsabilidade civil das plataformas por conteúdos flagrantemente ilícitos	105
7. Explorando a relação entre conteúdos ilícitos e o dever de cuidado na arquitetura das plataformas	115
Seção III: Responsabilidade das plataformas por danos que não decorrem de conteúdos gerados por terceiros	118
1. Esclarecimento inicial: os arts. 19 e 21 do Marco Civil da Internet não se aplicam a danos que não sejam decorrentes de conteúdos gerados por terceiros	118
2. Extração de dados de crianças e adolescentes e a tutela assegurada pela Lei Geral de Proteção de Dados	120
2.1. Os riscos à privacidade, à liberdade e à autodeterminação das crianças e adolescentes na sociedade da vigilância	120
2.1.1. Mapeamentos dos principais riscos às crianças e adolescentes	120
2.1.2. Agravamento dos riscos em razão da superexposição de crianças e adolescentes	127
2.2. A tutela assegurada pela Lei Geral de Proteção de Dados	132
2.2.1. Aspectos gerais da proteção de dados	132
2.2.2. Objetivos, fundamentos e princípios da LGPD	134
2.2.3. Dados de crianças e adolescentes: o tratamento especial conferido pela Lei	138



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

2.2.4. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente na coleta de dados	149
2.2.5. Bases legais para tratamento de dados de crianças e adolescentes, além do consentimento	153
2.2.6. Síntese: responsabilidade das plataformas digitais pela violação à Lei Geral de Proteção de Dados	157
3. Propaganda infantil abusiva nas plataformas digitais	159
3.1. Aspectos introdutórios sobre a exposição das crianças à publicidade .	159
3.2. Processo de intensificação das propagandas dirigidas às crianças	165
3.3. Publicidade na era digital	168
3.4. A publicidade infantil velada	171
3.4.1. O papel dos <i>youtubers</i> na publicidade velada	173
3.4.2. A prática de <i>unboxing</i> no YouTube	177
3.5. Os riscos dos apelos publicitários para as crianças.....	180
3.6. As dificuldades das crianças para compreender a estratégia persuasiva ou mesmo manipulatória da publicidade	184
3.7. Disciplina do Código do Consumidor: os arts. 37, § 2º e 39, IV e a tutela da criança	187
3.8. Constitucionalidade da Resolução do Conanda	191
3.9. Propaganda direcionada: o COPPA e o acordo entre a FTC e o YouTube	197
3.10. Responsabilidade das plataformas digitais pela publicidade decorrente de seus contratos com anunciantes	201
3.10.1. A responsabilidade das plataformas digitais pela publicidade direcionada	201



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

3.10.2. Responsabilidade das plataformas digitais pela publicidade contextual	204
3.10.3. A responsabilidade das plataformas digitais pela publicidade “velada”	209
Seção IV: Resposta aos quesitos	217
ANEXOS	221



SUMÁRIO DO PARECER

Dever geral de cuidado das plataformas diante de crianças e adolescentes

1. As plataformas digitais constituem, em regra, um modelo de negócio que possibilita a interação de pelo menos duas partes ou polos, conhecidos como os “lados” do mercado. A importância crescente desses agentes econômicos, que ocupam papel central na economia digital, deve-se, sobretudo, à sua capacidade massiva de extração de dados e à sua interferência no fluxo informacional.
2. O exercício dessas atividades impõe uma série de externalidades negativas. Nesse contexto, cabe às plataformas adotar deveres de cuidado e de proteção, que decorrem do princípio da boa-fé objetiva, para prevenir danos injustos a seus usuários, ainda que decorrentes de conteúdos gerados por terceiros, de acordo com um parâmetro de razoabilidade. Essa conclusão ganha reforço quando se observa que a relação entre as plataformas e seus usuários é de consumo, atraindo a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, que, em diversos dispositivos, impõe a observância do dever de cuidado pelo fornecedor. A precisa identificação do conteúdo desse dever não pode ser feita em abstrato, devendo ser densificada a partir de critérios como a previsibilidade do risco, a gravidade do dano, dentre outros.
3. No que se refere a crianças e a adolescentes, os contornos do dever de cuidado deverão ser, em qualquer caso, mais rigorosos, inclusive na parte em que impõe ao agente econômico o dever de agir para evitar o dano ou a sua propagação, em razão da tutela ampla, especial e prioritária assegurada a esses sujeitos de direito. De fato, à luz, sobretudo, do art. 227 da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente, os princípios do melhor interesse da criança e do adolescente e da



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

prioridade absoluta devem ser os vértices interpretativos da autonomia privada das plataformas digitais, e do conseqüente regime de responsabilidade civil.

4. Para dar efetividade aos direitos de crianças e adolescentes, incumbe às plataformas, antes de tudo, instituir mecanismos de verificação de idade adequados, que não se restringem à mera autodeclaração.

5. A inserção, pelas plataformas, no contrato celebrado com seus usuários, de cláusulas que restringem a idade para a utilização do serviço e imputam aos pais a responsabilidade exclusiva pelas atividades dos filhos em seu ambiente não afasta o dever de cuidado desses agentes econômicos. Com efeito, cláusulas que “impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos”, assim com aquelas que “transfiram responsabilidades a terceiros” são nulas de pleno direito, nos termos do art. 51, incisos I e III, do CDC.

Danos decorrentes de conteúdos gerados por terceiros

6. No que se refere a danos decorrentes de conteúdos gerados por terceiros, a Lei nº 12.965/2014 previu, no art. 19, que os provedores de aplicação de internet — de que são exemplos as plataformas digitais — só serão responsabilizados em caso de recalcitrância na retirada do conteúdo lesivo após a emissão de ordem judicial específica e/ou, em caso de cenas de nudez ou de atos sexuais divulgadas sem a autorização de seus participantes, quando não atenderem notificação extrajudicial da vítima ou de seus representantes.

7. A dicção literal do Marco Civil da Internet sugere a existência de ampla isenção em relação a quaisquer deveres de cuidado pelo provedor, que passa a ser obrigado apenas a atender a ordem judicial. O objetivo da lei teria sido assegurar a liberdade de expressão e evitar a censura prévia. A redação da Lei, todavia, parte da premissa de que as plataformas digitais exercem papel passivo no fluxo informacional. As plataformas, contudo, regulam o discurso de seus usuários,



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

impõem políticas e termos de serviço e fazem a moderação de conteúdos ilícitos automaticamente, por meio de *softwares* ou manualmente, seja antes da publicação (moderação *ex ante*), seja depois (moderação *ex post*)

8. Diante do controle exercido pelas plataformas sobre a difusão dos conteúdos produzidos por terceiros, é imperioso conferir interpretação sistemática ao Marco Civil da Internet, para equacionar corretamente o poder e a responsabilidade das plataformas digitais, mormente diante de grupos vulneráveis, como as crianças e adolescentes.

9. Se tal esforço interpretativo já seria necessário em relação a vários outros assuntos, com maior razão deve sê-lo quando se trata da proteção de crianças e adolescentes, tema em relação ao qual os critérios de responsabilidade civil — tanto os específicos previstos no Marco Civil da Internet, como os gerais previstos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor — sempre exigiram uma interpretação compatível com os princípios constitucionais e legais que impõem a ampla proteção desse grupo hipervulnerável.

10. Esse dever de cuidado deve projetar-se não apenas sobre o controle de conteúdos, mas sobre a própria arquitetura das plataformas. A ideia de um dever de cuidado que incidiria sobre o próprio *design* das plataformas é particularmente relevante para crianças e adolescentes, que são constantemente expostos a riscos no ambiente virtual. Isso porque, muitas vezes, esses danos estão relacionados à própria concepção do modelo de negócio pelas plataformas.

11. Deve-se reconhecer que o modelo de negócio que causa danos a terceiros é fruto de opção deliberada por parte das plataformas, cujos efeitos negativos podem ser reduzidos pela implantação de deveres de cuidado na sua arquitetura e, na falta deles, pela responsabilidade que decorre do descumprimento de tais deveres.

12. Especialmente no que toca à proteção de crianças e a adolescentes, as obrigações das plataformas não dependem de reformas legislativas ou da adoção de medidas regulatórias, uma vez que já decorrem da interpretação sistemática do Marco Civil da Internet com a Constituição Federal, o ECA, o Código Civil e o CDC.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

13. Importante notar que a necessidade de sopesar interesses em conflito é inerente ao exercício da autonomia privada. Além disso, o próprio dever de cuidado pode ser utilizado pelas plataformas como justificativa legítima nas hipóteses em que forem acusadas de restringir indevidamente a liberdade de expressão, desde que demonstrada a razoabilidade da exclusão de conteúdos.

14. Ainda que a plataforma não responda diretamente por conteúdos de terceiros, há boas razões para sustentar que deve responder quando permite, tolera, veicula ou mesmo impulsiona e incentiva conteúdos em situações nas quais isso seja incompatível com o dever geral de cuidado, visto a partir de uma perspectiva de razoabilidade e probabilidade do dano. Tal conclusão é ainda mais evidente quando se trata de danos ou ameaças sofridos por crianças e adolescentes, em relação aos quais o dever de cuidado é mais rigoroso e precisa se adequar ao princípio da proteção integral. Em relação a eles, deveria haver não somente a remoção imediata de conteúdos ilícitos após o conhecimento da plataforma, por qualquer que seja o meio, como também a adoção de uma série de medidas para implementar, de forma eficaz, o dever de cuidado e, com isso, prevenir, dentro do possível, a própria ocorrência dos danos, sem o que não é possível se falar em proteção efetiva, nos termos do que exigem a Constituição Federal e o ECA.

15. Sobretudo em relação a crianças e adolescentes, o princípio da proteção integral tem como corolário necessário a aplicação do entendimento de que, na dúvida, deve ser tomada a medida mais compatível com a necessidade de prevenir danos.

16. Não há, portanto, outro entendimento possível na atualidade, especialmente diante da constatação do papel que as plataformas digitais assumem no fluxo informacional, senão o de que os arts. 19 e 21 do Marco Civil da Internet constituem mera presunção absoluta de culpa em relação aos danos decorrentes de conteúdos gerados por terceiros, não excluindo a possibilidade de responsabilização das plataformas digitais quando ficar comprovado o descumprimento de outros deveres



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

cuidado exigíveis na hipótese, à luz do Código Civil, do Código de Defesa do Consumidor e, no caso específico de crianças e adolescentes, também à luz do ECA.

17. Especialmente em relação a crianças e adolescentes, duas conclusões se impõem: (i) o art. 19 do Marco Civil da Internet não exime a plataforma pela manutenção de conteúdo denunciado, extrajudicialmente, como lesivo e (ii) em casos de ilicitude flagrante, é possível se entender, a depender do caso, que a plataforma tinha o dever de remover o conteúdo, independentemente de qualquer notificação, de modo que a inércia poderá caracterizar a culpa de acordo com as circunstâncias. Além disso, o dever de cuidado deve incidir também sobre o próprio *design* das plataformas, partindo-se da premissa de que, diante do princípio da proteção integral a crianças e adolescentes, é imprescindível prevenir todos os danos que forem razoavelmente suscetíveis de previsão, exigindo-se das plataformas uma política transparente sobre as medidas que são tomadas com esse objetivo.

18. Assim, a depender da hipótese, poderá ficar configurado o dever de reparar da plataforma, independentemente até mesmo de notificação da vítima. Isso porque é preciso examinar a obrigação de supressão do conteúdo à luz da boa-fé objetiva. Não se pode admitir que a plataforma alegue, genericamente, eventual incapacidade de monitoramento para isentá-la de responsabilidade, sem maiores considerações quanto ao padrão de diligência exigido na hipótese. Essa observação é particularmente importante quando se observa o grau de sofisticação desses agentes na extração de dados e na respectiva utilização de algoritmos para determinar o fluxo da informação.

Danos que não decorrem de conteúdos gerados por terceiros: a LGPD e as propagandas direcionadas a crianças e a adolescentes

19. Existem danos que decorrem exclusivamente da atuação das plataformas digitais ou que não estão diretamente relacionados aos conteúdos gerados por terceiros, como os danos decorrentes da coleta e tratamento de dados e de



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

propagandas abusivas. Em relação a eles, afasta-se de plano a aplicação dos arts. 19 e 21 do Marco Civil da Internet, na medida em que a própria redação legal deixa claro que os dispositivos só se aplicam a danos decorrentes de conteúdos gerados por terceiros.

Coleta e tratamento de dados de crianças e de adolescentes

20. A Lei Geral de Proteção de Dados estabeleceu tratamento diferenciado para a coleta, armazenamento e tratamento de dados de crianças e adolescentes, reconhecendo a necessidade de tutela especial, em observância à Constituição Federal e ao Estatuto da Criança e do Adolescente. A Lei é particularmente importante diante dos riscos da chamada sociedade de vigilância., que ameaçam a privacidade, a identidade pessoal e a isonomia e podem comprometer o futuro das crianças e dos adolescentes.

21. A disciplina, prevista no art. 14 da LGPD, embora exígua, estabelece parâmetros extremamente importantes para compreender os deveres de cuidado impostos aos controladores e operadores em razão da maior vulnerabilidade desses sujeitos de direito. O dispositivo estrutura-se sob quatro pilares: (i) a necessidade de observar o melhor interesse da criança e do adolescente; (ii) a exigência de consentimento específico parental razoavelmente verificável; (iii) a impossibilidade de condicionar a prática de jogos ou outras aplicações ao fornecimento, por crianças, de dados pessoais desnecessários e (iv) a maior transparência e clareza na política de dados.

22. O consentimento parental deve ser passível de verificação, incumbindo ao controlador o ônus de realizar os melhores esforços para assegurar que os pais, plenamente informados, manifestem sua concordância com a política de privacidade que será conferida aos dados de seus filhos.

23. Embora expresso, o consentimento manifestado por meio do “clique”, ainda desperta muitas controvérsias. Isso porque, em geral, o texto longo, a linguagem



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

ininteligível e a dificuldade de encontrar e acessar os Termos de Uso podem comprometer a existência de um consentimento plenamente informado, como exige a LGPD.

24. Além disso, mesmo nas hipóteses em que os pais ou o responsável legal pela criança, ou, ainda, o próprio adolescente, a depender do caso, consentirem com a coleta e tratamento de dados, deverá ser, obrigatoriamente, observado o princípio do melhor interesse, ante o disposto no caput do art. 14. É dizer, a obrigação da plataforma atuar em conformidade com o melhor interesse da criança subsiste ainda que os pais, expressamente, consentam com a coleta, tratamento e utilização de dados que não estejam em consonância com esse fim.

25. Além das hipóteses de consentimento, há outras bases legais para o tratamento de dados. A aplicação dos arts. 7º e 11 aos dados de crianças e adolescentes é objeto de controvérsias na doutrina. A nosso ver, a possibilidade de tratamento de dados fundada no legítimo interesse do controlador ou de terceiros deve ser afastada como regra. Com efeito, a noção vaga de legítimo interesse do controlador poderia colocar em xeque a proteção especial garantida às crianças e aos adolescentes, abrindo espaço para condutas abusivas. No sopesamento entre os interesses legítimos do controlador e os direitos de crianças e adolescentes devem preponderar os segundos, ante os princípios do melhor interesse da criança e da prioridade absoluta, que devem ser os vértices interpretativos da disciplina do tratamento de dados desses sujeitos de direito, de modo que, ressalvada a hipótese de consentimento, o tratamento de dados só será possível, como regra, nas hipóteses previstas no art. 11, inciso II, e no art. 14, §3º, da LGPD.

Propagandas abusivas

26. O acesso precoce à internet, aliado à difusão de *smart phones* e à crescente penetração das plataformas digitais, alterou, radicalmente, a extensão e a forma de



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

publicidade consumida por crianças e adolescentes. Ao lado da penetração das plataformas digitais, cresce também o *marketing* online.

27. As crianças estão, portanto, sendo submetidas, massivamente, à publicidade na internet: desde os chamados anúncios em *display*, também conhecidos como *banners*, veiculados em páginas da *web*, até aqueles exibidos em formato de vídeo nas plataformas digitais, ou a “propaganda nativa”, cujo viés publicitário aparece camuflado, seja em textos, seja em conteúdos de multimídia. Dentro da publicidade “velada” na era digital, dois modelos de publicidade se destacam por sua ampla difusão entre as crianças: os vídeos de *unboxing* e os vídeos produzidos por *youtubers* mirins.

28. Atento à peculiar situação de pessoa em desenvolvimento da criança, o Código do Consumidor considerou abusiva a propaganda que “se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança”, no art. 37, § 2°. Mais adiante, no art. 39, IV, o legislador vedou que o fornecedor se aproveitasse “da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços”. A Resolução nº 163 do Conanda regulamentou o art. 37, § 2°, do CDC, fixando, de antemão, os recursos técnicos e as estratégias de persuasão que configuram abuso, de modo que o argumento de que a propaganda só poderá ser considerada abusiva a partir de uma análise casuística do Judiciário perdeu força.

29. Diferentemente do que ocorre na televisão, as propagandas nas plataformas digitais podem assumir diversos formatos. No YouTube, por exemplo, além da “propaganda nativa”, em que a relação contratual ocorre entre o anunciante e o *youtuber*, os anúncios podem ser veiculados na plataforma, por meio de um contrato celebrado diretamente entre o YouTube e o anunciante. Essa é uma das principais formas de monetização dos vídeos pelos “donos” dos canais.

30. Nas hipóteses em que a propaganda decorre de uma relação contratual entre o anunciante e a plataforma, fica evidente que o dano não decorre da intermediação do conteúdo de terceiros, mas, diretamente, da decisão da plataforma de veicular



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

publicidade contextual em conteúdos infantis, motivo pelo qual fica fácil vislumbrar a responsabilidade da plataforma, ainda que responda solidariamente com o anunciante, quando a propaganda se revelar abusiva, ante o disposto nos art. 37, § 2º c/c no art. 39, IV, e na Resolução nº 163 do Conanda.

31. Em relação à propaganda clandestina, típica dos conteúdos produzidos por *youtubers*, por exemplo, há regra expressa no CDC que veda a “propaganda clandestina”, inclusive para os adultos, como se infere do art. 36 do Código.

32. Nesse contexto, um dos primeiros deveres de cuidado que se espera das plataformas, ante a proibição expressa da publicidade velada pelo Código do Consumidor, especialmente em face de conteúdos dirigidos a crianças, é a imposição de que seus usuários não façam o *upload* desse tipo de conteúdo. A vedação deve constar, expressamente, de seus “Termos e Condições”, aplicando-se aos usuários as devidas punições em caso de descumprimento. Assim, caso a plataforma tome conhecimento da existência de publicidade velada por meio de denúncia extrajudicial deve haver a imediata remoção do conteúdo. No que se refere a grandes canais de *youtubers* e de *unboxing*, que contabilizam milhões de inscritos, é de se presumir que a plataforma tem conhecimento dos conteúdos lesivos. A culpa deve ser, ainda, agravada, caso se verifique que a plataforma está monetizando esse tipo de conteúdo lesivo. Ademais, incumbe às plataformas a implementação de deveres de cuidado em seu *design* para impedir a promoção e propagação de publicidades veladas por seus algoritmos.

33. Se mesmo a propaganda contextual que se vale da inexperiência da criança e de sua deficiência de julgamento, fazendo uso das estratégias descritas na Resolução nº 163 do Conanda deve ser coibida, com maior razão, não se pode admitir a propaganda direcionada, na qual o aproveitamento da vulnerabilidade das crianças é ainda mais patente. Já se viu que a LGPD impõe a observância do melhor interesse da criança no que se refere ao tratamento de dados. Um dos desdobramentos mais importantes da previsão é justamente coibir a publicidade baseada nos dados coletados de crianças.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

CONSULTA

Trata-se de consulta apresentada pelo Instituto Alana, por intermédio de sua Diretora Isabela Henriques, a respeito da responsabilidade civil das plataformas digitais por violações aos direitos de crianças e adolescentes. Indaga-nos a consulente:

(i) As plataformas digitais respondem por danos decorrentes de violações aos direitos de crianças e adolescentes? Em que medida?

(ii) Qual é o alcance dos arts. 19 e 21 do Marco Civil da Internet em relação às crianças e aos adolescentes? É possível haver responsabilidade das plataformas ainda que não tenha havido notificação judicial ou extrajudicial para a retirada do conteúdo ofensivo?

(iii) Há um dever de cuidado que pode ser exigido das plataformas digitais para resguardar direitos de crianças e adolescentes, especialmente no que diz respeito à exploração comercial? Em caso afirmativo, quais seriam seus principais desdobramentos?

(iv) Como deve ser interpretada a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e os demais diplomas normativos em relação a crianças e adolescentes, a fim de evitar a vigilância excessiva e a correspondente coleta e utilização de dados daí decorrentes?

Para responder às perguntas, será necessário, em linhas gerais, examinar (i) o que são as plataformas digitais e como se estrutura o seu modelo de negócios, (ii) a tutela especial assegurada às crianças e aos adolescentes pelo ordenamento jurídico e suas projeções sobre o dever de cuidado exigido das plataformas, (iii) como o Marco Civil da Internet e a jurisprudência brasileira vêm enfrentando o tema, (iii) o papel que as plataformas digitais exercem sobre o fluxo de informação na economia digital e (iv) os deveres de cuidado exigíveis desses agentes



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

econômicos diante de danos decorrentes de conteúdos gerados por terceiros e de danos que não decorrem dos materiais publicados por seus usuários, tais como as propagandas abusivas e a coleta e tratamento de dados.

PARECER

Introdução

O modelo de negócio das plataformas digitais e as repercussões sobre a responsabilidade civil

1. As percepções iniciais de que a internet possibilitaria um amplo e livre fluxo informacional, que poderia ser produzido, acessado e compartilhado de forma direta pelos próprios usuários, logo se mostrou inexecutável. Por uma série de razões, incluindo a dificuldade para se lidar com um volume de dados cada vez maior, rapidamente se fez necessário que esse fluxo informacional fosse intermediado e gerenciado por determinados agentes. Entram em cena, nesse contexto, **as plataformas digitais, que se consolidaram, ao longo dos anos, como autênticos gatekeepers das informações que são produzidas e veiculadas pela internet e das interações entre os internautas.**

2. Plataformas digitais podem ser compreendidas como instrumentos que, em regra, possibilitam a interação de pelo menos duas partes, polos ou lados do mercado¹ para diversas finalidades, comerciais ou não. Com a internet, potencializou-se o alcance desse modelo negócio, possibilitando combinações de maneira extremamente rápida e com grande abrangência geográfica². Além disso, extração massiva de dados pessoais de seus usuários conferiu a esses agentes um poder sem precedentes, seja do ponto de vista econômico, seja social ou político.

¹ FRAZÃO, Ana. Plataformas digitais e os desafios para a regulação jurídica. In: PARENTONI, Leonardo; GONTIJO, Bruno Miranda (orgs). *Direito, tecnologia e inovação*. Vol. 1. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 636.

² EVANS, David; SCHMALENSSEE, Richard. *Matchmakers: the new economics of multisided platforms* [edição eletrônica]. Boston: Harvard Business Review Press, 2016.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

4. Diante dessa dinâmica, é precisa a conclusão de Alex Moazed e Nicholas Johnson³ de que a raiz do sucesso das plataformas está no fato de que, diante de um mundo cada vez mais conectado, o patrimônio de uma empresa importa menos do que os recursos que ela pode conectar. Assim, longe de serem meros instrumentos ou ferramentas, as plataformas digitais constituem, na verdade, o próprio modelo de negócio, no qual, em vez de serem os proprietários do meio de produção, elas conectam os indivíduos que os detêm⁴.

5. Acresce que **essas plataformas estão inseridas na chamada “economia da atenção” (*economics of attention*)**. Como explica Tim Wu⁵, a atenção dos usuários tornou-se um dos maiores bens a serem disputados pelos agentes da economia digital. Quanto mais tempo as pessoas passam em determinadas plataformas, mais intensamente estão submetidas à publicidade e à coleta de dados, assim como mais suscetíveis estarão a estratégias que visam a influenciar e a alterar suas preferências e visões de mundo⁶.

6. Essa mesma lógica se aplica em relação às crianças. Em muitos casos, **a manutenção de conteúdo funciona como um chamariz para que as crianças acessem, cada vez mais, a plataforma**. Quanto mais as crianças o fazem, mais anunciantes que têm esse público como alvo serão atraídos. Por sua vez, quanto mais anunciantes, mais conteúdo infantil será produzido.

7. Para entender melhor como funcionam as plataformas, vale ressaltar as conclusões da Comissão Europeia⁷ sobre os cinco aspectos que as caracterizam:

³ MOAZED, Alex; JOHNSON, Nicholas. *Modern Monopolies: what it takes to dominate the 21st century economy* [edição eletrônica]. Nova Iorque: St. Martin Press, 2016.

⁴ FRAZÃO, Plataformas digitais, cit., p. 636.

⁵ WU, Tim. *The attention merchants: the epic scramble to get inside our heads*. Nova Iorque: Knopf, 2016.

⁶ FRAZÃO, Plataformas digitais, cit., p. 642.

⁷ Comunicação da Comissão. Plataformas em linha e o Mercado Único Digital. Oportunidades e Desafios para a Europa. COM (2016) 0288 final, maio de 2016. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52016DC0288>. Acesso em 14.8.2020.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

- (i) Capacidade de criar e moldar novos mercados, desafiando mercados tradicionais, a partir da coleta e tratamento de grandes quantidades de dados;
- (ii) Atuação em mercados multilaterais, exercendo diferentes níveis de controle sobre as interações de seus usuários;
- (iii) Obtenção de benefícios dos efeitos em rede;
- (iv) Utilização de tecnologias de comunicação e de informação para alcançar os usuários de maneira instantânea e fácil; e
- (v) Criação de valor digital, especialmente a partir da acumulação de dados, facilitando a criação de novas empresas e de novas dependências estratégicas.

8. Tudo isso acaba conferindo grande centralidade a esses agentes econômicos na economia digital, na medida em que passam a exercer sofisticada intermediação entre criadores de conteúdo, vendedores de produtos e de serviços, provedores de infraestrutura de TI, consumidores e mesmo o governo⁸. Daí a necessidade e a relevância de equacionar adequadamente o poder e responsabilidade desses agentes econômicos.

9. O modelo de negócio das plataformas digitais, contudo, traz inúmeros desafios para a regulação jurídica. A questão adquire especial relevância em plataformas nas quais, a exemplo do YouTube, Facebook, Twitter e Instagram, é possível a ampla difusão do conteúdo produzido por seus usuários (postagem de vídeos, textos, fotos e outros materiais). Tal circunstância, potencializada pela alta penetração desses agentes econômicos e influenciada por seus interesses de mercado, traz diversos riscos de violações a direitos de personalidade de terceiros, que adquirem conotação ainda mais grave quando se trata de sujeitos de direito vulneráveis, como crianças e adolescentes.

⁸ FRAZÃO, Plataformas digitais, cit. p. 642.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

10. Não é sem razão que uma das maiores e mais atuais controvérsias a respeito das plataformas digitais diz respeito à possibilidade de responsabilizá-las por acessos ou divulgação de conteúdos produzidos por terceiros. Plataformas digitais teriam um dever geral de vigilância do conteúdo postado por terceiros? A partir de que momento ficaria configurado o ato ilícito? Supressões de conteúdo ofenderiam a liberdade de expressão? Deveria haver proteção mais rigorosa em relação a crianças e adolescentes? O Marco Civil assegura a tutela adequada? Essa são algumas das perguntas que norteiam o tema e serão abordadas neste parecer.

11. As respostas para tais perguntas necessariamente deverão considerar o papel assumido pelas plataformas digitais em relação ao fluxo informacional, pois há muito se identificou que tais agentes não funcionam apenas como meros intermediários passivos. Ao contrário, **valendo-se de uma extração massiva de dados de seus usuários, as plataformas influenciam diretamente o fluxo informacional, interferindo na experiência que cada usuário tem ao acessar a rede**, o que terá desdobramentos importantes sobre a responsabilidade desses agentes econômicos, como será discutido ao longo do parecer.

12. Os danos decorrentes de conteúdos ilícitos publicados por terceiros, porém, não esgotam a responsabilidade das plataformas digitais. Isso porque, tratando-se de crianças e adolescentes, o dano pode decorrer não propriamente da existência de lesividade ínsita ao conteúdo, mas de sua inadequação para esse tipo de usuário, de forma análoga ao que ocorre na televisão, no rádio, no cinema, etc, ou do excesso de tempo que a criança passa na plataforma, dentre outros.

13. Há ainda os danos decorrentes da exibição de propagandas infantis abusivas pela plataforma em razão de contratos celebrados com seus anunciantes. Nesse caso, o dano não tem qualquer relação com os conteúdos publicados pelos usuários.

14. Além disso, **a economia movida a dados, no âmbito da qual floresce o modelo de negócio das plataformas digitais, também desperta**



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

preocupações com a chamada “sociedade de vigilância”, que expõe a riscos não só a privacidade de seus usuários, mas também sua liberdade e sua identidade pessoal. Daí por que também será importante examinar a responsabilidade desses agentes econômicos pela extração e tratamento de dados de crianças e adolescentes, que, assim como os danos descritos acima, também não decorrem de eventuais conteúdos ilícitos publicados por terceiros.

15. É nesse contexto que o presente parecer se dedicará a examinar os delineamentos gerais da responsabilidade civil das plataformas digitais. A primeira parte do parecer trata, de maneira geral, do dever de cuidado e proteção, decorrente da boa-fé objetiva, que impõe a adoção de medidas para a prevenção de danos injustos ao usuário, especialmente diante da tutela especial assegurada pelo ordenamento às crianças e aos adolescentes, cuja proteção incumbe a toda a sociedade, incluindo os agentes econômicos privados. Em seguida, o parecer segmenta a análise em duas seções: a primeira atinente aos danos decorrentes de conteúdos gerados por terceiros e a segunda relativa aos demais danos, que ou decorrem exclusivamente da conduta das plataformas, ou, pelo menos, não têm relação direta com os conteúdos produzidos por terceiros. Por fim, na seção 4, serão respondidos os quesitos.

16. A segmentação entre os tipos de danos revela-se especialmente importante diante da disciplina complacente adotada pela Lei nº 12.965/2014 (Lei do Marco Civil da Internet) para os “danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros”, cuja responsabilidade, de acordo com a interpretação literal do art. 19, dependeria da recalcitrância da plataforma em cumprir ordem judicial específica para a retirada do conteúdo infringente.

17. Ainda que, como se verá mais adiante, esse entendimento possa ser afastado em alguns casos — a partir de uma interpretação teleológica e sistemática da Lei, que culminará no reconhecimento de que as plataformas digitais, mesmo em relação aos danos decorrentes do conteúdo gerado por terceiros, estão obrigadas a



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

adotar determinados deveres de cuidado —, a separação das hipóteses não deixa de ser importante.

18. Isso porque, em relação aos demais tipos de dano, é despicando fazer todo o percurso argumentativo para afastar a redação literal do Marco Civil da Internet, na medida em que a responsabilidade se assentará nas regras gerais de responsabilidade civil, nos deveres de proteção e de cuidado que decorrem da boa-fé objetiva e de previsões expressas do Estatuto da Criança e do Adolescente, do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor, e, no que se refere à coleta e ao tratamento de dados, na disciplina da Lei Geral de Proteção de Dados, como se verá adiante.

19. Maiores informações sobre a função e a importância das plataformas digitais encontram-se descritas no [Anexo 1](#), ao qual remetemos o leitor.

Seção I

Panorama geral do dever de cuidado das plataformas ante a tutela especial assegurada a crianças e a adolescentes

1. A tutela especial assegurada às crianças e adolescentes na ordem jurídica brasileira

20. A trajetória de afirmação dos direitos das crianças e adolescentes somente se concretizou no final do século passado, após tormentoso percurso, que culminou no reconhecimento de que esses indivíduos são titulares dos direitos fundamentais assegurados às demais pessoas, garantida, contudo, proteção especial, efetiva e prioritária em razão de sua fase de desenvolvimento que os coloca em



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

situação de vulnerabilidade⁹. Assim, o direito tutelar que tinha como objeto “o menor” abre espaço para um direito protetor responsabilizador de crianças e adolescentes¹⁰.

21. Nesse cenário, a criança deixou de ocupar “o mero papel de integrante do complexo familiar, para ser vista como um membro individualizado”, cuja falta de maturidade física e psíquica impõe proteção e cuidados especiais¹¹.

22. Os princípios básicos da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, de 1989 foram incorporados na Constituição de 1988¹², que adotou, expressamente, a doutrina da proteção integral ao determinar, no art. 227, que é “dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”.

23. O tratamento diferenciado instituído pelo art. 227 da Constituição Federal garante o princípio da isonomia, ante o reconhecimento inequívoco de que

⁹ BARBOZA, Heloísa Helena *et al.* Contornos jurídicos do apadrinhamento no direito brasileiro: considerações à luz do melhor interesse de crianças e adolescentes, *RJLB*, ano 6, nº 3, pp. 855-896, 2020, p. 856. Disponível em https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/3/2020_03_0855_0896.pdf. Acesso em 22.7.2020.

¹⁰ VERONESE, Josiane Rose Pettry. Os direitos da criança e do adolescente: construindo o conceito de sujeito cidadão. In: *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas*. Uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. WOLKMER, Antonio Carlos. LEITE, José Rubens Morato (Org.). São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 33-34.

¹¹ BARBOZA, Heloísa Helena *et al.* Contornos jurídicos do apadrinhamento no direito brasileiro: considerações à luz do melhor interesse de crianças e adolescentes, *RJLB*, ano 6, nº 3, p. 855-896, 2020, p. 856. Disponível em https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/3/2020_03_0855_0896.pdf. Acesso em 22.7.2020. Neste sentido, Paolo Vercelone aponta que “sob essa perspectiva, as crianças não são mais *capitis deminutae*, mas sujeitos de direitos plenos, inclusive, mais que os outros cidadãos, isto é, eles têm direitos específicos; e estes direitos específicos são exatamente aqueles que têm que lhes assegurar o desenvolvimento, o crescimento, o cumprimento de suas potencialidades, para tornar-se cidadãos adultos livres e dignos”. (VERCELONE, Paolo. *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. Comentários jurídicos e sociais. Munir Cury (Coord.). 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2005).

¹² BARBOZA, Heloísa Helena *et al.* Contornos jurídicos, cit., p. 857.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

esses sujeitos de direito se encontram ainda em processo de desenvolvimento, não podendo ser tratados de forma idêntica aos demais¹³.

24. O princípio da proteção integral, como revela Munir Cury¹⁴, deve ser entendido não apenas sob uma perspectiva negativa de não violar estes direitos, mas também positiva, de atuar em favor desses indivíduos.

25. Do art. 227 decorre a responsabilidade conjunta da sociedade como um todo, e não apenas da família e do Poder Público de assegurar os direitos fundamentais da criança e do adolescente.

26. A adoção da teoria da proteção integral pela Constituição Federal serviu também para ratificar o princípio do melhor interesse da criança, que já estava previsto em nossa legislação¹⁵, e encontra suas raízes na Declaração Universal dos Direitos da Criança adotada pela ONU em 1959¹⁶.

¹³ Com salienta Martha de Toledo Machado “É esta vulnerabilidade que é a noção distintiva fundamental, sob a ótica do estabelecimento de um sistema especial de proteção, eis que distingue crianças e adolescentes de outros grupos de seres humanos simplesmente diversos da noção de homo médio. É ela, outrossim, que autoriza a aparente quebra do princípio da igualdade: porque são portadores de uma desigualdade inerente, intrínseca, o ordenamento confere-lhes tratamento mais abrangente como forma de equilibrar a desigualdade de fato e atingir a igualdade jurídica material e não meramente formal” (*A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos fundamentais*. Baueri: Manole, 2003, p. 119).

¹⁴ Como afirma Munir Cury, “Deve-se entender a proteção integral como o conjunto de direitos que são próprios apenas aos cidadãos imaturos; estes direitos, diferentemente daqueles fundamentais reconhecidos a todos os cidadãos, concretizam-se em pretensões nem tanto em relação a um comportamento negativo (abster-se da violação daqueles direitos) quanto a um comportamento positivo por parte da autoridade pública e dos outros cidadãos, de regra adultos encarregados de assegurar esta proteção especial. Por força da proteção integral, crianças e adolescentes têm o direito de que os adultos façam coisas em favor deles”. (*Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, Comentários Jurídicos e Sociais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 33, grifou-se)

¹⁵ Neste sentido, Heloísa Helena Barboza explica que “a consagração do princípio, contudo, encontrava-se no artigo 5º do Código revogado[Código de Menores], ‘regra de ouro do Direito do Menor’, segundo o qual na aplicação daquela lei a proteção aos interesses do menor sobrelevava qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado”. Após a Constituição de 1988, como explica a autora esse princípio, informado pela cláusula geral de tutela da pessoa humana do art. 1º, III, da CF, adquiriu sentido específico. (O Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente. In: *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família - A família na Travessia do Milênio*, Belo Horizonte, 2000, p. 201-213). Gustavo Tepedino aponta que o princípio do melhor interesse foi implicitamente consagrado pelo art. 6º do ECA, ao privilegiar a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento na atividade interpretativa (A tutela constitucional da criança e do



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

27. O Estatuto da Criança e do Adolescente “concretizou e expressou os novos direitos da população infanto-juvenil, que põem em relevo o valor intrínseco da criança como ser humano e a necessidade de especial proteção a sua condição de pessoa em desenvolvimento”¹⁷.

28. O diploma definiu como crianças os sujeitos de direito de até 12 anos incompletos, e como adolescentes aqueles que têm entre 12 e 18 anos de idade. Logo no art. 3º, a lei declara que crianças e adolescentes gozam não apenas de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, mas também de proteção integral, ressaltando a necessidade de assegurar-lhes “todas as oportunidades e facilidades para seu desenvolvimento físico, mental e espiritual, em condições de liberdade e de dignidade”. Mais à frente, no art. 4º, o legislador reforça o dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público de garantir esses direitos com absoluta prioridade.

29. Mais adiante, o art. 70 do ECA estipula que é “dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente”, enquanto o art. 71 resguarda o direito da criança, a “informação, cultura, lazer, espetáculos e produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento”.

30. Atento à maior vulnerabilidade de crianças, o Código de Defesa do Consumidor também previu regras mais protetivas para elas, coibindo, inclusive, a propaganda infantil abusiva. Ainda na tentativa de conferir eficácia aos princípios da proteção integral, o legislador editou a Lei nº 13.185/2015, que institui o Programa de Combate ao *bullying*, incluindo o “cyberbullying”.

adolescente. Projeções civis e estatutárias. In: SARMENTO, Daniel. KAWA, Daniel. PIOVESAN, Flávia (coords). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 866).

¹⁶ BARBOZA, cit., *O Princípio do melhor*, p. 203.

¹⁷ BARBOZA, Heloísa Helena. O princípio do melhor interesse da criança. In: Direito de Família: a família na travessia do milênio. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org). Belo Horizonte: IBDFAM: OAB - MG: Del Rey, 2000.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

31. Mais adiante, o Marco Legal da Primeira Infância (Lei nº 13.257/2016), complementando as regras do CDC, que restringem a propaganda dirigida à criança, definiu, dentre as políticas públicas prioritárias, a proteção contra “pressão consumista” e a adoção de “medidas que evitem a exposição precoce à comunicação mercadológica”.

32. Em 2018, foi promulgada a Lei Geral de Proteção de Dados, que dedicou uma seção especial às crianças e adolescentes, estipulando normas mais rigorosas de proteção, ante a condição especial de desenvolvimento desses sujeitos. De início, o caput do art. 14 deixa claro que a coleta, o tratamento e a utilização dos dados pessoais deverão ser, necessariamente, obedecer o melhor interesse da criança e do adolescente. A regra, como se verá mais à frente, tem desdobramentos importantes, inclusive no que se refere às estratégias de publicidade utilizadas pelas plataformas. O tema será discutido mais adiante.

33. Como se vê, **ao lado da Constituição e das convenções internacionais incorporadas ao ordenamento brasileiro, há todo um arcabouço legislativo que visa a assegurar a efetividade da tutela especial conferida às crianças e aos adolescentes.** Tudo isso deve ser considerado na formatação dos deveres de cuidado exigíveis das plataformas digitais diante de crianças e de adolescentes, cuja tutela prioritária constitui direito fundamental.

34. Ora, mais do que direitos subjetivos, os direitos fundamentais representam decisões valorativas da Constituição, que se projetam sobre todo o ordenamento jurídico. Não se apresentam, portanto, apenas como garantias negativas ou positivas individuais, mas como um conjunto de valores objetivos básicos que transcende a perspectiva subjetiva, garantindo um reforço de juridicidade das normas que os asseguram¹⁸. Essa força irradiante condiciona a

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2019, p. 355.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

aplicação do direito infraconstitucional, assegurando interpretação conforme aos direitos fundamentais a todo o ordenamento¹⁹.

35. Acresce que a força vinculante dos direitos fundamentais não alcança apenas os órgãos estatais. Também os particulares estão sujeitos a esse efeito, em razão da eficácia direta desses direitos nas relações privadas, que independe da atuação do legislador. De fato, umas das consequências da força normativa da Constituição é não apenas a necessidade de que as normas gerais sejam lidas permanentemente à luz da Constituição, mas também o reconhecimento de que as normas constitucionais podem e devem ser aplicadas diretamente às relações estabelecidas entre particulares, mormente quando há manifesta assimetria entre os agentes privados.

36. Mesmo aqueles que, como Gustavo Binbenbojm²⁰, sustentam que a aplicação dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas não pode ocorrer de forma irrestrita, sob pena de risco de asfixiamento do exercício da autonomia privada, reconhecem que, quando uma das partes ocupa posição de clara superioridade fática, de modo a ameaçar seriamente os direitos da parte contrária, e quando há proximidade da relação jurídica privada com a esfera pública, exige-se a proteção dos direitos fundamentais²¹.

37. **No caso dos direitos de crianças e adolescentes, foi o próprio texto constitucional que, no art. 227 reconheceu, expressamente, essa vinculação, ao proclamar o dever de “toda a sociedade” assegurar à criança e ao adolescente, “com absoluta prioridade” os direitos ali elencados.** Trata-se, aliás, como visto, não apenas de um dever de abstenção, mas de uma obrigação positiva de atuar em favor

¹⁹ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, *Curso de direito constitucional.*, cit., p. 386.

¹⁹ Ainda que existam posições divergentes, pode-se afirmar que tem prevalecido a tese de que os direitos fundamentais têm eficácia direta nas relações privadas, prescindindo, portanto, da intermediação do legislador.

²⁰ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Direitos fundamentais, Democracia e Constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 131.

²¹ BINENBOJM, *Uma teoria do direito*, cit., p. 131.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

desses sujeitos vulneráveis, o que acentua o dever de diligência exigível das plataformas digitais diante desse grupo.

38. Parece claro, portanto, que, os princípios do melhor interesse da criança e da prioridade absoluta devem ser os vértices interpretativos da autonomia privada das plataformas digitais, e do conseqüente regime de responsabilidade civil, inclusive para o fim de definir o dever geral de cuidado que se espera das plataformas, como se passará a desenvolver no próximo capítulo.

2. Dever geral de cuidado exigível das plataformas digitais

39. No direito brasileiro, já existe um dever geral de cuidado em relações contratuais, que decorre, dentre outras fontes, da boa-fé objetiva, um dos princípios basilares dos contratos, que impõe às partes a adoção de comportamento compatível com a lealdade e confiança recíprocas.

40. Com efeito, do ponto de vista dogmático, costuma-se atribuir à boa-fé objetiva uma tríplice função: (i) canône interpretativo dos negócios jurídicos; (ii) limitação ao exercício dos direitos subjetivos e (iii) criação de deveres jurídicos²², sendo esta última a que nos interessa mais de perto no parecer.

41. Nos termos do art. 422 do Código Civil, “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. O dispositivo é considerado a fonte normativa da criação dos deveres anexos de informação, cuidado ou proteção, cooperação, lealdade, dentre outros²³.

42. Os deveres de proteção, assim como deveres acessórios em geral, constituem *standards* de comportamento na relação contratual, que, em seu

²² Cf. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação* [edição eletrônica], São Paulo: Saraiva Educação, 2018. TEPEDINO, Gustavo *et al.* *Código Interpretado conforme a Constituição da República*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, vol. 2, p. 17.

²³ SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 423.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

conjunto, expressam a atenção, o respeito, a correção e o cuidado que cada um dos contratantes deve ter com o outro²⁴. A importância de tais deveres é tal que nem mesmo as partes podem afastá-los²⁵, assim como independem de prévia previsão contratual expressa.

43. Especificamente no que toca ao dever de cuidado e proteção, explica Menezes de Cordeiro²⁶ que o seu objetivo não diz respeito a assegurar os interesses obrigacionais em si, mas sim que os contratantes não causem danos uns aos outros ou a seus patrimônios²⁷. A tutela, na verdade, recai sobre o interesse de proteção e não de prestação, impedindo que da relação obrigacional, independentemente de seu adimplemento, resulte danos para a contraparte.

44. Daí por que Judith Martins Costa²⁸ prefere tratar os deveres de proteção como categoria diversa dos “deveres laterais” ou “deveres anexos”, na medida em que “não têm relação imediata com os interesses à prestação”, mas apenas indireta, podendo inclusive não ter nenhuma relação com as prestações contratuais nas hipóteses de responsabilidade pré e pós contratual.

45. A autora descreve três tipos de deveres que se enquadram nos interesses de proteção. O primeiro, e mais evidente, refere-se aos cuidados com a pessoa e com o patrimônio da contraparte, a exemplo do proprietário de uma sala de espetáculos cujo projeto arquitetônico deve ser planejado de forma a diminuir o risco

²⁴ FRADA, Manuel Carneiro da. Os deveres (ditos) “acessórios” e o arrendamento, pp. 267-290, 2012, p. 271. Disponível em <https://portal.oa.pt/upl/%7Bd785b4f1-80eb-4b99-a33a-b654a218724e%7D.pdf>. Acesso em 11.8.2020.

²⁵ FRADA, Os deveres (ditos) “acessórios”, cit., p. 268.

²⁶ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 639.

²⁷ De acordo com Menezes Cordeiros (*Da boa-fé no direito civil*, cit., p. 639), “os deveres acessórios de protecção nada têm a ver com a regulação contratual e com a sua execução fiel pelas partes. Visam, na verdade, obstar a que, na ocasião do efectivar das prestações e dadas as possibilidades reais de agressão e ingerência provocadas por essa conjuntura, as partes se venham a infligir danos mútuos. A relação com o contrato, caso exista e seja ela qual for, não explica nem orienta esses deveres: eles radicam em níveis da ordem jurídica, profundos sem dúvida, mas alheios à autonomia privada”.

²⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé*, cit. No mesmo sentido, Menezes Cordeiro (*Da boa-fé no direito civil*, cit., p. 553) defende que “os deveres de protecção merecem um tratamento diferenciado dos restantes, o que mesmo na óptica particular da doutrina alemã, tem vindo a ser reconhecido”.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

de acidentes²⁹. Ao lado desses deveres, há ainda os de omissão e de segredo, relativos ao dever de guardar sigilo sobre atos ou fatos dos quais se teve conhecimento em razão do contrato ou de negociações preliminares³⁰. Por fim, há ainda o dever de resguardar a esfera jurídica de terceiros, eventualmente atingidos pelo contrato³¹. Daí por que esses deveres são normalmente associados a princípios constitucionais de notável importância, tais como a dignidade da pessoa humana, integridade física e psicológica, intimidade e privacidade.

46. Os casos decorrentes de furtos ocorridos em estacionamentos fornecidos por empresas, nos quais se acolheu a violação ao dever de proteção para obrigar à reparação do dano, estão entre os primeiros grupos de julgados do Superior Tribunal de Justiça relacionados à concreção da boa-fé objetiva³². A respeito do tema, costuma-se citar o Agravo Regimental nº 47901³³, de 1994, no qual o STJ, reconhecendo a existência de relação contratual de fato, obrigou o banco a reparar o dano decorrente de furto ocorrido no estacionamento do estabelecimento bancário, sob o fundamento do dever de proteção:

O estabelecimento bancário que põe à disposição dos seus clientes uma área para estacionamento de veículos assume o dever, derivado da boa-fé objetiva, **de proteger os bens e a pessoa do usuário**. O vínculo tem sua fonte na relação contratual de fato assim estabelecida, que serve de fundamento à responsabilidade civil pelo dano decorrente do descumprimento do dever (grifou-se).

²⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé*, cit.

³⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé*, cit.

³¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé*, cit.

³² MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé*, cit.

³³ STJ, AgRg no Ag 47.901, 4ª T, Rel. Min. Ruy Rosado Aguiar, julg. 12.9.1994, grifou-se. No mesmo sentido, confira-se STJ, REsp 107221, 4ª T, Rel. Min. Ruy Rosado Aguiar, julg. 3.12.1996, assim ementado: “Responsabilidade civil. Estacionamento. Furto de veículo. Depósito inexistente. Dever de Proteção. Boa-fé. O cliente do estabelecimento comercial, que estaciona o seu veículo em lugar para isso destinado pela empresa, não celebra um contrato de depósito, mas a empresa que se beneficia do estacionamento tem o dever de proteção, derivado da boa-fé objetiva, respondendo por eventual dano. Súm. 130. Ação de ressarcimento da seguradora julgada procedente. Recurso não conhecido”.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

47. Essa função de proteção à pessoa ou de conservação dos bens patrimoniais ou pessoais que serão afetados com o contrato pode ser compreendida tanto sob um viés negativo, identificado com o dever de evitar danos à contraparte, quanto sob um viés positivo, exigindo uma conduta ativa para evitar danos injustos³⁴.

48. Trata-se, todavia, de deveres que não comportam delimitação com exatidão *ex ante*. Como reflete Manuel Carneiro da Frada³⁵, eles “dependem das circunstâncias, moldam-se às facetas da vida, variam e concretizam-se diferentemente consoante o desenrolar da relação”, só podendo ser formulados *ex ante* de maneira genérica, até porque sua concretização “requer forçosamente ponderações de exigibilidade, considerando o binômio sacrifício/benefício que o seu estabelecimento e observância implica para os sujeitos”, sobretudo porque não resultam de vontade contratual expressa. É preciso, como conclui o autor, que esses direitos expressem “o equilíbrio e a razoabilidade que a justiça exige e expressa”³⁶.

49. **Todavia, é essa flexibilidade que permite que o dever de cuidado possa ser invocado em qualquer tipo de relação contratual, tal como a que se estabelece entre as plataformas digitais e seus usuários, impondo às primeiras o dever de adotar as medidas de cuidado necessárias para evitar danos injustos, inclusive no que diz respeito a conteúdo gerado por terceiros, de acordo com um parâmetro de razoabilidade.**

50. Apesar disso, o que se observa é que o dever de cuidado tem sido negligenciado pela jurisprudência ao tratar da responsabilidade civil das plataformas digitais, pelo menos no que se refere aos danos decorrentes de conteúdos gerados por terceiros. É esse tipo de visão que permite a ampla restrição da responsabilidade das plataformas às hipóteses de recalcitrância na remoção de conteúdo, independentemente de maiores considerações sobre o dever de agir para evitar o dano à contraparte durante a relação contratual. Ocorre que entendimento com esse

³⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé*, cit.

³⁵ FRADA, Os deveres (ditos) “acessórios”, cit., p. 273-274.

³⁶ FRADA, Os deveres (ditos) “acessórios”, cit., p. 274.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

grau de amplitude constitui não apenas uma afronta à boa-fé objetiva, notadamente ao art. 422 do Código Civil, mas também à inviolabilidade dos direitos de personalidade, e, em última análise, à dignidade da pessoa humana.

51. **O dever de cuidado, aliás, ganha reforço diante da conclusão, já pacífica, de que a relação entre plataformas e usuários é uma relação contratual de consumo.** De fato, a suposta “gratuidade” das plataformas digitais como pretensão obstáculo para a caracterização da relação de consumo já se encontra há muito superada. Na economia da atenção, já se entende que “os dados pessoais são a moeda de troca pelo bem de consumo”³⁷, além da própria atenção e do tempo dos usuários, quando não da própria individualidade deles, já que não são poucos os que afirmam que estamos falando de mercados de consciências.

52. Não é sem razão que a jurisprudência, há vários anos, reconhece a existência de relação consumerista na hipótese, ressaltando que a ausência de pagamento pecuniário pelo consumidor é despicienda para a caracterização do fornecedor, cuja remuneração pode ser indireta³⁸.

53. Sendo inequívoca a relação de consumo, aplica-se igualmente o Código de Defesa do Consumidor, que tem como um de seus princípios fundantes a boa-fé objetiva. Reconhecendo-se a manifesta assimetria entre consumidor e fornecedor, criou-se um microsistema protetivo, que impõe normas de ordem pública para corrigir os desequilíbrios ínsitos à relação de consumo, limitando o exercício da autonomia privada.

54. O objetivo de proteção ampla do Consumidor está expresso já no art. 1º, enquanto o art. 4º deixa clara a necessidade de proteção da dignidade, saúde

³⁷ BIONI, Bruno. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 162-163.

³⁸ Confira-se, a título exemplificativo, o REsp 1.193.764, 3ª T, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 14.12.2010, assim ementado: “(...) 1. A exploração comercial da internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90. 2. O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo ‘mediante remuneração’ contido no art. 3º, § 2º, do CDC deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor”.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

e segurança do consumidor. Nem mesmo os incentivos à inovação e ao desenvolvimento tecnológico podem restringir a proteção do consumidor, uma vez que o inciso III do art. 4º exige a “compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.”

55. Também no inciso VI do art. 6º, o Código estabelece, como direito básico do consumidor, “a efetiva prevenção e reparação dos danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”, acolhendo o dever de proteção. Mais adiante, o art. 8º estabelece que os “produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança do consumidor, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza a fruição”. Indo além, o art. 14, § 1º, impõe ao fornecedor a obrigação de indenizar pelos serviços defeituosos, reputando como defeituoso aquele que “não fornece a segurança que o consumidor dele pode ser esperar, levando em conta I – o modo de seu fornecimento, II – o resultados e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III – a época em que foi fornecido”.

56. O Código de Defesa do Consumidor veda, ainda, no art. 51, determinadas cláusulas abusivas, muitas das quais estão diretamente relacionadas com o dever de cuidado, como aquelas que (i) impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza; (ii) estabeleçam obrigações iníquas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou com a equidade, (iii) estejam em desacordo com o sistema de proteção do consumidor, ou, ainda, (iv) se mostrem excessivamente onerosas para o consumidor, considerando a natureza, o conteúdo e as circunstâncias do contrato.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

57. Dessa maneira, **fica muito claro que o direito brasileiro impõe a todos os fornecedores de bens e serviços um dever geral de cuidado e proteção em relação aos seus usuários, aspecto que precisa ser considerado na interpretação do Marco Civil da Internet e na delimitação do atual regime de responsabilidade civil das plataformas digitais.**

58. No caso específico de crianças e adolescentes, é importante destacar que os contornos do dever de cuidado ainda precisam ser adaptados e compatibilizados com o ECA, que impôs parâmetros muito mais rigorosos do que os existentes em outras situações, como descrito anteriormente. Basta lembrar o art. 3º, do ECA, para se verificar que “A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.”

59. Portanto, é inequívoco que **a proteção integral prevista no ECA se projeta diretamente nos contornos dos deveres legais de proteção e cuidado de todos os prestadores de serviços que podem atingir direta ou indiretamente o público infantil ou adolescente.**

60. Esse ponto é particularmente importante porque a precisa identificação do conteúdo do dever de cuidado não pode ser feita em abstrato, devendo ser densificada a partir de critérios como a previsibilidade do risco, a gravidade do dano, a profissionalidade e o porte do agente econômico.

61. Entretanto, tratando-se de crianças e adolescentes, em razão da tutela ampla e especial assegurada pelo ordenamento jurídico, o dever de proteção é, em qualquer caso, mais rigoroso e exigente, inclusive sob o viés preventivo, ou seja, naquilo em que impõe ao agente econômico o dever de agir para evitar o dano ou a sua propagação, ainda que ele decorra de conteúdos publicados por terceiros, como se verá mais à frente. Não é sem razão que o art. 70 do ECA impõe como



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

“dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente”.

62. Com efeito, a ampla proteção da criança e do adolescente se reflete no direito ao respeito, que “consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais”. (art. 17) A ele, alia-se o direito da criança e do adolescente a “produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento”, nos termos do art. 71 do ECA.

63. Acresce que as previsões do ECA são meros reflexos da previsão constitucional expressa do art. 227, já mencionado.

64. Assim, observa-se que, em relação a crianças e adolescentes, o dever de cuidado e proteção tem estatura não apenas legal, mas sobretudo constitucional, o que deve orientar a interpretação de todas as demais leis sobre o assunto. Logo, **se é dever de todos o cuidado e a proteção em relação a crianças e adolescentes que estão sob a sua influência ou relação, com maior razão se pode e se deve exigir tal dever de agentes econômicos e profissionais que, a exemplo das plataformas digitais, lucram a partir da exploração do mercado infantil.**

65. Tais questões são importantes porque **o dever de cuidado, à luz da boa-fé objetiva e do princípio da proteção integral da criança e do adolescente, impõe uma interpretação sistemática e teleológica da responsabilidade civil das plataformas, incluindo os arts. 19 e 21 do Marco Civil da Internet.**

66. Aliás, sobre a questão, há boas razões para sustentar que, ainda que houvesse conflito material insuperável entre o ECA e o Marco Civil da Internet no que diz respeito às regras de responsabilidade das plataformas digitais, deveria prevalecer o primeiro, não somente em razão da sua especificidade, mas



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

principalmente em razão da importância que a proteção da criança recebe em nossa Constituição e no ordenamento jurídico como um todo.

67. Entretanto, como o presente parecer procurará demonstrar, é **possível uma interpretação sistemática e harmônica entre os diplomas legislativos envolvidos, desde que se reconheça que as regras do Marco Civil da Internet não podem afastar o dever geral de cuidado que as plataformas digitais têm diante de crianças e adolescentes**, entendimento que decorre não apenas do ECA, mas também da boa-fé objetiva, tal como delineada tanto no Código Civil como no Código de Defesa do Consumidor.

68. **A conclusão se aplica, inclusive, quando se trata de danos decorrentes de conteúdos gerados por terceiros.** Como o parecer procurará demonstrar nos próximos capítulos, quando se trata de criança e adolescente, há de se afastar a interpretação do art. 19 do Marco Civil da Internet no sentido de que a remoção de conteúdo ilícitos dependeria sempre de ordem judicial expressa, assim como há de se reconhecer que o dever de cuidado vai além da obrigação de retirar o conteúdo lesivo quando a plataforma dele toma conhecimento inequívoco.

69. Sem embargo, para se escusar da imperiosa necessidade de se adotar medidas de cuidado voltadas à prevenção de danos injustos a crianças e adolescentes, as plataformas, usualmente, inserem no contrato cláusulas que restringem a idade para a utilização dos serviços e imputam aos pais a responsabilidade exclusiva pelas atividades dos filhos em seu ambiente. O tópico a seguir mostra por que essas cláusulas não afastam o dever de cuidado. Embora as conclusões valham para outras plataformas, o parecer optou por examinar apenas a plataforma do YouTube para facilitar a sistematização e, por se tratar de uma das plataformas mais acessadas por crianças atualmente.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

3. Restrição de idade e nulidade das cláusulas contratuais que transferem a responsabilidade exclusivamente aos pais: o exemplo do YouTube

70. O YouTube constitui uma plataforma largamente utilizada por crianças. Dos 100 canais de maior audiência no YouTube, 48 exibem conteúdos direcionados ao público de 0 a 12 anos, ou são assistidos por crianças, como mostrou uma pesquisa da ESPM Media Lab de 2016³⁹.

71. De acordo com “Termos de Uso”⁴⁰ da plataforma, entretanto, é preciso ter “no mínimo 13 anos de idade para o Serviço”. O contrato de adesão também informa que o usuário que tem menos de 18 anos “declara ter recebido a permissão dos seus pais ou do seu responsável para usar o serviço”. Mais adiante, a plataforma adverte que “ao permitir o Uso do serviço”, o pai torna-se “responsável pelas atividades do seu filho no YouTube”.

72. A restrição da idade foi instituída em razão do *Children`s Privacy Act* (COPPA), que limita a coleta e tratamento de dados antes dessa idade, sem a permissão dos pais. As recentes acusações promovidas pela Federal Trade Commission mostraram que a plataforma, embora tivesse conhecimento de que parte do seu conteúdo é dirigido para menores de 13 anos, utilizava identificadores persistentes para coletar dados de seus usuários. Em resposta às acusações, a plataforma informou que, para fins de coleta e tratamento de todos, todos aqueles que acessem conteúdos infantis passarão a ser tratados com criança.

³⁹ ESPM Media Lab 2016, Geração YouTube: um mapeamento sobre o consumo e a produção de vídeos por crianças. Disponível em <http://www.pesquisasmedialab.espm.br>. Acesso em 13.8.2020.

⁴⁰ A seguir, transcrevem-se trechos dos “Termos de Uso” do YouTube, por meio dos quais as plataformas pretendem isentar-se de responsabilidade: “Você precisa ter no mínimo 13 anos de idade para usar o Serviço. No entanto, crianças de todas as idades podem utilizar o YouTube Kids, se disponível na região do usuário, caso ele tenha sido ativado pelos pais ou responsável legal. Permissão dos pais ou responsável. Se você tem menos de 18 anos, declara ter recebido a permissão dos seus pais ou do seu responsável para usar o Serviço. Peça a eles para que leiam este Contrato junto com você. Se você é pai/mãe ou responsável legal de um usuário menor de 18 anos, ao permitir o uso do Serviço pelo seu filho, você fica sujeito aos termos deste Contrato e é responsável pelas atividades do seu filho no YouTube. Na nossa Central de Ajuda e no Family Link do Google, você encontra ferramentas e recursos para ajudar no gerenciamento da experiência da sua família no YouTube”.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

73. No Brasil, não há regulamentação específica em relação à idade para a utilização desse tipo de serviço. Entretanto, a Lei Geral de Proteção de Dados exigiu que (i) a coleta e tratamento de dados de crianças e adolescentes se dará no melhor interesse deles, (ii) os dados das crianças deverão ser coletados apenas no limite estritamente necessário para o fornecimento do serviço ou a participação na atividade e (iii) o consentimento parental, passível de verificação, para as crianças. Assim, embora não exista restrição expressa na legislação à utilização das plataformas digitais por crianças, a coleta e tratamento de dados de menores de doze anos, ressalvadas as hipóteses do art. 11 e do art 14, § 3º, da LGPD, dependerão do consentimento dos pais, como se infere do art. 14, § 1º, da LGPD c/c art. 2º do ECA.

74. Independentemente do que dispõe a legislação, os “Termos de Serviço do YouTube” são, como visto, expressos no sentido de é “necessário ter no mínimo 13 anos para utilizar o serviço”. A idade mínima prevista na cláusula contratual é, inclusive, superior àquela em relação à qual a LGPD exige o consentimento dos pais. A previsão, portanto, não é incompatível com a Lei. Ao contrário, se observada, ampliaria o âmbito de proteção, restringindo a utilização das plataformas e, conseqüentemente, a coleta e tratamento de dados dos menores de 13 anos.

75. Ocorre que, apesar do disposto em seus “Termos de uso”, a plataforma coleciona exemplos de canais voltados para crianças. Uma rápida pesquisa no campo de buscar da plataforma pelo termo “canal infantil”, utilizando o filtro “canal”, retorna um número expressivo de resultados, como demonstra o recorte da tela abaixo:



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

	O Canal do Joãozinho - Little Angel Português 9,01 mil de inscritos - 567 vídeos Bem-vindo ao Canal do Joãozinho - Little Angel Português! O Little Angel é um canal especialmente desenvolvido para bebês e ...	INSCREVER-SE
	Canal Infantil - Contação da Rua 25,2 mil de inscritos - 198 vídeos A CONTACÇÃO DA RUA é um grupo de artistas que tem em comum o amor pela música, pelo brincar e pela infância. Juntos ...	INSCREVER-SE
	Ticolicos - Canal Infantil 88,4 mil de inscritos - 178 vídeos Bem-vindo ao canal oficial do Ticolicos! Nossa missão é estimular as crianças a fazerem suas próprias descobertas e crescerem ...	INSCREVER-SE
	Canal do LUCAS VASCONCELOS 2,75 mil de inscritos - 574 vídeos Canal Infantil! Lucas brincando com seu papai sua mamãe, muita diversão com os carrinhos e pista Hot Wheels Vídeos para ...	INSCREVER-SE
	CANAL GUILHERME SOUZA - CANAL INFANTIL 1,68 mil de inscritos - 62 vídeos Olá galerinha do youtube! Nosso canal Infantil tem muitos vídeos para crianças e bebês assistir, um conteúdo totalmente voltado ...	INSCREVER-SE
	ZIS é o Canal 68,3 mil de inscritos - 47 vídeos ZIS é o Canal é um espaço para crianças ouvirem e brincarem com música Infantil tranquilamente. O canal foi feito para que pais, ...	INSCREVER-SE
	Brincadeira de Criança 2,81 mil de inscritos - 1.287 vídeos Brincadeiras, diversão, novelinhas, Review de brinquedos, como se faz e muitas coisas legais para se divertir e brincar.	INSCREVER-SE
	Discovery Kids Brasil 2,97 mil de inscritos - 924 vídeos O Discovery Kids é o canal pioneiro em programação Infantil da América Latina, com conteúdo dedicado 24 horas por dia às ...	INSCREVER-SE
	Canal da Lele 7,22 mil de inscritos - 514 vídeos Oi, passoaal! Nós somos Fabiana e Letícia, mãe e filha apaixonadas por músicas, passatempo, artes, viagens, brincadeiras, ...	INSCREVER-SE
	123TV Canal Infantil 2,66 mil de inscritos - 139 vídeos 1.2.3 TV es el primer y único canal Infantil del Estado venezolano dirigido al público con edades comprendidas entre 2 y 11 años, ...	INSCREVER-SE
	Desenhos animados para crianças 586 mil de inscritos - 349 vídeos Bem-vindo ao nosso canal "Desenhos animados para crianças"! Ver desenhos animados educacionais e engraçadas sobre ...	INSCREVER-SE

76. Ao entrar em um dos canais e escolher um dos vídeos, a plataforma passa a exibir uma barra lateral, que indica os próximos vídeos que serão mostrados, caso não desativada a opção “reprodução automática”, que vem previamente marcada, como mostra a figura:



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

15 MIN A Coruja - E Mais Canções para Crianças (15 Min) - Um Herói ...
Um Herói do Coração ✓
5 mi de visualizações • há 3 meses

53 MIN Trem das Formas | E muitas mais Canções de Ninar |...
Little Baby Bum em Português ✓
57 mi de visualizações • há 2 anos

Dona Aranha - DVD Galinha Pintadinha 3 - OFICIAL
Galinha Pintadinha 🎵
1 bi de visualizações • há 8 anos

Masha e o Urso 🐻🐻 Bon Appétit 🐼 Compilação 1 📺 1...
Masha e o Urso ✓
522 mil visualizações • há 23 horas
Novo

24 MINS Dançando com o Bebê Tubarão! (Baby Shark) | Canal do...
O Canal do Jojozinho - Super JoJ...
10 mi de visualizações • há 3 meses

SOPA Palavra Cantada | Sopa
Palavra Cantada Oficial 🎵
72 mi de visualizações • há 2 anos

77. Dentre os canais dirigidos ao público infantil, há ainda, os canais dos *youtubers* mirins, que também acumulam milhares de visualizações e de inscritos. Uma simples busca pelo termo “*youtuber* mirim” retoma uma série de canais protagonizados por crianças. Um deles é o canal “Valentina Pontes”, que já tem 20 milhões de inscritos e mais de 5 bilhões de visualizações. Além dele, há diversos outros exemplos.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

78. A manutenção desse tipo de conteúdo funciona como um chamariz para que as crianças acessem, cada vez mais, a plataforma. Quanto mais crianças acessam o YouTube, mais anunciantes que têm esse público como alvo serão atraídos. Por sua vez, quanto mais anunciantes, mais conteúdo infantil será produzido.

79. Discutir a correção ou não do parâmetro de idade mínimo instituído pelo YouTube e por outras plataformas fugiria ao objetivo do parecer. O que é preciso deixar claro é que **essa cláusula não permite à plataforma escusar-se do cumprimento dos deveres de cuidado em relação aos menores de 13 anos nem transferir aos pais esse dever.**

80. Na economia digital, é inequívoco que um dos desdobramentos do exercício responsável da autoridade parental deve ser “a proteção dos filhos em face das potencialidades lesivas geradas pelas novas tecnologias”⁴¹. A omissão no exercício desse dever de vigilância é, inclusive, intitulada por alguns autores, “abandono digital”. Isso, entretanto, não desobriga os agentes econômicos de cumprirem deveres de cuidado, inclusive munindo os pais das ferramentas necessárias para assegurar que possam exercer, de maneira diligente e moderada, a supervisão dos filhos.

81. Ninguém discordaria de que um parque de diversões que não controla a altura ou a idade de seus usuários não pode se isentar de responsabilidade pelo mero fato de que a criança foi levada pelo pai. Da mesma forma, o mero aviso de que as crianças não podem entrar desacompanhadas em determinado local não isenta o agente econômico da responsabilidade. A comparação com negócios tradicionais ajuda a demonstrar como o raciocínio é equivocado, mormente na internet, cuja velocidade da circulação das informações, torna impossível a supervisão constante dos pais.

⁴¹ LEAL, Livia Teixeira. Internet of toys: os brinquedos conectados à internet e o direito da criança e do adolescente. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, vol. 12, p. 175-187, abr./jun. 2017, p. 183.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

82. Para que o usuário possa se registrar no YouTube, basta ter uma conta do Google. Para criar a conta do Google, as exigências são pequenas: nome, nome de usuário, senha, data de nascimento, gênero, opcionalmente o número de telefone e outro endereço de e-mail⁴². A idade, portanto, depende de mera autodeclaração. A “ajuda do Google”, ainda estimula o usuário criança a não fornecer sua idade verdadeira, ao ressaltar que “alguns recursos do Google têm requisitos de idade”⁴³. Ao clicar no link “saiba mais sobre as restrições de idade”⁴⁴, o site exibe as idades mínimas em cada país. Em relação ao Brasil, consta, ainda, a informação de que “quando um vídeo do YouTube tem restrição de idade, uma tela de aviso é exibida, e apenas usuários com 18 anos ou mais podem assisti-lo”. Há, portanto, quase um estímulo para que as crianças não revelem sua verdadeira idade. Isso, aliado à falta da instituição de controles de idade, reforça o dever da plataforma de adotar dever de cuidado adequado ao risco, que se acentua em razão da audiência de crianças.

83. Como visto, segundo a pesquisa da ESPM Media Lab, de 2016, dos 100 canais de maior audiência, 48 são direcionados ou consumidos por crianças. Embora essa constatação tenha também um componente social importante — a utilização, cada vez mais massiva, da internet pelas crianças—, ela também é fruto de uma **estratégia de mercado da plataforma**.

84. De fato, as plataformas coletam informações dos usuários e direcionam conteúdos personalizados. Quanto mais acurada a recomendação, mais atrativa a plataforma se torna e mais engajamento é gerado, o que possibilita também maior extração de dados. O êxito, portanto, de determinados canais não depende apenas da qualidade ou do apelo do conteúdo postado, mas está diretamente vinculado ao *design* da plataforma, que contribui, diretamente, para a

⁴² <https://support.google.com/accounts/answer/1733224?hl=pt>. Acesso em 5.8.2020.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ <https://support.google.com/accounts/answer/1350409>. Acesso em 5.8.2020.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

difusão do conteúdo, quando prioriza determinados materiais em detrimento de outros.

85. Acresce que, no YouTube, há uma opção de “reprodução automática”, que, inclusive, já vem previamente marcada, o que assegura a exibição de um vídeo atrás do outro. Não bastasse isso, o “dono” do vídeo pode utilizar ferramentas como *cards*, que aparecem do lado direito do vídeo nos computadores e (embaixo, quando são utilizados dispositivos móveis), para a recomendação de outros vídeos, de uma *playlist*, de outro canal ou até de outros sites, incluindo *links* de outras redes sociais. Todos esses recursos ajudam a reter a audiência dos usuários, e dificultam a supervisão dos pais. Além dos “*cards*”, a possibilidade de visualizar os vídeos por meio de dispositivos móveis, e o *miniplayer*, anunciado em 2018, tornam essa tarefa ainda mais difícil⁴⁵.

86. **Não há que se cogitar da impossibilidade de a plataforma monitorar a inclusão de todos os conteúdos dirigidos a crianças. Como se nota, há, na verdade, uma estratégia deliberada de manter e promover esse tipo de conteúdo.** Não é sem razão que, frise-se, dos 100 maiores canais, 48 são vistos ou direcionados a crianças. Além disso, pesquisas simples no campo de busca da plataforma como “crianças”, “canal infantil” e “youtuber mirim” retornam inúmeros resultados. Não bastasse isso, recentemente, o YouTube e a FTC firmaram um acordo nos Estados Unidos, que, dentre outras coisas, impõe que conteúdos infantis sejam adequadamente sinalizados na plataforma, para evitar a coleta indevida de dados de crianças.

87. Como visto anteriormente, **um dos parâmetros do dever de cuidado deve ser o risco e sua previsibilidade. Assim, grandes plataformas que têm, dentre seus usuários, crianças e adolescentes devem observar um padrão maior de**

⁴⁵ Em razão do acordo celebrado entre a FTC e o YouTube e o Google, descrito no tópico 3.8 da Seção III, algumas funcionalidades foram desativadas em canais com conteúdo dirigido ao público infantil, entre eles os *cards* e o *miniplayer*.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

diligência, ante a tutela especial que deve ser assegurada a esses sujeitos de direito, como já esclarecido anteriormente.

88. Como se infere do art. 51, incisos I e III, do CDC, cláusulas que “impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos”, assim com aquelas que “transfiram responsabilidades a terceiros” são nulas de pleno direito. Assim, **qualquer cláusula que impute, exclusivamente, aos pais a responsabilidade pelo uso das plataformas digitais será nula**. No caso das crianças e adolescentes, essa conclusão é reforçada, ainda, pelo fato de que se trata de **consumidores hipervulneráveis**, aos quais a Constituição, no art. 227, assegura proteção integral. Essa conclusão também se extrai de diversos dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, merecendo destaque os arts. 70 e 71.

89. Já se viu que os princípios do melhor interesse da criança e da prioridade absoluta devem ser os vértices interpretativos da autonomia privada das plataformas digitais e do conseqüente regime de responsabilidade civil das plataformas. Não há necessidade de reproduzir novamente os fundamentos já apresentados, mas é preciso deixar claro que o dever de diligência dos pais não desobriga as plataformas, mormente porque, em grande parte, os pais ficam reféns de um modelo de negócio em que a supervisão é largamente dificultada.

90. Para assegurar a efetividade desse dever de cuidado, a primeira obrigação da plataforma é identificar a idade dos usuários. O tema suscita algumas controvérsias, como se verá a seguir.

4. Um dos problemas básicos: como identificar as crianças na rede

91. No direito brasileiro, não há nenhuma lei regulando, expressamente, como deverá ser feita a identificação de crianças e adolescentes. Sem prejuízo das outras bases legais mencionadas no art. 11, a Lei Geral de Proteção de Dados – que será examinada mais à frente –, exige o consentimento dos pais para



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

o tratamento de dados das crianças e a observância do melhor interesse da criança nesse processo, mas não explicita como o controlador irá identificar esses usuários.

92. Nos Estados Unidos, uma das limitações que costuma ser apontada ao COPPA refere-se ao fato de que a lei só se aplica a sites ou serviços online direcionados para pessoas com menos de 13 anos ou às hipóteses em que, mesmo o conteúdo não sendo direcionado a crianças, o operador *tem conhecimento* de que o usuário que utiliza o serviço tem menos de 13 anos. Nos poucos casos em que a FTC atuou para impor o cumprimento da lei baseados na segunda hipótese, o operador havia exigido as datas de nascimento (*age-gating*) e ficou demonstrada a coleta de dados de crianças cujas datas previamente informadas mostravam que elas tinham menos de 13 anos⁴⁶.

93. O COPPA não exige que os operadores investiguem a idade de seus usuários, o que abre a possibilidade para que as crianças mintam sobre a questão⁴⁷. Em casos de *websites* ou serviços online direcionados para crianças, não pode haver discriminação de usuários, ou seja, todos devem ser tratados como crianças no que se refere aos dados. Entretanto, em casos de serviços cuja audiência predominante não é de crianças, embora ainda sejam direcionados, em parte, a esse público, o

⁴⁶ Cf. CAMPBELL, Angela J. Rethinking Children's Advertising Policies for the Digital Age, *Consumer Law Review*, 29, 2017, p. 27. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub>. Acesso em 28.7.2020.

⁴⁷ É o que deixa claro o Guia da FTC sobre o COPPA "12. Will the COPPA Rule prevent children from lying about their age to register for general audience sites or online services whose terms of service prohibit their participation? No. COPPA covers operators of general audience websites or online services only where such operators have actual knowledge that a child under age 13 is the person providing personal information. The Rule does not require operators to ask the age of visitors. However, an operator of a general audience site or service that chooses to screen its users for age in a neutral fashion may rely on the age information its users enter, even if that age information is not accurate. In some circumstances, this may mean that children are able to register on a site or service in violation of the operator's Terms of Service. If, however, the operator later determines that a particular user is a child under age 13, COPPA's notice and parental consent requirements will be triggered". (FTC, *A Guide for business and parents and small entity compliance guide*, Disponível em <https://www.ftc.gov/tips-advice/business-center/guidance/complying-coppa-frequently-asked-questions>. Acesso em 28.7.2020)



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

COPPA permite que os operadores atribuam tratamentos diferenciados para os usuários que declarem ter menos de 13 anos.

94. A FTC admite que sejam utilizados outros mecanismos para ajudar na precisão dos dados informados, como, por exemplo, problemas de matemática. Entretanto, a agência recomenda que esse tipo de mecanismo não seja utilizado sem a autodeclaração da idade⁴⁸. A agência aconselha, porém, que (i) a idade seja perguntada de forma “neutra”, evitando-se, por exemplo, informações que estimulem as crianças a mentir, como a indicação de que determinados recursos não estarão disponíveis para aqueles cuja idade for inferior a 13 anos, e (ii) sejam adotados *cookies*, para que as crianças não possam utilizar o botão de “voltar” para inserir uma idade diferente⁴⁹.

95. Na Inglaterra, a ICO elaborou o “*Age Appropriate Design Code*”⁵⁰, que estabelece 15 parâmetros para serviços online com o objetivo de assegurar a proteção da privacidade das crianças. O Código tem como base o GDPR, e o *Data Protection Act* de 2018. A expectativa é que ele seja aprovado pelo Parlamento e entre em vigor em 2021. Dentre outras coisas, o Código trata dos métodos para a identificação de crianças e adolescentes. A proposta não impõe nenhum método específico, mas sugere algumas possibilidades, deixando claro que, quando da avaliação de sua adequação, deverão ser consideradas as tecnologias disponíveis, especialmente para empresas menores que não podem desenvolver suas próprias ferramentas.

⁴⁸ Vale transcrever trecho do Guia da FTC: “8. I have a “mixed audience” app and would like to have an age screen. Can I ask a question that a child is unlikely to be able to answer, such as a math problem, to determine whether a user is 13 or over instead of asking age directly? No. Requiring a child to answer a question he or she is unlikely to be able to answer, without more, is inadequate for determining the age of the user. There are many children under 13, for example, that can perform complex math problems, and some users over 13 that may have difficulty with those same complex problems. You may, however, use a math problem in addition to asking the age of the user, as described in FAQ D.7 above”.

⁴⁹ Cf. FTC, *A Guide for business*, cit., seção D.7.

⁵⁰ ICO, *Age appropriate design code: a code of practice for online services*. Disponível em <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/key-data-protection-themes/age-appropriate-design-a-code-of-practice-for-online-services/>. Acesso em 14.8.2020.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

96. Na lista, não exaustiva, da ICO, aparecem:
- (i) Autodeclaração, que é considerada mais adequada para hipóteses que o risco de tratamento de dados é menor ou quando ela aparece associada a outros métodos;
 - (ii) Inteligência artificial, por meio da qual é possível estimar a idade a partir da forma como o usuário interage com o serviço. A técnica serve também para verificar se a interação é compatível com a idade declarada. Entretanto, para utilizar essa medida, o Código adverte que é necessário avisar o usuário previamente, coletar o mínimo necessário de dados para a análise e não utilizar os dados coletados para outros propósitos;
 - (iii) Verificações por terceiro, hipótese em que será necessário atuar com diligência tanto para garantir que o nível de segurança fornecido na verificação da idade pelo terceiro é suficiente quanto para exigir que sejam cumpridas as medidas necessárias para a proteção de dados, além de avisar os usuários do recurso a esse serviço;
 - (iv) Confirmação da idade do usuário por meio da conta de um adulto e restrição de acessos por meio de *passwords* ou simplesmente confirmando a idade. É esse o modelo adotado pelo YouTube Kids;
 - (v) Medidas técnicas para estimular que não sejam feitas falsas declarações. Para isso, por exemplo, sugere-se que a idade seja requerida de forma neutra sem informações que influenciem o usuário a mentir. Além disso, deve-se impedir que os usuários possam incluir nova idade após a recusa do acesso ao serviço a partir da primeira declaração. A sugestão assemelha-se àquela proposta pela FTC;



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

(vi) Identificadores difíceis, tais como exigências de documentos formais de identificação, passaportes ou carteiras de identidade. A ICO, entretanto, recomenda que essa medida não seja utilizada sem assegurar outra opção ao usuário, a menos que os riscos inerentes ao processamento de dados, de fato, compensem esse método.

97. Por fim, pode ser que a verificação de idade exija a coleta de dados, hipóteses em que a ICO recomenda que a coleta se restrinja ao mínimo de dados possível e, ainda, que eles não sejam utilizados para outros fins.

98. O tema ganhou maior repercussão em 2019, quando o YouTube foi obrigado a pagar US\$ 170 milhões em razão de um acordo com a FTC, para encerrar acusações de que estaria coletando dados de menores de 13 anos sem o consentimento dos pais, mesmo sabendo que a plataforma continha inúmeros canais dirigidos a crianças. Dentre outras coisas, a plataforma anunciou que os dados de todos aqueles que acessem conteúdos infantis serão tratados como dados de crianças, independentemente da idade do usuário. A decisão será retomada mais adiante.

99. De toda sorte, é possível concluir que, **no direito brasileiro, embora não haja regulação expressa quanto à idade mínima para a utilização das plataformas digitais, há que se obedecer o parâmetro da LGPD, ao exigir como regra o consentimento parental para o tratamento de dados de menores de 12 anos, e, em qualquer caso, a observância do princípio do melhor interesse da criança.** Além do disposto na LGPD, **o dever de cuidado**, reforçado pela tutela especial assegurada às crianças e adolescentes pela Constituição e pelo ECA, **impõe às plataformas digitais, antes de tudo, instituir mecanismos de verificação de idade adequados**, sem os quais não é possível dar efetividade aos direitos de crianças e de adolescentes.

100. Cumpre ressaltar que tal interpretação, além de decorrer das normas gerais de dever de cuidado já existentes no direito brasileiro, está em



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

conformidade recentes e importantes iniciativas estrangeiras, de que é exemplo a Diretiva 18/1808 da União Europeia. A nova Diretiva, como descrito no Anexo 2, estende, expressamente, a regulação dos serviços audiovisuais às plataformas de compartilhamento de vídeos e aos serviços de redes sociais, impondo aos Estados-membros o dever de impor obrigações a esses agentes econômicos, para, dentre outras finalidades, proteger os menores contra conteúdos de usuários e comunicações comerciais audiovisuais capazes de prejudicar seu desenvolvimento físico, mental ou moral.

101. Todavia, não se pode questionar que, dentro das possibilidades técnicas, o dever de cuidado das plataformas também se projeta sobre as medidas para identificar as atividades das crianças e adolescentes em seus ambientes, até porque vários dos danos sofridos por esse grupo hipervulnerável decorrem de uma utilização excessiva e sem controles na rede.

Seção II

Responsabilidade das plataformas digitais por danos a crianças e a adolescentes decorrentes de conteúdo gerado por terceiros

1. Construção da jurisprudência brasileira em relação aos danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros antes do Marco Civil da Internet

102. A responsabilidade civil por veiculação na internet de conteúdo gerado por terceiros sempre despertou diversos debates. A discussão inicia-se, no final da década de 90 e começo dos anos 2000, quando duas premissas permeavam as análises a respeito do assunto: (i) o potencial emancipatório e democrático da internet e (ii) os inúmeros benefícios e utilidades que as plataformas digitais disponibilizariam gratuitamente para os seus usuários. A emblemática “Declaração de



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

Independência do Ciberespaço”⁵¹, de John Perry Barlow, de 1996, ilustra bem o entusiasmo desse período.

103. Como descreve Jack M. Balkin⁵², nos seus primeiros anos, a internet deu às pessoas uma esperança de que a nova tecnologia iria nivelar hierarquias políticas e sociais, distribuindo poder político, organizacional e comunicativo amplamente na população mundial, como uma força democrática.

104. Ao descrever o regime instituído pela Diretiva de Comércio Eletrônico europeu, Giovanni de Gregorio⁵³ retoma essas premissas:

Nesse cenário, o papel das plataformas digitais é predominantemente funcionar como o canal mais comum por meio do qual os conteúdos são disseminados. Dito de outra forma, esses atores viabilizam os canais por meio dos quais será exercida a liberdade de expressão. Em geral, plataformas digitais não são consideradas responsáveis pelos conteúdos publicados ou criados por seus usuários. A liberdade de expressão sempre foi limitada em relação a conteúdos de terceiros para promover o desenvolvimento da sociedade da informação, de modo a proteger a liberdade de iniciativa, e, por outro lado, não imputar a responsabilidade a agentes que não dispõem de

⁵¹ “Eu declaro o espaço social global aquele que estamos construindo para ser naturalmente independente das tiranias que vocês possam nos impor. Vocês não têm direito moral para temer. Vocês não nos conhecem, muito menos conhecem nosso mundo. O espaço cibernético não se limita a suas fronteiras. Não pensem que vocês podem construí-lo, como se fosse um projeto de construção pública. Vocês não podem. Isso é m ato da natureza que cresce por si próprio por meio de nossas ações coletivas (...). Estamos criando um mundo em que todos poderão entrar sem privilégios ou preconceitos de acordo com a raça, poder econômico, força militar e lugar de nascimento. Estamos criando um mundo onde qualquer um em qualquer lugar poderá expressas suas opiniões, não importando quão singular, sem temer que seja coagido ao silêncio ou conformidade. Seus conceitos legais sobre propriedade, expressão, identidade, movimento e contexto não se aplicam a nós. Eles são baseados na matéria. Não há nenhuma matéria aqui”. (BARLOW, John Perry. A Declaration of Cyberspace, 1996, Tradução Livre. Disponível em <https://www.eff.org/pt-br/cyberspace-independence>. Acesso em 14.8.2020).

⁵² BALKIN, M. Jack. Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and New School Speech Regulation. *UC Davis Law Review*, v. 51, nº 3, p. 1149-1210, 2018, p. 1152. Disponível em https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/51/3/Essays/51-3_Balkin.pdf. Acesso em 22.7.2020.

⁵³ GREGORIO, Giovanni de. Expressions on Platforms: Freedom of Expression and ISP Liability in the European Digital Single Market, *European Competition & Regulatory Law Review*, v. 2, n. 203, 2018.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

controle efetivo sobre os conteúdos publicados por seus usuários.

105. O autor, todavia, reconhece que o desenvolvimento de novas tecnologias, especialmente aquelas baseadas em algoritmos e inteligência artificial, tornaram mais complexa a tarefa de entender o papel desses agentes econômicos na organização e seleção de conteúdos⁵⁴, suscitando preocupações evidentes com a liberdade de expressão dos usuários, sua privacidade e dignidade, o que, inclusive, tem motivado alterações regulatórias importantes no âmbito do direito europeu (confiram-se o Anexo 2 e o Anexo 8).

106. A jurisprudência brasileira, refletindo muitas dessas premissas, também partiu de uma segmentação muito precisa entre os chamados provedores de conteúdo próprio e os provedores de conteúdo de terceiros, para o fim de evitar que fosse exigido destes últimos o dever de promover o controle dos conteúdos que neles transitassem. Ressalvados alguns poucos precedentes em que se reconheceu a responsabilidade objetiva pelo risco dos provedores de conteúdos de terceiros, a ideia geral foi que a responsabilidade teria que ser subjetiva, sendo que a culpa não poderia estar associada à violação de um dever prévio de vigilância, até para se evitar o risco de censura.

107. Nesse sentido, é interessante revisitar os passos para a construção da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto, especialmente na parte em que passou a classificar os provedores em cinco tipos⁵⁵, dentre os quais estão os provedores de informação, identificados com as empresas que elaboram editorialmente o conteúdo a ser divulgado na internet (as chamadas empresas de

⁵⁴ GREGORIO, Expressions, cit., p. 7.

⁵⁵ Além dos provedores de informação e de conteúdo, a jurisprudência identifica ainda (i) os provedores de *backbone*, que detêm estrutura de rede capaz de processar grandes volumes de informação, oferecendo sua estrutura a terceiros, que a repassam aos usuários finais (Oi, Embratel, Telefônica, etc); (ii) os provedores de acesso, que adquirem o direito de uso de infraestrutura dos *backbones* e transferem aos usuários finais da rede (ex: Velox), e os provedores de hospedagem, que armazenam e asseguram acesso remoto a dados de terceiros (Ex: e-mails corporativos e Google drive). Cf. STJ, REsp 1.308.830, 3ª T, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 8.5.2012; STJ, REsp 1.316.921, 3ª T, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 26.6.2012.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

mídia, como Folha de São Paulo, O Globo, etc) e, os provedores de conteúdo, que disponibilizam na rede os conteúdos criados por usuários da Web ou pelos provedores de informação, ou seja, de terceiros. Para os fins deste parecer, como descrito, interessam-nos esses últimos, nos quais se incluem grande parte das plataformas digitais, a exemplo do YouTube, do Twitter, do Facebook, do Instagram, etc.

108. A partir dessa segmentação, delinearam-se três modelos de responsabilização dos provedores de conteúdo pelos danos decorrentes de conteúdos gerados por terceiros nos tribunais brasileiros:

- (i) a irresponsabilidade, sob o argumento de o provedor é mero intermediário entre o usuário e a vítima, de modo que o nexo de causalidade restaria afastado;
- (ii) a responsabilidade objetiva, assentada no risco;
- (iii) a responsabilidade subjetiva, entendendo-se que o ato ilícito ficaria configurado apenas quando a plataforma deixasse de retirar conteúdo lesivo, identificado pela respectiva URL, após o recebimento de denúncia extrajudicial e/ou quando não fornecesse dados para identificar o autor direto do material que deu azo ao dano.

109. A tese da irresponsabilidade parte da premissa de que, sendo a plataforma mera intermediadora do conteúdo publicado por terceiro, não pode ser responsabilizada pelos danos causados às vítimas, incidindo na hipótese a excludente de responsabilidade relativa ao fato exclusivo de terceiro, com o consequente afastamento do nexo causal. É o que, usualmente, sustentam as plataformas em sua defesa⁵⁶.

⁵⁶Cf. trechos extraídos de votos condutores em acórdãos julgados pelo STJ: “Persistindo o inconformismo, a Recorrente (Google) interpôs o Recurso Especial, em que alegou violação do artigo 927 do Código Civil, afirmando que não restou comprovada a sua participação no evento danoso para



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

110. Como bem resumiu a Min. Nancy Andrighi no voto condutor proferido no REsp 1.642.997⁵⁷, “de acordo com a tese da irresponsabilidade, entende-se que o provedor é um mero intermediário, sem qualquer controle gerado por seus usuários” e “em geral, não haveria qualquer conduta por parte do provedor que atraísse para si a responsabilidade pelos atos de outrem”. Essa tese, segundo a Ministra, foi adotada por pouco tempo em alguns tribunais brasileiros⁵⁸.

que se configurasse a responsabilidade pelo pagamento de indenização por danos morais” (STJ, REsp 1.306.066, 3ª T, Rel. Min. Sidnei Beneti, julg. 17.4.2012, grifou-se); “Nas razões do recurso especial, o recorrente (Google) apontou violação dos seguintes dispositivos: a) arts. 186 e 927 do CC, diante da inexistência de ato ilícito, visto que o perfil do Orkut denunciado como falso não teria sido retirado da internet imediatamente porque era preciso constatar a legitimidade de quem registrou a denúncia; e (b) art. 14 do CDC, ante a ausência do nexo de causalidade, uma vez que o conteúdo ofensivo teria sido postado por terceiro” (STJ, AgRg no AREsp 308.163, 4ª T, Rel. Min. Marco Buzzi, julg. 14.5.2013, grifou-se); “Noutro giro, o apelo merece ser conhecido no tocante à apontada ofensa aos arts. 186, 248, 250 e 927 do Código Civil; ao art. 14, §3º, II, do CDC e ao art. 461 do CPC/73. Indicando ofensa a tais artigos, sustenta o GOOGLE que não pode fiscalizar/monitorar o conteúdo das páginas na internet, '(...) em razão da própria natureza do serviço de hospedagem, verifica-se a impossibilidade jurídica de controle prévio já que o provedor somente disponibiliza a plataforma de hospedagem de conteúdo, não possuindo qualquer ingerência sobre aquilo que hospeda' (fls. 840). Assevera que a '(...) a suposta conduta lesiva não foi praticada pelo Google, mas sim por terceiro, que é Corréu na demanda, ou seja, não há culpa ou nexo causal entre a conduta da Recorrente que justifique qualquer e eventual pleito indenizatório' (fls. 849 - destaques no original). Sustenta, ainda, que foi condenada a obrigação impossível porque não indicada as URLs das páginas a serem retiradas” (STJ, AREsp 443.683, Min. Rel. Lázaro Guimarães, julg. 28.2.2018, grifou-se).

⁵⁷ STJ, REsp 1.642.997, 3ª T, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 12.9.2017.

⁵⁸ Os trechos extraídos da Apelação Cível nº 9094903-30.2007.8.26.0000 (TJSP, 5ª Câmara, Dir. Privado, Rel. Des. Moreira Viegas, julg. 14.12.2011) exemplificam essa corrente: O apelante alega ter requerido a reparação de danos morais em face da impossibilidade de identificação do usuário do blog hospedado no serviço disponibilizado pela ré, bem como pela manutenção das ofensas após a notificação da apelada, a qual deveria ser responsabilizada pelo ressarcimento dos danos. A apelada Google é provedora de hospedagem, isto é, fornece o espaço de inserção na rede, não intervindo na composição da página ou perfil, tampouco exercendo controle de conteúdo ou monitoramento preventivo. O fato é que não se pode imputar atos ofensivos aos provedores de acesso ou hospedagem quando os mesmos não têm acesso ao material divulgado, não se podendo impor dever de fiscalização. Assim, apesar de reconhecido o ato ilícito, uma vez que o autor foi chamado de ‘palhaço’ e ‘pulha’ (fl. 49) em mensagem postada no ‘blog’ citado - por ter oferecido representação junto ao Ministério Público na qual objetivou a investigação de programa televisivo - não se pode imputar responsabilidade à ré pelo referido ato. Observe-se que a apelada não é obrigada a exibir fora de sede judicial os dados de cadastro de usuários, pois somente se instada pelo juízo de primeiro grau a bloquear ou excluir o alegado conteúdo ofensivo e em não o fazendo, poderia se caracterizar o dever de indenizar, o que incoorreu na presente hipótese. Cumpre ressaltar que tanto o reconhecimento da ilicitude do ato como a consequente determinação para a retirada das mensagens ofensivas do ar, somente se deram a partir da r. sentença, não havendo notícia de que a determinação não tenha sido cumprida”.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

111. Note-se que, embora a doutrina⁵⁹ descreva a irresponsabilidade como um regime autônomo, ela, na verdade, aproxima-se daquele regime adotado, posteriormente, pelo Marco Civil. Isso porque a ideia de “irresponsabilidade” quer referir-se ao fato de que o provedor não responderá pelo dano decorrente da publicação, ainda que tome conhecimento da ilicitude por meio denúncia e deixe de retirá-lo. Porém, não chegaria ao ponto de afastar o dever geral de atender ordem judicial, cujo descumprimento, por si só, pode atrair a obrigação de indenizar⁶⁰. Por isso, como se verá mais à frente, alguns autores sustentam que o art. 19 do Marco Civil instituiu, na verdade, uma norma destituída de utilidade no que se refere à tutela da vítima, pois esta sempre pôde recorrer ao Judiciário.⁶¹

112. No outro extremo, algumas decisões judiciais reconheceram a existência de responsabilidade civil objetiva dos provedores pelo risco inerente à atividade⁶². Ainda que seja possível encontrar alguns acórdãos partidários da

⁵⁹ Cf. QUEIROZ, João Quinelato. *Responsabilidade civil na Rede: danos e liberdade à luz do marco civil da internet*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2019, p. 87.

⁶⁰ No REsp 1.689.074 (STJ, 3ª, T Min. Rel. Moura Ribeiro, julg. 18.10.2018), o STJ decidiu que, ainda que exista multa cominatória fixada em ação judicial pretérita, não há óbice à indenização por dano moral decorrente de descumprimento de ordem judicial em demanda anterior.

⁶¹ É o que defende Anderson Schreiber, em Marco Civil da Internet: Avanço ou Retrocesso? A responsabilidade civil por dano derivado do conteúdo gerado por terceiro, In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira. *Direito e Internet III: Marco Civil da Internet, Lei nº 12.965/2014, Tomo II*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. Disponível em https://www.academia.edu/28711449/Marco_Civil_da_Internet_Avan%C3%A7o_ou_Retrocesso. Acesso em 14.7.2020.

⁶² “As inúmeras demandas contra Google BR, em razão de criação de perfis falsos, retiram a imprevisibilidade da conduta. Tenha-se que o fato, quando corriqueiro, retira o caráter fortuito, que se reveste pela imprevisibilidade. A partir do momento em que a apelante não cria meios de identificação precisa do usuário, mas permite a criação de páginas pessoais em seu site, beneficiando-se, ainda que indiretamente, como dito acima, entende-se que ela assume o ônus pela má utilização dos serviços que disponibilizada. O fato é que as páginas criadas maculam a honra de outrem e a impossibilidade de identificação do usuário traduz defeito na prestação do serviço, ensejando o dever de indenizar. Evidenciado está o dano moral sofrido pela recorrida, considerando a situação vexatória pela qual passou, considerando também que o fato se deu em pequenas cidades deste estado, onde qualquer ato é por todos conhecido, devendo ser compensado, independentemente de culpa”. (TJRJ, Apelação Cível nº 366020088190033, Rel. Des. Ernani Klausner, julg. 31.8.2009). No mesmo sentido, Apelação Cível nº 0124558-56.2011.8.19.0001, TJRJ, Des. José Carlos Figueiredo, julg. 29.5.2013 :”A matéria objeto dos autos envolve responsabilidade civil por conteúdo inserido em blog utilizado pelo 1º Réu em provedor de serviço de hospedagem pertencente ao 2º Réu (...) A exploração comercial da internet sujeita as relações jurídicas de consumo daí advindas aos ditames insertos no Código de Defesa do Consumidor — Lei nº 8078/90. À luz dos artigos 2º e 3º combinados com o art. 17, o Autor



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

responsabilidade objetiva, essa tese nunca foi majoritária, tendo a jurisprudência do STJ, há mais de uma década, se consolidado em favor da adoção — com algumas adaptações — do modelo *notice and take down* previsto no *Digital Millenium Copyright Act* (DMCA) do direito norte-americano⁶³, que condiciona a responsabilidade civil à recalcitrância dos provedores de conteúdo de retirar o conteúdo ofensivo após tomar conhecimento, por meio de notificação extrajudicial, do alegado dano.

113. Assim, nos termos da jurisprudência consolidada pelo STJ, os provedores de conteúdos de terceiros deveriam responder pelos danos se: (i) após tomarem conhecimento inequívoco, por meio de denúncia extrajudicial, da existência de conteúdos reputados ilegais ou ofensivos, explicitamente identificados pela(s) respectiva(s) URLs, deixassem de removê-los e/ou (ii) não mantivessem sistema de identificação dos usuários que permita saber quem foi o autor direto do dano⁶⁴.

114. **As conclusões foram firmadas, essencialmente, sob a premissa de que os chamados provedores de conteúdo não interfeririam no conteúdo**

deve ser considerado consumidor por equiparação e o 2º Réu prestador de serviços, sendo irrelevante nessa seara a obtenção de lucro direto para a caracterização da relação. No caso vertente, trata-se de provedor de hospedagem, que permite alocação de páginas criadas por terceiro por meio do oferecimento de determinado espaço virtual. O blog do jornalista Réu é incontroversamente hospedado em ambiente virtual disponibilizado pelo 2º Réu - Google Brasil Internet Ltda. -, no qual foram apostas as mensagens ofensivas referentes ao Autor.(...) Ora, na medida em que o provedor de conteúdo disponibiliza na internet um serviço sem dispositivos de segurança e controle mínimos, deve ser responsabilizado pelo risco oriundo do seu empreendimento”.

⁶³ O modelo adotado pela jurisprudência brasileira apresenta algumas diferenças em relação ao “*notice and take down*” do direito norte-americano. Neste último, além de previsão expressa de contranotificação pelo terceiro cujo conteúdo supostamente violou direitos autorais, são previstos prazos para a atuação do provedor, por exemplo. Sobre o tema, cf. QUEIROZ, *Responsabilidade civil na Rede*, cit.

⁶⁴ Cf. STJ, REsp 1.403.749, 3ª T, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 1.10.2013. Confirma-se também o julgado AgInt no AREsp 1575268/MG (STJ, 4.ª T, Min. Raul Araújo, julg. 16.11.2020) que pontua a possibilidade de responsabilização subjetiva do provedor de conteúdo na internet “quando: I) ao ser prévia e adequadamente comunicado acerca de determinado texto ou imagem de conteúdo ilícito, por ser ofensivo, não atua de forma ágil, retirando o material do ar; e II) após receber o URL, não mantiver um sistema ou não adotar providências, tecnicamente ao seu alcance, de modo a possibilitar a identificação do usuário responsável pela divulgação ou a individualização dele, a fim de coibir o anonimato. Nesses casos, o provedor passa a responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão em que incide.”



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

produzido por terceiros, de modo que a imputação do dever de fiscalização prévio poderia gerar riscos à liberdade de expressão.

115. Assim, **a preocupação com a manutenção de um espaço virtual livre de censura prévia foi determinante para que o Superior Tribunal de Justiça adotasse a orientação de que as plataformas digitais apenas poderiam ser obrigadas a suprimir conteúdos após notificação extrajudicial e, mesmo assim, quando houvesse indicação específica da(s) URL(s) na qual o material fosse encontrado.**

116. Consequentemente, imputou-se à vítima o elevado, senão impraticável, ônus de informar cada uma das páginas em que o conteúdo fosse encontrado, em que pese a inalcançável velocidade de replicação na internet. Isso porque não caberia ao provedor proceder à fiscalização das informações publicadas por terceiros sem que houvesse previamente denúncia da lesividade, devidamente identificada pela URL específica.

117. Em alguns precedentes, o Superior Tribunal de Justiça determinou, inclusive, a reforma de acórdãos que atribuíam ao provedor a obrigação de monitorar regularmente novo *upload* do mesmo conteúdo ilícito e de retirá-lo da rede. Em casos mais flagrantes, a exemplo do REsp 1654221⁶⁵, no qual se discutia a retirada de anúncios de determinado produto do Mercado Livre, o Tribunal reiterou a exigência da URL, embora o voto do Relator, que ao final ficou vencido, tivesse concluído que os nomes dos produtos “estavam suficientemente discriminados” no pedido⁶⁶.

⁶⁵ STJ, 3ª T, REsp 1654221, Rel. p/ o acórdão Min. Nancy Andrighi, julg. 22.10.2019.

⁶⁶ Nos termos do voto do Min. Relator Paulo de Tarso Sanseverino, “O acórdão recorrido é claro em reconhecer que os nomes dos produtos de fabricação da recorrente, voltados ao mercado profissional e que, assim, não podem ser comercializados em plataformas alcançadas pelo mercado consumidor geral, estão suficientemente discriminados. O rol é definido, afastando-se a generalidade que pudesse imprimir dúvidas no cumprimento da decisão ou configurar prévia censura. Tem-se por cumprido, pois, o quanto determina o §1º do art. 19 da Lei 12.965/14, ao exigir “identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.”. Ao final, todavia, prevaleceu o voto da Min. Nancy Andrighi, que, dentre outras coisas, entendeu que deveria a



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

118. De toda sorte, **fica muito claro que boa parte da jurisprudência que se consolidou no período anterior ao Marco Civil acolhia direta ou indiretamente a premissa de que as plataformas digitais, como regra, eram agentes neutros em relação aos conteúdos e interações nelas transitados, aspecto crucial para a definição do seu regime de responsabilidade por esse tipo de dano.**

119. Outro ponto importante da trajetória jurisprudencial descrita é que nela **não se destaca nenhum esforço ou tentativa consistente de se verificar em que medida o regime de responsabilização das plataformas seria compatível**, tanto do ponto de vista constitucional, como do ponto de vista da unidade do sistema jurídico – que exige a interpretação do Marco Civil da Internet de forma sistemática com o ECA e com o CDC – **com a proteção das crianças e dos adolescentes.**

120. Dessa maneira, pode-se afirmar que **a questão das crianças e dos adolescentes continuou “em aberto”**, nunca merecendo atenção mais detida dos tribunais brasileiros, incluindo aí o Superior Tribunal de Justiça.

121. Para uma análise mais detalhada da jurisprudência brasileira sobre a responsabilidade das plataformas digitais por conteúdos lesivos de terceiros, recomenda-se a leitura do Anexo 3.

2. O Marco Civil da Internet e a disciplina da responsabilidade civil das plataformas digitais por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros

122. A Lei nº 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet, tornou ainda mais estritas as hipóteses de responsabilidade das plataformas digitais por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, despertando severas

indicação da URL: “Neste ponto, passa-se a demonstrar que a indicação clara e específica de sua localização na internet é essencial, seja por meio de uma notificação do particular seja por meio de uma ordem judicial. Essa indicação deve ser feita por meio do URL, que é um endereço virtual, isto é, diretrizes que indicam o caminho até determinado site ou página onde se encontra o conteúdo considerado ilegal ou ofensivo”.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

críticas da doutrina⁶⁷, ao criar um regime próximo da irresponsabilidade pois, como já se antecipou, o dever de cumprir decisões judiciais não tem nada de inovador.

123. De forma análoga ao que já vinha entendendo a jurisprudência, a Lei também classificou os provedores, embora de forma menos detalhada. Em vez da classificação pentapartida adotada pelo STJ, já mencionada acima, houve a separação dos provedores de conexão e dos provedores de aplicação^{68 69}. Dentre os últimos, inserem-se diversas plataformas digitais, como o YouTube, o Facebook, o Twitter, o Instagram, o Google Search, etc.

124. O art. 19 prevê que o provedor de aplicações de internet “somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente”. A Lei condicionou, portanto, a responsabilização dos provedores por esse tipo de dano ao descumprimento de

⁶⁷ Tanto Anderson Schreiber (Marco Civil, cit.) quanto João Quinelato Queiroz (Responsabilidade civil, cit., pp. 113 e ss) sustentam a inconstitucionalidade do art. 19 da Lei 12.965/14, sob o argumento de que, ao dar primazia à liberdade de expressão, o dispositivo teria violado o art. 5º, X, da Constituição Federal.

⁶⁸ Interpretando-se, conjuntamente, os arts. 15 e 5º, V, da Lei 12.965/2014, é possível definir o provedor de aplicações como a pessoa jurídica que exerce atividade profissional organizada, com fins econômicos, consistente na disponibilização de acesso a um conjunto de aplicações que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet. De acordo com a jurisprudência do STJ, provedores de conexão e de aplicação podem ser assim definidos:

⁶⁹ De acordo com a jurisprudência do STJ, provedores de conexão e de aplicação podem ser assim definidos: “os provedores de conexão são aqueles que oferecem ‘a habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP’ (art. 5º, V, MCI). No Brasil, os provedores de conexão acabam, em sua maioria, confundindo-se com os próprios prestadores de serviços de telecomunicações, que, em conjunto, detêm a esmagadora maioria de participação neste mercado. Por sua vez, (...), uma ‘aplicação de internet’ é o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet. Como é possível perceber, essas funcionalidades podem ser as mais diversas possíveis, tais como serviços de e-mail, redes social (sic), hospedagem de dados, compartilhamento de vídeos, e muitas outras ainda a serem inventadas. Por consequência, os provedores de aplicação são aqueles que, sejam com ou sem fins lucrativos, organizam-se para o fornecimento dessas funcionalidades internet”. (STJ, REsp 1.501.603, 3ª T, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 12.12.2017). No mesmo sentido, o Resp 1.850.875/SP caracteriza provedor de aplicação de internet como “todo aquele que oferece um conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet. Por sua vez, os registros de acesso a aplicações são definidos como o conjunto de informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação de internet a partir de um determinado endereço IP.” (STJ, REsp 1850875/SP, 3.ª T, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 23.02.2021).



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

ordem judicial, afastando-se do modelo de “*notice and take down*” que vinha sendo adotado, com algumas adaptações, pelos tribunais brasileiros

125. As exceções ficaram por conta (i) das violações à intimidade decorrentes da divulgação de materiais contendo cenas de nudez ou atos sexuais de caráter privado sem a autorização de seus participantes, e (ii) dos direitos autorais. No primeiro caso, a lei reconheceu a responsabilidade subsidiária dos provedores de aplicações de internet, que, após o recebimento de notificação extrajudicial pela vítima ou por seu representante legal, deixarem de promover a indisponibilização do conteúdo, nos termos do art. 21 do Marco Civil. No segundo caso, o Marco Civil, no art. § 2º do art. 19 c/c art. 31, ressalvou a aplicação da legislação autoral vigente até que seja editada norma específica.

126. O regime instituído pelo Marco Civil, como se vê, alterou o momento de configuração do ato ilícito dos provedores de aplicação. A responsabilidade civil, que antes era deflagrada a partir do descumprimento de notificação extrajudicial, passou a incidir, de acordo com a redação literal da lei, apenas quando houver o descumprimento de ordem judicial específica, ressalvadas as hipóteses descritas acima.

127. Houve, portanto, uma redução no grau de proteção que já vinha sendo assegurado às vítimas de conteúdos lesivos de terceiros pela jurisprudência. O intuito da Lei, como constou explicitamente do art. 19, teria sido “assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura”. **A pretexto de assegurar a liberdade de expressão, contudo, a redação literal do Marco Civil criou praticamente uma regra de imunidade para as plataformas ou provedores de aplicações, pelo menos no que se refere aos danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.** De fato, a sistemática adotada pela Lei retrocedeu em relação à extensão da tutela que já era assegurada pelo regime geral de responsabilidade civil e pela jurisprudência.

128. De acordo com o art. 19, a propositura de ação judicial deixa de ser mero instrumento de proteção para assegurar a tutela dos direitos da vítima e passa



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

a ser condição indispensável para que fique configurado o ato ilícito em relação à plataforma. A dicção literal da Lei, portanto, sugere a existência de ampla isenção em relação a quaisquer deveres de cuidado pelo provedor quando os danos decorrerem de conteúdo gerado por terceiros, que passa a ser obrigado apenas a obedecer a ordem judicial. **Essa interpretação, contudo, é de difícil compatibilização com a Constituição Federal e com o papel central exercido pelos provedores no fluxo das informações**, como se explorará melhor ao longo do presente parecer.

129. Além das previsões restritivas da lei, a jurisprudência, em muitos casos, conseguiu tornar ainda mais difícil a tutela das vítimas. Embora o § 3º do art. 19 do Marco Civil não imponha a indicação específica da URL, o STJ manteve o entendimento que se firmou antes da Lei, sob o argumento de que a exigência de “indicação clara e específica” do conteúdo infringente referida no dispositivo deve ser entendida como a necessidade de declinar a URL específica na ordem judicial⁷⁰.

⁷⁰Confira-se, neste sentido, a ementa do REsp 1698647 (STJ, 3ª T, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 6.2.2018): “CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROVEDOR DE APLICAÇÃO. YOUTUBE. OBRIGAÇÃO DE FAZER. REMOÇÃO DE CONTEÚDO. FORNECIMENTO DE LOCALIZADOR URL DA PÁGINA OU RECURSO DA INTERNET. COMANDO JUDICIAL ESPECÍFICO. NECESSIDADE. (...) 2. Necessidade de indicação clara e específica do localizador URL do conteúdo infringente para a validade de comando judicial que ordene sua remoção da internet. O fornecimento do URL é obrigação do requerente. Precedentes deste STJ. 3. A necessidade de indicação do localizador URL não é apenas uma garantia aos provedores de aplicação, como forma de reduzir eventuais questões relacionadas à liberdade de expressão, mas também é um critério seguro para verificar o cumprimento das decisões judiciais que determinar a remoção de conteúdo na internet. (...) 6. O Marco Civil da Internet elenca, entre os requisitos de validade da ordem judicial para a retirada de conteúdo infringente, a 'identificação clara e específica do conteúdo', sob pena de nulidade, sendo necessário, portanto, a indicação do localizador URL. 7. Na hipótese, conclui-se pela impossibilidade de cumprir ordens que não contenham o conteúdo exato, indicado por localizador URL, a ser removido, mesmo que o acórdão recorrido atribua ao particular interessado a prerrogativa de informar os localizadores únicos dos conteúdos supostamente infringentes. 7. Recurso especial provido.”. No mesmo norte, colaciona-se o AgInt no REsp 1.504.921/RJ (STJ, 4ª T, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, julg. 16.08.2021) : “AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. FACEBOOK. OBRIGAÇÃO DE FAZER. REMOÇÃO DE CONTEÚDO. LOCALIZADOR URL. NECESSIDADE DE FORNECIMENTO PELO REQUERENTE. OBRIGAÇÃO IMPOSSÍVEL. MULTA DIÁRIA. DESCABIMENTO. 1. Esta Corte fixou entendimento de que '(i) não respondem objetivamente pela inserção no site, por terceiros, de informações ilegais; (ii) não podem ser obrigados a exercer um controle prévio do conteúdo das informações postadas no site por seus usuários; (iii) devem, assim que tiverem conhecimento inequívoco da existência de dados ilegais no site, removê-los imediatamente, sob pena de responderem pelos danos respectivos; (iv) devem manter um sistema minimamente eficaz de identificação de seus usuários, cuja efetividade será avaliada caso a caso'.2. Necessidade de indicação



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

130. Ora, se o Marco Civil da Internet, em sua literalidade, já era preocupante sob o aspecto da tutela da vítima, a interpretação atribuída à Lei por alguns precedentes reforça o risco de que danos injustos decorrentes de conteúdos de terceiros remanesçam sem reparação. Para se ter um exemplo dessas restrições, no REsp nº 1.698.647, a Terceira Turma do STJ deu provimento ao recurso especial do Google para reformar o acórdão recorrido, que havia condenado a empresa a suprimir do YouTube a eventual reinclusão do vídeo lesivo após o trânsito em julgado da ação, desde que a autora informasse, extrajudicialmente, as novas URLs. Entendeu-se que a solução, embora engenhosa, não encontrava respaldo no Marco Civil da Internet, devendo haver nova ordem judicial para a exclusão de outras URLs que não constaram do pedido inicial, ainda que relativas ao mesmo vídeo⁷¹.

131. O objetivo do regime adotado pelo Marco Civil, como descrito, teria sido resguardar a liberdade de expressão, evitando censuras prévias. Ocorre que, como se verá a seguir, **as plataformas digitais não constituem espaços neutros pelos quais transitam os conteúdos de terceiros. Pelo contrário, são agentes econômicos que, por meio de um intrincado e sofisticado sistema de algoritmos, definem que conteúdos serão dirigidos a seus usuários e de que forma. Mais do que isso, tais**

clara e específica do localizador URL do conteúdo infringente para a validade de comando judicial que ordene sua remoção da internet. O fornecimento do URL é obrigação do requerente. 3. A necessidade de indicação do localizador URL não é apenas uma garantia aos provedores de aplicação, como forma de reduzir eventuais questões relacionadas à liberdade de expressão, mas também é um critério seguro para verificar o cumprimento das decisões judiciais que determinarem a remoção de conteúdo na internet. (...) 5. Não fornecidos os URLs indispensáveis à localização do conteúdo ofensivo a ser excluído, configura-se a impossibilidade fático-material de se cumprir a ordem judicial, devendo ser afastada a multa cominatória. 6. Agravo interno não provido.”

⁷¹ Cf. Trecho do voto, *in verbis*: “Apesar da engenhosidade da solução encontrada pelo Juízo de 1º grau de jurisdição, mantida pelo Tribunal de origem, não há respaldo na legislação ou na jurisprudência que permitam atribuir a um particular a prerrogativa de determinar a exclusão de conteúdo. Como amplamente demonstrado acima, a ordem que determina a retirada de um conteúdo da internet deve ser proveniente do Poder Judiciário e, como requisito de validade, deve ser identificada claramente. Dessa forma, conclui-se pela impossibilidade de cumprir ordens que não contenham o conteúdo exato, indicado por localizador URL, a ser removido, mesmo que o acórdão recorrido atribua ao particular interessado a prerrogativa de informar os localizadores únicos dos conteúdos supostamente infringentes”. (STJ, REsp 1.698.647, 3ª T, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 6.2.2018).



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

plataformas já fazem monitoramento de conteúdos e os retiram sempre que consideram que violam suas políticas de uso.

132. É essa sob essa perspectiva que deve ser examinada a responsabilidade civil das plataformas digitais pelos danos decorrentes de conteúdos gerados por terceiros, **evitando que alegadas violações à liberdade de expressão sejam utilizadas para, na prática, isentar de obrigações um rentável modelo de negócio que já influencia, decisivamente, o fluxo comunicativo e pode causar danos desproporcionais, especialmente a grupos hipervulneráveis, como as crianças e os adolescentes.**

133. Entretanto, o Marco Civil da Internet desconsiderou por completo essa ingerência, até porque, na época da promulgação da lei, o papel das plataformas ainda não era tão evidente. Ademais, **o Marco Civil da Internet não teve maiores preocupações em relação à proteção à criação e ao adolescente**, limitando-se, em seu art. 29, a prever o direito do usuário de exercer controle parental em relação a seus filhos menores, nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente, assim como a ideia de que cabe a todos os envolvidos – Estado, provedores de conexão e de aplicações e sociedade civil – promover a educação e fornecer informações sobre usos de programas de computador e definição de boas práticas para a inclusão digital de crianças e adolescentes.

134. Como se pode observar, **não houve previsão expressa de regras protetivas diferenciadas em relação aos danos sofridos pelas crianças e adolescentes, o que passou a ser um grande dificultador para um diálogo sistemático entre o Marco Civil da Internet e as regras de tutela constantes da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente.**

135. Com efeito, **é incondizente com o princípio da proteção integral da criança e do adolescente que não apenas não se exija a prevenção de danos a esse grupo vulnerável como também que, havendo o dano, não haja um sistema de**



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

responsabilidade civil adequado para a imediata cessação do dano e para a sua ampla e eficaz reparação.

136. **Tais conclusões, que já seriam justificadas mesmo diante da premissa de as plataformas assumem um papel de neutralidade na gestão do fluxo informacional, tornam-se ainda mais evidentes quando se verifica o real protagonismo de tais agentes na curadoria de gestão de informações e conteúdos.**

137. Assim, antes de examinarmos a adequada interpretação que deve ser conferida ao Marco Civil no que se refere aos danos decorrentes de conteúdos gerados por terceiros, especialmente quando as vítimas são crianças e adolescentes, é necessário compreender melhor qual o papel das plataformas digitais no acesso de seus usuários a essas publicações, como se passará a fazer no próximo capítulo.

3. Liberdade de expressão e necessários impactos da ausência de neutralidade e do protagonismo das plataformas na curadoria e gerenciamento de informações

138. O discurso democrático que sustenta o regime de responsabilidade previsto pelo art. 19 do Marco Civil da Internet, sob o argumento de que qualquer outra solução implicaria restrições à liberdade de expressão ou mesmo a instituição de uma censura prévia, esconde, na verdade, o fato de que **as plataformas digitais desenvolvem modelo de negócio fechado, parcial e que serve aos seus próprios interesses⁷², gerando inúmeras externalidades negativas sem as devidas preocupações e cautelas.**

139. Especialmente as chamadas “redes sociais” facilitam o contato entre as pessoas, promovem novas oportunidades de interação e permitem a criação de grupos de indivíduos que têm afinidade por determinados interesses⁷³.

⁷² PASQUALE, Frank. Platform Neutrality: Enhancing Freedom of Expression in Spheres of Private Power, *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 17, nº 2, p. 487-513, 2016, p. 488. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2779270. Acesso em 22.7.2020.

⁷³ GILLESPIE, Tarleton. *Custodians of the Internet: Platforms, content moderation, and the hidden decisions that shape social media*, 2018. Disponível em



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

Entretanto, a “fantasia de uma plataforma amplamente aberta”, intimamente relacionada a noções utópicas de comunidade e de democracia, embora tentadora, é falaciosa: **toda e qualquer plataforma impõe regras de moderação.**⁷⁴ Essa **moderação, como adverte Tartelon Gillespie⁷⁵, é intencionalmente difícil de ser examinada e mesmo de ser percebida.**

140. A extração de dados privados, aliada ao uso intensivo de um intrincado sistema de algoritmos e ferramentas de *Big Data* e de *Big Analytics*, permite às plataformas controlar a difusão dos conteúdos produzidos por terceiros, interferindo diretamente no fluxo informacional. Segundo Shoshana Zuboff⁷⁶, a expressão “extração” é perfeita para descrever o fenômeno, que é realizado, na maior parte das vezes, sem o consentimento e sem nem mesmo a ciência dos usuários.

141. Assim, longe de assumirem uma posição passiva na intermediação de conteúdos produzidos por terceiros, **as plataformas digitais interferem no fluxo de informações, filtrando, classificando, priorizando e dirigindo determinadas informações ou propagandas a determinados usuários.** Por meio de negócios supostamente gratuitos para os usuários, empresas como Facebook, Instagram, YouTube instituíram um massivo e lucrativo esquema de extração de dados, cuja racionalidade é fácil de entender: quanto mais personalizadas as ofertas, maior a chance de que o usuário compre os produtos anunciados, atraindo mais anunciantes ou interessados em se aproveitar do fluxo informacional para o seu próprio benefício.

142. A partir daí surge o que Eli Pariser intitulou de “bolhas dos filtros”. O termo serve para designar uma espécie de “microcosmo”, criado por meio de filtros on-line, que funcionam a partir da avaliação de nosso comportamento na rede

https://www.researchgate.net/publication/327186182_Custodians_of_the_internet_Platforms_content_moderation_and_the_hidden_decisions_that_shape_social_media. Acesso em 5.8.2020

⁷⁴ GILLESPIE, Tartelon. *Custodians of the Internet*, cit..

⁷⁵ GILLESPIE, Tartelon. *Custodians of the Internet*, cit..

⁷⁶ *The age of surveillance capitalism. The fight for a human nature at the new frontier of power.* New York: Public Affairs, 2019, p. 17-25



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

e tentam fazer extrapolações, definindo nossa identidade, nossos desejos e ações futuras⁷⁷. Esses mecanismos criam, então, um universo de dados exclusivo para cada usuário, que irá influenciar, de maneira decisiva, os conteúdos a que teremos acesso na internet⁷⁸.

143. **O direcionamento de conteúdos ajuda a assegurar que as pessoas passarão mais tempo na plataforma, e, quanto mais tempo as pessoas passam nas plataformas, mais intensamente ficarão submetidas à publicidade, à coleta de dados e a estratégias que influenciam, quando não manipulam diretamente, suas visões de mundo, ideias e valores, o que pode ser utilizado para os mais variados propósitos, desde os comerciais aos políticos⁷⁹.**

144. **A violação da privacidade e dos dados pessoais torna-se, portanto, um lucrativo negócio que, baseado na extração e na monetização de dados, possibilita a acumulação de um grande poder, que se retroalimenta indefinidamente⁸⁰.**

145. Assim, ao contrário da mídia tradicional, em que as empresas limitam-se a fornecer conteúdo em troca da expectativa de que seus telespectadores assistam a comerciais ou vejam determinado anúncio genérico no jornal, as plataformas digitais constituem um sofisticado sistema de captação de dados, abrindo espaço para ofertas especificamente direcionadas para determinado consumidor, com base nos seus hábitos, idade, gênero, interesses, localização, profissão, relações interpessoais, padrões de renda, etc.⁸¹ Isso ajuda a explicar por

⁷⁷ PARISER, *O filtro*, cit., p.11..

⁷⁸ PARISER, *O filtro*, cit., p.11.

⁷⁹ FRAZÃO, *Plataformas digitais*, cit., p. 642.

⁸⁰ Cf. FRAZÃO, Ana. Fundamentos dos dados pessoais – Noções introdutórias para a compreensão da importância da Lei Geral de Proteção de dados. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (coords). *Lei Geral de Proteção de Dados e suas repercussões no Direito Brasileiro* [edição eletrônica]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pp. 25-63.

⁸¹ “Unlike the old broadcast model of simply exchanging programming content for (an easily avoided) obligation to watch commercials, the new online data collectors enjoy far greater powers to monitor the behavior and actions of users and to influence their online experience and reputation. The skillful use of that data is a large part of the success of online behemoths and is increasingly driving



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

que empresas que não cobram diretamente nada de seus usuários estão, hoje, entre as maiores mundo.

146. Entretanto, **o preço existe e se traduz nos dados pessoais e, indiretamente, na individualidade, no tempo e na consciência das pessoas.** Daí por que os próprios dados se tornaram objeto de crescente e pujante mercado. Não é sem razão que se cunhou a expressão *data-driven economy*, em português “economia movida a dados”, para designar o fato de que, como aponta Nick Srnicek⁸², o capitalismo no século XXI passou a centrar-se na extração e no uso de dados pessoais⁸³.

147. Como resumiu a Declaração do Comitê de Ministros da Europa⁸⁴ ao refletir sobre a capacidade de manipulação dos algoritmos:

A tecnologia é uma presença em crescimento constante na vida continuada, e leva seus usuários a revelarem seus dados relevantes voluntariamente, incluindo dados pessoais, em troca de conveniências pessoais relativamente pequenas. A conscientização pública, contudo, remanesce baixa considerando a extensão com que os dispositivos coletam e geram, todos os dias, enormes quantidades de dados. Esses dados são utilizados para alimentar tecnologias de *machine learning*, para priorizar resultados, predizer e moldar preferências pessoais, alterar o fluxo de informações e, algumas vezes, submeter os indivíduos a experimentos comportamentais.

148. **As plataformas, todavia, têm interesse no mito da neutralidade.**

Embora, muitas vezes, façam alusões genéricas às personalizações de conteúdo como

decisionmaking at companies ranging from banks to retailers.” (PASQUALE, Frank. CITRON, Danielle. Promoting Innovation While Preventing Discrimination: Policy Goals for the Scored Society. *Washington Law Review*, vol. 89, p. 1413-1424, 2014, p. 1414).

⁸² SRNICEK, Nick. *Platform capitalism*. Cambridge: Polity Press, 2018, p. 39. Cf. FRAZÃO, Fundamentos, cit, p. 26.

⁸³ PARISIER, Eli. *O filtro invisível: o que a internet está escondendo de você*. Tradução Diego Alfaro. Rio de Janeiro: Zahar, 2012, p.11.

⁸⁴ Declaration by Committee of Ministers on the manipulative capabilities of algorithmic processes, fev. 2019. Disponível em <https://ccdcoe.org/uploads/2019/09/CoE-190213-Declaration-on-manipulative-capabilities-of-algorithmic-processes.pdf>. Acesso em 3.8.2020.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

uma vantagem do serviço prestado a seus usuários, ao mesmo tempo, minimizam seu papel de intervenção, não apenas no que se refere à moderação, remoções, bloqueios de conteúdos, mas também na forma como os conteúdos são classificados e como alguns deles ganham destaque em detrimento de outros⁸⁵. Mesmo quando reconhecem a moderação, as plataformas, como explica Tarleton Gillespie⁸⁶, tendem a propalar uma imagem de imparcialidade, que se explica, em parte, para se escusar das respectivas responsabilidades de seus atos.

149. **Ainda que as plataformas não criem diretamente conteúdo, seus algoritmos fazem uma curadoria automática. Essas decisões quanto ao código de funcionamento das plataformas não são neutras. Na verdade, as plataformas utilizam estratégias para fazer com que seus sites se tornem viciantes, o que produz engajamento e mantém os usuários na plataforma⁸⁷.**

150. Segundo Tarleton Gillespie⁸⁸, oferecer isenção às plataformas ainda que elas intervenham nas comunicações, como se o serviço fosse análogo àquele prestado por serviços de telefonia, permite às plataformas selecionar e escolher quando irão interferir sem que sejam responsabilizadas nem que tenham que cumprir qualquer dever ao fazê-lo.

151. Contudo, como já visto, as plataformas regulam o discurso de seus usuários, impõem políticas e termos de serviço e fazem a moderação de conteúdos ilícitos automaticamente, por meio de *softwares* ou manualmente, seja antes da publicação (moderação *ex ante*), seja depois (moderação *ex post*)⁸⁹.

152. Evidentemente, as propaladas personalizações de conteúdo, que, em geral, são anunciadas pelas próprias plataformas como uma vantagem do serviço, despertam inúmeras preocupações sociais, culturais e políticas. Ante o fato de que a

⁸⁵ GILLESPIE, Tarleton. *Custodians of the Internet*, cit.

⁸⁶ GILLESPIE, Tarleton. *Custodians of the Internet*, cit.

⁸⁷ Neste sentido, remete-se o leitor ao Anexo 5, que descreve, resumidamente, como a coleta e o tratamento de dados pessoais influenciam no funcionamento de algumas plataformas.

⁸⁸ GILLESPIE, Tarleton. *Custodians of the Internet*, cit.

⁸⁹ LAVI, Do Platforms Kill, cit., p. 500-502.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

maioria das pessoas se informa por meio das redes sociais, essa seleção de conteúdo assume contornos particularmente graves, na medida em que interferem nas visões de mundo de seus usuários⁹⁰. Afinal, os mesmos dados que podem possibilitar uma experiência de consumo única e diferenciada podem ser também utilizados para manipular os usuários inclusive com fins políticos, como ficou claro no famoso caso Cambridge Analytica⁹¹.

153. Como bem resumiu Jeffrey Rosen⁹²:

Até recentemente, a pessoa que tinha mais poder para decidir quem seria ouvido ao redor do mundo não era o presidente nem a Suprema Corte. Era Nicola Wong, a Diretora Geral Adjunta do Google, até sua recente renúncia...[em razão de seu poder] para decidir o que apareceria em cima e o que aparecia embaixo [no Google e YouTube ao redor do mundo].

154. É dentro desse contexto que artigo de Roger Mc Namee retoma o alerta que Marc Andressen já havia dado em 2011, para advertir que os gigantes da internet estão engolindo a economia mundial. Adverte o autor para dois principais tipos de riscos: (i) os relacionados aos usuários, considerando que plataformas como Facebook, Google, Amazon, Alibaba e Tencent usaram técnicas comuns em propaganda e cassinos para promover o vício psicológico; e (ii) os geopolíticos, considerando os danos que podem ser causados na esfera política – de que os casos Brexit e a eleição presidencial norte-americana de 2016 são exemplos⁹³.

⁹⁰ Cf. EPSTEIN, Robert, How Google Could Rig the 2016 Election, *Político*, 19.8.2015. Disponível em <http://www.politico.com/magazine/story/2015/08/how-google-could-rig-the-2016-election-121548> (popularizing Epstein's past, peer-reviewed research on the persuasive impact of undetectable biases in search engines that are either mandated by managers, coded by engineers, or arise in an emergent fashion from the interplay of user data and algorithmic ordering of information). Acesso em 25.7.2020.

⁹¹ "Facebook eleva para 87 milhões o nº de usuários que tiveram dados explorados pela Cambridge Analytica". Portal G1, 4 abril de 2018. Disponível em <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/facebook-eleva-para-87-milhoes-o-n-de-usuarios-que-tiveram-dados-explorados-pela-cambridge-analytica.ghtml>. Acesso em 10.8.2020.

⁹² ROSEN, Jeffrey. *The Deciders*. *Fordham Law Review*, vol. 80, pp. 1525-1526, 2012. Tradução livre.

⁹³ MC NAMEE, Roger. Viciados e traficantes nas mídias sociais, *Valor Econômico*, 29.1.2018.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

155. Os impactos políticos desses processos não passaram despercebidos pela já mencionada “Declaração do Comitê de Ministros da Europa sobre as Capacidades de manipulação dos algoritmos”⁹⁴:

(...) Ferramentas de *machine learning* contemporâneas tem a capacidade crescente não apenas de prever escolhas, mas também de influenciar emoções e pensamentos e alterar, antecipadamente, o curso de nossas ações, algumas vezes de forma subliminar. Esses perigos democráticos que emanam da possibilidade de empregar essa capacidade de manipulação e controle não apenas no que se refere a escolhas econômicas, mas também em relação a comportamentos sociais e políticas se tornou aparente recentemente. Nesse contexto, deve ser dedicada especial atenção ao poder decorrente desses avanços tecnológicos que conferem àqueles que os utilizam – sejam entidades públicas ou privadas – ferramentas sem a devida supervisão ou controle democrático.

156. **Em decorrência de seu grande poder de conexão, na verdade, as plataformas acabam assumindo o papel de *gatekeepers* dos tempos atuais.** O termo *gatekeepers*, como bem explica Karine Barzilai-Nahon⁹⁵, refere-se aos agentes que, em razão de sua centralidade, exercem todas as formas de controle de informação no *network* que criam – tais como seleção, moldagem, timing, repetição, sonegação, entre outros – e ainda têm grandes poderes sobre os membros do *network*, na medida em que podem (i) “prender” usuários dentro da rede; (ii) proteger normas, informações, usuários e comunidades de entradas não desejadas; e (iii) ainda manter atividades em curso dentro da rede sem distúrbios.

157. É inequívoco, portanto, que o poder acumulado pelas plataformas digitais vai muito além das definições tradicionais de poder econômico, normalmente centradas na capacidade de aumentar preços de produtos ou serviços ou reduzir ofertas. **A variedade, a extensão e o impacto do poder econômico desses agentes,**

⁹⁴ Declaration by Committee, cit.

⁹⁵ BARZILAI-NAHON, Karine. Toward a theory of gatekeeping: a framework for exploring information control. *Journal of the American Society for Information Science and Technology*, v. 59, 2008, p. 1496.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

na verdade, é de tal grau que muitos já as colocam em patamar semelhante ao dos Estados (*net states*)⁹⁶.

158. Logo, diante do poder das plataformas digitais, é preciso reenquadrar a discussão sobre a liberdade de expressão, reconhecendo que, na nova era do “capitalismo de vigilância”, não há propriamente um antagonismo entre regulação e liberdade de expressão⁹⁷. Pelo contrário, a regulação acaba sendo fundamental para assegurar a efetiva liberdade de expressão, evitando as inúmeras distorções e manipulações que têm ocorrido no ambiente virtual.

159. Na verdade, como adverte Frank Pasquale, a incidência do direito consumidor, do direito antitruste, de leis protetivas da privacidade e, permita-nos incluir também os direitos de proteção à criança e ao adolescente, dentre outras, constituem ferramentas para controlar a excessiva interferência das plataformas digitais no fluxo informacional, assegurando padrões mínimos de neutralidade, o que pode, inclusive, contribuir para a promoção da liberdade de expressão, e não o contrário⁹⁸. **A ideia subjacente à imposição de regras é justamente impedir que “intermediários” com poder econômico tão elevado possam distorcer seja o comércio seja a esfera pública**⁹⁹.

160. Nesse sentido, é precisa a advertência de Jack M. Balkin¹⁰⁰ de que, na era digital, é preciso repensar o papel da liberdade de expressão, que, ao lado da função tradicional de proteger os cidadãos da censura estatal, também deverá funcionar como um contrapeso para equilibrar o poder privado de controle e vigilância das novas tecnologias.

⁹⁶ WICHOWSKI, Alexis. Net states rule the world; we need to recognize their power. Wired. Disponível em: <https://www.wired.com/story/net-states-rule-the-world-we-need-to-recognize-their-power/#:~:text=10%3A00%20AM-,Net%20States%20Rule%20the%20World%3B%20We%20Need%20to%20Recognize%20Their,Save%20this%20story%20for%20later..> Acesso em 22.7.2020. Cf. FRAZÃO, Ana. Fundamentos, cit.

⁹⁷ PASQUALE, Platform neutrality, cit., p. 489.

⁹⁸ Ibidem, p. 489.

⁹⁹ Ibidem, p. 489.

¹⁰⁰ BALKIN, M. Jack. Free Speech, cit., p. 1152. Disponível em https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/51/3/Essays/51-3_Balkin.pdf. Acesso em 22.7.2020.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

161. Entretanto, o que se observa é que parte considerável das legislações ao redor do mundo ainda não conseguiram se adaptar à nova realidade. No direito norte-americano, por exemplo, a legislação que regula a responsabilidade dos provedores, tal como o Marco Civil da Internet, ainda reflete uma exaltação do direito de liberdade de expressão, consagrado na primeira Emenda. No histórico julgamento do caso *Reno v. ACLU*¹⁰¹, a Suprema Corte considerou inconstitucionais partes do *Comunnication Decency Act* (CDA), que vedavam a veiculação de conteúdos “indecentes” ou “manifestamente ofensivos”, com o objetivo de proteger crianças, ante a excessiva amplitude dos termos mencionados.

162. O julgamento assegurou uma dupla vitória para as plataformas: além da declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos descritos, a Corte manteve a seção 230 do CDA, que garantiu praticamente imunidade aos provedores pelos danos causados aos usuários decorrentes de conteúdos de terceiros¹⁰². A ressalva ficou por conta dos direitos autorais que, regulados pelo *Digital Millenium Copyright Act* (DMCA), foram submetidos ao sistema de *notice and take down*, já descrito anteriormente.

163. Diante disso, **Frank Pasquale**¹⁰³ denuncia a postura altamente contraditória que tem sido assumida pelas plataformas, ora invocando seu papel de meras intermediárias para escusar-se da responsabilidade pelos danos, ora valendo-se de sua interferência no fluxo informacional, para, por exemplo, distorcer a ordem concorrencial, favorecendo seus próprios serviços em detrimento de seus competidores nos mecanismos de busca. **Essa ambivalência, como ressalta o autor, assegura às plataformas o melhor dos mundos: usufruem dos direitos e do poder decorrentes de sua atuação como gestores do fluxo informacional e arcam com as responsabilidades de meros intermediários.**

¹⁰¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844.

¹⁰² PASQUALE, *Platform Neutrality*, p. 494.

¹⁰³ PASQUALE, *Platform Neutrality*, cit., p. 495.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

164. Já no âmbito do Direito Comunitário Europeu, o tema é disciplinado pela Diretiva de Comércio Eletrônico (DCE)¹⁰⁴, segundo o qual o mero condutor da informação não tem dever geral de vigilância sobre as atividades de seus usuários. O art. 48, entretanto, deixa claro que a impossibilidade de se imputar um dever geral de fiscalização não impede os Estados-Membros de impor “deveres de diligência que podem razoavelmente esperar-se deles e que estejam especificados na legislação nacional, no sentido de detectarem e prevenirem determinados tipos de atividades ilegais”¹⁰⁵.

165. O regime da DCE, entretanto, é insuficiente para regular as responsabilidades das plataformas na atual realidade, pois, como explicitamente reconheceu a Comissão Europeia,

foi concebido numa altura em que as plataformas em linha não tinham as características nem a escala que têm atualmente. No entanto [a ECD], criou um ambiente regulamentar tecnologicamente neutro que tem facilitado consideravelmente a sua evolução.¹⁰⁶

166. Exatamente por isso, em 2015, a Comissão Europeia anunciou o projeto de criação do “Mercado Único Digital” (*Digital Single Market – DSM*), que,

¹⁰⁴ Nos termos do art. 14 da DCE, “Em caso de prestação de um serviço da sociedade da informação que consista no armazenamento de informações prestadas por um destinatário do serviço, os Estados-Membros velarão por que a responsabilidade do prestador do serviço não possa ser invocada no que respeita à informação armazenada a pedido de um destinatário do serviços”. No mesmo sentido, o art. 15 afirma que “os Estados-Membros não imporão aos prestadores, para o fornecimento dos serviços mencionados nos artigos 12.o, 13.o e 14.o, uma obrigação geral de vigilância sobre as informações que estes transmitam ou armazenem, ou uma obrigação geral de procurar activamente factos ou circunstâncias que indiciem ilicitudes”.

¹⁰⁵ De acordo com o art. 48 da DCE, “A presente directiva não afecta a possibilidade de os Estados-Membros exigirem dos prestadores de serviços, que acolham informações prestadas por destinatários dos seus serviços, que exerçam deveres de diligência que podem razoavelmente esperar-se deles e que estejam especificados na legislação nacional, no sentido de detectarem e prevenirem determinados tipos de actividades ilegais”. Registre-se que “Na aceção da DCE, só podem ser considerados prestadores de serviços de armazenagem em servidor os fornecedores que não tenham conhecimento da informação em causa nem o controlo desta. Esta isenção de responsabilidade só se aplica se os fornecedores garantirem que, caso deterem conteúdos ilegais, atuarão com diligência para impossibilitar o acesso a tais conteúdos ou para os remover.” (CE, COM(2016 287 final), Bruxelas, 2016. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/>. Acesso em 25.7.2020).

¹⁰⁶ CE, COM(2016) 288 final, Bruxelas, 2016. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/>. Acesso em 25.7.2020. Acesso em 25.7.2020.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

dentre outras coisas pretende instituir novo marco regulatório, o *Digital Services Act Package*¹⁰⁷. A nova regulação, que está sob consulta pública, quer impor regras mais claras para proteger direitos dos usuários e para assegurar que as plataformas atuarão de forma concorrencialmente leal¹⁰⁸. A ideia é estabelecer obrigações *ex ante* para grandes plataformas, que atuam como *gatekeepers*.

O quadro regulatório atual para serviços digitais data de 20 anos. Ele ajudou no crescimento dos serviços digitais na Europa, mas ele não fornece mais respostas para muitas das crescentes pressões no que se refere ao papel e à responsabilidade das plataformas digitais, especialmente das maiores. A Europa precisa de uma regulação moderna para reduzir a fragmentação regulatória entre os países membros e para assegurar melhor que, em toda a Europa, todos estejam tão protegidos online quanto offline (...).

167. No final de 2018, foi aprovada a Diretiva (UE) nº 18/1808, conhecida como *Audiovisual Media Services Directive (AVMSD)*, que impõe deveres de cuidado às plataformas de compartilhamento de vídeo por conteúdos de seus usuários, incluindo comunicações publicitárias. Algumas regras da Diretiva encontram-se descritas no Anexo 2. Além do AVMSD, a Comissão Europeia também instituiu nova legislação que, dentre outras coisas, disciplina a responsabilidade das plataformas por conteúdos que violem direitos autorais (*Digital Copyright Directive (EU) 2019/720*), descrito no Anexo 8.

¹⁰⁷ Como resume Giancarlo Frosio, “Recalibration towards more secondary liability for online intermediaries does characterize the recent international policy debate. Liability exemptions for online service providers have been a long-lasting companion of Internet policy for the past twenty years. Traditionally, safe harbor legislations provide mere conduit, caching, and hosting exemptions for intermediaries, together with the exclusion of a general filtering or monitoring obligation. Nonetheless, the European Commission would like to re-consider the eCommerce Directive horizontal intermediary liability regime and put in place a ‘fit for purpose’ regulatory environment”. (From Horizontal to Vertical: An Intermediary Liability Earthquake in Europe. *Oxford Journal of Intellectual Property Law and Practice*, vol. 12, 2017) Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2956859>. Acesso em 25.7.2020.

¹⁰⁸ Cf. “Consultation on the Digital Services Act package”. Disponível em <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/consultation-digital-services-act-package>. Acesso em 25.7.2020.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

168. Como se nota, **tanto no direito americano quanto europeu há uma crescente preocupação com o descompasso entre o regime de responsabilidade, instituído em lei, e o poder das plataformas digitais.**

169. **A preocupação obviamente se aplica também ao ordenamento brasileiro.** De fato, a redação literal dos arts. 19 e 21 do Marco Civil criou, praticamente, uma isenção para os provedores em relação aos danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, partindo de uma premissa, como visto, claramente anacrônica: a de que plataformas figuram como meras intermediárias passivas dessas informações. É preciso, portanto, revisitar esse entendimento, inclusive para assegurar o direito à liberdade de expressão.

170. Provavelmente a mudança de orientação exigirá nova disciplina legislativa, mais consentânea com o papel político, econômico e social exercido pelas plataformas digitais. Entretanto, **a ausência de uma regulamentação mais consentânea com a atual realidade não desobriga o intérprete de, na falta dela, conferir interpretação sistemática e teleológica ao Marco Civil e a todo o regime jurídico brasileiro, para os fins de se equacionar corretamente o poder e responsabilidade desses agentes econômicos.**

171. **Se tal esforço interpretativo já seria necessário em relação a vários outros assuntos, com maior razão deve sê-lo quando se trata da proteção de crianças e adolescentes,** tema em relação ao qual os critérios de responsabilidade civil – tanto os específicos previstos no Marco Civil da Internet, como os gerais previstos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor – sempre exigiram uma interpretação compatível com os princípios constitucionais e legais que impõem a ampla proteção desse grupo hipervulnerável.

172. Diante do reconhecimento do protagonismo exercido pelas plataformas digitais no fluxo de informações, não há mais espaço para o modelo de responsabilidade altamente restritivo, aplicável aos danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, que acabou culminando na edição da Lei nº 12.965/2014, ainda



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

mais quando este vem sendo interpretado de forma isolada, sem qualquer comprometimento com uma interpretação conforme e sistemática à Constituição Federal, ao ECA, à Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificado no Brasil pelo Decreto n.º 99.710 de 21 de Novembro de 1990¹⁰⁹.

173. Vale ressaltar também o Comentário Geral n.º 25 do Comitê dos Direitos da Criança da ONU¹¹⁰, que oferece importantes diretrizes interpretativas para os direitos das crianças no mundo digital.

4. Uma nova abordagem da questão: o dever de cuidado no *design* da plataforma

174. Como descrito anteriormente, em regra, tem-se aplicado às plataformas um regime diverso do aplicado às mídias tradicionais, sob o argumento de que, ao contrário destas, não criam e publicam seus próprios conteúdos, cabendo aos usuários essa tarefa. Ocorre que, como igualmente já se demonstrou, as plataformas exercem controle do conteúdo, ainda que de maneira diversa da mídia tradicional, notadamente a curadoria automática com um alto grau de personalização¹¹¹.

175. Não obstante, a realidade atual vem sendo marcada pela constatação de que o déficit de regulação jurídica vem possibilitando que as plataformas digitais sejam palco para a prática de uma série de atos abusivos, próprios ou por parte de seus usuários. A ideia de que as mídias sociais digitais fomentariam o debate livre de ideias, dando voz para múltiplos atores sociais, tem ficado pra trás.

¹⁰⁹ BRASIL, Decreto n.º 99.710 de 21 de novembro de 1990, Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm . Acesso em: 29.9.2021.

¹¹⁰ ONU, Comentário Geral n.º 25 sobre direitos da criança em relação ao ambiente digital, Comitê dos Direitos da Criança da ONU, 2020. Disponível em: <https://criancaconsumo.org.br/wp-content/uploads/2021/04/general-comment-n-25-2021.pdf> . Acesso em 29.9.2021.

¹¹¹ MAZÚR; PATAKYOVÁ, Regulatory, cit., p. 222.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

176. Dentre os efeitos mais visíveis desse processo encontram-se os escândalos políticos envolvendo as eleições nos Estados Unidos, e, mais recentemente no Brasil, baseados em estratégias maciças de desinformação, muitas vezes implementadas por perfis falsos ou *bots*, bem como pelo vazamento de dados pessoais de milhares de usuários, tais como ocorreu do Facebook para a Cambridge Analytica¹¹². Entretanto podem ser igualmente mencionados abusos de posição dominante das plataformas, criação e disseminação de *fakenews*, de discursos de ódio, de racismo e de outros conteúdos ilícitos.

177. Se tais circunstâncias já causam dificuldades em relação aos direitos dos usuários adultos, geram preocupações ainda mais graves em relação aos direitos de crianças e adolescentes, inclusive para o fim de se questionar em que medida o mero controle de conteúdos, ainda que fosse possível e desejável, seria suficiente para endereçar todos esses problemas, ainda mais quando se observa que muitos deles geram danos irreversíveis ou de difícil reversibilidade, motivo pelo qual os maiores esforços em relação a eles deveria se dar no campo da prevenção.

178. Sob esta perspectiva, **abre-se nova frente de discussões, que deixam de ter como foco apenas o controle de conteúdos e passam a ter como foco a própria arquitetura da plataforma, ou seja, o seu *design* e a compatibilidade deste com padrões mínimos de *accountability*¹¹³ e mesmo de cuidado.** Não é sem razão que, nesse cenário, autores como Maria Patakyová e Ján Mazúr¹¹⁴ destacam que o denominador comum dos danos expostos acima está no *design* das plataformas, criado para atingir interesses econômicos dos agentes, ao mesmo tempo em que impõe externalidades significativas à sociedade.

179. O ponto a ser aqui destacado é que **as plataformas digitais não somente vêm exercendo a curadoria de conteúdos, como vêm fazendo isso de**

¹¹² “A controvérsia dos 50 milhões de perfis do Facebook manipulados pela Cambridge Analytica”, 2018. Disponível em <https://tecnoblog.net/236612/facebook-cambridge-analytica-dados/>. Acesso em 3.8.2020.

¹¹³ MAZÚR; PATAKYOVÁ, Regulatory, cit., p. 249.

¹¹⁴ MAZÚR, PATAKYOVÁ, Regulatory, cit., p. 219.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

forma a aparentemente priorizar os seus interesses econômicos em detrimento dos demais interesses envolvidos, mesmo que ao preço de gravíssimas externalidades negativas. Tal circunstância também não passou despercebida para a Declaração do Conselho de Ministros da Europa¹¹⁵:

Mais ainda, tecnologias e sistemas movidos a dados são desenhados para atingir, continuamente, soluções ótimas considerados os parâmetros fornecidos por seus desenvolvedores. Quando operam em larga escala, esses processos de otimização, inevitavelmente, priorizam certos valores em detrimento de outros, e, em consequência, moldam os contextos e os ambientes nos quais os indivíduos, seus usuários e não usuários também, recebem informações e tomam suas próprias decisões. Essa reconfiguração do ambiente pode ser benéfica para alguns indivíduos e grupos enquanto prejudicial para outros, o que suscita discussões também sobre a distribuição de seus resultados (...).

180. Tal problema potencializa-se quando se verifica que as plataformas digitais se tornaram igualmente verdadeiros fóruns públicos de debate. Não sem razão, nos Estados Unidos, uma decisão judicial chegou a determinar que o Presidente desbloqueasse 41 usuários¹¹⁶. Daí a advertência de Maria Patakyová e Ján Mazúr¹¹⁷ de que, como fóruns públicos que são, **as plataformas devem exercer algum grau de controle sobre os conteúdos publicados, ainda que o exercício desse poder exija elevado grau de transparência para minimizar riscos à liberdade de expressão.**

181. Registre-se que as plataformas têm adotado algumas medidas de autorregulação para conter os efeitos nefastos que vem decorrendo do ecossistema

¹¹⁵ Declaration by Committe, cit.

¹¹⁶ “Trump é obrigado a desbloquear usuários no Twitter após decisão judicial”. Disponível em <https://www.tecmundo.com.br/redes-sociais/133724-trump-obrigado-desbloquear-usuarios-twitter-decisao-judicial.htm>. Acesso em 3.8.2020.

¹¹⁷ MAZÚR, PATAKYOVÁ, Regulatory, cit., p. 223.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

digital por elas criado. Contudo, tais iniciativas têm se mostrado muito aquém do dever de cuidado exigível¹¹⁸.

182. Apesar da importância das medidas autorregulatórias, elas carecem, por definição, de obrigatoriedade, deixando a cargo e ao arbítrio das plataformas a decisão sobre quando, por que motivo e que medidas implementar. Os problemas de *design*, aliás, ficam muito evidentes ao se verificar como o Facebook e outras plataformas também têm funcionado como arenas para abusos organizados por entidades governamentais ou por agentes privados, com o fim de manipular o discurso político, polarizar a sociedade, favorecer a desconfiança e, em última análise, interferir no processo democrático¹¹⁹.

183. Não há dúvida de que os atores responsáveis diretamente por tais distorções valem-se do próprio *design* da plataforma, que, orientada por seus interesses de mercado, contribui para o espalhamento de *spams* e de *fake news*. Daí por que a solução para esse tipo de problema, como esclarecem Ján Mazúr e Maria Patakyová¹²⁰, é alterar o *design* das plataformas, modificando a forma como seus algoritmos trabalham para que “posts desnecessariamente provocativos sejam cada vez menos distribuídos, evitando que haja um pico de engajamento”.

184. Como advertem Lorna Woods e William Perrin¹²¹, “os provedores de mídias sociais e de mensagens¹²² (Facebook, Twitter, YouTube, Tiktok, etc) devem

¹¹⁸ Como exemplo, menciona-se a implementação, pelo Facebook, de uma espécie de instância de revisão para resolver reclamações decorrentes da remoção de conteúdos, a quem caberá ratificar ou rever a decisão. O “Facebook’s Oversight Board” anunciou o nome de seus primeiros membros em maio de 2020, dos quais 4 foram escolhidos pela plataforma e os demais pelos membros já nomeados. Essa proposta, entretanto, já tem sido objeto de críticas doutrinárias, sob o argumento de que esse tipo de medida nem endereça o problema do design das plataformas nem assegura imparcialidade, porque, na prática, o grupo de revisão irá agir de acordo com as regras criadas pela própria plataforma. Cf. “Welcoming the Oversight Board”, 6 de maio de 2020. Disponível em <https://about.fb.com/news/2020/05/welcoming-the-oversight-board/>. Acesso em 3.8.2020).

¹¹⁹ MAZÚR; PATAKYOVÁ, *Regulatory*, cit., p. 223-224.

¹²⁰ MAZÚR; PATAKYOVÁ, *Regulatory*, cit., p.224.

¹²¹ WOODS, Lorna; PERRIN, William. *Online harm reduction: a statutory duty of care and regulator*, abril 2019, p. 5. Disponível em <https://www.carnegieuktrust.org.uk/publications/online-harm-reduction-a-statutory-duty-of-care-and-regulator/>. Acesso em 14.8.2020.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

ser responsáveis pelo espaço público que criaram tanto quanto os proprietários ou operadores no mundo físico”, porque tudo que acontece nesse espaço é “o resultado de decisões corporativas: sobre os termos de serviço, o *software* empregado, assim como os recursos utilizados para a manutenção do *software* e o cumprimento dos termos de serviço”. **Essas decisões relativas ao *design* da plataforma, como advertem os autores, não são neutras; ao contrário, elas podem estimular ou desestimular certos tipos de comportamento por seus usuários**¹²³.

185. Por essa razão, discute-se a necessidade de algum tipo de regulação para conter o alto grau de externalidades negativas que as plataformas digitais vêm apresentando. Um bom exemplo nesse sentido é relatório intitulado “*Online harm reduction – a statutory duty of care and regulator*”, elaborado entre 2018 e 2019. Trata-se de proposta regulatória, que visa a assegurar maior segurança aos usuários da internet no Reino Unido, por meio do estabelecimento de um dever de cuidado legal cujo *enforcement* caberia a um órgão regulador. O modelo proposto, apesar de ter viés essencialmente, regulatório¹²⁴, é interessante por focar no estabelecimento de um dever legal de cuidado, deixando para as próprias plataformas, que conhecem melhor o negócio, o espaço para implementarem as soluções específicas necessárias¹²⁵.

186. Outro aspecto importante da proposta é o seu caráter sistêmico: visa ao *design* do serviço, sob um viés preventivo¹²⁶. Em síntese, o que se pretende é imputar aos responsáveis pelas externalidades negativas os custos daí decorrentes,

¹²² “We suggest that the regime apply to social media services used in the UK that have the following characteristics: (i) Have a strong two-way or multiway communications component; (ii) Display and organise user generated content publicly or to a large member/user audience; (iii) Are not subject to a detailed existing content regulatory regime, such as the traditional media (broadcast or press)”. (WOODS; PERRIN, *Online harm reduction*, cit., p. 32).

¹²³ WOODS; PERRIN, *Online harm reduction*, cit., p. 5.

¹²⁴ WOODS; PERRIN. *Online harm reduction*, cit., p. 7. Assim, a proposta não assegura aos sujeitos de direito lesados pelas violações ao dever de cuidado descrito o direito de apresentar demandas privadas ao órgão regulador ou de alegar perante o Judiciário a violação a esse dever.

¹²⁵ WOODS; PERRIN, *Online harm reduction*, cit., p. 7.

¹²⁶ WOODS; PERRIN, *Online harm reduction*, cit., p. 5.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

de forma análoga ao princípio do poluidor-pagador¹²⁷. Como advertem, Lorna Woods e William Perrin¹²⁸, muitos desses negócios foram criados e se devolveram a partir de um *design* que partiu da premissa que os custos são externos às decisões produtivas. Uma regulação eficiente serviria para internalizar esses custos¹²⁹ e corrigir uma falha de mercado. Um dos motivos pelos quais esse mercado, como advertem os autores, não consegue ser eficiente é porque a maioria das pessoas sequer entende que estão pagando com seus dados para a utilização do serviço, como já explicado anteriormente.¹³⁰

187. A regulação serviria para evitar o percurso mais tortuoso da responsabilidade civil, agravado pelo fato de que litígios individuais das vítimas contra as plataformas enfrentam o problema da grande assimetria de poder¹³¹. Nesse sentido, a ideia de um dever de cuidado que incidiria sobre o próprio *design* das plataformas é particularmente relevante para crianças e adolescentes, que são constantemente expostos a riscos no ambiente virtual – *cyberbullying*, assédio sexual, exposição a conteúdos violentos ou perturbadores ou a apelos publicitários massivos, *grooming*, etc. Muitas vezes, esses danos estão relacionados à própria concepção do modelo de negócio pelas plataformas. Daí a importância de um dever de cuidado, que, afastando-se da abordagem baseada apenas no conteúdo, também alcance o próprio desenvolvimento da plataforma¹³².

188. Um dos critérios centrais para a definição de cuidado é o risco¹³³, razão pela qual deve alcançar os riscos previsíveis decorrentes do uso dos serviços das plataformas¹³⁴. Sob essa perspectiva, entende-se que serviços dirigidos a crianças ou a grupos vulneráveis suscitam maiores riscos, motivo pelo qual também devem

¹²⁷ WOODS; PERRIN, *Online harm reduction*, cit., p. 5.

¹²⁸ WOODS; PERRIN, *Online harm reduction*, cit., p. 8.

¹²⁹ WOODS; PERRIN, *Online harm reduction*, cit., p. 8.

¹³⁰ WOODS; PERRIN, *Online harm reduction*, cit., p. 8.

¹³¹ WOODS; PERRIN, *Online harm reduction*, cit., p.29.

¹³² WOODS; PERRIN *Online harm reduction*, cit., p. 5.

¹³³ WOODS; PERRIN, *Online harm reduction*, cit., p. 7.

¹³⁴ WOODS; PERRIN, *Online harm reduction*, cit., p. 7.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

adotar mecanismos de cautela mais elevados do que os demais agentes¹³⁵. O tamanho da audiência também é um fator a ser considerado: assim, um provedor cuja rede tem uma grande quantidade de usuários, e que tem como propósito atingir tanto crianças quanto adultos deve implementar medidas que assegurem uma tolerância bem baixa a condutas danosas¹³⁶. Além disso, os deveres de cuidados exigidos devem ser proporcionais ao tamanho e à capacidade da plataforma.

189. De toda sorte, mesmo se afastando da discussão específica sobre crianças e adolescentes, é fundamental deixar claro que **a exigência de um dever geral de cuidado, por parte das plataformas, não pode ser vista aprioristicamente nem como medida contrária à inovação nem como censura¹³⁷. Desde que fique claro que tal dever é restrito às hipóteses em que houver razoável evidência de dano, encontra-se solução que procura harmonizar todos os interesses envolvidos.**

190. É o que bem sintetizam Lorna Woods e William Perrin¹³⁸, ao sugerirem que a questão deveria ser resolvida a partir de uma espécie **de princípio da precaução, segundo o qual as plataformas deveriam agir somente quando houver razoável evidência do dano**. Com isso, não seriam consideradas violações ao dever de cuidado todas as hipóteses em que houver justificativa razoável para a ausência de interferência da plataforma, tais como as situações em que não há clareza sobre a existência do dano, dentre outras.

191. É importante ressaltar que **o dever de cuidado não exige, portanto, proteção absoluta contra o dano, mas apenas a implementação de medidas de proteção suficientes, que devem ser examinadas sob dois critérios: (i) razoabilidade e (ii) possibilidade¹³⁹. O primeiro exige uma análise entre o custo e o benefício**. Se a desproporção for demasiado elevada, e o risco revelar-se insignificante diante do

¹³⁵ WOODS; PERRIN, *Online harm reduction*, cit., p. 7.

¹³⁶ WOODS; PERRIN, *Online harm reduction*, cit., p. 7.

¹³⁷ WOODS; PERRIN, *Online harm reduction*, cit., p. 10.

¹³⁸ WOODS; PERRIN, *Online harm reduction*, cit., p. 10-11.

¹³⁹ WOODS; PERRIN, *Online harm reduction*, cit., p. 30.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

sacrifício, a pessoa a quem se imputa a obrigação se livraria do ônus¹⁴⁰. A previsibilidade do dano, como descrito, também é um fator que deve ser considerado¹⁴¹. A partir daí, Lorna Woods e William Perrin¹⁴² propõem a seguinte redação:

It shall be the duty of every operator: to ensure, so far as is reasonably practice, that the users of their service are free from harm arising from its operation or use, and to conduct its undertaking so that, so far as is reasonably practice, people who may be affected by the service and are not users of that service are not appreciably harmed as a result of its operation or use.

192. Sob essa perspectiva, **o reconhecimento de um dever de cuidado por parte das plataformas¹⁴³ também não é contrário à liberdade de expressão, até porque se desvia da discussão sobre o controle direto de conteúdo e se concentra na discussão sobre “a arquitetura das plataformas”**, cujo modelo, muitas vezes, nos impele a adotar determinados comportamentos, seja essa a intenção deliberada da *software* ou não.

193. Qualquer que seja o enfoque dado à questão, parte-se da premissa de que **uma boa parte dos danos que os usuários sofrem nas plataformas ou por conta delas estão diretamente associados ao sistema por elas escolhido**. Como se trata de escolha fundada em interesses de mercado, deve ser afastado o “determinismo tecnológico” que, muitas vezes, procura nortear a discussão.

194. De forma contrária, deve se reconhecer que **o modelo de negócio que causa danos a terceiros é fruto de opção deliberada por parte das plataformas, cujos efeitos negativos podem ser reduzidos pela implantação de deveres de cuidado na sua arquitetura e, na falta deles, pela responsabilidade que decorre do**

¹⁴⁰ WOODS; PERRIN, *Online harm reduction*, cit., p. 30.

¹⁴¹ WOODS; PERRIN, *Online harm reduction*, cit., p. 30.

¹⁴² WOODS; PERRIN, *Online harm reduction*, cit., p. 30-31.

¹⁴³ Para maiores esclarecimentos sobre o dever de cuidado no *design* proposto por Lorna Woods e William Perrin (*Online harm reduction*, cit), confira-se o [Anexo 4](#) ao final do parecer.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

descumprimento de tais deveres. Note-se, inclusive, que o modelo “*by design*” já foi adotado pela Lei Geral de Proteção de Dados¹⁴⁴, e pela GDPR, no direito europeu.

195. Portanto, ao se falar em um dever de cuidado que recai sobre a arquitetura das plataformas está-se falando de algo distinto do dever geral de monitoramento prévio de conteúdos. Daí a observação de Lorna Woods e William Perrin¹⁴⁵ de que tal dever não contrasta com a proibição do dever geral de monitoramento, previsto no art. 15 da Diretiva de Comércio Eletrônico europeu, porque incide sobre o próprio funcionamento da plataforma. Registre-se, ainda, que o Direito Europeu tem temperado a regra do art. 15, para afastá-la quando as plataformas não figuram como meros conduítes passivos, como já descrito.

196. Diante de um *design* fundamentalmente baseado em interesses de mercado, fica claro que é preciso criar um novo ecossistema e uma cultura que promova o respeito aos direitos dos usuários e daqueles que vêm sendo lesados pelo modelo de negócio das plataformas, especialmente crianças e adolescentes.¹⁴⁶ Aliás, em se tratando deles, já se viu na seção anterior que é fundamental que o *design* do sistema possibilite, dentro do que seja razoável, a identificação das crianças e adolescentes, sem o que não será possível ou será extremamente difícil a operacionalização de diversas medidas de prevenção de danos ou mesmo de contenção eficaz de danos já existentes.

¹⁴⁴ É o que aponta Carlos Affonso da Pereira de Souza “Nesse sentido, a LGPD recepciona a ideia da *privacy by design*, ou seja, a noção de que produtos e serviços precisam tomar a segurança e o sigilo de dados como um elemento a ser elevado em todas as suas fases de concepção e desenvolvimento, aplicação e avaliação. Segundo a redação do art. 46, Art. 46, § 2º As medidas de que trata o caput deste artigo deverão ser observadas desde a fase de concepção do produto ou do serviço até a sua execução”. (Segurança e Sigilo dos Dados Pessoais: primeiras impressões à luz da Lei 13.709/2018. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (coords). Lei Geral de Proteção de Dados e suas repercussões no Direito Brasileiro [edição eletrônica]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 538).

¹⁴⁵ WOODS; PERRIN, *Online harm reduction, cit., p. 20.*

¹⁴⁶ MAZÚR; PATAKYOVÁ, *Regulatory, cit., p.236.*



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

197. A emergência desse novo ecossistema, como refletem Ján Mazúr e Maria Patakyová¹⁴⁷, depende da revisão do código, dos algoritmos e dos filtros de informação e outros mecanismos inerentes ao *design* desses agentes econômicos. É preciso revisar algoritmos parciais, reduzir a assimetria de informação dos usuários, assegurar o respeito à livre concorrência, dentre outras coisas¹⁴⁸.

198. Enquanto não houver uma mudança ampla no ecossistema, tal como sugerido acima, nem a implementação de uma regulação setorial rigorosa, que enderece outras questões além da proteção de dados, **o dever de cuidado, assentado nas regras gerais de responsabilidade civil assume papel fundamental, exercendo a função normativa de disciplinar a conduta das plataformas, a partir de práticas ilícitas**, mormente diante dos inúmeros instrumentos de tutela dos interesses coletivos em sentido lato.

199. Daí por que **é essencial se pensar nos deveres de cuidado que já podem ser exigidos das plataformas, especialmente em assuntos específicos como os relacionados à proteção das crianças e adolescentes.**

200. Com efeito, mesmo na ausência de uma regulação específica, os caminhos para conciliar a liberdade de expressão com a redução das externalidades negativas apontadas não podem ser a apriorística exclusão da responsabilidade civil das plataformas pelos danos que ocorrerem no seu âmbito.

201. É necessário, pois, traçar alternativas intermediárias entre a ampla responsabilização por conteúdos de terceiros e a irresponsabilidade, delineando um regime em que as plataformas possam responder por danos decorrentes do sistema de curadoria da informação que elas próprias criaram, notadamente quando padrões mínimos de cuidado de transparência não forem providenciados ou mesmo por acessos indevidos por parte de crianças e adolescentes.

¹⁴⁷ MAZÚR; PATAKYOVÁ, *Regulatory*, cit., p.235.

¹⁴⁸ MAZÚR; PATAKYOVÁ, *Regulatory*, cit., p.236.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

202. Vale ressaltar que, especialmente **no que toca à proteção de crianças e a adolescentes, as obrigações das plataformas não dependem de reformas legislativas ou da adoção de medidas regulatórias, uma vez que já decorrem da interpretação sistemática do Marco Civil da Internet com a Constituição Federal, o ECA, o Código Civil, o CDC e a Convenção sobre os Direitos da Criança**, ratificada no Brasil pelo Decreto n.º 99.710 de 21 de Novembro de 1990¹⁴⁹. Ainda vale ressaltar que o Comentário Geral n.º 25 do Comitê dos Direitos da Criança da ONU contém importantes balizas interpretativas para a compreensão dos direitos das crianças no mundo digital.

203. Dessa maneira, **trata-se apenas de delinear que deveres específicos de cuidado e proteção podem ser exigíveis no atual contexto, inclusive no que diz respeito às repercussões sobre o próprio *design* das plataformas.**

204. Com isso, não se pretende dizer que as plataformas devem assegurar uma proteção absoluta contra o dano em seus ambientes. O dever de cuidado é elástico e precisa ser examinado de acordo com o padrão de diligência exigido na hipótese, devendo-se examinar critérios como o risco e sua previsibilidade, além da razoabilidade (tamanho do dano x custo das medidas), como visto.

205. Daí por que o parecer não tem a finalidade de definir, com absoluta precisão, o que se espera desses agentes econômicos diante de qualquer dano a crianças e adolescentes, até porque isso seria impossível. Na verdade, o dever geral de cuidado existe exatamente para possibilitar o seu devido ajuste aos casos concretos.

206. Nesse sentido, o principal objetivo do parecer é ressaltar a necessária implantação de dever de cuidado não apenas para a remoção de conteúdos lesivos, mas também para a própria concepção e desenvolvimento das plataformas, mormente quando esses agentes econômicos tem como usuários

¹⁴⁹ BRASIL, Decreto n.º 99.710 de 21 de novembro de 1990, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm . Acesso em: 29.9.2021.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

indivíduos que, como as crianças e os adolescentes, são merecedores de tutela especial consta expressamente da Constituição.

207. A ideia de que é possível impor deveres de cuidado no plano da organização e promoção do conteúdo, sobre os quais a plataforma exerce papel ativo tem levado a diversas mudanças no regime europeu, a exemplo do *Audiovisual Media Services Directive*, descrito no Anexo 2, e do *Digital Digital Copyright Directive* (EU), descrito no Anexo 8. Os novos diplomas são decorrência de uma relevante alteração de perspectiva: “as plataformas não são meros intermediários, mas sujeitos que praticam, eles próprios, atos de comunicação ao público para gerar lucros, de forma que são responsáveis diretos ou primários¹⁵⁰.”

208. De fato, a redução da análise ao plano da “criação” do conteúdo passou a ser insuficiente para equacionar o poder e a responsabilidade, diante da constatação evidente de que “a moderação e a recomendação dos sistemas de algoritmos determinam que conteúdo será visto e ouvido” pelos usuários¹⁵¹.

5. Interpretação sistemática e finalística do Marco Civil da Internet impõe a consideração do dever de cuidado, ainda mais em se tratando de crianças e de adolescentes

209. O Marco Civil da Internet, como visto, condicionou a responsabilidade das plataformas pelos danos decorrentes de conteúdos gerados por terceiros à inércia em suprimir o conteúdo após a ordem judicial clara e específica, com o propalado intuito de “assegurar a liberdade de expressão”.

210. Sob o pretexto de impedir a censura prévia, porém, a redação literal do art. 19 do Marco Civil da Internet garantiu, praticamente, a imunidade das plataformas pelos referidos danos. Daí por que o dispositivo tem sido objeto de uma

¹⁵⁰ GRISSE, *After the storm*, cit., p. 896.

¹⁵¹ LAVI, Michael. *Do platforms kill?*, 43 *Harvard Journal Law Review & Public Policy*, vol. 43, p. 477-573, 2020, p. 487.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

série de críticas, independentemente da questão da proteção específica a crianças e adolescentes.

211. Interpretado dessa maneira equivocada, o regime supostamente previsto pelo Marco Civil vem sendo utilizado de forma oportunista pelas plataformas digitais, a fim de construir argumento segundo o qual elas estariam proibidas legalmente de exercer qualquer tipo de controle sobre o fluxo informacional que nelas transita. É interessante, nesse ponto, citar trechos da contestação apresentada pelo Google Brasil Internet Ltda (Google) na Ação Civil Pública nº 58856-33.2016.4.01.3800, na qual, dentre outras coisas, se discute sua responsabilidade pela veiculação de vídeos de *merchandising* e/ou promoção de produtos ou serviços protagonizados por crianças ou a elas dirigidos:

Com efeito, segundo o Marco Civil da Internet, até o recebimento de uma ordem judicial específica de remoção e/ou exclusão de conteúdo, seguida de um descumprimento injustificado, não há responsabilidade dos provedores de aplicações de Internet sobre o conteúdo. (...)43. **Desta forma, mais do que não haver a obrigatoriedade, os provedores estão impedidos de exercer o controle de conteúdo, sob pena de responsabilização pela indevida interferência na liberdade de expressão e comunicação de seus usuários. No caso concreto, tal racional visa justamente impedir que a Google possa remover indiscriminadamente os vídeos - situação que o legislador buscou evitar (...) para prevenir o sistema contra a censura e a limitação injustificada da liberdade de expressão, já que não seria possível transferir, a uma empresa privada, o juízo de valor quanto à abusividade ou não de um determinado conteúdo, percepção que, por si só, permite interpretações diversas. (...)136. Os termos de serviços e as diretrizes da comunidade do YouTube são aspectos internos da plataforma, que, conquanto extremamente popular, continua sendo um empreendimento da iniciativa privada. (...) Desta forma, em homenagem à livre iniciativa, cabe apenas à Google definir as regras de utilização da plataforma**



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

YouTube, bem como seus objetivos e diretrizes, que, frise-se, incluem o integral cumprimento das leis.
(grifos nossos)

212. O trecho, embora longo, é muito relevante para mostrar que o raciocínio tortuoso das plataformas levaria à conclusão de que elas estariam impedidas, pelo Marco Civil da Internet, de exercer o dever constitucional e legal de cuidado em relação a crianças e adolescentes, o que é claramente um absurdo, até porque ninguém — muito menos um agente econômico que explora o mercado infantil e adolescente — pode alegar imunidade em relação ao art. 227 da Constituição Federal e ao art. 18 do ECA.

213. Mais do que isso, o trecho demonstra igualmente a nítida contradição da conduta que vêm sendo adotada pelas plataformas. Se, por um lado, alegam que não só não estão obrigadas, como também são impedidas de proceder ao controle do conteúdo de seus usuários, sob pena de responsabilização pela violação à liberdade de expressão, por outro, invocam a liberdade de iniciativa para justificar seus termos e condições, que, em regra, asseguram às plataformas não só o poder de excluir conteúdos a seu próprio critério, como também de expulsar o usuário.

214. Confira-se, nesse sentido, trechos dos termos e condições do Youtube:

Remoção de conteúdo pelo YouTube

Se acreditarmos que qualquer Conteúdo viole este Contrato ou pode causar danos ao YouTube, nossos usuários ou terceiros, podemos remover ou excluir o Conteúdo a nosso próprio critério.

Rescisões e suspensões pelo YouTube por justa causa

O YouTube poderá suspender ou encerrar seu acesso, sua Conta do Google ou o acesso da sua Conta do Google a todo o Serviço ou parte dele se (a) você violar este Contrato de forma significativa ou repetida; (b) formos obrigados a fazê-lo para cumprir um requisito legal ou um mandado; ou (c) acreditarmos que houve uma conduta que cria (ou poderia



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

criar) responsabilidade ou dano a qualquer usuário, a terceiros, ao YouTube ou às nossas Afiliadas.

Rescisões pelo YouTube para alterações do serviço

O YouTube poderá encerrar seu acesso ou o acesso da sua Conta do Google a todo o Serviço ou a parte dele, se acreditarmos, a nosso exclusivo critério, que a prestação do serviço para você não é mais comercialmente viável.

215. Sem pretensão de ingressar nas discussões relativas à publicidade infantil, que serão exploradas mais adiante, a discussão é importante porque deixa claro o que Frank Pasquale¹⁵² já havia denunciado: o comportamento convenientemente ambíguo adotado pelas plataformas digitais, que ora se valem de seu poder de filtrar, bloquear e selecionar determinados conteúdos para fomentar seu modelo de negócio, ora alegam que são meros intermediários do conteúdo de terceiros, para se escusar da respectiva responsabilidade.

216. Notícias publicadas recentemente sobre o boicote de grandes anunciantes ao Facebook mostram que **a preocupação com o resguardo à liberdade de expressão é, antes de tudo, um argumento de mercado.** Ao que tudo indica, bastou ter início o movimento #stophateforprofit.org¹⁵³, nos Estados Unidos, que afugentou alguns anunciantes e levou a uma queda acentuada das ações do Facebook, para que a plataforma anunciasse a implementação de medidas de controle de *fake news* e discursos de ódio. Declarações de Mark Zuckerberg, de 2020, anunciaram uma melhoria dos algoritmos da plataforma, que, segundo seu fundador, já seriam capazes de remover até 90% dos discursos de ódio independentemente de qualquer notificação¹⁵⁴.

¹⁵² PASQUALE, Platform Neutrality, cit., p. 489.

¹⁵³ Disponível em <https://www.stophateforprofit.org/>. Acesso em 21.7.2020.

¹⁵⁴ Trecho do texto publicado por Mark Zuckerberg em seu perfil no Facebook no dia 26.6.2020.

“We've invested heavily in both AI systems and human review teams so that now we identify almost 90% of the hate speech we remove before anyone even reports it to us. We've also set the standard in our industry by publishing regular transparency reports so people can hold us accountable for progress. We will continue investing in this work and will commit whatever resources are necessary to improve our enforcement.”. Disponível em <https://www.facebook.com/zuck/posts/10112048980882521>. Acesso em 4.8.2020.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

217. Essa postura meramente “reativa”, que condiciona a adoção de novas medidas de cuidado a interesses privados, tem sido uma constante na história das plataformas. Em 2018, em resposta ao escândalo de vazamento de dados à Cambridge Analytic¹⁵⁵, o Facebook implementou uma série de medidas, incluindo o aprimoramento na fiscalização de seus anunciantes e maior controle sobre os dados de seus usuários¹⁵⁶.

218. No ano anterior, grandes empresas como Walmart, AT&T, Verizon, Pepsi, Johnson e Johnson, dentre outras, descobriram que suas ofertas estavam sendo exibidas ao lado de vídeos relacionados a discursos de ódio. Na ocasião, a AT&T anunciou que “até que o Google anunciasse que isso não iria mais ocorrer, a empresa estava removendo suas propagandas da plataforma”. Em resposta, a plataforma anunciou melhorias em relação à alocação das propagandas e ao controle de conteúdos extremistas.

219. A resposta das plataformas é a prova da existência do que Jack M. Balkin chamou de “censura colateral”, que se caracteriza pelo controle do conteúdo de terceiros que já é realizado pelas plataformas.¹⁵⁷ Muitas vezes, é o Estado que se vale desses agentes econômicos para controlar determinados conteúdos que o governo sozinho não conseguiria facilmente fiscalizar. Esse controle pode ser feito *ex ante*, por meio de bloqueios ou filtros, ou pela remoção de conteúdos, ou ainda, pelo fornecimento de informações sobre determinados usuários e suas atividades na rede¹⁵⁸.

220. Como descreve o autor, independentemente da lei e do Estado, as plataformas têm incentivos para criar seus sistemas de governança, (i) seja para reforçar o cumprimento de seus termos de serviço em razão da relevância dessas

¹⁵⁵ A controvérsia dos 50 milhões de perfis do Facebook manipulados pela Cambridge Analytica”, 2018. Disponível em <https://tecnoblog.net/236612/facebook-cambridge-analytica-dados/>. Acesso em 3.8.2020.

¹⁵⁶ MAZÚR, PATAKYOVÁ, Regulatory, cit., p. 219.

¹⁵⁷ BALKIN, Free Speech, cit. p. 1179.

¹⁵⁸ BALKIN, Free Speech, cit., p. 1179.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

regras para a rentabilidade do negócio, (ii) seja para manter seus consumidores satisfeitos e atrair novos, prevenindo comportamentos abusivos de outros usuários, (iii) seja para garantir a credibilidade diante de seus parceiros de negócios quanto a compromissos relacionados à sua eficiência para localizar, bloquear, filtrar ou remover determinados conteúdos¹⁵⁹.

221. Como é intuitivo, usualmente, os usuários não querem ser expostos a determinados conteúdos, como pornografia, discursos de ódio ou outros conteúdos abusivos. Além disso, isso pode prejudicar a relação com seus anunciantes. Diante disso, as próprias plataformas, passaram a definir, dentro das comunidades de usuários finais, políticas sobre o que pode ou não ser publicado, de acordo com seus interesses de mercado¹⁶⁰. O exercício dessa governança é decorrência de seu modelo de negócio¹⁶¹. Não basta que a plataforma tenha um grande número de usuários, sendo preciso que haja a retroalimentação da rede, por meio da interação e da geração de conteúdo indefinidamente¹⁶².

222. Daí a necessidade das regras de governança, que devem ser vistas no contexto das diversas funções que se interpenetram em uma plataforma digital. Tais funções foram bem sistematizadas pela análise de Alex Moazed e Nicholas Johnson¹⁶³, que destacou as principais: (i) *audience building*: função de criar um *marketplace* líquido atraindo uma massa de produtores e consumidores; (ii) *matchmaking*: função de conectar os consumidores corretos com os produtores corretos facilitando as transações e conexões; (iii) *provision of core tools and services*: função de apoiar transações e diminuir custos de transação, removendo barreiras à entrada e tornando a plataforma mais valiosa com o tempo por meio dos dados; e (iv) *creation of rules and standards*: função de criar guias que governam os

¹⁵⁹ BALKIN, Free Speech, cit., p. 1181.

¹⁶⁰ BALKIN, Free Speech, cit., p. 1181.

¹⁶¹ BALKIN, Free Speech, cit., p. 1192.

¹⁶² BALKIN, Free Speech, cit., p. 1192.

¹⁶³ MOAZED; JOHNSON, *Modern monopolies*, cit.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

comportamentos permitidos e encorajados e aqueles que são proibidos ou desencorajados.

223. Como se pode ver, **a existência de regras de governança é inerente ao modelo de negócios das plataformas, embora nem sempre estas reconheçam a importância real deste aspecto e pretendam passar a impressão de que não há outra alternativa regulatória que não aquela que elas criaram unilateralmente e a serviço dos seus interesses.**

224. Outro grande problema é que, **em regra, essas políticas, e, especialmente sua aplicação pelas plataformas, não são transparentes**, reforçando o poder desses agentes econômicos, o que suscita diversas discussões importantes, que vão desde a liberdade de expressão dos usuários até os direitos dos usuários diante de atitudes unilaterais da plataforma, tais como a remoção de conteúdos, bloqueio de páginas ou perfis, dentre outros.

225. A depender do caso, as proporções de tais condutas podem ser significativas. Tome-se o exemplo de bloqueio de perfis ou páginas ou mesmo a expulsão dos usuários de determinadas plataformas, conduta que, conforme a importância da plataforma, pode ser equiparada a verdadeiro banimento digital, a despertar questões sobre a eficácia horizontal de direitos fundamentais, como devido processo legal, contraditório, ampla defesa, informação e transparência, pouco importando se os termos de uso fixados unilateralmente pela plataforma contemplam ou não essas possibilidades.

226. Todos os fatos ora descritos reforçam **o quanto é contraditório o argumento das plataformas de que eventual responsabilidade civil por conteúdos de terceiros, salvo na hipótese de descumprimento de ordem judicial específica, caracterizaria censura prévia. Afinal, elas já fazem esse tipo de curadoria de conteúdos e já interferem não apenas no fluxo informacional como na própria esfera dos usuários das mais diversas maneiras.**



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

227. Reforça-se que, em sua configuração atual, o ambiente virtual, antes de ser um local paradisíaco para o livre debate de ideias, consiste sobretudo em um espaço de atuação de mercado¹⁶⁴. De fato, por trás do compartilhamento de conteúdo pelos usuários, há um modelo de negócio cujas cifras já suplantaram as da mídia tradicional. As plataformas têm, portanto, razões econômicas para defender a liberdade de expressão¹⁶⁵, ainda mais quando se reservam o poder de decidirem, unilateralmente e de acordo com seus próprios critérios, quando deixarão prevalecer a liberdade de expressão ou não.

228. Essa fórmula, como é patente, assegura um poder social, econômico e político às plataformas sem lhes atribuir qualquer responsabilidade. Em última, análise admite-se que a manutenção ou remoção de conteúdos sejam feitos, exclusivamente, para atender aos interesses desses agentes econômicos, que utilizam a liberdade de expressão como argumento de retórica, sem, entretanto, atribuir-lhes quaisquer ônus dos danos causados.

229. Neste sentido, conclui, com precisão, João Quinelato de Queiroz¹⁶⁶ em obra dedicada à responsabilidade dos provedores:

O Marco Civil, ao proteger irrestritamente a liberdade de expressão, incorre em falha legislativa ao deixar descoberta uma hipótese de eventual violação à própria liberdade de expressão: trata-se da hipótese de o provedor de aplicações retirar, unilateralmente, quaisquer conteúdos que ele próprio julgue ofensivos, de acordo com seus termos e condições. Para esses casos, inexistente previsão no Marco Civil de

¹⁶⁴ SCHREIBER, Marco civil, cit.

¹⁶⁵ "The lawyers working for these companies have business reasons for supporting free expression. Indeed, all of these companies talk about their businesses in the language of free speech. Google's official mission is 'to organize the world's information and make it universally accessible and useful.' WordPress.com's corporate mission is to 'democratize publishing.' Facebook's is to 'give people the power to share and make the world more open and connected.'" (Marvin Ammori, The "New" New York Times: Free Speech Lawyering in the Age of Google and Twitter, *Harvard Law Review*, vol.127, n.8, Junho 2014). Trecho também citado por Anderson Schreiber, Marco civil, cit.

¹⁶⁶ QUEIROZ, *Responsabilidade civil na rede*, cit., p. 242.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

responsabilização ao provedor (...), garantindo-se, portanto, um cheque em branco ao provedor de aplicações para que ele próprio retire unilateralmente qualquer conteúdo que não seja repreendido por nenhuma previsão específica do Marco Civil da Internet. A lei que supostamente privilegia a liberdade de expressão perdeu a oportunidade de evitar a verdadeira censura privada.

230. Apesar disso, as plataformas continuam sustentando que não podem exercer juízo de valor sobre a abusividade ou não de determinado conteúdo, porque essa avaliação admite interpretações diversas, motivo pelo qual poderiam ser responsabilizadas pela indevida interferência na liberdade de expressão de seus usuários.

231. Ocorre que **a necessidade de sopesar interesses em conflito é inerente ao exercício da autonomia privada**. Não é sem razão que o art. 187 do Código Civil deixa claro que abusa do seu direito todo aquele que o exerce de forma a exceder manifestamente os limites impostos pelas finalidades sociais e econômicas do direito e pela boa-fé. Ao assim fazer, o artigo impõe que os particulares considerem em que medida as suas ações podem ou não estar causando danos desnecessários, inadequados ou desproporcionais a terceiros.

232. Se tal responsabilidade é exigível de qualquer cidadão, com maior razão deve sê-lo de grandes agentes profissionais que, como já se viu, devem ser responsáveis pelas externalidades negativas que decorrem diretamente do *design* das plataformas que eles criaram, ainda mais diante de riscos previsíveis, os quais poderiam e deveriam ser perfeitamente afastados se as plataformas cumprissem padrões mínimos de cuidado e proteção.

233. **Não se ignora, repete-se, que a restrição a conteúdos pode despertar sérias preocupações com a liberdade de expressão dos usuários. É por essa razão que se mostrou que não se cogita de um dever de cuidado amplo e ilimitado, mas sim de um dever de cuidado vinculado a riscos conhecidos e**



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

prováveis, dentro de um parâmetro de razoabilidade que pudesse equilibrar os valores em questão.

234. Esse mesmo dever de cuidado poderia ser utilizado pelas plataformas como justificativa para hipóteses em que fossem acusadas de restringir indevidamente a liberdade de expressão, ainda mais diante do seu reconhecimento como esferas “quase-públicas”. Desde que demonstrado que a remoção ou a exclusão teria sido justificável pela ótica do dever de cuidado, não haveria que se cogitar de qualquer ilicitude da sua parte.

235. Acresce que **muitas das ambivalências e dificuldades que a preservação da liberdade de expressão vem enfrentando no ambiente digital decorre da completa falta de transparência sobre a forma como as plataformas gerenciam os fluxos informacionais. Afinal, as plataformas já exercem o controle das informações, mas o fazem por meio de algoritmos secretos e obscuros, sem nenhuma *accountability* em relação aos critérios pelos quais determinados conteúdos são priorizados em detrimento de outros.** Dessa maneira, as plataformas filtram, selecionam, ranqueiam, bloqueiam ou removem conteúdos em um ambiente de completa opacidade.

236. Por mais que sistemas de inteligência artificial nem sempre possam ser totalmente destrinchados, seja por questões técnicas, seja por questões jurídicas — como o segredo de empresa, por exemplo —, é inequívoco que as compreensões mais atualizadas sobre proteção de dados e inteligência artificial exigem não apenas o controle e o monitoramento da construção e do funcionamento de tais sistemas, até para que resultados indesejáveis sejam detectados e resolvidos com a rapidez necessária, como também que seja dada ao sistema a transparência necessária para que ele seja compreensível e inteligível¹⁶⁷.

¹⁶⁷ Em 2019, a União Europeia lançou um documento que estabelece as diretrizes éticas para nortear o desenvolvimento e a utilização de sistemas de inteligência artificial. De acordo com o Guia, para assegurar a confiança nesses sistemas, é necessário que três requisitos sejam observados: (i) que a lei



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

237. O cenário descrito mostra que, a rigor, **o maior risco à liberdade de expressão dos usuários decorre precisamente da excessiva liberdade das plataformas digitais – para não dizer o seu arbítrio –, especialmente no que diz respeito à falta de transparência sobre como exercem o seu papel de curadoria de conteúdos**, especialmente no que diz respeito aos critérios de manutenção, priorização e remoção. Na verdade, **o ponto chave para evitar potenciais violações à liberdade de expressão está exatamente no incremento do dever de cuidado e transparência das plataformas e não na isenção de responsabilidade pelos danos decorrentes de conteúdos publicados por terceiros.**

238. Ademais, causa estranheza atribuir exclusivamente à vítima os riscos da decisão da plataforma, exigindo, na forma do art. 19 do Marco Civil, que aguarde o posicionamento do Judiciário, para, só então, ver seu direito resguardado. Essa interpretação, como é cediço, atribui não apenas conotação absoluta ao direito à liberdade de expressão como chancela plenamente os critérios de curadoria de conteúdos utilizados pelas plataformas, ainda que estes sejam desconhecidos e possam ser decisivos no aumento do risco de danos, uma vez que aplicados sem os devidos deveres gerais de cuidado.

239. Daí por que limitar a responsabilidade das plataformas ao descumprimento de ordem judicial é admitir que sua atividade seja exercida praticamente sem limites, uma vez que, independentemente do Marco Civil da Internet, o descumprimento de ordem judicial já configuraria crime de desobediência

seja cumprida; (ii) que haja o preenchimento de princípios éticos e (iii) que sejam criados sistemas robustos. O Guia determina, ainda, que, para *que* sejam considerados confiáveis, os sistemas devem obedecer a sete exigências: (i) transparência, (ii) *accountability*, (iii) o bem estar da sociedade e do ambiente; (iv) diversidade, não discriminação e justiça; (v) privacidade e sistema de governança de dados; (vi) robustez e segurança técnicas; (vii) atuação em favor do ser humano e sob seu controle. Cf. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - Building Trust in Human Centric Artificial Intelligence (COM(2019)168). Disponível em <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/communication-building-trust-human-centric-artificial-intelligence>. Acesso em 14.8.2020.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

e caracterizaria o eventual dever de reparação em caso de dano, na forma das normas gerais do Código Civil.

240. Os argumentos de que o STF teria assegurado primazia à liberdade de expressão ao decidir, por exemplo, pela inconstitucionalidade da Lei da Imprensa, ou, ainda, ao admitir as biografias não autorizadas, não subvertem a conclusão. De fato, nos dois precedentes, o que se entendeu é que, mesmo não sendo possível admitir que o Estado impeça a produção de determinados conteúdos, isso não ilide a responsabilidade ulterior de seu emissor pelos danos causados. Isso porque a liberdade de expressão não se reveste de caráter absoluto, podendo sofrer limitações em seu exercício, quando houver outros direitos fundamentais em conflito.

241. Dessa maneira, tais precedentes inclusive reforçam a tese aqui desenvolvida, no sentido de que **a liberdade de expressão deve ser compatibilizada com o direito de reparação de todos aqueles que sofreram danos em virtude dela. Ainda que a plataforma não responda diretamente por conteúdos de terceiros, há boas razões para sustentar que deve responder quando permite, tolera, veicula ou mesmo impulsiona e incentiva conteúdos em situações nas quais isso seja incompatível com o dever geral de cuidado, visto a partir de uma perspectiva de razoabilidade e probabilidade do dano. Tal conclusão é ainda mais evidente quando se trata de danos ou ameaças sofridos por crianças e adolescentes, em relação aos quais, como já se viu, o dever de cuidado é mais rigoroso e precisa se adequar ao princípio da proteção integral.**

242. Na verdade, as incoerências do raciocínio que restringe a responsabilidade das plataformas digitais às hipóteses de ordem judicial são tantas que há considerável discussão sobre a inconstitucionalidade do art. 19 do Marco Civil da Internet, como explica, de maneira mais detalhada, o [Anexo 6](#).

243. Independentemente das discussões sobre a inconstitucionalidade do dispositivo — e vale ressaltar que o presente parecer não se baseia em tal premissa —, é igualmente farta a doutrina que critica o art. 19 do Marco Civil da



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

Internet sob o argumento de que teria havido uma priorização indevida da liberdade de expressão em detrimento dos direitos das vítimas de danos ocorridos no âmbito das plataformas digitais, como se verifica no Anexo 7 do presente parecer.

244. **Ora, se boa parte da doutrina vem exigindo a conformação da regra geral do art. 19 do Marco Civil da Internet às exigências da dignidade da pessoa humana e da tutela plena e integral dos direitos da personalidade, com maior razão isso deve ser buscado quando se está diante da proteção integral da criança e do adolescente.** Em relação a eles, deveria haver não somente a remoção imediata de conteúdos ilícitos após o conhecimento da plataforma, por qualquer que seja o meio, como também **a adoção de uma série de medidas para implementar, de forma eficaz, o dever de cuidado e, com isso, prevenir, dentro do possível, a própria ocorrência dos danos, sem o que não é possível se falar em proteção efetiva**, nos termos do que exigem a Constituição Federal, o ECA, a Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificado no Brasil pelo Decreto n.º 99.710 de 21 de Novembro de 1990¹⁶⁸, e o Comentário Geral n.º 25 do Comitê dos Direitos da Criança da ONU¹⁶⁹.

245. Ponto interessante da controvérsia, ressaltado por alguns autores, é que a própria parte final do art. 19 ressalva do Marco Civil da Internet ressalva as “disposições em sentido contrário”, o que abriria espaço para a responsabilidade civil do provedor de aplicações “a partir da ciência de qualquer conteúdo acusado como ilegal, assim previsto em Lei, como nos casos de ofensas a direitos de personalidade, danos à imagem de empresas, crimes contra a honra, violação de propriedade intelectual, fraudes, ameaça, pornografia infantil, racismo, etc”¹⁷⁰.

¹⁶⁸ BRASIL, Decreto n.º 99.710 de 21 de novembro de 1990, Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm . Acesso em: 29.9.2021.

¹⁶⁹ ONU, Comentário Geral n.º 25 sobre direitos da criança em relação ao ambiente digital, Comitê dos Direitos da Criança da ONU, 2020. Disponível em: <https://criancaconsumo.org.br/wp-content/uploads/2021/04/general-comment-n-25-2021.pdf> . Acesso em 29.9.2021.

¹⁷⁰ VAINZOF, Rony. Da responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. In: *Marco Civil da Internet: Lei 12.965/2014*. DEL MASSO, Fabiano (coord.). RT, 2014, p. 203.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

246. Assim, a ressalva das disposições em contrário poderia ser mais elemento interpretativo para mostrar que **o Marco Civil da Internet não procurou afastar regras específicas, como a da proteção integral da criança e do adolescente, nem o dever geral de cuidado que decorreria do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor.**

247. Tal entendimento é convergente com o que vem sendo construído pela União Europeia. Afinal, ainda que a Diretiva do Comércio Eletrônico, ratificada em 2000, proíba os Estados-membros de impor um dever geral de vigilância sobre as informações que transmitam ou armazenem, assim como uma obrigação geral de procurar ativamente fatos e circunstâncias, essa isenção não é absoluta. Quando o provedor toma conhecimento do conteúdo ilícito, a isenção deixa de ser aplicada, e ele passa a ser obrigado a atuar para remover o conteúdo lesivo¹⁷¹.

248. Isso porque as isenções da Diretiva, nos termos do “Considerando nº 42”, “abrangem exclusivamente os casos em que a atividade em que “atividade é puramente técnica, automática e de natureza passiva, o que implica que o prestador de serviços da sociedade da informação não tem conhecimento da informação transmitida ou armazenada, nem o controlo desta”. Assim, quando o provedor toma conhecimento da ilicitude da informação, ele passa a ser responsável pelo conteúdo publicado pelos usuários através de seus serviços¹⁷².

249. O exemplo europeu é interessante por ser uma clara demonstração de como **a responsabilidade das plataformas pode e deve ser compreendida a partir de um olhar finalístico e funcional**, atento ao efetivo papel desempenhado por esses entes e as providências que seriam exigíveis para a proteção dos usuários. Assim, abre-se espaço para a discussão sobre as hipóteses em que o dever de cuidado exigia da plataforma uma ação para evitar ou minorar o dano.

¹⁷¹ GREGORIO, Expressions on platforms, cit., p. 1.

¹⁷² GREGORIO, Expression on platforms, cit., p. 6.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

250. Não se desconhece que essa “moderação de conteúdo”, que, aliás, já vem sendo exercida pelas plataformas, atribui a elas um grande poder para sopesar direitos, inclusive direitos fundamentais, mormente diante do caráter “quase público” dessas redes. **Porém, esse risco é significativamente reduzido por meio de políticas transparentes e adequadas para o gerenciamento de conteúdos e por meio da submissão do dever de cuidado a parâmetros consistentes, tais como a facilidade da identificação da ilicitude, a gravidade e a probabilidade do dano e o grau de vulnerabilidade da suposta vítima, parâmetro último que atinge o grau máximo em se tratando de crianças e adolescentes.**

251. Daí por que, **especialmente em relação a crianças e adolescentes, o princípio da proteção integral tem como corolário necessário a aplicação do entendimento de que, na dúvida, deve ser tomada a medida mais compatível com a necessidade de prevenir danos.** Por outro lado, já se viu igualmente que o dever de cuidado, em casos assim, pode ser utilizado pela plataforma para se isentar de responsabilidade perante aqueles que tiveram seus conteúdos removidos.

252. Assim, não há dúvida de que, **quando a plataforma toma conhecimento da existência do conteúdo lesivo, deverá avaliar em que medida o dever de cuidado não exige a remoção imediata do conteúdo, independentemente de ordem judicial, sob pena de passar a ser responsável pela danos decorrentes de sua manutenção no ambiente virtual. Tal conclusão se justifica, com maior rigor, quando se trata de danos ou ameaças de danos a crianças e adolescentes,** hipótese em que os parâmetros do ECA são fundamentais para a avaliação da exata extensão do dever de cuidado das plataformas.

253. Na verdade, como se verá a seguir, **esta é apenas uma das facetas do dever de cuidado, cuja aplicação pode levar a resultados até mais amplos, como a responsabilização das plataformas por não terem evitado o dano, especialmente quando este for provável ou facilmente previsível e evitável, independentemente de notificação.**



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

254. Por mais que a jurisprudência brasileira ainda tenha um bom percurso para ser trilhado na construção de um regime adequado de responsabilidade civil das plataformas digitais, alguns importantes passos já vêm sendo dados. Em 2018, por exemplo, o STJ alterou seu entendimento de que a obrigação de retirar conteúdo não poderia ser imputada ao Google.

255. Como descrito no Anexo 3, em julgados anteriores, o Tribunal entendeu que a vítima carecia de interesse agir em face do provedor para a retirada de conteúdos lesivos, sob o argumento de que o papel do buscador era apenas disponibilizar páginas públicas, de modo que a exigência de supressão do conteúdo deveria ser buscada em face dos “donos” das URLs e não do Google. Embora a discussão quanto à responsabilidade tenha ficado ainda restrita à supressão ou não do conteúdo lesivo, o precedente¹⁷³ é relevante porque reconhece que esses agentes econômicos não exercem papel neutro no fluxo dos conteúdos produzidos por terceiros e que sua atividade também pode dar causa a danos:

os resultados de busca na internet, mesmo com a utilização de expressões idênticas, são customizados para cada usuário, por meio dos complexos algoritmos que se valem das mais variadas fontes de informação, incluindo o histórico de pesquisa dos usuários e até sua localização. Assim, duas pessoas distintas podem fazer uma busca utilizando, por exemplo, a expressão “Brasília”. Uma delas pode receber apenas resultados que indiquem os infelizmente frequentes casos de corrupção nas mais diversas esferas de governo. Enquanto a outra pode receber resultados com informações acerca da história e arquitetura da cidade, incluindo dicas de turismo na capital do país. Essas diferenças são graves e podem encerrar as pessoas em “bolhas de informação” ou “bolhas de filtro”, como a expressão cunhada pelo ativista ELI PARISER (The Filter Bubble: What the Internet Is Hiding from You. New York: Penguin Press, 2011). Dessa forma, não há como afirmar que as atividades da recorrente são neutras, sem

¹⁷³ STJ, REsp 1.679.465, 3ª T, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 19.3.2018.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

quaisquer impactos sobre a sociedade, pois sempre pode haver situações muito específicas, em que a atividade desenvolvida pelos buscadores, por si própria, acarreta danos aos direitos e interesses das pessoas. E, nessas hipóteses, o Direito deve ser chamado a socorrer aquele que sofre o dano.

256. Apesar das conclusões do precedente acima, o regime de responsabilidade das plataformas por danos decorrentes de conteúdos gerados por terceiros, todavia, ainda é aplicado na jurisprudência sob um viés dicotômico, partindo da ideia de que, na falta de um dever geral de vigilância, a plataforma responde, exclusivamente, quando, tendo sido previamente notificada, seja judicial, seja extrajudicialmente, não cumprir o dever de retirar a URL com o conteúdo lesivo. Mesmo os autores brasileiros que criticam o Marco Civil da Internet, em geral, afastam a redação do literal do art. 19 apenas para defender a aplicação do mecanismo do *notice and take down*, não indo mais diante em relação aos deveres de cuidado imputáveis às plataformas.

257. Embora seja possível traçar alguns delineamentos sobre a extensão desses deveres de cuidado, a análise definitiva terá de ser feita caso a caso, investigando se a conduta adotada pelo agente econômico atende ao padrão de diligência média esperado na hipótese, inclusive considerando as ferramentas tecnológicas disponíveis no momento. Deve-se avaliar, portanto, se houve a omissão do comportamento devido, juízo para o qual interferirão a probabilidade e a gravidade do dano, bem como os custos para preveni-lo.

258. De toda sorte, **o Marco Civil da Internet não pode ser interpretado como uma espécie de “blindagem” das plataformas, alheio aos demais dispositivos legais e à própria Constituição**, para restringir a tutela dos danos injustos causados a seus usuários por conteúdos de terceiros. É dizer: se a plataforma digital, na execução da relação contratual, deixar de adotar os deveres de cuidado necessários, razoáveis e proporcionais para evitar que sejam causados danos injustos à outra



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

parte, ficará obrigada a repará-los, pela violação ao dever de proteção que decorre da boa-fé objetiva, ainda que o contrato disponha de forma diversa.

259. Trata-se de interpretação que se impõe diante de todos os preceitos constitucionais e legais já invocados e também do art. 5º, V, Constituição Federal, que erige à garantia fundamental a indenização pelos danos morais ou materiais causados às vítimas, assegurando a reparação plena e integral ante a inviolabilidade de seus direitos fundamentais. O inciso X também do art. 5º corrobora a conclusão, ao reconhecer a inviolabilidade dos direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, garantindo, expressamente, o direito pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Esses dispositivos, aliás, constituem também o fundamento do dever de proteção, que decorre da boa-fé objetiva.

260. Não há, portanto, outro entendimento possível na atualidade, especialmente diante da constatação do papel que as plataformas digitais assumem no fluxo informacional, senão o de que **os arts. 19 e 21 do Marco Civil constituem mera presunção absoluta de culpa em relação aos danos decorrentes de conteúdos gerados por terceiros, não excluindo a possibilidade de responsabilização das plataformas digitais quando ficar comprovado o descumprimento de outros deveres cuidado exigíveis** na hipótese, à luz do Código Civil, do Código de Defesa do Consumidor e, no caso específico de crianças e adolescentes, também à luz do ECA.

261. Trata-se de conclusão imperiosa não apenas diante do ordenamento jurídico brasileiro, como também diante do exemplo europeu, aqui já mencionado em diversas oportunidades e em relação ao qual ainda merece o registro do *Digital Copyright Directive* (EU) 2019/720), que deverá ser incorporado pelos Estados Membros à legislação nacional até junho de 2021, na medida em que traz uma série de parâmetros importantes para a discussão sobre a responsabilidade das plataformas digitais. Ainda cabe comentar, no plano internacional, o Comentário



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

Geral n.º 25 do Comitê dos Direitos da Criança da ONU¹⁷⁴, o qual apresenta uma guia diretiva sobre como devem os Estados realizar a implementação da Convenção do Ambiente Digital assegurando o cumprimento de todos os direitos das crianças no ambiente digital.

262. O *Digital Copyright Directive* (EU) 2019/720), impõe uma série de deveres de cuidado aos provedores que armazenam ou permitem que seus usuários façam o *upload* e compartilhamento de conteúdos protegidos por direitos autorais. Para compreender melhor as regras da Diretiva, sugere-se a leitura do Anexo 8, que descreve, de maneira pormenorizada, os referidos deveres de proteção instituídos pela norma.

263. O Comentário Geral n.º 25 do Comitê dos Direitos da Criança da ONU também apresenta medidas gerais de implementação efetiva dos direitos das crianças no ambiente digital a serem tomadas pelos Estados partes, incluindo uma gama de medidas legislativas, administrativas, políticas públicas, de cooperação com a sociedade civil, de alocação de recursos e de precaução.

264. A partir do DSMD, é possível extrair uma série de conclusões importantes sobre a responsabilidade civil das plataformas pelos danos decorrentes de conteúdos gerados por terceiros:

- (i) É imperativo alterar o regime de responsabilidade para assegurar maior equilíbrio entre o poder, o risco e os danos decorrentes do modelo de negócio das plataformas;
- (ii) Agentes econômicos que controlam o fluxo da informação, como as plataformas sob exame, devem ser responsabilizadas por seus próprios atos, não podendo se aplicar isenções gerais fundamentadas na premissa de que o conteúdo é produzido ou

¹⁷⁴ ONU, Comentário Geral n.º 25 sobre direitos da criança em relação ao ambiente digital, Comitê dos Direitos da Criança da ONU, 2020. Disponível em: <https://criancaconsumo.org.br/wp-content/uploads/2021/04/general-comment-n-25-2021.pdf> . Acesso em 29.9.2021.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

publicado por terceiros, porque, na prática, isso permite que esses agentes econômicos pratiquem uma série de atos lhos asseguram lucros elevados, além de poder, sem os deveres correlatos. Cria-se um desequilíbrio manifesto, que viola regras de equidade e de justiça, além de permitir um exercício ilimitado da livre iniciativa;

- (iii) A imposição de deveres de *cuidado ex ante* não contrasta com a inexistência de dever geral de monitoramento. É possível impor a esses agentes econômicos obrigações necessárias, razoáveis e proporcionais não propriamente no plano da criação do conteúdo pelo terceiro, mas que incidirão no plano da organização do conteúdo pela plataforma;
- (iv) Os deveres de cuidados devem ser elásticos, exigindo análises à luz do princípio da proporcionalidade, sendo que os parâmetros de diligência deverão ser constantemente revisitados ante novos desenvolvimentos tecnológicos que tornem as medidas exigidas excessivamente frouxas;
- (v) Parâmetros como o grau de lesividade do conteúdo, notadamente se a ilicitude é patente — tal como discursos de ódio, pornografia infantil, ofensas diretas e deliberadas a direitos de personalidade, inserções de conteúdos que já foram reconhecidos como ilícitos —, devem ser considerados na análise. Ainda que não se reconheça a obrigação de resultado, o ônus de demonstrar a adoção de todas as medidas que eram razoáveis na hipótese deve ser da plataforma;
- (vi) Casos em que a linha entre licitude e ilicitude seja mais tênue devem ser tratados com menos rigor;
- (vii) Além do tipo de conteúdo, deve ser examinado também o porte econômico do agente: plataformas com elevado poder



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

econômico que já dispõem de sofisticados sistemas de algoritmos devem ser submetidas a um padrão de diligência mais rigoroso;

(viii) Implementação de mecanismos de transparência podem minimizar os riscos à liberdade de expressão, sem comprometer a reparação dos danos causados às vítimas pela conduta da plataforma. Assim, impor aos usuários, sob pena de expulsão ou bloqueio da rede, que sinalizem eventuais inadequações de conteúdos para crianças e adolescentes, por exemplo, pode ajudar na criação de filtros adequados para esses usuários, sem prejudicar os demais. Além disso, especificar no Termos de Serviço detalhadamente os tipos de conteúdo que não serão tolerados e abrir espaço para que, após a remoção, os usuários prejudicados apresentem suas razões também é importante.

265. As conclusões acima somente reforçam o que já foi amplamente ressaltado no parecer: os arts. 19 e 21 do Marco Civil não podem ser entendidos como isenções de responsabilidade no que se refere aos danos decorrentes de conteúdos de terceiros, mas, antes, como hipóteses de presunção de culpa, sendo imperativo examinar a o grau de dever de cuidado exigível de acordo com o papel exercido pelas grandes plataformas.

266. **O dever de cuidado, no caso, projeta-se tanto sobre o *design* da plataforma, como também sobre a curadoria de conteúdos, inclusive no que diz respeito à necessária transparência sem o que não se pode assegurar nem mesmo a liberdade de expressão. Acresce que, no caso específico de crianças e adolescentes, considerando o princípio da máxima proteção, os desdobramentos do dever de cuidado devem ser traçados não somente a partir do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor, mas sobretudo à luz do ECA, o que reforça não apenas a**



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

necessidade de prevenir os danos previsíveis e evitáveis, como também de sanar com rapidez e eficiência os danos inevitáveis.

267. **Outro importante desdobramento do dever de cuidado nessas hipóteses é que, diante de qualquer dúvida razoável, a plataforma deve agir em favor da proteção da criança e do adolescente, podendo utilizar tal fundamento inclusive para se isentar de eventuais responsabilidades perante aqueles cujos conteúdos foram removidos.** De igual modo, até diante do ambiente de opacidade intencionalmente criado pelas plataformas, também é aconselhável que se atribua a elas o ônus de comprovar que agiram com o cuidado esperado sempre que questionadas sobre seu comportamento.

6. Densificando a discussão: responsabilidade civil das plataformas por conteúdos flagrantemente ilícitos

268. A utilização das plataformas digitais oferece inúmeros riscos à violação dos direitos de personalidade de seus usuários. Grande parte desses riscos decorre da exposição indevida da imagem ou da publicação de conteúdos difamatórios ou injuriosos contra determinados indivíduos, inclusive por meio do chamado *cyberbullying*¹⁷⁵.

269. O tema ganhou maior projeção, em 2013, quando uma adolescente do Piauí cometeu suicídio após ter um vídeo íntimo compartilhado na internet sem seu consentimento¹⁷⁶. O caso é apenas um exemplo trágico da gravidade que esse tipo de ilícito pode causar, sobretudo diante da enorme capacidade de difusão da

¹⁷⁵ Nos termos da Lei 13.185/2015, “*cyberbullying*” consiste “intimidação sistemática na rede mundial de computadores quando se usarem os instrumentos que lhe são próprios para depreciar, incitar a violência, adulterar fotos e dados pessoais com o intuito de criar meios de constrangimento psicossocial”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13185.htm. Acesso em 29.9.2021.

¹⁷⁶ Cf. Reportagem do G1, de 16.11.2013 intitulada “Família de Júlia Rebeca só soube de vídeo íntimo após morte da jovem”. <http://g1.globo.com/pi/piaui/noticia/2013/11/familia-de-julia-rebeca-diz-que-so-soube-de-video-apos-morte-da-jovem.html>.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

internet, e da maior vulnerabilidade de crianças e adolescentes, ante a incompletude de seu desenvolvimento físico e psíquico. Estudos mostram que as adolescentes são, aliás, as maiores vítimas da chamada “pornografia de vingança”¹⁷⁷.

270. Além das ofensas propositadamente direcionadas a determinado usuário na rede, a difusão de conteúdos que incitam a prática de violência, de suicídio e a automutilação, assim como os discursos de ódio, a propagação de pornografia infantil e do tráfico de drogas - para citar alguns exemplos - reforçam os riscos a que crianças e adolescentes estão expostos ao acessar as rede sociais. Basta lembrar, por exemplo, do caso que ficou conhecido como “Baleia Azul”, que utilizava as redes sociais para desafiar crianças e adolescentes a praticarem atos que colocavam em risco sua integridade física¹⁷⁸.

271. Acresce que **determinados conteúdos, embora não sejam ilícitos para adultos, são ilícitos para crianças e adolescentes, uma vez que manifestamente incompatíveis com o seu grau de desenvolvimento mental e psíquico, o que aumenta ainda mais a vulnerabilidade desse grupo específico.**

272. Daí por que, em relação a crianças e adolescentes, é ainda mais imperiosa a necessária interpretação sistemática que se deve atribuir aos arts. 19 e 21 do Marco Civil da Internet, para os fins de se entender que constituem meras presunções absolutas de culpa, que não afastam outros casos de responsabilização quando verificada a violação ao dever de cuidado.

273. Consequentemente, **especialmente em relação a crianças e adolescentes, duas conclusões se impõem: (i) o art. 19 do Marco Civil da Internet não exige a plataforma pela manutenção de conteúdo denunciado,**

¹⁷⁷ SOUSA, J., SCHEIDWEILER, G. & MONTENEGRO, L., L. O ambiente regulatório brasileiro de enfrentamento à violência online de gênero. *XV Congresso Ibero-americano de Comunicação (Ibercom) – Comunicação, diversidade e tolerância*, Lisboa: 2018.

¹⁷⁸ Cf. CUNHA, Juliana. NEJM, Rodrigo. Contato com conteúdos sensíveis de suicídio: lições aprendidas com os casos baleia azul e momo, *Pesquisa Tics Online Brasil*, 2018. Disponível em https://cetic.br/media/docs/publicacoes/216370220191105/tic_kids_online_2018_livro_eletronico.pdf. Acesso em 23.7.2020.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

extrajudicialmente, como lesivo e (ii) em casos de ilicitude flagrante, é possível se entender, a depender do caso, que a plataforma tinha o dever de remover o conteúdo, independentemente de qualquer notificação, de modo que a inércia poderá caracterizar a culpa de acordo com as circunstâncias.

274. Além disso, o dever de cuidado deve incidir também sobre o próprio *design* das plataformas, partindo-se da premissa de que, diante do princípio da proteção integral a crianças e adolescentes, é imprescindível prevenir todos os danos que forem razoavelmente suscetíveis de previsão, exigindo-se das plataformas uma política transparente sobre as medidas que são tomadas com esse objetivo.

275. É de se notar, ainda, que a exigência da informação das URLs específica imputa um ônus desproporcional à vítima, colocando em grave risco a efetividade de sua tutela. Assim, deve ser superado esse entendimento, para se concluir que, após ser notificado do conteúdo lesivo, o provedor deverá diligenciar para que ele seja totalmente excluído da plataforma. A exigência da indicação da URL é incompatível com o grau de sofisticação desses agentes econômicos, que, como já visto, dispõem de modernos sistemas de inteligência artificial, sendo, portanto, injusto imputar à vítima o ônus de “vasculhar” a plataforma a fim de encontrar as URLs específicas.

276. Como alerta João Quinelato de Queiroz¹⁷⁹, “é comum que os conteúdos ofensivos se multipliquem entre diversos links da internet, de modo que seria tecnicamente e desmedidamente gravoso exigir que se indiquem todos os links pelos quais o conteúdo tenha circulado”.

277. A matéria foi objeto do enunciado nº 554 da VI Jornada de Civil Direito, que, embora observe a literalidade do art. 19 do Marco Civil fazendo referência à ordem judicial, rechaça a exigência da identificação da URL para o bloqueio do conteúdo.

¹⁷⁹ QUEIROZ, *Responsabilidade civil na rede*, cit., p. 145.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

“Independente de indicação do local específico da informação a ordem judicial para que o provedor de hospedagem bloqueie determinado conteúdo ofensivo na internet.”.

278. As próprias plataformas, como visto, reconhecem, implicitamente, em seus termos e condições, o poder para remover conteúdos contrários às regras por elas estabelecidas. A título exemplificativo, vale fazer referência a uma ferramenta intitulada “Photo DNA”, que foi desenvolvida pela Microsoft e adquirida por plataformas como o Google, o Twitter e o Facebook, etc¹⁸⁰. Por meio de algoritmos, há a conversão de imagens e preto e branco, seguida da divisão em milhões de nano pedaços. Cada pedaço forma o “DNA” do material¹⁸¹. A partir daí, é feito o confronto com materiais ofensivos previamente cadastrados nos bancos de imagens das plataformas, o que permite identificar imagens relacionadas à pornografia infantil ou que violam direitos autorais, por exemplo¹⁸².

279. Como já se antecipou anteriormente, **por mais que os juízos sobre a ilicitude de conteúdos possam ser complexos, diante do princípio do melhor interesse da criança, o ônus da decisão quanto à manutenção ou não do conteúdo reportado como ilícito deve ser imputado à plataforma e não a vítima.**

280. De toda sorte, **existem diversos casos que podem ser enquadrados em uma espécie de “zona de certeza positiva”, na qual ninguém discutirá a ilicitude que se revelará patente. Isso vale particularmente para os casos de pornografia infantil, discursos de ódio, tráfico de drogas, incitações ao suicídio e à automutilação, que configuram, inclusive, crime, e também para condutas ostensivas de xingamentos, ofensas dirigidas contra usuários específicos, etc.**

¹⁸⁰ QUEIROZ, *Responsabilidade civil na rede*, cit., p. 137. Cf. “Microsoft releases tool to spot abuse images”, 17.jul. 2015. Disponível em <https://www.bbc.com/news/technology-33567981>. Acesso em 4.8.2020. Cf. também “Photodna – robust hashing that finds online child abuse material”. Disponível em <https://www.netclean.com/2019/06/26/photodna-robust-hashing-that-finds-online-child-sexual-abuse-material/>. Acesso em 4.8.2020.

¹⁸¹ QUEIROZ, *Responsabilidade civil na rede*, cit., p. 137.

¹⁸² QUEIROZ, *Responsabilidade civil na rede*, cit., p. 137.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

281. As próprias plataformas digitais reconhecem que hipóteses de ilicitude flagrante devem ser tratadas de forma diversa, inclusive mais rigorosa do que o disposto no art. 19 do Marco Civil. É o que revela a manifestação do Google no RE nº 660.861, no qual se discute a constitucionalidade do art. 19 do Marco Civil, pendente ainda de julgamento pelo STF: **“Esclareça-se que, obviamente, em casos em que a ilicitude é manifestamente explícita, como por exemplo, racismo, pedofilia, é razoável exigir da Recorrente uma atitude para fazer cessar a veiculação – após instada a tanto, evidentemente”**. (grifos no original). Em outras palavras, a própria plataforma, portanto, admite a razoabilidade da adoção do modelo *notice and take down*, ainda que em hipóteses restritas.

282. Mesmo no direito europeu, já se viu que o disposto no art. 15 da Diretiva do Comércio Eletrônico (Diretiva 2002/31/CE), não funciona como uma isenção total de responsabilidade dos provedores. A razão do art. 15, como registra o Giovanni de Gregorio¹⁸³, está no “Considerando nº 42” da Diretiva, que deixa claro que as isenções de responsabilidade só se aplicam quando se tratar de atividade “puramente técnica, automática e de natureza passiva”, significando que o “prestador de serviços da sociedade da informação não tem conhecimento da informação transmitida ou armazenada, nem o controlo desta”.

283. Ora, embora o dispositivo se justifique para “evitar que as plataformas sejam sobrecarregadas pelo dever de checar *ex-ante* as atividades online”, isso não impede que possam ser responsabilizadas “a partir do momento que tomam conhecimento da presença de conteúdo ilícito no seu ambiente virtual”, ou, quando interferem no controle da informação. Porém, como adverte a Comissão Europeia, “nem sempre é sempre é fácil definir limites ao que os intermediários podem fazer com os conteúdos que transmitem, armazenam ou acolhem sem perderem a possibilidade de beneficiar das isenções de responsabilidade

¹⁸³ GREGORIO, Expressions, cit., p. 6.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

estabelecidas na Diretiva Comércio Eletrónico”¹⁸⁴. O Anexo 9 examina alguns precedentes julgados pela Corte Europeia de Direitos Humanos, demonstrando que, a depender das circunstâncias do caso — ilicitude flagrante, previsibilidade do dano, controle sobre o conteúdo publicado, dentre outras —, a remoção do conteúdo lesivo, após a notificação, mesmo extrajudicial, pode ser considerada aquém do dever de cuidado exigível na hipótese, atraindo o dever de reparação do dano pelas plataformas.

284. Assim, a depender da hipótese, poderá ficar configurado o dever de reparar da plataforma, independentemente até mesmo de notificação da vítima. Isso porque é preciso examinar a obrigação de supressão do conteúdo à luz da boa-fé objetiva. Não se pode admitir que a plataforma alegue, genericamente, eventual incapacidade de monitoramento para isentá-la de responsabilidade, sem maiores considerações quanto ao padrão de diligência exigido na hipótese. Essa observação é particularmente importante quando se observa o grau de sofisticação desses agentes na extração de dados e na respectiva utilização de algoritmos para determinar o fluxo da informação.

285. Assim, em alguns casos, **mesmo a adoção do mecanismo do *notice and take down* também pode se revelar insuficiente. Isso porque o que há que se perquirir não é se o agente econômico teve conhecimento inequívoco do conteúdo lesivo, mas, se a partir de um padrão de diligência médio, ele teria condições de saber. Com efeito, o agente econômico não se isenta de responsabilidade pela estratégia deliberada de ignorar o conteúdo lesivo, especialmente quando não cria nenhum sistema eficiente de controle de acessos a conteúdos por parte de crianças e adolescentes.**

286. A conclusão aplica-se, especialmente, para os casos de reinserções de materiais danosos, previamente notificados, mas não só para elas. Nesse sentido,

¹⁸⁴ Comunicação da Comissão. Estratégia para o Mercado Único Digital na Europa. *COM (2015), 192, final*.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

revelam-se incorretas as decisões do STJ, já descritas no tópico 1 da seção II, que reformaram os acórdãos recorridos para se entender que não é possível imputar ao provedor o dever de monitorar novo *upload* do mesmo conteúdo ilícito, independentemente da indicação ou não das novas URLs.

287. A inércia da plataforma em instaurar qualquer mecanismo de filtro ou bloqueio, para conteúdo que já foi reconhecido como ilícito, seja pela própria plataforma após notificação extrajudicial, seja por ordem judicial, caracterizará a falta de dever de cuidado exigível na hipótese, independentemente de nova notificação.

288. Como concluiu com acerto o STJ no REsp 1.117.633¹⁸⁵, no qual se discutia a obrigação do Google de impedir o surgimento de novas comunidades no site Orkut ofensivas a direitos de adolescentes:

(...) reprimir certas páginas ofensivas já criadas, mas nada fazer para impedir o surgimento e multiplicação de outras tantas, com conteúdo igual ou assemelhando é, em tese, estimular um jogo de Tom e Jerry, que em nada remedia, mas só prolonga, a situação de exposição, angústia e impotência das vítimas das ofensas (....) E, conforme indicado pelo Tribunal, o ônus da prova cabe à empresa, seja como depositária de conhecimento especializado sobre a tecnologia que empresa, seja como detentora e beneficiária de segredos industriais aos quais não tem acesso a vítima nem o Ministério Público (...) Caso o Google venha a demonstrar impossibilidade técnica e humana para cumprir a ordem judicial, as astreintes eventualmente aplicadas serão afastadas, por óbvio”.

289. **Incumbe, portanto, à plataforma demonstrar que carece de recursos técnicos para cumprir eventual ordem judicial que impute obrigação ampla de impedir a reinserção de conteúdo na rede, devendo-se afastar o requisito da indicação da URL¹⁸⁶.**

¹⁸⁵ STJ, REsp 1.117.633, 2ª T, Rel. Min. Herman Benjamin., julg. 9.3.2020.

¹⁸⁶ Em 2017, anunciada nova ferramenta pela plataforma, para impedir o compartilhamento da chamada “pornografia de vingança” após sua detecção, por meio de um recurso de correspondência



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

290. Neste sentido, é importante citar também o voto do Min. Relator Luís Felipe Salomão no REsp 1.175.675, que entende que, **para grandes plataformas, é de se presumir o conhecimento da postagem, independentemente de notificação prévia.** No referido precedente, o Google insurgiu-se contra acórdão que havia obrigado a plataforma a retirar toda e qualquer menção difamatória do nome do autor, no prazo de 48 horas, do Orkut. Confirmam-se os trechos mais importantes do voto:

Com efeito, se fosse crível a alegada ausência de ferramentas capazes de fazer uma "varredura" no ambiente virtual chamado Orkut, tal "deficiência técnica" faria parte do amplo mecanismo liberal de acesso a essa rede social, o que certamente atrai mais usuários e fomenta os lucros auferidos pela recorrente. Ou seja, a alegada incapacidade técnica de varredura das mensagens incontroversamente difamantes é algo de venire contra factum proprium, inoponível em favor do provedor de internet. Não se conceberia, por exemplo, que a ausência de ferramentas técnicas à solução de problemas em um produto novo no mercado isentaria a fabricante de providenciar alguma solução. Tal como afirmado na instância de piso, se a Google criou um "monstro" indomável é apenas a ela que devem ser imputadas eventuais consequências desastrosas geradas pela ausência de controle dos usuários de sua rede social, os quais inegavelmente fomentam o lucro da empresa.

Não fosse por isso, não é crível que uma empresa do porte da Google (...) não possua capacidade técnica para identificar as páginas que contenham mensagens depreciativas à honra do autor, independentemente da identificação precisa, por parte deste, das URL's.

(...) A verdade é que se veiculam em redes sociais mensagens objetiva e ostensivamente ofensivas à honra de terceiros, as quais podem ser capturadas inclusive por mecanismos de programação.

Outras mensagens que não poderiam, em tese, ser capturadas por programas cibernéticos e que demandariam o mencionado "juízo de valor", poderiam ser examinadas

de imagens Cf.

https://seguranca.uol.com.br/antivirus/dicas/curiosidades/facebook_lanca_nova_ferramenta_para_ombater_pornografia_de_vinganca.html#rmcl. Acesso em 23.7.2020



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

por um corpo técnico especializado, quiçá jurídico ou orientado por especialistas do direito.
(...) **Cumpr**e notar ainda que, no caso de redes sociais, eventuais ofensas à honra de pessoas não podem ser consideradas atos exclusivamente praticados por terceiros (usuários). Evidentemente há a participação instrumental do fornecedor do "ambiente" virtual que, sabedor da potencialidade lesiva do ato e da possibilidade da rápida disseminação da informação pelo ambiente preparado por ele próprio, não retira a informação do ar tão logo chegue ao seu conhecimento.

E, no caso de uma empresa de internet de grande porte, deve-se presumir que seja sabedora da existência da mensagem eventualmente ofensiva tão logo tenha sido postada em seu ambiente virtual, independentemente de indicação por parte do ofendido (grifou-se).

291. Como revela o trecho, o Tribunal reconheceu que (i) o risco da decisão quanto à manutenção ou não de determinado conteúdo na rede social é da plataforma e não da vítima; (ii) há mensagens objetiva e ostensivamente ofensivas à honra de terceiros, que podem ser capturadas por inteligência artificial ou, em caso contrário, por um corpo técnico especializado contratado; (iii) em relação a grandes agentes econômicos incide a presunção de que têm conhecimento do conteúdo lesivo tão logo seja postado na rede; (iv) eventual impossibilidade de varredura de mensagens incontrovertidamente difamantes constitui *venire contra factum proprium*, devendo ser imputada à plataforma a responsabilidade, inclusive porque o descontrole é decorrência do modelo de negócio adotado, que se vale de mecanismo liberal de acesso à rede.

292. De fato, nos casos em que a ilicitude é manifesta ou flagrante, é de se atribuir à plataforma um dever de cuidado mais rigoroso. A depender do conteúdo, a exigência de notificação prévia, mesmo extrajudicial, está aquém do padrão de diligência que se deveria imputar a um agente econômico do porte e sofisticação de diversas plataformas.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

293. Como descrito anteriormente, essas plataformas já se valem de poderosos algoritmos e de *machine learning* para suprimir conteúdos da rede de forma automatizada, sem prévia denúncia. Para se ter uma ideia, de acordo com o Relatório do YouTube, entre janeiro e março de 2020, foram removidos mais de seis milhões de vídeos no mundo, sendo 5,7 milhões por detecção automatizada¹⁸⁷. Dos vídeos removidos, 49,9% não chegaram a ser visualizados e 27,4% foram visualizados por menos de dez pessoas antes da remoção. Dos vídeos removidos, 484.536 foram identificados com IP brasileiro.

294. Assim, casos de ilicitude flagrantes devem ser tratados de maneira mais rigorosa, para os fins de se afastar a prova do conhecimento inequívoco e se presumir o conhecimento, a partir da boa-fé objetiva. Com isso, **não se pretende imputar, necessariamente, às plataformas uma obrigação de resultado, mas, pelo menos, deveres de cuidado mais rigorosos, mormente considerando a extensão do seu poder econômico e a própria concepção de seu modelo de negócio.** Esses deveres de cuidado referem-se não apenas à supressão de conteúdo, mas ao próprio *design* das plataformas, incidindo no seu código algoritmo, para evitar a criação de riscos desarrazoados. Este último ponto será examinado logo à frente, no próximo tópico.

295. Questões como a ilicitude patente do conteúdo, a previsibilidade do dano, o caráter comercial da atividade (e inclusive o porte do agente econômico), o grau de controle sobre a informação são fatores relevantes para examinar o padrão de diligência exigível na hipótese, que, como dito, não se restringirá à supressão do conteúdo lesivo após notificação. Ao contrário, esse dever de cuidado deve incidir também na arquitetura das plataformas, como se verá a seguir.

¹⁸⁷ Google Transparency Report, jan – março 2020. Disponível em <https://transparencyreport.google.com/youtube-policy/removals>. Acesso em 25.7.2020.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

7. Explorando a relação entre conteúdos ilícitos e o dever de cuidado na arquitetura das plataformas

296. É a partir de uma massiva extração de dados dos usuários e de seus próprios interesses comerciais que as plataformas digitais definem o que será ou não mostrado e ocultado de seus usuários. Como descrito no Anexo 5, 70% das visualizações do YouTube, por exemplo, decorrem de recomendações baseadas em sistemas de inteligência artificial, de modo que, mais do que criar um ambiente de negócio potencialmente danoso, as plataformas, muitas vezes, têm papel ativo no acesso do usuário ao conteúdo lesivo.

297. Em artigo de título sugestivo intitulado “Do Platforms Kill?”, Michael Lavi¹⁸⁸ discute a responsabilidade das plataformas digitais por atos terroristas de terceiros, cujos ataques foram planejados ou encorajados por meio do acesso a determinados conteúdos compartilhados em suas estruturas. Deixando de lado as discussões mais específicas sobre os danos descritos, merece relevância a conclusão do artigo de que **deve ser exigido das plataformas um dever de cuidado que incidirá no design de seu código algorítmico, o que incentivaria esses agentes econômicos a evitarem a criação de riscos desarrazoados causados pela personalização de sistemas de algoritmos que permitem o direcionamento de conteúdos ilícitos a determinados usuários**¹⁸⁹.

298. Como já ficou demonstrado, a moderação é um dos aspectos fundamentais das plataformas. Elas regulam o discurso de seus usuários, impõem políticas e termos de serviço e fazem a moderação de conteúdos ilícitos automaticamente, por meio de *softwares* ou manualmente, seja antes da publicação (moderação *ex ante*), seja depois (moderação *ex post*)¹⁹⁰. Isso ocorre porque o papel das plataformas vai muito além da hospedagem de conteúdos ou do fornecimento das ferramentas de comunicação a seus usuários. Na verdade, elas utilizam

¹⁸⁸ LAVI, Michael, Do Platforms Kill?, 43 Harv. J. L. & Pub. Pol'y 477, 2020.

¹⁸⁹ LAVI, Do Platforms Kill?, cit., p. 478.

¹⁹⁰ LAVI, Do Platforms Kill?, cit., p. 497-498.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

estratégias para fazer com que seus sites se tornem viciantes, o que produz engajamento e mantém os usuários na plataforma¹⁹¹.

299. Apesar da moderação, **especialistas em tecnologia concordam que os esforços das plataformas para atuar proativamente no sentido de detectar e remover conteúdos extremos, como o terrorismo, por exemplo, têm ficado aquém do que se espera¹⁹². Essas falhas sugerem que os deveres de cuidado não estão sendo cumpridos, mormente porque as plataformas poderiam se valer das mesmas tecnologias que utilizam para direcionar propagandas a seus usuários e ampliar seus lucros para promover a identificação eficiente a supressão de conteúdos terroristas, por exemplo¹⁹³.**

300. Neste sentido, Michael Lavi¹⁹⁴ aponta que **as plataformas são, na verdade, explicitamente programadas para promover conteúdos que geram reações fortes, ante o fato de que isso “evoca emoções de alta excitação” que têm mais probabilidade de serem compartilhadas, reforçando o engajamento na plataforma, e como consequência, os lucros das plataformas¹⁹⁵.**

301. Neste sentido, alguns autores, como Natasha Lomas¹⁹⁶, advertem que cada fragmento de dado dos usuários é cuidadosamente reunido, sintetizado, negociado e vendido, para formar um perfil a partir de um amontado de algoritmos, utilizado para promover conteúdos extremos, transformando nossas preferências inofensivas em conteúdos nocivos.

302. Por meio da coleta de dados pessoais, portanto, as plataformas influenciam e até controlam com quem os usuários se conectam¹⁹⁷. Além disso, elas também interferem no conteúdo que seus usuários assistem com base no seu

¹⁹¹ LAVI, Do Platforms Kill?, cit., p. 500-502.

¹⁹² LAVI, Do Platforms Kill?, cit., p. 497-498.

¹⁹³ LAVI, Do Platforms Kill?, cit., p. 497-498.

¹⁹⁴ LAVI, Do Platforms Kill?, cit., p. 500-502.

¹⁹⁵ LAVI, Do Platforms Kill?, cit., p. 500-502.

¹⁹⁶ LOMAS apud LAVI, Do Platforms Kill?, cit., p. 500.

¹⁹⁷ LAVI, Do Platforms Kill?, cit., p. 500-502.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

histórico, o que os influencia a consumirem mais conteúdo extremo¹⁹⁸. Esse ciclo favorece os interesses de mercado das plataformas, ao fazer com que seus usuários fiquem mais tempo no site, o que aumenta também sua exposição à publicidade, cujo conteúdo é definido com base nas informações colhidas a partir do comportamento do usuário na rede¹⁹⁹.

303. Essa personalização, como já afirmamos, caracteriza uma conduta ativa e seletiva das plataformas, que se afastam do papel meramente passivo de intermediar conteúdos de terceiros²⁰⁰. São, como visto, as plataformas, por meio dos algoritmos, que definem as recomendações, os conteúdos e as propagandas a que cada usuário terá acesso²⁰¹. Ainda que isso pareça ser feito de maneira automática, ou imparcial, esses algoritmos são deliberadamente programados para não serem neutros.

304. Daí a importância de impor exigir o cumprimento de um dever de cuidado no *design* das plataformas, para além da proteção da privacidade. Isso porque, na falta desse dever, interesses de mercado podem levar não apenas à manutenção, mas à promoção de conteúdos extremos pelos algoritmos das plataformas, para assegurar maior engajamento, de que decorrerão maior lucros de publicidade. Basta lembrar do movimento #stophateforprofit, em que diversas marcas resolveram suspender a publicidade no Facebook pela falta de ações efetivas contra os discursos de ódio.

305. Por isso, **os deveres de retirar conteúdo da rede são apenas uma parte do dever de cuidado, que também deverá se projetar sobre a formulação e a aplicação dos códigos das plataformas, sobre seus algoritmos e filtros de informação, além de outros mecanismos inerentes ao design das plataformas, a fim de evitar danos previsíveis a seus usuários.**

¹⁹⁸ LAVI, Do Platforms Kill?, cit., p. 500-502.

¹⁹⁹ LAVI, Do Platforms Kill?, cit., p. 500-502.

²⁰⁰ LAVI, Do Platforms Kill?, cit., p. 500-502.

²⁰¹ LAVI, Do Platforms Kill?, cit., p. 500-502.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

306. Como visto, as plataformas já se valem de sofisticados mecanismos de inteligência artificial para interferir no fluxo comunicativo. Esses mesmos mecanismos, que, hoje, são utilizados para promover o lucros das plataformas, deverão ser usados para proteger seus usuários, evitando a propagação de conteúdos ilícitos, mormente quando esses usuários forem crianças e adolescentes, em relação aos quais é necessário implementar mecanismos de controle, inclusive, para se evitar que tenham acesso também a conteúdos impróprios para a idade.

307. Diante da opacidade com que as plataformas usam os seus respectivos sistemas algorítmicos, é impossível saber em que medida elas adotam ou não medidas compatíveis com o dever de cuidado, ainda mais diante de grupos vulneráveis como crianças e adolescentes. Entretanto, até mesmo por isso, enquanto não houver um mínimo de transparência sobre a governança algorítmica, caberá à plataforma o ônus de demonstrar que tomou as medidas possíveis para evitar os danos razoavelmente previsíveis, sob pena de se entender que agiu culposamente, violando o dever de cuidado.

Seção III

Responsabilidade das plataformas por danos que não decorrem de conteúdos gerados por terceiros

1. Esclarecimento inicial: os arts. 19 e 21 do Marco Civil da Internet não se aplicam a danos que não sejam decorrentes de conteúdos gerados por terceiros

308. Como descrito no início do parecer, existem danos que decorrem, exclusivamente, da atuação das plataformas digitais ou que não estão diretamente relacionados aos conteúdos gerados por terceiros. É o caso, por exemplo, das



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

propagandas infantis abusivas veiculadas em razão de parceiras comerciais firmadas entre a plataforma e seus anunciantes, que podem causar danos que não decorrem dos conteúdos publicados por terceiros.

309. A mesma lógica se aplica para a coleta e tratamento de dados dos usuários, incluindo crianças e adolescentes, que foi expressamente disciplinada pela Lei Geral de Proteção de Dados.

310. Em todos esses casos, não há que se cogitar da aplicação dos arts. 19 e 21 do Marco Civil da Internet, cujo âmbito é mais restrito. De fato, como se infere da dicção literal da lei, os dispositivos concernem aos “danos decorrentes de conteúdos gerados por terceiros”. Não por caso, o art. 19 proclama o intuito de proteger a liberdade de expressão.

311. A disciplina frouxa da Lei nº 12.965/2014 só faz sentido diante de conteúdos de terceiros — e, mesmo assim, partindo da premissa da inexistência de qualquer ingerência da plataforma no fluxo informacional —, em relação aos quais, pelo menos em tese, se justificaria a propalada necessidade de ser evitada a censura prévia. Em relação aos demais tipos de danos, contudo, é forçoso reconhecer a aplicação das normas específicas e das normas gerais de responsabilidade civil. Além disso, quaisquer argumentos de suposta violação à liberdade de expressão que a imposição de deveres de cuidado mais rigorosos poderia suscitar perdem o sentido, ante o fato de que os danos não estão diretamente relacionados a conteúdos de terceiros, mas à própria conduta das plataformas.

312. **Em relação aos danos que não decorrem de conteúdos gerados por terceiros, portanto, fica ainda mais fácil vislumbrar a obrigação das plataformas de adotarem deveres de cuidado para prevenir a ocorrência de danos injustos a crianças e adolescentes.** Afasta-se, desde logo, o argumento de que, não sendo possível exercer a fiscalização prévia de todos os conteúdos publicados, seja pela impossibilidade material decorrente do volume de materiais publicados, seja em



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

razão da violação à liberdade de expressão, não haveria como impor às plataformas a responsabilidade pelo descumprimento de deveres de cuidado.

313. **Não se aplica o Marco Civil da Internet, devendo o regime de responsabilidade ser interpretado a partir do Código Civil, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente, e da Lei Geral de Proteção de Dados.**

314. Aliás, a Lei Geral de Proteção de Dados não é senão o reconhecimento expresso do dever de cuidado das plataformas digitais em relação ao tratamento de dados de crianças e adolescentes. É sobre ela que passamos a tratar no próximo tópico.

2. Extração de dados de crianças e adolescentes e a tutela assegurada pela Lei Geral de Proteção de Dados

2.1. Os riscos à privacidade, à liberdade e à autodeterminação das crianças e adolescentes na sociedade da vigilância

2.1.1. Mapeamentos dos principais riscos às crianças e adolescentes

315. A economia digital centrada nos dados vem trazendo transformações em ritmo acelerado, muitas vezes sem as reflexões jurídicas e éticas necessárias. Parte dessa dificuldade deve-se à assimetria informacional. Com efeito, na economia movida a dados, os algoritmos constituem verdadeiras caixas-pretas, pois, exceto por seus programadores e desenvolvedores, ninguém sabe ao certo como funciona esse poder de ação e de predição²⁰².

²⁰² FRAZÃO, Ana. Plataformas digitais, Big Data e riscos para os direitos de personalidade. In: TEPEDINO, Gustavo. MENEZES, Jocyane Bezerra (coords). *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p.341.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

316. Como descreve Shoshana Zuboff²⁰³, o “capitalismo de vigilância” se apropria da experiência humana por meio de operações propositadamente ocultadas para transformá-la em produção e vendas. Na economia digital, os dados são vistos, como mercadorias valiosas, cuja extração exige uma ampla vigilância de seus usuários. A “sociedade de vigilância” é, portanto, a outra face do “capitalismo de vigilância”.

317. É verdade que a coleta de dados não é algo propriamente novo, sendo a história marcada por inúmeras experiências e avanços na tarefa de obter, coletar e acessar dados. Entretanto, o *Big Data* e o *Big Analytics* possibilitaram que tais atividades ocorressem de forma muito mais eficiente, com mais veracidade, velocidade, variedade e volume²⁰⁴. Mais do que isso, o *Big Data* e o *Big Analytics* permitiram, a partir da coleta e do registro de dados, utilizações e aplicações que não seriam sequer imagináveis há poucos anos e que, na ausência de uma regulação adequada, passaram a ser realizadas sem limites e com resultados que podem se projetar para sempre²⁰⁵.

318. O ponto de partida para essa engrenagem é, claro, a coleta de dados, cada vez mais maciça e, muitas vezes, realizada sem o consentimento de seus titulares. De acordo com a pesquisa empírica realizada por Chris Hoofnagle e outros²⁰⁶, hoje se pode dizer que é impossível evitar o rastreamento digital (*online tracking*), em razão da utilização crescente de tecnologias e mecanismos que os usuários não têm como evitar²⁰⁷.

²⁰³ Entrevista de Shoshana Zuboff, disponível em <https://findingctrl.nesta.org.uk/shoshana-zuboff/>. Acesso em 26.7.2020. Cf. também ZUBOFF, Shoshana. *The age of surveillance capitalism. The fight for a human nature at the new frontier of power*. New York: Public Affairs, 2019.

²⁰⁴ FRAZÃO, *Fundamentos, cit.*, p. 57. ROSS, Alec. *The industries of the future*. Nova York: Simon & Schuster, 2016.

²⁰⁵ FRAZÃO, *Fundamentos, cit.*, p. 27

²⁰⁶ HOOFNAGLE, Chris Jay; SOLTANI, Ashkan; GOOD, Nathaniel; WANBACH, Dietrich J. Behavioral advertising: the offer you can't refuse. *Harvard Law & Policy Review*, v. 6, pp. 273-296, 2012.

²⁰⁷ FRAZÃO, *Fundamentos, cit.*, p. 29.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

319. Daí a conclusão de Jack Balkin de que *o Big Data* corresponderia ao “novo óleo” da economia: assim como o funcionamento das máquinas e das fábricas na era da Economia industrial dependia do óleo, a chamada “Sociedade dos algoritmos” depende de imensas bases de dados, que podem ser coletados e analisados facilmente e a baixo custo²⁰⁸. O objetivo da “Sociedade dos Algoritmos”, como adverte o autor, é praticamente sua onisciência: isto é, a habilidade não apenas para saber, mas também para prever, o máximo possível, sobre quem está fazendo o que, quando e onde²⁰⁹.

320. De fato, paulatinamente, **os algoritmos estão adquirindo o poder de decodificar as pegadas digitais das pessoas, inferindo e predizendo até mesmo aquilo que ninguém revela e, muitas vezes, não tem nem mesmo consciência**. Por meio do aprendizado da máquina, os algoritmos ainda podem “aprender” a modificar sua própria estrutura e suas regras sem que haja controle ou mesmo previsibilidade sobre tais alterações e os resultados que daí decorrerão.²¹⁰

321. Assim, o chamado “capitalismo de vigilância” dá origem a uma nova espécie de poder, muito mais temido: o poder que Shoshana Zuboff²¹¹ intitulou de *instrumentarian power*. Trata-se de um poder sem precedentes na história, que se vale de uma arquitetura computacional automatizada de redes, dispositivos e espaços artificialmente inteligentes, conectados à internet e cada vez mais onipresente. Nesse sentido, a autora aponta que o capitalismo de vigilância se utiliza de toda a experiência humana, incluindo vozes, personalidades e emoções, como matéria-prima gratuita para ser traduzida em dados comportamentais²¹².

²⁰⁸ BALKIN, Free Speech, cit., p. 1154. Disponível em https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/51/3/Essays/51-3_Balkin.pdf. Acesso em 20.7.2020.

²⁰⁹ BALKIN, Free Speech, cit., 1155.

²¹⁰ FRAZÃO, *Plataformas digitais, Big Data*, cit., p. 340.

²¹¹ Entrevista de Shoshana Zuboff, cit. Cf. também ZUBOFF, *The age of surveillance*, cit.

²¹² ZUBOFF, *The age of surveillance*, cit., p. 8.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

322. Essa forma de vigilância, segundo Bruce Schneier²¹³, espraia-se facilmente, porque é feita em massa e de forma barata, escondida, automática e ubíqua.

323. Apenas para se ter uma dimensão do risco para os usuários, o professor Martin Hilbert, especialista em *Big Data*, afirma que, com 150 “curtidas”, determinados algoritmos podem saber mais sobre uma pessoa do que seu companheiro e que, com 250 “curtidas”, os algoritmos podem saber mais sobre uma pessoa do que ela mesma²¹⁴.

324. A economia movida a dados e o capitalismo de vigilância são, portanto, duas facetas da mesma moeda, pois, quanto mais importantes os dados, mais estímulos haverá para o exercício da vigilância, e quanto maior a vigilância, maior será a extração dos dados.

325. Muito além de aperfeiçoar estratégias econômicas já existentes, como as classificações e perfilizações (*profiling*) e como o *targeting marketing*, que será examinado no tópico 3.9.1 da Seção III, os dados processados têm implicações que podem levar à total modificação do cenário econômico, social e político. Com efeito, os algoritmos estão hoje sendo programados para a extração de padrões e inferências a partir dos quais são tomadas, de forma automatizada, decisões sobre questões objetivas, mas atreladas a importantes dados sensíveis, assim como decisões subjetivas, que envolvem complexos juízos de valor, como (i) avaliar características, a personalidade, as inclinações e as propensões de uma pessoa, inclusive no que diz respeito à sua orientação sexual; (ii) analisar o estado de ânimo ou de atenção de uma pessoa; (iii) identificar estados emocionais, pensamentos, intenções e mesmo mentiras; (iv) detectar a capacidade e a habilidade para determinados empregos e funções; (v) analisar a propensão à criminalidade; (vi)

²¹³ SCHNEIRER, Bruce. *Data and Goliath*. The hidden battles to collect your data and control your world. New York: W.W. Norton & Company, 2015, p. 57. Cf. FRAZÃO, Fundamentos, cit., p. 30.

²¹⁴ LISSADY, Gerardo. “Despreparada para a era digital, a democracia está sendo destruída”, afirma guru do “big data”. BBC. Disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/geral-39535650>. Acesso em 27.7.2020.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

antever sinais de doença, inclusive depressão, episódios de mania e outros distúrbios, mesmo antes da manifestação de qualquer sintoma²¹⁵.

326. Como se vê, **os algoritmos vêm sendo utilizados para análises que abarcam as respostas para as nossas perguntas mais difíceis, como decisões e diagnósticos, que, além de representarem uma verdadeira devassa na intimidade das pessoas, ainda terão impactos nas possibilidades e no acesso destas a uma série de direitos e oportunidades²¹⁶. Imagine-se então o poder de tais algoritmos quando eles começam a coletar dados do indivíduo desde a sua mais tenra infância.**

327. Os algoritmos, aliás, preocupam tanto quando acertam como quando erram. Preocupam quando acertam, pois podem revelar aspectos íntimos de nossa personalidade que gostaríamos de manter em segredo, até porque podem ser utilizados para nos tolher o exercício de direitos e oportunidades²¹⁷. Preocupam quando erram, pois desconfiguram a nossa individualidade, atribuindo-nos características que não temos e que também podem ser utilizadas para nos tolher direitos e oportunidades, com o agravante de que tais decisões podem ser baseadas em juízos totalmente equivocados²¹⁸.

328. O mais importante é que isso é feito a partir de uma série de dados que até podem parecer irrelevantes para o usuário, tais como suas buscas na internet, tempo gasto em redes sociais, “curtidas” sobre determinadas questões, músicas e locais de sua preferência, entre outros. É com base nesses dados, que depois são convertidos em novos dados, que a inteligência artificial age para exercer a predição, considerada um *input* central para os processos decisórios²¹⁹.

²¹⁵ FRAZÃO, Fundamentos, cit., p. 35.

²¹⁶ FRAZÃO, Fundamentos., cit., p. 35.

²¹⁷ FRAZÃO, Fundamentos, cit., p. 37.

²¹⁸ FRAZÃO, Fundamentos, cit., p. 37.

²¹⁹ AGRAWAL, Jay; GANS, Joshua; GOLDBARF, Avi. *Prediction machines*. The simple economics of artificial intelligence. Boston: Harvard Business, Review Presss, 2018, p.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

329. Caminhamos, portanto, para uma sociedade de classificação, como diria Stefano Rodotà²²⁰, ou para um cenário em que os perfis se transformam em verdadeiras representações virtuais, corpos digitais ou mesmo sombras delas, como diria Danilo Doneda²²¹.

330. Ao refletir sobre esse processo, Jonh Cheney-Lippold²²² aponta para o fato de que os algoritmos hoje agregam e controlam nossas identidades datificadas (*datafied selves*), sendo que são essas vidas codificadas que passarão a definir não apenas quem somos, mas também quem seremos, na medida em que os dados nos representam ao mesmo tempo que nos regulam²²³.

331. Se tal cenário já é preocupante para adultos, imagine-se então para crianças e adolescentes. Não é difícil concluir, portanto, que a utilização de dados pode subjugar o indivíduo. O uso da expressão “subjugação” não é exagerado: **os algoritmos (ou aqueles que os criam ou utilizam) tanto podem determinar o destino das pessoas como podem ser desenhados para influenciar e modificar o comportamento humano**²²⁴. Com efeito, o conhecimento profundo das características do usuário, inclusive no que se refere às suas fragilidades, pode ser utilizado para toda sorte de discriminações e abusos, além da manipulação de suas emoções, crenças e opiniões para diversos fins²²⁵.

332. Sob esse aspecto, até a noção de privacidade usualmente restrita à ideia de privacidade e ao direito de ser deixado só sofre uma transformação. Daí a advertência de Rodotà²²⁶ de que “o problema da circulação das informações

²²⁰ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância*. A privacidade hoje. Trad. Danilo Doneda e Laura Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 111-139.

²²¹ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 174-175.

²²² CHENEY-LIPPOLD, John. *We are data*. Algorithms and the making of our digital selves. New York: New York University Press, 2017, p. xiii-7.

²²³ FRAZÃO, Fundamentos, cit., p. 38.

²²⁴ FRAZÃO, Fundamentos, cit., p. 40.

²²⁵ FRAZÃO, Fundamentos, cit., p. 41.

²²⁶ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância*. A privacidade hoje. Trad. Danilo Doneda e Laura Cabral Doneda. Rio: Renovar, 2008, pp. 18-19.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

personais, portanto, não pode ser solucionado somente a partir de noções correntes de privacidade”, e que a “privacidade não se confunde com o que é secreto”, motivo pelo qual “pode-se dizer hoje que a sequência quantitativamente mais relevante é “pessoa-informação-circulação-controle” e não apenas “pessoa-informação-sigilo”, em torno da qual foi construída a noção clássica de privacidade.

333. Além dos riscos à personalidade, **a coleta e utilização de dados desperta sérias preocupações também sob o ponto de vista da isonomia**. Isso porque um dos desdobramentos da vigilância é a possibilidade de selecionar e classificar indivíduos, o que pode afetar, de maneira expressiva, suas oportunidades de vida.

334. Esses riscos são potencializados diante da utilização, cada vez mais ampla, de algoritmos sem a menor transparência. No contexto de uma “sociedade de vigilância” é imprescindível assegurar o mínimo de *accountability* e de clareza, para que haja maior controle sobre (i) a qualidade dos dados, a fim de saber se atendem aos requisitos da veracidade, exatidão, precisão, acurácia e, sobretudo, adequação e pertinência, diante dos fins que justificam sua utilização e (ii) a qualidade do processamento dos dados, para identificar se a programação utilizada é idônea para assegurar resultados confiáveis²²⁷.

335. A falta de transparência torna-se ainda mais preocupante quando se verifica que os algoritmos são aperfeiçoados a partir de inteligência artificial, por meio do qual, com a aprendizagem de máquina (*machine learning*), mais e mais algoritmos se desenvolvendo, aprimorando a si mesmos a partir dos próprios “erros”²²⁸.

²²⁷ FRAZÃO, Fundamentos, p. 41.

²²⁸ FRAZÃO, Fundamento, p. 42.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

336. Daí a advertência de Jonh Gilliom e Torin Monahan²²⁹ de que esses sistemas fazem muito mais do que nos vigiar; efetivamente, trabalham para moldar nossas identidades e nos categorizar por meio de padrões sociais existentes e ainda vinculados a desigualdades de raça, classe e gênero, para que, a partir daí, passemos a ser tratados diferentemente, e a ter nossas escolhas e comportamentos alterados mediante premiações e punições. No seu livro “Turing`s Cathedral, George Dyson afirma, com ironia, que o Facebook define quem somos, a Amazon define o que queremos e o Google define o que pensamos²³⁰.

337. De fato, as plataformas digitais, como descrito anteriormente, exercem enorme poder econômico, político e social. Grande parte disso se explica por sua capacidade massiva de extração de dados, que a chamada “economia da atenção” assegura. **Tem-se aí, o que, segundo Castells²³¹ é a forma mais fundamental de poder: a habilidade de moldar a mente humana, a partir da capacidade relacional que um ato social tem de influenciar, de forma assimétrica, as decisões de outros atos sociais em favor de seus próprios interesses e valores.**

2.1.2. Agravamento dos riscos em razão da superexposição de crianças e adolescentes

338. As crianças e adolescentes estão, senão mais suscetíveis, pelo menos igualmente submetidos à coleta de dados. De acordo com a Pesquisa Tic Online 2019²³², 89% das crianças e adolescentes entre 9 e 17 anos são usuários²³³ de

²²⁹ GILLIOM, Jonh; MONAHAN, Torin. *Supervision. An Introduction to the surveillance Society*. Chigado: The University of Chicago Press, 2013, pp. 129-139.

²³⁰ FRAZÃO, Fundamentos, cit., p. 45.

²³¹ CASTELLS, Manual. *O poder da comunicação*. São Paulo: Paz e Terra, 2016.

²³² Cf. CGI.br/NIC.br, Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação (Cetic.br), Pesquisa sobre o uso da Internet por crianças e adolescentes no Brasil - TIC Kids Online Brasil 2019. Disponível em <https://cetic.br/pt/pesquisa/kids-online/indicadores/>. Acesso em 28.8.2020. A pesquisa TIC Kids Online Brasil é realizada anualmente, desde 2012, pelo Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação (Cetic.br). A iniciativa tem como objetivo examinar o acesso à Internet por crianças e adolescentes de 9 a 17 anos de idade e uso usos que eles fazem da rede.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

internet no Brasil. Entre as crianças de 9 a 10 anos, o percentual é de 79% e, na faixa etária de 11 a 12 anos, o valor é ainda maior: 90%.

339. Entre as crianças e os adolescentes que são usuários de internet, 83% assistiu a vídeos, programas, filmes ou séries *online*, e 68% utilizou redes sociais. Ao segmentar os números por faixa etária, observa-se que a quantidade de crianças que utilizou as redes sociais é bastante expressiva: 28% dos usuários entre 9 e 10 anos e 51% entre aqueles de 11 e 12 anos. De acordo com a pesquisa, o percentual de crianças que compartilhou conteúdo na internet também é elevado: 21% dos usuários de 9 e 10 anos, 33% dos usuários de 11 a 12 anos, 52% dos adolescentes que têm entre 13 e 14 anos e 61% dos que têm entre 15 e 17 anos.

340. Essa hiperconectividade, aliada à superexposição das crianças e adolescentes na rede, traduz-se em uma massiva coleta de dados e na impossibilidade de controlar o fluxo dos dados pessoais.

341. **Como destaca a Unicef, o exercício efetivo do direito das crianças a seu desenvolvimento, educação, liberdade de expressão e acesso à informação online depende da garantia de que seus dados pessoais não serão expostos a riscos²³⁴.**

342. **Os efeitos colaterais que os métodos de vigilância podem causar às crianças ainda são pouco conhecidos; muito se fala sob os riscos decorrentes do uso de computadores para socialização e a perda da infância, mas ainda se discute muito pouco as consequências do registro de todos os passos das crianças, mormente porque o entendimento clássico a respeito da privacidade baseou-se em um mundo ainda analógico²³⁵.**

²³³ A pesquisa considera “usuário” aquele que utilizou a Internet pelo menos uma vez nos três meses que antecederam a entrevista.

²³⁴ UNICEF, *Children and Digital Marketing: Rights, risks and responsibilities*, abr. 2018, p. 4. Disponível em https://www.unicef.org/csr/css/Children_and_Digital_Marketing_-_Rights_Risks_and_Responsibilities.pdf. Disponível em 1.8.2020.

²³⁵ EBERLIN, *Direitos da criança na Sociedade da informação* [edição eletrônica], São Paulo: RT, 2019.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

343. Em pouco tempo, contudo, os dados acumulados das crianças, precocemente inseridos na economia movida a dados, irá superar os de seus próprios pais. Com efeito, as crianças de hoje são a primeira geração cujos dados são armazenados desde o nascimento, quando não desde a vida intrauterina. Os efeitos a longo prazo disso, todavia, são difíceis de prever com precisão²³⁶, mas a novidade do tema impõe cautela.

344. Mesmo na ausência de estudos mais específicos, entretanto, **não é difícil imaginar que os riscos à autonomia, à liberdade, à autodeterminação, além da intimidade, são ainda mais graves para as crianças por sua peculiar característica de pessoa em desenvolvimento, cujo caráter e personalidade ainda estão em processo de formação.** Essa fase dinâmica do desenvolvimento agrava a preocupação com eventuais classificações e predições. Isso porque infância e adolescência são etapas tipicamente caracterizadas pela curiosidade, pelo aprendizado e por novas experiências, gostos, mudanças de comportamento, etc.

345. **É imperioso assegurar que o tratamento de dados, a serviço de interesses comerciais, não impeça que as crianças e adolescentes possam exercer seu direito de traçar suas trajetórias de vida livremente.** Some-se a isso o fato de que as crianças têm menos condições de entender a extensão e os impactos da extração de dados. Não é sem razão que são, inclusive, consideradas, “consumidores hipervulneráveis”.

346. Registre-se que muitas crianças pequenas e bebês têm seus dados expostos nas redes sociais pelos pais ou, algumas vezes, pelas escolas. Em geral, quando os pais publicam informações dos filhos, eles acreditam que os dados não serão vistos nem utilizados por outras pessoas além da audiência selecionada, especialmente porque as próprias redes sociais permitem escolher quem poderá visualizar as informações. Isso, aliás, estimula os pais a compartilharem dados de

²³⁶ Mascheroni, G; Holloway, Donnel. The quantified child: discourses and practices of dataveillance in different life stages. In: O Erstad, R. *et al* (orgs.) *Routledge Handbook of Digital Literacies in Early Childhood*. Abington: Routledge, 2019.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

crianças e adolescentes, sem estarem totalmente conscientes das consequências a longo prazo dessa exposição, mormente diante da falta de clareza das políticas de privacidade das plataformas. A partir da informação postada, contudo, **data brokers criam mini perfis das crianças, que podem ser continuamente incrementados durante toda a sua vida**²³⁷.

347. **Há também um número expressivos de crianças que possuem perfis próprios nas redes sociais** – apesar de, em tese, os termos e condições das principais plataformas fixarem a idade mínima em 13 anos. O comportamento é estimulado pela falta da instituição de mecanismos mínimos de controle de idade pelas plataformas, além da promoção e monetização de conteúdos produzidos por crianças, a exemplo dos *youtubers mirins*.

348. **O formato das plataformas de comunicação, como Facebook, Instagram e YouTube, também estimula a superexposição das crianças e adolescentes por meio dos recursos de engajamento (curtidas, compartilhamentos, números de visualizações, números de seguidores ou inscritos, etc).** Some-se a isso a necessidade de aprovação, especialmente na puberdade e na adolescência, que fomenta a exposição nas redes na busca desenfreada pelos “likes”. A psiquiatra Loura Moron compara a “ditadura dos likes” a uma espécie de droga em razão de seu caráter viciante:²³⁸

O que os outros pensam ao nosso respeito é um dos fatores determinantes na construção do nosso caráter (...) Quando mostramos uma face na rede de nós mesmos e recebemos um *feedback* que a valida, os circuitos cerebrais do reforço são ativados, o que nos faz querer mais. E isso acaba funcionando como uma droga. O verdadeiro valor do “curtir” é confirmar que nossas ações são observadas e avaliadas positivamente. Isso nos faz sentir o prazer da vitória, do objetivo alcançado. (...) Cada nova curtida reforça um comportamento que nos leva a repeti-la; precisamos de

²³⁷ MINKUS *et al* apud STEINBERG, Sharenting, cit., p. 849.

²³⁸ MÓRON, Lola. A ditadura dos likes, El País Semanal, 21 abril de 2019, Disponível em https://brasil.elpais.com/brasil/2018/04/11/eps/1523439393_286283.html. Acesso em 27.7.2020.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

mais e mais e mais, como acontece com qualquer vício (...) Para o bem ou para o mal, na sociedade de hoje somos todos público, mas também somos todos audíveis. Não há descanso. O mundo nos observa e nos divulga. A verdade não importa necessariamente.

349. Como expõe Fernando Eberlin²³⁹, apoiado nas lições de Han, “os meios de comunicação e de interação, via redes sociais, minam as reações humanas e a capacidade de resistência às pressões, estimulando um sentimento próprio narcísico que expõe o ego em forma de mercadoria”, assim “ao mesmo tempo em que ganham controle sobre a sua própria rede, ficam sujeitas a determinadas pressões que nascem desse ambiente”.

350. Não por acaso, **Sean Parker, cofundador do Facebook, em 2017, proferiu uma forte declaração em uma entrevista, ressaltando que a plataforma é, deliberadamente, desenhada para explorar a vulnerabilidade da mente humana**, na medida em que cada like ou comentário funciona como uma pequena dose de dopamina que estimula novas publicações:

Só Deus sabe o que [o Facebook] está fazendo com o cérebro das crianças. A lógica de pensamento por trás da construção desses aplicativos, sendo o Facebook o primeiro deles... foi toda norteadada pelo seguinte: Como nós podemos consumir o máximo de tempo e de atenção consciente possível? E isso significa que é preciso dar a você uma pequena dose de dopamina de vez em quando, porque alguém curtiu ou comentou em uma foto ou *post* ou qualquer outra coisa. E isso irá fazer você publicar mais conteúdo, que, por sua vez, assegurará mais likes e mais comentários. É um ciclo de feedback de validação social... exatamente o tipo de coisa que um hacker, como eu, inventaria, porque estamos explorando a vulnerabilidade na psicologia humana²⁴⁰.

²³⁹ EBERLIN, *Direito da criança*, cit.

²⁴⁰ “Sean Parker unloads on Facebook: God only knows what it’s doing to our children’s brains”, nov. 2017. Disponível em <https://www.axios.com/sean-parker-unloads-on-facebook-god-only-knows-what-its-doing-to-our-childrens-brains-1513306792-f855e7b4-4e99-4d60-8d51-2775559c2671.html>. Acesso em 13.8.2020.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

351. Não fossem todos os efeitos psicológicos daí decorrentes, essa superexposição nas plataformas sociais, como visto, transforma-se em mercadoria – os dados – a partir dos quais os sistemas de algoritmos buscam moldar nossas identidades, predizendo nossos comportamentos. No caso das crianças, acumulam-se, ainda, os efeitos deletérios da publicidade massiva, que serão examinados mais adiante. Daí a importância incontestável da Lei Geral de Proteção de Dados para proteger os dados pessoais e reforçar a autonomia informativa e a dignidade dos titulares dos dados.

352. O tópico a seguir descreve os principais aspectos da Lei Geral de Proteção de dados.

2.2. A tutela assegurada pela Lei Geral de Proteção de Dados

2.2.1. Aspectos gerais da proteção de dados

353. Os problemas que decorrem da exploração dos dados pessoais, como visto, são muito mais extensos do que a mera violação da privacidade em seu sentido clássico, podendo trazer também sérios riscos à identidade pessoal, à autodeterminação informativa, à liberdade e às oportunidades e às perspectivas do presente e do futuro das crianças e adolescentes.

354. **Os controladores de dados criaram um sistema desenhado não para tratar os titulares de dados decentemente, mas, sim, para maximizar os lucros ou colocar a inovação acima de qualquer outro valor**, como afirma Frank Pasquale²⁴¹. Diante disso, a regulação dos dados emerge como um dos desafios mais sensíveis e mais importantes do direito contemporâneo.

²⁴¹ PASQUALE, *The black box, society*. The secret algorithms that control money and information. Cambridge: Harvard University Press, 2015, p. 146. Cf. também FRAZÃO, Ana. Objetivos e alcance da Lei Geral de Proteção de Dados. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (coords).



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

355. No Brasil, até a promulgação da LGPD, não havia lei específica disciplinando a proteção dos dados pessoais. Em agosto de 2018, foi promulgada a Lei Geral de Proteção de Dados, que entrou, parcialmente, em vigor em setembro de 2020. Entretanto, mesmo antes da existência da Lei, autores como Gustavo Tepedino e Chiara de Teffé²⁴² indicam que havia mais de 40 normas que direta ou indiretamente tratavam de questões relacionadas à privacidade e aos dados pessoais, a exemplo do art. 5º, X, que reconhece a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, e do Marco Civil da Internet.

356. O Marco Civil da Internet, de fato, já prevê, como um dos seus princípios, a proteção da privacidade e “a proteção dos dados pessoais, na forma da lei”. Além disso, a lei ainda exige, no art. 7º, VII, que sejam apresentadas “informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção dos dados pessoais do usuário, que somente poderão ser utilizados para finalidades que justifiquem sua coleta, que não sejam vedadas pela legislação e estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet”. É necessário, ainda, o consentimento expresso do usuário, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais (art. 7º, IX), sendo que, ao término da relação entre as partes, haverá a exclusão dos dados pessoais fornecidos, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros (art. 7º, XI).

357. Apesar de sua relevância, a falta de precisão dessas normas acabava conferindo pouca segurança jurídica e fragilizando a tutela dos dados pessoais. Daí a importância da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018 – LGPD).

Lei Geral de Proteção de Dados e suas repercussões no Direito Brasileiro [edição eletrônica]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 126-127.

²⁴² TEPEDINO, Gustavo. TEFFÉ, Chiara Spadaccini. Consentimento e proteção de dados pessoais na LGPD. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (coords). *Lei Geral de Proteção de Dados e suas repercussões no Direito Brasileiro* [edição eletrônica]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pp. 364-365.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

358. Vale ressaltar que, salvo no tocante às sanções administrativas, a LGPD encontra-se plenamente em vigor, de forma que suas obrigações já são exigíveis, assim como a responsabilidade dos controladores de dados.

2.2.2. Objetivos, fundamentos e princípios da LGPD

359. Logo em seus artigos iniciais, a Lei discrimina seus propósitos e valores principais. Do art. 1º, se infere que a finalidade da LGPD vai além da tutela da privacidade dos usuários: seu objetivo é proteger, de forma ampla, “os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural”.

360. Em seguida, o art. 2º esclarece que a Lei tem como fundamentos, além do respeito à privacidade, a autodeterminação informativa; a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; a livre iniciativa; a livre concorrência e a defesa do consumidor; os direitos humanos; o livre desenvolvimento da personalidade; a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

361. Ao se referir expressamente ao livre desenvolvimento da personalidade, à cidadania e à dignidade, a lei certamente procura evitar muitas das destinações atuais que vêm sendo conferidas aos dados pessoais, os quais, processados por algoritmos, são capazes de fazer diagnósticos e classificações dos usuários que, por sua vez, podem ser utilizados para limitar suas possibilidades de vida. Mais do que isso, a partir de tais dados, as empresas podem discriminar usuários ou mesmo tentar manipular suas opiniões, crenças ou valores em vários âmbitos²⁴³.

²⁴³ FRAZÃO, Nova LGPD: principais repercussões para a atividade empresarial, *Jota*, 29.8.2018. Disponível em https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

362. Como uma forma de reação a tais utilizações indevidas, a Lei Geral de Proteção de Dados deixa claro que pretende proteger o usuário-cidadão plenamente, em todos os aspectos da sua autonomia pública e privada, valorizando e preservando sua autodeterminação informativa e sua capacidade decisória. Trata-se, portanto, de eixo valorativo em torno do qual devem ser compreendidas e interpretadas todas as demais disposições previstas pela lei²⁴⁴.

363. A parte inicial da Lei Geral de Proteção de Dados enuncia também os princípios que devem orientar o tratamento de dados. Nos termos do art. 6º, os princípios do tratamento de dados no Brasil são, além da boa-fé objetiva, os seguintes:

- i. princípio da finalidade, descrito como a "realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades" (inciso I);
- ii. princípio da adequação, descrito como a "compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento" (inciso II);
- iii. princípio da necessidade, descrito como a "limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados" (inciso III);
- iv. princípio do livre acesso, descrito como a "garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a

analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/nova-lgpd-principais-repercussoes-para-a-atividade-empresarial-29082018. Acesso em 15.8.2020.

²⁴⁴ Ibidem.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

- duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais" (inciso IV);
- v. princípio da qualidade dos dados, descrito como a "garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento" (inciso V);
 - vi. princípio da transparência, descrito como a "garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial" (inciso VI);
 - vii. princípio da segurança, que exige "utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão" (inciso VII);
 - viii. princípio da prevenção, traduzido na "adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais" (inciso VIII);
 - ix. princípio da não discriminação, que consiste na "impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos" (inciso IX);
 - x. princípio da responsabilização e prestação de contas, que exige "demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas."



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

364. Como se pode observar, os princípios mencionados, além de evidentes conexões com a boa-fé objetiva, podem ser assim agrupados²⁴⁵:

- i. finalidade legítima, específica, explícita e informada ao titular para o tratamento de dados;
- ii. necessidade, adequação e proporcionalidade do meio escolhido para o tratamento de dados.
- iii. transparência e prestação de contas sobre a forma do tratamento de dados, o que implica necessariamente a preservação da qualidade dos dados e a disponibilidade dos dados ao titular por meio do livre acesso;
- iv. prevenção de danos e ampla responsabilização dos agentes que tomam as decisões relativas ao tratamento de dados ou daqueles que realizam diretamente o tratamento, inclusive para efeitos de lhes imputar o ônus de demonstrar a eficácia das medidas adotadas para a prevenção de danos, bem como para deles se exigir as respectivas obrigações de segurança;
- v. vedação de discriminações abusivas ou ilícitas.

365. Embora a Lei não trate, pelo menos explicitamente, das discussões relacionadas à crescente utilização de algoritmos por agentes empresariais, é inequívoco que os princípios por ela previstos apontam no sentido da necessidade de transparência e prestação de contas sobre qualquer que seja o meio utilizado para o tratamento de dados, o que incluiria o meio algorítmico. Entretanto, a própria enunciação do princípio da transparência excetua os segredos de negócios, o que pode gerar dúvida sobre como compatibilizar os princípios em jogo²⁴⁶.

366. Por outro lado, os princípios previstos no art. 6º precisam ser interpretados em conformidade com os fundamentos constantes do art. 2º, sendo certo que dificilmente os objetivos de livre desenvolvimento da personalidade e da

²⁴⁵ Ibidem.

²⁴⁶ Ibidem.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

preservação da autonomia e da cidadania podem ser alcançados sem que haja maior controle sobre o tratamento de dados via algoritmos²⁴⁷.

367. Da mesma maneira, sem maior transparência e *accountability* sobre os algoritmos, não se tem como assegurar a eficácia de vários dos princípios elencados pela lei, incluindo os que exigem que o meio utilizado para o tratamento de dados atenda aos requisitos da necessidade, adequação e proporcionalidade, assim como o que veda discriminações ilícitas ou abusivas²⁴⁸.

368. Basta lembrar que, já nas definições constantes do seu art. 5º, a lei prevê o relatório de impacto à proteção de dados pessoais, conceituando-o como “documentação do controlador que contém a descrição dos processos de tratamento de dados pessoais que podem gerar riscos às liberdades civis e aos direitos fundamentais, bem como medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco” (inc. XVII). Ora, sem a devida transparência sobre como os dados são utilizados, os riscos não podem ser nem suficientemente identificados nem mitigados²⁴⁹.

369. Para compreender melhor a discussão, remete-se o leitor ao [Anexo 10](#), no qual se encontram definidas algumas noções fundamentais da LGPD, notadamente, os conceitos de dados, titular, tratamento e controlador.

2.2.3. Dados de crianças e adolescentes: o tratamento especial conferido pela Lei

370. A Lei Geral de Proteção de Dados estabeleceu tratamento diferenciado para a coleta, armazenamento e tratamento de dados de crianças e adolescentes, reconhecendo a necessidade de tutela especial, em observância à Constituição Federal e ao Estatuto da Criança e do Adolescente. A regra, a rigor, seria, inclusive, dispensável, ante o disposto no texto constitucional, do qual já

²⁴⁷ Ibidem

²⁴⁸ Ibidem.

²⁴⁹ Ibidem.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

decorre a necessidade de assegurar tutela especial a esses indivíduos. O legislador, contudo, fez questão de reforçar a proteção ao impor, logo no caput do art. 14, a necessidade de que seja observado o melhor interesse da criança e do adolescente no tratamento de dados.

371. A disciplina, prevista no art. 14, embora exígua, estabelece parâmetros extremamente importantes para compreender os deveres de cuidado impostos aos controladores e operadores em razão da maior vulnerabilidade desses sujeitos de direito. O dispositivo estrutura-se sob quatro pilares: (i) a necessidade de observar o melhor interesse da criança; (ii) a exigência de consentimento específico parental razoavelmente verificável; (iii) a impossibilidade de condicionar a prática de jogos ou outras aplicações ao fornecimento de dados pessoais desnecessários e (iv) transparência e clareza na política de dados.

372. Em seu art. 14, § 1º, a LGPD estabeleceu que o tratamento de dados pessoais de crianças depende do consentimento “específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou responsável legal”. A proteção diferenciada se justifica em razão da presumida vulnerabilidade da criança. Em razão de seu desenvolvimento incompleto, as crianças não teriam condições de ponderar os riscos relativos ao tratamento de dados.

373. Registre-se que a exigência de consentimento parental no § 1º do art. 14 não impede a incidência de outras bases legais de tratamento de dados de crianças, notadamente daquelas elencadas nas alíneas “a” a “g” do art. 11, inciso II, da LGPD. Este tópico, porém, dedica-se a examinar o tratamento de dados quando houver consentimento, seja dos pais das crianças, seja dos próprios adolescentes, conforme o caso. A incidência do inciso II do art. 11 ao tratamento de dados de crianças e adolescentes, por sua vez, será examinada mais adiante.

374. No *Children`s Privacy Act* (COPPA) dos Estados Unidos, exige-se o consentimento parental de pessoas menores de 13 anos. No âmbito europeu, o *General Data Protection Regulation* (GDPR) EU 2016/679, em seu artigo 8.º, item 1,



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

previu o consentimento dos pais ou responsáveis até a faixa etária limite de 16 (dezesesseis) anos. O diploma, todavia, autorizou os Estados-Membros a fixarem limite inferior, restrito a 13 (treze) anos de idade.

375. A doutrina tem criticado a distinção para o tratamento de crianças e adolescentes adotado no caput do art. 14 da Lei Geral de Proteção de Dados, que só exigiu, expressamente, o consentimento dos pais para as crianças. A aplicação dessa disciplina pode trazer algumas discussões importantes. Isso porque, sob a ótica da legislação civil, consideram-se absolutamente incapazes os menores de 16 anos (art. 3º do CC), de modo que, em regra, não podem celebrar negócios jurídicos válidos sem a devida representação dos pais.

376. Ainda que se admita que as pessoas com 12 anos dispõem de certa maturidade intelectual, o que, aliás, justifica que não sejam mais consideradas como “crianças” pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, é muito difícil imaginar que elas serão capazes de compreender toda a extensão e as consequências de termos e condições contratuais que, diversas vezes, se revelam ininteligíveis inclusive para adultos. De fato, a utilização das plataformas digitais, ante os inúmeros desdobramentos da coleta e tratamento de dados de seus usuários, muitas vezes, constitui negócio jurídico cujos efeitos são muito mais complexos e gravosos do que grande parte dos contratos previstos no Código Civil, sendo, portanto, bastante problemática a dispensa do consentimento parental a partir dos 12 anos.

377. O art. 5º da LGPD define consentimento como a “manifestação de vontade, livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada”. Mais adiante, o art. 8º deixa claro que o consentimento deverá ser expresso, podendo ser “fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular”, devendo ser apresentado como uma “cláusula destacada das demais disposições contratuais” (art. 8º, caput e § 1º, da LGPD).



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

378. A lei, como visto, dispensa o consentimento escrito. Entretanto, não há espaço para o consentimento implícito²⁵⁰, ou seja, para a inferência do consentimento a partir do comportamento do titular. Afasta-se, assim, a validade dos chamados *browse-wrap agreements*, nos quais os Termos de Uso são disponibilizados por meio de um *hyperlink* na página e se infere o consentimento do usuário pelo mero acesso à página ou serviço.

379. O consentimento, portanto, jamais pode ser extraído da omissão do titular de dados, mas tão somente de atos positivos que revelem claramente o seu consentimento. Na verdade, a lei exige não apenas o consentimento expresso, mas altamente qualificado, já que a manifestação de vontade precisa ser (i) livre e inequívoca, (ii) formada mediante o conhecimento de todas as informações necessárias para tal, o que inclui a finalidade do tratamento de dados, e (iii) restrita às finalidades específicas e determinadas que foram informadas ao titular dos dados.

380. Sob essa perspectiva, já se imagina inclusive a pouca eficácia que o consentimento terá como base legal de tratamento de dados, pois dificilmente se poderá atingir todos os pressupostos legais para que seja considerado válido, ainda mais diante das dificuldades naturais inerentes à compreensão de tratamentos de dados cada vez mais complexos e sofisticados, ainda mais quando são feitos de forma automatizada e por técnicas avançadas de inteligência artificial.

381. De toda sorte, a lei vincula a validade do consentimento com o princípio da finalidade, que, como já visto, exige que os propósitos do tratamento de dados sejam legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem

²⁵⁰ Como explicam Gustavo Tepedino e Chiara S. de Teffé, “a atenção voltou a se dirigir para o consentimento dos interessados, havendo uma evolução do consentimento implícito (situação em que se entende que uma pessoa consentiu com algo em razão da conduta que assume) para o consentimento informado, o qual orienta inclusive normas relativas à circulação de informações, ‘visto que se manifesta em uma série de disposições que prescrevem quais devem ser as informações fornecidas ao interessado para que seu consentimento seja validamente expresso’”. (Consentimento e proteção, cit., p. 364).



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades (art. 6º, I).²⁵¹

382. O § 4º do art. 8º da LGPD reforça a observância ao princípio da finalidade, ao proibir autorizações genéricas e ao exigir que o consentimento seja concedido para “finalidades determinadas”, que deverão ser expressamente descritas pelo controlador, “com transparência, de forma clara e inequívoca”²⁵². Caso posteriormente, se verifique que esse critério não foi atendido e/ou que as informações fornecidas ao titular dos dados continham conteúdo enganoso ou abusivo, o consentimento será considerado nulo.

383. A LGPD ainda teve o cuidado de atribuir ao controlador o ônus da prova do consentimento (art. 8º, § 2º), ressaltando que o consentimento não será válido se houver qualquer vício de vontade (art. 8º, § 3º)²⁵³. Merece registro a previsão, descrita no Considerando 43, do GDPR europeu, que se preocupa com os casos nos quais existe desequilíbrio manifesto entre o titular dos dados e o responsável pelo seu tratamento. Embora a LGPD não faça menção explícita a tais situações, é inequívoco que a assimetria entre as partes deve ser considerada para efeitos de se saber se o consentimento realmente se deu de forma livre.²⁵⁴

384. Especialmente nos casos em que o consentimento é requisito *sine qua non* para o acesso a determinados serviços, o que usualmente se chama de *take-it-or-leave-it choice*, haverá necessidade de grande cuidado para avaliar se a manifestação de vontade realmente atende aos requisitos legais²⁵⁵. Aliás, § 3º do art. 9º da LGPD expressamente prevê que “Quando o tratamento de dados pessoais for condição para o fornecimento de produto ou de serviço ou para o exercício de direito, o titular será informado com destaque sobre esse fato e sobre os meios pelos quais poderá exercer os direitos do titular elencados no art. 18 desta Lei.”

²⁵¹ FRAZÃO, Ana. Nova LGPD: a importância do consentimento para o tratamento dos dados pessoais.

²⁵² Ibidem.

²⁵³ Ibidem.

²⁵⁴ Ibidem.

²⁵⁵ Ibidem.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

385. Vê-se, portanto, que, em tal hipótese, a informação, além de atender aos requisitos da transparência e clareza, precisa também ser destacada, assim como devem ser destacados os meios pelos quais o titular poderá exercer os seus direitos previstos no art. 18.

386. Do ponto de vista da eficácia subjetiva, o consentimento está vinculado ao controlador para o qual foi dado²⁵⁶. Consequentemente, qualquer operação que implique o acesso a dados por parte de outro controlador está sujeita à autorização específica por parte do titular dos dados, nos termos do § 5º do art. 7º da LGPD, segundo o qual "O controlador que obteve o consentimento referido no inciso I do caput deste artigo que necessitar comunicar ou compartilhar dados pessoais com outros controladores deverá obter consentimento específico do titular para esse fim, ressalvadas as hipóteses de dispensa do consentimento previstas nesta Lei."²⁵⁷. Em relação às crianças, a proibição do repasse de dados a terceiros é reforçada, ainda, pelo art. 14, § 3º, que veda, em qualquer caso, o compartilhamento sem o consentimento dos pais do responsável legal.

387. Com isso, cria-se dever que, longe de se restringir ao controlador originário — aquele que coletou ou tratou originariamente os dados —, estende-se a todos aqueles que irão ter acesso aos dados, dos quais se exige o dever de verificar a licitude do procedimento de acesso ou compartilhamento, inclusive no que diz respeito ao consentimento específico do titular²⁵⁸.

388. Outra importante consequência do arcabouço legal é que o consentimento é sempre temporário, podendo ser revogado a qualquer momento por procedimento gratuito e facilitado. É o que dispõe o § 5º do art. 8º da LGPD, segundo o qual "O consentimento pode ser revogado a qualquer momento mediante manifestação expressa do titular, por procedimento gratuito e facilitado, ratificados os tratamentos realizados sob amparo do consentimento anteriormente manifestado

²⁵⁶ Ibidem.

²⁵⁷ Ibidem.

²⁵⁸ Ibidem.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

enquanto não houver requerimento de eliminação, nos termos do inciso VI do caput do art. 18 desta Lei.²⁵⁹

389. Qualquer alteração, portanto, nas circunstâncias que justificaram o consentimento do titular ensejarão a necessidade de novo consentimento. Por essa razão, até para facilitar a proteção do titular dos dados, o § 6º do art. 8º da LGPD procura assegurar o seu pleno direito de informação, prevendo que "Em caso de alteração de informação referida nos incisos I, II, III ou V do art. 9º desta Lei, o controlador deverá informar ao titular, com destaque de forma específica do teor das alterações, podendo o titular, nos casos em que o seu consentimento é exigido, revogá-lo caso discorde da alteração."²⁶⁰

390. Vale ressaltar que tais alterações dizem respeito à finalidade específica do tratamento; à forma e a duração do tratamento, à identificação do controlador e informações acerca do uso compartilhado de dados pelo controlador e a finalidade.

391. Ainda sobre a necessidade do consentimento informado, é importante lembrar que, não obstante os artigos e os princípios, já expostos anteriormente, que mostram a conexão entre o consentimento e o direito à informação por parte do titular de dados, a LGPD dedica o art. 9º especialmente a tal questão²⁶¹.

392. Com efeito, o art. 9º prevê que "O titular tem direito ao acesso facilitado às informações sobre o tratamento de seus dados, que deverão ser disponibilizadas de forma clara, adequada e ostensiva acerca de, entre outras características previstas em regulamentação para o atendimento do princípio do livre acesso: I - finalidade específica do tratamento; II - forma e duração do tratamento, observados os segredos comercial e industrial; III - identificação do controlador; IV -

²⁵⁹ Ibidem.

²⁶⁰ Ibidem.

²⁶¹ Ibidem.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

informações de contato do controlador; V - informações acerca do uso compartilhado de dados pelo controlador e a finalidade; VI - responsabilidades dos agentes que realizarão o tratamento; e VII - direitos do titular, com menção explícita aos direitos contidos no art. 18 desta Lei."

393. Como se observa, o direito à informação está intrinsecamente relacionado ao princípio da transparência e prestação de contas e somente não é absoluto em razão da ressalva mencionada no inciso II, em relação aos segredos comercial e industrial. Tal questão tem especial relevância para as discussões sobre a utilização de algoritmos e inteligência artificial para o tratamento de dados²⁶².

394. O que precisa ser esclarecido, por ora, é que, com exceção daquilo que possa ser considerado como segredo comercial e industrial, todas as demais informações sobre o tratamento de dados devem ser prestadas ao titular, sem o que não restará observado o requisito do consentimento informado. Não é sem razão que o § 1º do art. 9º da LGPD afirma que "Na hipótese em que o consentimento é requerido, esse será considerado nulo caso as informações fornecidas ao titular tenham conteúdo enganoso ou abusivo ou não tenham sido apresentadas previamente com transparência, de forma clara e inequívoca."

395. Reiterando que o consentimento é específico para a finalidade para a qual foi dado, o subsequente § 2º reforça que "Na hipótese em que o consentimento é requerido, se houver mudanças da finalidade para o tratamento de dados pessoais não compatíveis com o consentimento original, o controlador deverá informar previamente o titular sobre as mudanças de finalidade, podendo o titular revogar o consentimento, caso discorde das alterações." Trata-se de dispositivo que se casa perfeitamente com as preocupações do art. 8º, § 6º, da LGPD²⁶³.

396. Não se pode ignorar igualmente que, como já foi dito, como regra, os Termos de Uso das plataformas digitais constituem *click-wrap agreements* ou

²⁶² Ibidem.

²⁶³ Ibidem.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

contratos de clique. Os termos do contrato de adesão são exibidos previamente e o usuário deverá optar por aceitá-los por meio de um “clique”, que indicará sua concordância.

397. Embora expresso, o consentimento manifestado por meio do “clique”, ainda desperta muitas controvérsias. Isso porque, em geral, o texto longo, a linguagem ininteligível e a dificuldade de encontrar e acessar os Termos de Uso podem comprometer a existência de um consentimento plenamente informado²⁶⁴, como exige a LGPD.

398. Além do tempo de leitura longo e cansativo, que desestimula os usuários em um ambiente caracterizado pela rápida troca de informações, a linguagem utilizada pelas plataformas, em geral, não costuma ser suficientemente clara para os usuários, mesmo adultos²⁶⁵. À utilização de termos técnicos soma-se a vagueza das redações. A redação, em regra, propositadamente confusa destina-se, justamente, a minorar eventuais hipóteses de responsabilidade dos provedores.

399. Nesse sentido, Mariano Carneiro cita um estudo de 2008, elaborado por Prichard & Hayden, que, analisando 100 Termos de Uso do Tipo “contrato de clique” concluiu de 61% a 97% dos contratos eram difíceis ou muito difíceis de serem entendidos, enquanto somente entre 1% a 11% dos contratos podiam ser facilmente entendidos pelo usuário médio²⁶⁶.

400. O autor cita ainda um exemplo curioso, que revela a fragilidade da ideia de “consentimento” informado em contratos de adesão no ambiente virtual: no dia 1º de abril de 2010, uma loja de jogos online da Inglaterra promoveu uma brincadeira no Dia da Mentira, inserindo nos “Termos de Uso”, uma cláusula que

²⁶⁴ CARNEIRO, Li e aceito.

²⁶⁵ CARNEIRO, Li e aceito.

²⁶⁶ Cf. CARNEIRO, Li e aceito, cit.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

estabelecia a transferência da alma do usuário para a empresa. Ao final, 7.500 usuários deixaram de marcar a opção que cancelava a transferência da alma²⁶⁷.

401. A dificuldade de assegurar um “consentimento pleno e informado” tem sido objeto de grande preocupação na doutrina. Neste sentido, Ana Carolina Brochado e Anna Cristina de Carvalho Rettore²⁶⁸, ao refletirem sobre o tratamento dos dados de crianças e adolescente, advertem que (i) o grande número de Termos e Condições, que tornam impossível sua memorização, (ii) a tendência dos consumidores de darem maior atenção aos benefícios imediatos, do que aos efeitos de longo prazo e (iii) a prática do “tudo ou nada”, que condiciona o usufruto dos serviços ao consentimento, quanto ao fornecimento dos dados, podem ser grandes entraves para se assegurar o consentimento livre e informado.

402. Daí a correta conclusão de Fernando Eberlin²⁶⁹ de que “a menos que os contratos de adesão sejam substancialmente modificados, não há elementos que permitam concluir que os pais terão mais atenção aos longos termos de uso e privacidade”, o que fará com que o “consentimento parental tenha pouca, ou até mesmo nenhuma utilidade”, mormente porque é improvável que os pais deixem de aderir a determinado serviço, em razão de políticas de privacidade vagas, ou cujos efeitos a longo prazo são muito difíceis de compreender.

403. Há, na verdade, uma manifesta assimetria de poder entre os usuários (consumidores) e as plataformas (fornecedoras), reforçada pelo imenso do volume de informações que, em geral, o usuário não tem condições de compreender nem de avaliar, o que inviabiliza que haja um processo genuíno de tomada de

²⁶⁷ “7.500 onlines hoppers unknowingly sold their souls”, 15.4.2010, Disponível em foxnews.com Acesso em 24.7.2020. Estudo também citado por CARNEIRO, Li e aceito, cit.

²⁶⁸ BROCHADO, Ana Carolina. RETTORE, Anna Cristina de Carvalho. A autoridade parental e o tratamento de dados de crianças e adolescentes. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (coords). *Lei Geral de Proteção de Dados e suas repercussões no Direito Brasileiro* [edição eletrônica]. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 633-655, 2019, p. 633.

²⁶⁹ Fernando Burchers von Teschenhausen. *Direitos da criança na sociedade da informação* [versão eletrônica]: ambiente digital, privacidade e dados pessoais. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

decisão²⁷⁰. Essa preocupação se reforça diante do critério de idade fixado na LGPD, que só exige o consentimento dos pais para menores de 12 anos, deixando a cargo de absolutamente incapazes decisões complexas, cujo consentimento pleno e informado, como visto, é um desafio inclusive para os próprios pais.

404. Além disso, o consentimento qualificado descrito na LGPD também se baseia na ficção de que os consumidores poderão barganhar por privacidade ou simplesmente deixar de contratar. Ora, a posição dominante exercida por várias plataformas, decorrente da falta de rivalidade, e aliadas a cláusulas do tipo “*take it or leave it*” torna muito discutível a legitimidade do consentimento.

405. Daí a **imperiosa necessidade de que seja observado o princípio do melhor interesse no tratamento de dados de crianças e adolescentes, como expressamente determina o caput do art. 14, além do § 4º do mesmo dispositivo, independentemente do consentimento dos pais**. Voltaremos a esse ponto mais adiante. Por ora, é importante apenas mostrar as limitações do consentimento dos pais ou dos adolescentes, a depender do caso.

406. A lei impõe, ainda, o dever de o controlador “realizar todos os esforços razoáveis para verificar que o consentimento a que se refere o § 1º deste artigo foi dado pelo responsável pela criança, consideradas as tecnologias disponíveis” (art. 14, § 5º, da LGPD).

407. O consentimento parental deve ser, portanto, passível de verificação, incumbindo, ao controlador, o ônus de realizar os melhores esforços para assegurar que os pais, plenamente informados, manifestem sua concordância com a política de privacidade que será conferida aos dados de seus filhos.

408. Diante de todas essas limitações e dificuldades para se assegurar, de maneira efetiva, que o consentimento será livre e plenamente informado, é imperioso entender que a coleta e tratamento de coleta de dados deverá sempre

²⁷⁰ BROCHADO; RETTORE, A autoridade parental, cit., p. 636.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

atender ao princípio do melhor interesse de crianças e de adolescentes na coleta dos dados, seja o consentimento concedido pelos pais, no caso da criança, seja pelo próprio titular, seja nas demais bases legais de tratamento de dados previstas no inciso II do art. 11, que serão examinadas mais adiante.

2.2.4. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente na coleta de dados

409. O princípio do melhor interesse da criança é corolário da teoria da proteção integral, consagrada expressamente pela Constituição Federal, no art. 227. Referido princípio já era utilizado para resolução de conflitos antes da promulgação do texto constitucional, como descrito anteriormente. A partir da Constituição de 1988, o princípio adquire sentido específico, informado pela cláusula geral de tutela da pessoa humana²⁷¹.

410. Trata-se de critério hermenêutico e de resolução dos conflitos, que deve nortear tanto a elaboração de leis quanto sua execução, assim como a formatação de políticas públicas relativas às crianças e adolescentes. Como conclui, com acerto, Andrea Amim é “manifesta a primazia das necessidades da criança e do adolescente como critério de interpretação da lei, deslinde de conflitos, ou mesmo para elaboração de futuras regra”²⁷².

411. “A extensão do princípio do melhor interesse decorre da alteração da concepção de família, que considera a criança como sujeito de direitos, o que repercute, inclusive, sobre o poder familiar”²⁷³. Trata-se, portanto, de princípio

²⁷¹ TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da filiação na perspectiva civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil.*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 395. Cf. também. BARBOZA, O princípio do melhor interesse, cit., p. 206.

²⁷² AMIM, Andrea Rodrigues. Doutrina da proteção integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos.* 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, 1217p. p. 11-19

²⁷³ SCAFF, Fernando Campos. Considerações sobre o poder familiar. In: *Direito de Família no novo milênio. Estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo.* SIMÃO, José Fernando, FUJITA,



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

hermenêutico à luz do qual deve ser interpretada toda questão que envolva qualquer criança ou adolescente.

412. Como resume com precisão Heloísa Helena Barboza:

a doutrina da proteção integral, de maior abrangência, não só ratificou o princípio do melhor interesse da criança como critério hermenêutico como também lhe conferiu natureza constitucional, como cláusula genérica (...) após a Constituição de 1988 o princípio do melhor interesse da criança passou a ser de observância obrigatória, com caráter de prioridade absoluta, em toda questão que envolva qualquer criança ou adolescente. (grifou-se)

413. Seguindo essa linha Tânia da Silva Pereira²⁷⁴ deixa claro que o princípio prevalece mesmo em detrimento dos interesses dos pais. Nas palavras da autora, “a aplicação do princípio do *best interest* permanece como um padrão considerando sobretudo, as necessidades da criança em detrimento dos interesses de seus pais, devendo-se realizar sempre uma análise do caso concreto”.

414. Apesar de seu conceito indeterminado, o princípio não pode ser interpretado de maneira aleatória, devendo ser entendido no sentido que leve ao adimplemento do espírito da Constituição e das garantias por ela previstas, como alerta Heloísa Helena Barboza²⁷⁵.

415. Nesse cenário, não há dúvida de que **o consentimento expresso dos pais não ilide a obrigação descrita no caput do art. 14 de que o tratamento dos dados pessoais seja feito no melhor interesse da criança**. A própria topografia da lei,

Jorge Shiguemitsu, CHINELATTO, Silmara Juny de Abreu, ZUCCHI, Maria Cristina (Org.) São Paulo: Atlas, 2010. p. 575 [itálico no original]

²⁷⁴ PEREIRA, Tânia da Silva. O “melhor interesse da criança”. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 3.

²⁷⁵ BARBOZA, Heloísa Helena. Paternidade responsável: o cuidado como dever jurídico. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. *Cuidado e responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 86.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

que inseriu a observância do melhor interesse do melhor no caput é evidência disso²⁷⁶.

416. Note-se que, mesmo quando os pais manifestam vontade clara, inequívoca e informada em determinado sentido, é necessário avaliar se a decisão atende ao melhor interesse, cuja observância, como descrito anteriormente, é de observância obrigatória em toda questão que envolva crianças e adolescentes.

417. Com maior razão, deve-se dar primazia a esse princípio em relação ao consentimento dos pais em relação à tutela dos dados pessoais, ante as dificuldades de assegurar que esse consentimento se dará de forma livre e plenamente informada. Como descrito anteriormente, muitas vezes, as políticas de privacidade se valem de redações truncadas ou vagas, para, por via transversa, obter o consentimento dos usuários para fins sequer compreendidos pelos pais. Some-se a posição dominante das plataformas que restringe a liberdade de consentimento.

418. Não há, portanto, outra conclusão possível senão a de que a obrigação da plataforma atuar em conformidade com o melhor interesse da criança subsiste ainda que os pais, expressamente, consintam com a coleta, tratamento e utilização de dados que não estejam em consonância com esse fim. A bem da verdade, não se poderia sequer admitir esse tipo de conduta, que viola flagrantemente a lei e a Constituição. Com efeito, a formulação da política de privacidade deverá, necessariamente, atender ao melhor interesse da criança.

419. O atendimento do melhor interesse da criança exige, como referem Ana Carolina Brochado e Anna Rettore²⁷⁷, que **os dados de crianças e adolescentes não sejam utilizados “como meio de classificação dos futuros adultos por suas preferências e modos de vida, aprofundando uma postura discriminatória que dificulte ainda mais uma igualdade de oportunidades, segundo as competências, as**

²⁷⁶ BARBOZA, Heloísa Helena *et al.* Contornos jurídicos do apadrinhamento no direito brasileiro: considerações à luz do melhor interesse de crianças e adolescentes, *RJLB*, pp. 855-896, ano 6, nº 3, 2020. Disponível em https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/3/2020_03_0855_0896.pdf. Acesso em 22.7.2020.

²⁷⁷ BROCHADO; RETTORE, A autoridade parental, *cit.*, p. 643.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

habilidades reais e condições pessoais ou para buscar um emprego, por exemplo”. É preciso, como destacam as autoras, proteger suas memórias, para que interesses de mercado não levem ao condicionamento de sua vida adulta²⁷⁸.

420. Um dos desdobramentos inequívocos do dever de observância do melhor interesse da criança e do adolescente está previsto no § 4º do art. 14, traduzido na vedação à exigência de informações pessoais além do estritamente necessário.

421. Com efeito, procurando superar muitos dos inconvenientes da *take-it-or-leave-it choice*, a LGPD previu, como regra, que serviços ofertados pela internet para crianças não devem ser condicionados ao fornecimento de informações pessoais, salvo as estritamente necessárias à atividade, nos termos do § 4º do art. 14. Portanto, caso haja o desrespeito a tal previsão, o tratamento deve ser considerado abusivo, mesmo tendo havido o consentimento de pelo menos um dos pais ou do responsável legal pela criança.

422. **Condicionar o acesso ao fornecimento de dados pessoais, além do estritamente necessário para a utilização e a melhoria do serviço, assegura o chamado “behavioral surplus”²⁷⁹**, no qual se baseia o capitalismo de vigilância. As plataformas têm utilizado esses dados há anos, não apenas para promover a propaganda direcionada, mas também para a implantação de arquiteturas que influenciam o comportamento do usuário²⁸⁰. O *surplus* é o que alimenta os processos de *machine learning*, responsáveis por fabricar predições cada vez mais sofisticadas sobre o comportamento dos usuários.

423. **Em relação às crianças, contudo, essa prática foi expressamente vedada pelo art. 14, § 1º, da LGPD.** A previsão busca reduzir os efeitos deletérios que cláusulas do tipo cláusulas do tipo “*take it or leave it*” poderiam produzir. **No que se refere aos adolescentes, ainda que não exista previsão expressa, a interpretação**

²⁷⁸ BROCHADO; RETTORE, A autoridade parental, cit., p. 645.

²⁷⁹ ZUBOFF, *The age of surveillance*, cit., p. 97.

²⁸⁰ “Behavioral Surplus` is Not Evil` – It`s essential to Costumer Experience”. Disponível em <https://blog-idcuk.com/behavioral-surplus-for-cx/>. Acesso em 5.8.2020.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

decorre não somente da referência do *caput* do art. 14, que impõe a observância do princípio do melhor interesse no tratamento de dados pessoais tanto de crianças quanto de adolescentes, como dos próprios princípios da finalidade e da necessidade (LGPD, art. 6º, I e III), que apenas admitem – inclusive para adultos - a coleta dos dados absolutamente indispensáveis para os propósitos legítimos a que devem ser destinados.

424. Acresce que, não bastassem as regras já existentes sobre os deveres de transparência e informação, o § 6º do art. 14 ainda prevê que “As informações sobre o tratamento de dados referidas neste artigo deverão ser fornecidas de maneira simples, clara e acessível, consideradas as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, com uso de recursos audiovisuais quando adequado, de forma a proporcionar a informação necessária aos pais ou ao responsável legal e adequada ao entendimento da criança.”

425. A Lei Geral de Proteção de Dados impõe, portanto, um ônus a mais aos controladores, exigindo-se que os deveres de informação e de transparência sejam adequados à capacidade de compreensão das crianças e dos adolescentes, inclusive com a utilização de recursos audiovisuais, quando necessário.

2.2.5. Bases legais para tratamento de dados de crianças e adolescentes, além do consentimento

426. O consentimento, como se infere dos arts. 7º e 11 da LGPD, constitui uma das bases legais para o tratamento de dados, mas não é a única. Diante disso, é necessário perquirir se essas outras bases também se aplicam aos dados de crianças e adolescentes.

427. Na seção relativa ao tratamento de dados de crianças e adolescentes, a LGPD, no § 3º do art. 14, estabeleceu duas exceções em que será dispensado o consentimento dos pais no que se refere ados dados de crianças, notadamente (i) quando a coleta de dados for necessária para contatar os pais ou o



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

responsável legal e, mesmo nesse caso, os dados só poderão ser utilizados um única vez, sendo vedado o armazenamento e (ii) para a proteção da criança. Em ambos os casos, a lei proíbe que os dados sejam repassados a terceiros sem o consentimento de pelo menos um dos pais ou do responsável legal.

428. As hipóteses de dispensas são demasiado amplas e vagas, o que pode gerar desafios interpretativos, abrindo margem para abusos. Essa alternativa, entretanto, deve ser compreendida em conjunto, o que, necessariamente, impõe que a finalidade de proteção seja legítima, evidente e necessária, assim como o meio deve ser adequado e o menos invasivo possível para assegurar tal intento²⁸¹.

429. Alguns autores, como Fernando Eberlin²⁸², entendem que as hipóteses de dispensa de consentimento dos pais previstas no § 3º do art. 14, são taxativas, de modo que não se aplicariam às crianças as hipóteses legais de tratamento previstas no art. 7º da LGPD. Embora o autor se refira exclusivamente aos incisos do art. 7º, seguindo essa linha de raciocínio, pelo mesmo motivo, seria forçoso concluir que também não seriam aplicáveis às crianças, as bases legais previstas nas alíneas do inciso II do art. 11.

430. Embora sem afastar de maneira expressa a incidência do art. 7º e do art. 11, tal como o autor citado acima, Ana Carolina Brochado e Anna Cristina Rettore²⁸³ afirmam que “as únicas exceções previstas para a exigência do consentimento parental se dão no caso de necessidade de ‘coleta para contatar o pai ou responsável’ ou ‘para sua proteção’”.

431. Outros admitem a incidência do art. 7º, inciso VII da LGPD, para reconhecer o tratamento de dados de crianças sem o consentimento de um dos pais ou responsável legal quando for necessário à proteção da criança, por força do

²⁸¹ FRAZÃO, Ana. Nova LGPD: as demais hipóteses de tratamento de dados pessoais, *Jota*, 19.9.2018. Disponível em https://www.jota.info/paywall?redirect_to=https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/nova-lgpd-as-demais-hipoteses-de-tratamento-de-dados-pessoais-19092018. Acesso em 15.8.2020.

²⁸² EBERLIN, *Direitos da criança*, cit.

²⁸³ BROCHADO; RETTORE, A autoridade parental, cit.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

princípio do melhor interesse²⁸⁴. A interpretação não destoia da mencionada anteriormente, na medida em que § 3º do art. 14 também se refere à necessidade de proteção.

432. De maneira diversa, Gustavo Tepedino e Chiara de Teffè²⁸⁵ defendem que, como não há norma especial estabelecendo novas possibilidades para o tratamento, devem ser aplicadas, como regra, as disposições dos artigos 7º e 11. Os autores, contudo, lembram que a hipótese do art. 7º, IX, que trata do atendimento dos legítimos interesses do controlador ou de terceiro, não será possível, por expressa disposição legal, se “prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exigem a proteção dos dados pessoais”, ponderando que, no caso de crianças e adolescentes, “será importante considerar tal ressalva com maior cuidado”.

433. A conclusão dos autores aproxima-se do disposto no art. 6º do GDPR, segundo o qual o “O tratamento só é lícito se e na medida em que se verifique pelo menos uma das seguintes situações: (...) f) O tratamento de dados for necessário para efeito dos interesses legítimos prosseguidos pelo responsável pelo tratamento ou por terceiros, exceto se prevalecerem os interesses ou direito e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais, **especialmente se o titular for uma criança**” (grifou-se).

434. Assim, mesmo aqueles que admitem o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, sem consentimento, no legítimo interesse do controlador ou de terceiros, reconhecem que o sopesamento com os direitos dos titulares deve ser mais rigoroso.

²⁸⁴ Cf. BOTELHO, Marcos César. A LGPD e a Proteção ao Tratamento de Dados Pessoais de Crianças e Adolescentes. *Revista de Direitos Sociais e Políticas Públicas* (UNIFAFIBE), vol. 8, n. 2, p. 197-231, 2020, p. 222. Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-Soc-Pol-Publicas_v.8_n.2.08.pdf

²⁸⁵ TEPEDINO; TEFFÉ, Consentimento e proteção de dados, *cit.*



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

435. De nossa parte, entendemos que o consentimento não é a única base legal para o tratamento de dados de crianças e adolescentes, devendo-se admitir o tratamento também para (i) o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; (ii) para a execução de políticas públicas e para a realização de estudos por órgãos de pesquisa, (iii) para o exercício regular de direitos em processo judicial, arbitral ou administrativo, (iv) para a proteção à vida ou à incolumidade do titular ou de terceiro, assim como para a tutela da saúde, (v) além, da garantia de prevenção à fraude e à segurança do titular, nos termos das alíneas “a” a “g” do inciso II do art. 11, da LGPD.

436. Como referido no Anexo 10, a Lei não distinguiu dados sensíveis e dados pessoais de crianças e adolescentes, preferindo instituir tratamento único, mais protetivo. No que se refere às bases legais, entretanto, é razoável aplicar a regra prevista para os dados sensíveis, que impõe disciplina mais rigorosa ao tratamento de dados quando não há consentimento, afastando, por exemplo, essa possibilidade quando se trata do legítimo interesse do controlador ou de terceiros ou pelo menos restringindo consideravelmente o âmbito de incidência desta base legal diante de crianças e adolescentes, submetendo-a a parâmetros e testes muito mais rigorosos.

437. Já se viu que a tutela especial e prioritária das crianças e adolescentes foi expressamente prevista no texto constitucional, que adotou a doutrina da proteção integral. Assim, a possibilidade de tratamento de dados de crianças e adolescentes, mormente diante dos acentuados riscos a seus direitos de personalidade, deve ser interpretada de maneira restrita e rigorosa. Não é sem razão que o *caput* do art. 14 exige expressamente a observância do melhor interesse desses indivíduos. Assim, a noção vaga de legítimo interesse do controlador poderia colocar em xeque a proteção especial garantia às crianças e aos adolescentes, abrindo espaço para condutas abusivas.

438. A nosso ver, portanto, no sopesamento entre os interesses legítimos do controlador e os direitos de crianças e adolescentes devem preponderar



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

os segundos, ante os princípios do melhor interesse da criança e da prioridade absoluta, que devem ser os vértices interpretativos da disciplina do tratamento de dados desses sujeitos de direito. O próprio art. 7º, IX, da LGPD reconhece que o tratamento de dados para atender os interesses legítimos do controlador ou de terceiro não será possível quando prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais, tal como ocorre no caso de dados de crianças e adolescentes.

2.2.6. Síntese: responsabilidade das plataformas digitais pela violação à Lei Geral de Proteção de Dados

439. Em relação ao tratamento de dados das crianças e adolescentes, é desnecessário recorrer ao parâmetro mais fluido do dever de cuidado, porque a própria Lei Geral de Proteção de Dados, como visto, já impõe, expressamente, uma série de obrigações específicas aos controladores de dados – dentre os quais se incluem as plataformas digitais –, assim como estabelece a obrigatoriedade de que seja considerado o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

440. O descumprimento dessas medidas, como dispõe o art. 42 da LGPD, que der causa a dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, implicará o dever de reparação, que só será afastado quando ficar demonstrado que o agente não realizou o tratamento de dados que lhe é atribuído, ou que não houve violação à legislação de proteção de dados ou que o dano decorre de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiro.

441. A Lei também acolheu a ideia do “*privacy by design*”, exigindo que a segurança e o sigilo dos dados sejam levados em consideração desde a fase de concepção e desenvolvimento dos serviços, como determina expressamente o art. 46, § 2º, segundo o qual “As medidas de que trata o caput deste artigo deverão ser



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

observadas desde a fase de concepção do produto ou do serviço até a sua execução”.

Como explica Carlos Affonso da Pereira de Souza²⁸⁶,

a proteção de dados não será apenas assegurada pelo cumprimento de parâmetros regulatórios, mas sim por meio de um repensar por parte do agente de tratamento de dados sobre como a sua atividade poder impactar o usuário e terceiros e traduzir isso em medidas que transformam os processos de criação, desenvolvimento, aplicação e avaliação de produtos e serviços.

442. O *privacy by design* traduz-se, em diversos princípios, dentre os quais²⁸⁷:

- (i) proatividade e prevenção: deve haver a antecipação e a prevenção dos riscos à privacidade, em vez de uma postura meramente reativa²⁸⁸.
- (ii) privacidade por padrão: dispensa-se a atuação dos indivíduos para a proteção de sua privacidade, que será intrínseca ao sistema²⁸⁹;
- (iii) privacidade incorporada ao design: as medidas de proteção abrangem o design do produto, tornando-se um componente essencial dele²⁹⁰;
- (iv) respeito à privacidade do usuário: os interesses do usuário devem receber proteção prioritária, instituindo-se padrões de privacidade rigorosos, avisos apropriados e opções de fácil utilização²⁹¹.

²⁸⁶ Segurança e Sigilo dos Dados Pessoais: primeiras impressões à luz da Lei 13.709/2018. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (coordls). *Lei Geral de Proteção de Dados e suas repercussões no Direito Brasileiro* [edição eletrônica]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 539.

²⁸⁷ SOUZA, Segurança, cit., p. 539.

²⁸⁸ SOUZA, Segurança, cit., p. 539.

²⁸⁹ SOUZA, Segurança, cit., p. 539.

²⁹⁰ SOUZA, Segurança, cit., p. 539.

²⁹¹ SOUZA, Segurança, cit., p. 539.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

443. Como se pode observar, a LGPD acentuou, de forma ainda mais rígida, uma série de consequências do dever de cuidado exigível das plataformas digitais que foram exploradas ao longo do presente parecer, inclusive no que diz respeito ao próprio *design* da plataforma. Daí por que a LGPD se junta ao ECA, ao Código Civil e ao Código de Defesa do Consumidor para reiterar a importância da observância do dever de cuidado, inclusive – e principalmente – sob o aspecto preventivo, ou seja, para o fim de evitar o dano.

444. Compreendidos os principais aspectos da Lei Geral de Proteção de Dados, por meio da qual o próprio legislador impôs dever de cuidado no *design* das plataformas, estipulando, inclusive, tratamento mais rigoroso em relação aos dados crianças e adolescentes, é necessário avançar nas discussões sobre a responsabilidade das plataformas em outros aspectos que, como a publicidade, podem estar intrinsecamente relacionados à exploração de dados de crianças e adolescentes, como se examinará melhor no próximo capítulo.

3. Propaganda infantil abusiva nas plataformas digitais²⁹²

3.1. Aspectos introdutórios sobre a exposição das crianças à publicidade

445. A publicidade nas plataformas digitais pode assumir diversos formatos. No YouTube, por exemplo, a publicidade pode decorrer da relação contratual entre a plataforma e os anunciantes, que resultará na inserção de cliques antes ou durante os vídeos publicados pelos “donos” dos canais, conforme as regras estabelecidas pela plataforma. Nesses casos, não há dúvidas de que a plataforma responde por ato próprio.

²⁹² As expressões “propaganda”, “publicidade” e *marketing* estão sendo utilizadas de forma indistinta para designar toda divulgação de produtos e serviços independentemente do meio.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

446. Além desse tipo de publicidade, há também a chamada “propaganda nativa”, que decorre da relação contratual entre o *youtuber* e os anunciantes. Ao contrário da primeira hipótese, esta última se enquadra na categoria de danos decorrentes de conteúdos gerados por terceiros, tema que já foi explorado na Seção II. Entretanto, por uma questão de sistematização, optou-se por examinar nessa parte esse tipo específico de conteúdo de terceiros – as propagandas nativas – para evitar a cisão do debate sobre a publicidade, que poderia dificultar a compreensão do tema em sua integralidade.

447. Cabe, ainda, salientar que, para efeitos das distinções que foram feitas ao longo do presente parecer, **mesmo as propagandas nativas podem ensejar tipos distintos de dever de cuidado conforme o maior protagonismo ou não da plataforma. É inequívoco que, em relação aos conteúdos que a plataforma sugere, prioriza, impulsiona ou exerce qualquer tipo de curadoria ou gerenciamento mais efetivo, a sua responsabilidade é maior do que aqueles em relação aos quais elas supostamente exerceram papel meramente passivo.**

448. Feito o esclarecimento metodológico, é importante destacar que a “sociedade do consumo” surgiu no contexto do desenvolvimento industrial, que, em razão do excesso de oferta, aliado a uma enorme difusão dos produtos culminou no desenvolvimento de estratégias de *marketing* agressivas²⁹³. Nesse contexto de consumo massivo de bens e serviços, as crianças passaram a ser também alvo do mercado publicitário seja em razão de sua capacidade de consumo - atual e futura, seja pelo seu grande poder de influenciar nas compras familiares²⁹⁴.

²⁹³ HENRIQUES, Isabella. O capitalismo, a sociedade de consumo e a importância da restrição da publicidade e da comunicação mercadológicas voltadas ao público infantil. In: PASQUALOTTO, Adalberto. ALVAREZ, Ana Maria Blanco (orgs). *Publicidade e proteção da infância* [edição eletrônica]. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

²⁹⁴ James Mc Neal, a quem se deve os estudos pioneiros e altamente disseminados sobre o potencial do mercado infantil, esclarece que “as crianças são mais do que apenas um mercado. Elas são três mercados em um”: um mercado primário, porque “gastam seu próprio dinheiro para satisfazer seus próprios desejos e necessidades”; “um mercado de influência”, porque “determinam, em grande parte, o que será gasto por seus pais” e, por fim, “um mercado futuro”, porque “irão, eventualmente,



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

449. O acesso precoce à internet, aliado à difusão de *smart phones* e à crescente penetração das plataformas digitais, alterou, radicalmente, a extensão e a forma de publicidade consumida por crianças e adolescentes. Há alguns anos, as propagandas eram, essencialmente, veiculadas na televisão; as crianças se sentavam no sofá e assistiam à programação previamente definida para o horário. Os anunciantes promoviam suas campanhas publicitárias na emissora, com a expectativa de que os telespectadores assistiriam aos comerciais; em troca, remuneravam as cadeias televisivas pelo tempo de exibição²⁹⁵.

450. Hoje, entretanto, verifica-se uma perda crescente da importância da televisão, seja aberta, seja a cabo ou por satélite, e uma ocupação progressiva desse espaço pelas mídias digitais. A disseminação das plataformas de vídeo permite que as crianças vejam, a qualquer hora, o que quiserem. Com os *smarts phones*, *tablets* e *laptops*, o acesso ao conteúdo pode ocorrer em qualquer lugar.

451. Em 2015, o ESPM Media Lab²⁹⁶ iniciou uma pesquisa intitulada “Geração Youtube”, que traz um mapeamento sobre o consumo e a produção infantil de vídeos para crianças de 0 a 12 anos no Brasil. Verificou-se que, em 2015, dos 100 canais de maior audiência no Youtube, 36 referiam-se a canais que abordam conteúdos direcionados a crianças ou são consumidores por elas. Em 2016, o número saltou de 36 para 48 canais²⁹⁷.

452. A pesquisa examinou, ainda, os 230 canais de maior visualização da plataforma com conteúdo direcionado ou consumido por crianças. Um questionário feito com pais e responsáveis ajudou a identificar que tipo de conteúdo crianças entre 0 e 12 anos consomem na plataforma. A partir daí, os 230 canais que compõem a amostra foram separados em sete categorias de análise: 58 canais de Minecraft

se tornar um mercado potencial para todos os bens e serviços”. (*The kids Market: Myths and Realities*, Nova Iorque: Paramount Market Publishing, 1999, p. 16. Tradução livre).

²⁹⁵ Neste sentido, cf. EVANS, David. S; SCHMALENSSEE, Richard., *Industrial Organization*, cit., pp. 155-156

²⁹⁶ Geração youtube, cit.

²⁹⁷ *Ibidem*.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

(gameplays e blogs de games, 35 canais de TV (programação disponível na TV), 35 canais de Não TV (desenho infantil e musical), 14 canais de Youtuber teen, 61 canais de *youtubers* mirins, 26 canais *unboxing* (propaganda de brinquedos e vídeo brincadeiras) e 1 canal educativo (experimentos).

453. O estudo concluiu que, em agosto 2016, o número de inscritos nos canais da categoria de Minecraft ultrapassou os 100 milhões, enquanto os canais de *youtubers teens* atingiu a marca de mais de 43 milhões de inscritos. Nas categorias de *unboxing* e de *youtubers* mirins, os números também são expressivos, atingindo a marca de quase 10 milhões de inscritos e de 23 milhões, respectivamente, em agosto de 2016. As duas últimas categorias juntas já representam mais de 15% do total de inscritos nos 230 canais da amostra, ficando atrás apenas dos canais de *youtubers teens* e dos canais de Minecraft.

454. Ao examinar a quantidade de *uploads*, a pesquisa mostrou que o número de vídeos incluídos na plataforma pelos canais da amostra superou a marca de 139 milhões, sendo que, de agosto de 2015 para agosto de 2016, houve um aumento de mais de 80%. As cifras também impressionam quando se avalia o número de visualizações, que chegou a 49,21 bilhões somando os *views* dos canais da amostra até agosto de 2016.

455. Diante da expressividade dos números, não parece exagerada a constatação audaciosa da plataforma de que “todos os caminhos levam ao *youtube*” ou, ainda, “se você está online, uma hora vai dar *play* aqui”²⁹⁸.

456. Ao lado da penetração das plataformas digitais, cresce também o *marketing* online. De acordo com um relatório da PwC, estima-se que o investimento global em publicidade digital para crianças será de US\$ 1,7 bilhões em 2021, o que

²⁹⁸ “De Play em Play”, julho 2017. Disponível em <https://www.thinkwithgoogle.com/intl/pt-br/youtubeinsights/2017/de-play-em-play/>. Acesso em 29.7.2020.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

equivale a 37% de toda a publicidade infantil²⁹⁹. A pesquisa aponta, ainda, que mais de 40% do aumento de usuários de internet no mundo em 2018 refere-se a crianças.

457. Grande parte desse entusiasmo pelo *marketing* digital deve-se à extração e à segmentação de dados dos usuários da rede, que assegura a oferta de conteúdos publicitários personalizados (*behavioral targeting*), redimensionando os impactos da publicidade. Além do *behavioral targeting*, a publicidade online beneficia-se também da utilização crescente de influenciadores digitais, incluindo crianças e adolescentes, e da publicidade disfarçada de conteúdo. **As crianças estão, portanto, sendo submetidas, massivamente, à publicidade na internet:** desde os chamados anúncios em *display*, também conhecidos como *banners*, veiculados em páginas da *web*, até aqueles exibidos em formato de vídeo nas plataformas digitais, ou a “propaganda nativa”, cujo viés publicitário aparece camuflado, seja em textos seja em conteúdos de multimídia.

458. Juliet Schor³⁰⁰ explica que, ainda que as crianças tenham uma longa história como consumidores, apontando que, desde o século XIX, os brinquedos já eram vistos como símbolo de posição social, houve, desde então, uma drástica mudança na imersão das crianças na cultura de consumo, a começar pela alteração do alvo da publicidade. No pós-guerra, a indústria da propaganda apostava no “modelo do porteiro”, ou seja, os produtos infantis eram vendidos por meio uma aliança com as mães. Hoje, ao contrário, **a indústria da propaganda cria conexões diretas com as crianças, para convencer, indiretamente, os pais, que, em geral, são isolados do processo de marketing, a comprarem**³⁰¹. Assim, salvo nos casos em que o produto é destinado a bebês, a tônica nas comunicações mercadológicas de produtos infantis tem sido falar diretamente com as crianças.

²⁹⁹ PwC Report: Kids digital advertising Market will be \$1,7 bn by 2021, jun. 2019. Disponível em <https://www.superawesome.com/blog/pwc-kids-digital-media-report-2019-estimates-global-kids-digital-advertising-market-will-be-worth-1-7bn-by-2021/>. Acesso em 31.7.2020.

³⁰⁰ SCHOR, Juliet B. *Nascidos para comprar*: uma leitura essencial para orientarmos nossas crianças na era do consumismo. Tradução: Eloísa Helena de Souza Cabral. São Paulo: Editora Gente, 2009, p. 10.

³⁰¹ SCHOR, *Nascidos*, cit., p. 10.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

459. **O foco do mercado publicitário nas crianças se explica facilmente: em razão de sua maior vulnerabilidade, as crianças são não apenas um alvo de fácil convencimento, mas também um instrumento efetivo de persuasão de seus pais e responsáveis.** Para se ter uma ideia, já em 2003, Martin Lindstrom³⁰² indicava que crianças e adolescentes entre 8 e 14 anos nos Estados Unidos gastavam, aproximadamente, US\$ 150 bilhões de dólares, controlavam outros US\$ 150 bilhões do dinheiro de seus pais, sendo que sua influência nos gastos da família totalizava, em média, US\$ 600 bilhões de dólares. O maior número de divórcios foi um dos fatores que levou ao incremento do poder de decisão das crianças sobre as compras familiares, que dobrou de 1960 para 1980 e triplicou em 1990³⁰³.

460. Ainda que a realidade brasileira atual possa diferir nos números, a estatísticas ajudam a comprovar uma conclusão inarredável: as crianças não são consumidores de ocasião, mas um dos alvos preferidos do mercado publicitário. As novas mídias digitais, como visto, têm agravado o assédio: de celular ou *tablet* na mão, as crianças, desde pequenas, são bombardeadas pelos apelos publicitários, inclusive por meio do *marketing* travestido de conteúdo. Daí a conclusão de Inês Sampaio³⁰⁴ de que “o processo de intensificação do acesso das crianças às mídias vem seguindo, lamentavelmente, a lógica da comercialização da infância”.

461. Embora a psicologia reconheça que a criança, desde tenra idade, tem aspirações e interesses próprios, que motivam o desejo de aquisição de determinados objetos, isso não afasta os efeitos negativos das propagandas sobre

³⁰² Apud BUCKINGHAM, David. Kids for Sale? Childhood and Consumer Culture. WAGG, S. PILCHER, P (orgs). *Thatcher`s Grandchildren*. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2014. Disponível em academia.edu/. Acesso em 29.7.2020.

³⁰³ MONTEGOMEY, Kathryn. Digital Kids: The New On-line Children`s Consumer Cultura. In: Singer, D.G.; Singer, J.L (orgs). *Handbook of Children and the Media*, California: Sage Publications Inc, 2001 pp.635–50

³⁰⁴ SAMPAIO, Inês Sílvia Vitorino. Publicidade e Infância: uma relação perigosa. In: VIVARTA, Veet (coord). *Infância & Consumo: estudos no campo da comunicação*. Brasília: Andi,; Instituto Alana, 2009, p. 13.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

seu desenvolvimento, especialmente se dirigidas para elas, como se verá mais à frente³⁰⁵.

3.2. Processo de intensificação das propagandas dirigidas às crianças

462. Já no século XVIII surgiram os primeiros produtos dirigidos especialmente para crianças, como literatura e vestuário, e em 1930, já havia anúncios específicos para crianças nas rádios norte-americanas³⁰⁶. Entretanto, nessa época, a publicidade dos produtos infantis, segundo Juliet Schor, era feita, em regra, para as mães³⁰⁷.

463. Foi o advento dos programas infantis televisivos que ampliou as possibilidades de se atingir diretamente as crianças. Essa fase começou com a exibição, em 1954, do programa *The Mickey Mouse Club* nos Estados Unidos³⁰⁸. Foi quando teve início também a programação infantil das manhãs de sábado voltadas para crianças³⁰⁹. A fabricante Mattel alavancou as vendas de brinquedos ao anunciar seus produtos em rede nacional nos intervalos da exibição do programa do Mickey³¹⁰. É dessa época, ainda, a parceria entre a televisão e a boneca Barbie, lançada ao público infantil americano em 1959.

³⁰⁵ TAILLE, Yves de. A publicidade dirigida ao público infantil. Considerações psicológicas. In: CONSELHO FEDERAL de PSICOLOGIA, *Contribuição para o fim da publicidade dirigida à criança*, out. 2008. Disponível em site.cpf.org.br. Acesso em 24.7.2020.

³⁰⁶ SCHOR, *Nascidos*, cit., p. 33

³⁰⁷ SCHOR, *Nascidos*, cit., p. 34

³⁰⁸ SCHOR, *Nascidos*, cit., p. 34

³⁰⁹ SCHOR, *Nascidos*, cit., p. 34

³¹⁰ “Em 1955, Ruth [Handler] na ocasião vice-presidente executiva [da Mattel], responsável por vendas e administração, inovou em *marketing* comprando US\$ 500 mil de publicidade em rede no programa de televisão de Walt Disney, ‘The Mickey Mouse Club’. Essa estratégia alavancou as vendas de todos os brinquedos, conforme informações da Biblioteca da Universidade Harvard. Ao observar sua filha Barbara brincando com uma boneca alemã de papel que trocava de roupa, a ‘Bild Lilli’, lançada em 1955, Ruth decidiu criar uma boneca adulta, diferente das bonecas da época que eram cópias de bebês. Ela chegou a comprar três exemplares da ‘Lilli’ de plástico, dando uma para Barbara e duas para o *designer* Jack Ryan. Inicialmente a boneca foi criada como a ‘Lilli’, recebendo o nome ‘Barbie’, inspirado em sua filha Barbara. Em 9 de março de 1959, na American International Toy Fair, a boneca foi lançada por US\$ 3, vendendo 340 mil unidades”. (POLININI, Janaína. Barbie, criada por Ruth



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

464. A televisão abriu espaço também para o chamado *host selling*, que, em linhas gerais, consiste na publicidade de um produto durante os intervalos da exibição de um programa por seus apresentadores, personagens ou, ainda, utilizando características que remetam ao programa que está sendo exibido³¹¹. Além do *host selling*, surgiram também os *program length commercials*. O termo, em inglês, serve para designar programas de televisão que, em última análise, têm também um conteúdo comercial indireto. Nos Estados Unidos, a discussão começou no final da década de 1960, a partir de um desenho animado, que combinava o personagem de história em quadrinhos Archie com a famosa linha de carrinhos de brinquedo da Mattel, os Hot Wheels³¹².

465. Apesar da relevância da televisão foi, sobretudo, a partir dos anos 1980 que as empresas descobriram, de fato, o potencial da venda direta para as crianças³¹³. As pesquisas relacionadas ao valor do mercado infantil, produzidas por James Mc Neal, foram cruciais para essa guinada³¹⁴.

466. Mais adiante, a TV a cabo e a TV por satélite, ao oferecerem uma programação segmentada por nichos, por meio de canais dedicados ao público

Handler em 1959, inspirada na filha, revoluciona brinquedos, O Globo, 20 de abril de 2017. Disponível em <https://acervo.oglobo.globo.com/em-destaque/barbie-criada-por-ruth-handler-em-1959-inspirada-na-filha-revoluciona-brinquedos-21236214>. Acesso em 30.7.2020.

³¹¹ De acordo com Kevin J. Shanahan and Michael R. Hyman, *host selling* pode ser definido como “Born on radio and popularized on television, host selling is (a) direct selling by the host or other performer while in character (e.g., Howdy Doody endorsing Ovaltine), (b) ads and storylines so tightly meshed as to be indistinguishable (e.g., “advertisements featuring the same type of animation that is regularly featured in the accompanying program”), or (c) suggestive selling by within-program characters (e.g., Bananas in Pajamas characters appearing in commercials for Bananas in Pajamas videos during a Bananas in Pajamas program)” (Program-Length Commercials and Host selling by the WWF, *Business and Society Review*, pp. 379-392, dez. 2001, p. 381. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/233960857_Program-Length_Commercials_and_Host_Selling_by_the_WWF. Acesso em 31.7.2020.

³¹² ROSTRON, Allen K., Return to Hot Wheels: The FCC, Program-Length Commercials, and the Children's Television Act of 1990, *Hastings Comm. & Ent. Law Journal*, vol 19, pp. 57-861996, p. 59. Disponível em https://repository.uchastings.edu/hastings_comm_ent_law_journal/vol19/iss1/3. Acesso em 20.7.2020.

³¹³ SCHOR, *Nascidos*, cit., p. 36.

³¹⁴ SCHOR, *Nascidos*, cit., p. 36. Cf. MC NEAL, James. *The kids Market*, cit, p. 999.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

infantil, levaram a um aumento significativo nas propagandas dirigidas às crianças³¹⁵. No período anterior, quando o número de canais era limitado, em geral, a programação da televisão direcionada a crianças era restrita e relegada a horários pouco populares entre os adultos, como as manhãs de sábado³¹⁶. O surgimento de múltiplos canais, muitos dedicados à exibição exclusiva de programas infantis, ampliou significativamente o espaço da publicidade dirigida ao público infantil. Nesse cenário, a publicidade passou a ir além dos comerciais televisivos que têm como alvo crianças: contratos de licenciamento passaram a permitir que empresas de comida, brinquedos e fast food, promovessem seus produtos por meio da vinculação ao programa infantil e/ou a seus personagens³¹⁷. A restrição de conteúdo, portanto, impôs um preço alto: a submissão das crianças a uma exposição massiva de publicidade³¹⁸.

467. Outro fator de extrema importância para compreender o aumento do que Kunkel *et al*³¹⁹ intitulam “comercialização da infância” refere-se à popularização das televisões, que aumentou o número de crianças que têm um aparelho no próprio quarto. Hoje, com a proliferação dos dispositivos móveis, a “audiência em família” tem cada vez menos espaço. A disseminação dos dispositivos móveis, entretanto, é apenas a ponta do iceberg. A internet e as mídias digitais alteraram, drasticamente, a forma e o alcance da publicidade infantil, como se verá a seguir.

³¹⁵ KUNKEL, Dale *et al*. *Report of the APA task force on advertising and children: psychological issues in the increasing commercialization of childhood*, 2004. Disponível em <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.459.1736&rep=rep1&type=pdf>. Acesso em 30.7.2020.

³¹⁶ KUNKEL *et al*, *Report of the APA*, cit., p. 2

³¹⁷ KUNKEL *et al*, *Report of the APA*, cit., p. 2

³¹⁸ KUNKEL *et al*, *Report of the APA*, cit., pp. 2-3.

³¹⁹ KUNKEL, *Report of APA*, cit., p. 3.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

3.3. Publicidade na era digital

468. Ao examinar as mídias eletrônicas, Buckingham³²⁰ explica que há duas correntes antagônicas, que procuram explicar a relação das crianças com as novas tecnologias. Ambas formam parte do chamado “determinismo tecnológico”, a que o autor tece diversas críticas³²¹. De um lado, há aqueles que, como Neil Postman, atribuem às mídias eletrônicas “um singular poder de explorar a vulnerabilidade das crianças, de abalar sua credibilidade e de destruir sua inocência”³²². Do outro lado, há os partidários de um excesso de otimismo, que defendem uma espécie de “sabedoria natural espontânea” das crianças no que se refere à tecnologia, enxergando as novas mídias como uma forma de empoderamento e de libertação desses indivíduos³²³.

469. Tapscott³²⁴ resume bem o otimismo dessa postura:

[As crianças de hoje] têm novas e poderosas ferramentas para investigação, análise, autoexpressão, influência e brincadeira. Elas têm uma mobilidade sem precedentes. Estão encolhendo o planeta de uma forma que seus pais nunca teriam conseguido imaginar. Ao contrário da televisão, que era feita para elas, as crianças é que são os atores no mundo digital.

470. De fato, as ferramentas interativas das tecnologias digitais oferecem inúmeras possibilidades de empoderamento das crianças, oferecendo-lhes novos meios para que possam se expressar, se comunicar, interagir com novos recursos educativos, ter acesso a conteúdos culturais que a mídia tradicional não oferece, etc. Esse potencial, entretanto, tem sido senão sufocado, pelo menos restringido por agentes privados. **Ante o reconhecimento, há muito consolidado, de que as crianças constituem um mercado de consumo sólido e rentável, interesses**

³²⁰ BUCKINGHAM, David. *Crescer na Era das Mídias: após a morte da infância*. Tradução de Gilka Girardello e Isabel Orofino. Florianópolis, 2006, p. 30. Trabalho não publicado. Disponível em https://www.academia.edu/2748378/Crescer_na_era_das_m%C3%ADdias_eletr%C3%B4nicas. Acesso em 31.7.2020.

³²¹ BUCKINGHAM, *Crescer na Era das Mídias*, cit., p.30.

³²² BUCKINGHAM, *Crescer na Era das Mídias*, cit., p.30.

³²³ BUCKINGHAM, *Crescer na Era das Mídias*, cit., p.31.

³²⁴ Apud BUCKINGHAM, *Crescer na Era das Mídias*, cit., p. 34.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

comerciais têm interferido, de maneira substancial, na configuração dos conteúdos e serviços digitais para crianças, como adverte Montegomey³²⁵.

471. O desenvolvimento tecnológico segue algumas tendências importantes, como descreve Buckingham³²⁶, dentre elas:

- (i) a crescente privatização das mídias: “mesmo aqueles que inicialmente não o eram [orientados para o mercado] – como a internet – estão cada vez mais sujeitos aos imperativos do mercado, como por exemplo, a necessidade de exibir anúncios e propagandas”;
- (ii) integração das indústrias da mídia, tanto horizontal como vertical, que assegura o controle do mercado por um pequeno número de conglomerados multinacionais, de modo que as mídias não são apenas uma forma de assegurar público para seus anunciantes, mas também para assegurar público para outros agentes integrados.

472. Nesse contexto, autores como Kathryn Montgomery³²⁷ advertem que “a nova mídia digital, provavelmente, terá um impacto mais profundo na forma como as crianças crescem e aprendem, o que valorizam e, em última análise, sobre quem serão quando adultos do que qualquer mídia na história”.

473. **Donell Halloway³²⁸ compara o papel das crianças na economia digital ao trabalho infantil do século 19.** Nas duas épocas, explica o autor, as crianças são vistas, na economia de mercado, como “objetos econômicos”: **a diferença é que,**

³²⁵ MONTEGOMERY, Digital Kids, cit., p. 56.

³²⁶ BUCKINGHAM, *Crescer na Era das Mídias*, cit., p.

³²⁷ MONTEGOMERY, Digital Kids, cit.

³²⁸ HALLOWAY, Donell. Surveillance capitalismo and children`s data: the Internet of toys and things for children. *Media International Australia*, p. 27-36, vol. 170(I), p. 31. Disponível em <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/1329878X19828205>. Acesso em 1.8.2020.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

na era do “capitalismo da vigilância”, as crianças não fornecem sua força física de trabalho, mas, sim, seus dados, e – acrescentaríamos também sua atenção³²⁹.

474. De fato, na época no “capitalismo de vigilância”, fomentada também pelo desenvolvimento de maior capacidade de armazenamento e pela utilização de inteligência artificial no tratamento de dados, houve um incremento massivo no acesso e na utilização de dados para a publicidade e venda de produtos e serviços. Em razão disso, as atividades das crianças, seu desenvolvimento social, cognitivo, suas brincadeiras, comunicações: tudo isso se converte em mercadoria.

475. As novas formas de publicidade das mídias digitais, como adverte Montgomery³³⁰, diferem, significativamente, do *marketing* televisivo tradicional: além do rompimento das fronteiras entre conteúdo e publicidade, observa-se um estreitamento, sem precedentes, dos laços entre as crianças e os marqueteiros. E, como resumiu Gruen, “não existe nada tão valioso para os publicitários do que a possibilidade de construir relações com as crianças”³³¹.

476. Um estudo da Unicef³³², de abril de 2018, aponta que o *marketing* digital foi impulsionado por quatro fatores: (i) transição dos consumidores para a mídia digital; (ii) a proliferação global de dispositivos digitais; (iii) a emergência da economia movida a dados (*data driven economy*): *data brokers*, (iv) avanços na análise em tempo real e nas decisões algorítmicas.

477. A falta de transparência é um dos pontos que desperta preocupações. Se, antes da economia movida a dados, a publicidade já era pouco clara em relação aos métodos utilizados, na era digital, houve um agravamento do

³²⁹ HALLOWAY, *Surveillance*, cit., p. 31.

³³⁰ MONTEGOMERY, Kathryn. Digital Kids: The New On-line Children`s Consumer Cultura. In: Singer, D.G.; Singer, J.L (orgs). *Handbook of Children and the Media*, California: Sage Publications Inc, 2001 pp.635–50. Disponível em https://www.nordicom.gu.se/sv/system/tdf/kapitel-pdf/87_189-208.pdf?file=1&type=node&id=18743&force=. Acesso em 31.7.2020.

³³¹ Gruen apud MONTEGOMERY, Digital Kids, cit.

³³² UNICEF, *Children and Digital Marketing: Rights, risks and responsibilities*, abril de 2018. Disponível em https://www.unicef.org/csr/css/Children_and_Digital_Marketing_-_Rights_Risks_and_Responsibilities.pdf. Acesso em 4.8.2020.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

problema. Como aponta o estudo da Unicef, o valor extraordinário atribuído à inteligência sobre a forma como os consumidores reagem e se submetem ao engajamento do *marketing* digital, incentiva a coleta de dados e desestimula a revelação de mais informações sobre essa estratégia³³³.

478. Uma das características do *marketing* digital é o agravamento da linha difusa que separa a publicidade infantil do conteúdo, como se verá a seguir.

3.4. A publicidade infantil velada

479. A publicidade, como adverte Niklas Luhman³³⁴, declara abertamente suas intenções, mas esconde com frequência os meios que utiliza; ela vale-se de meios psicológicos muito complexos, que fogem à tendência crítica da esfera cognitiva, para que não se conheçam os motivos do desejo. Sustenta-se, nas palavras do autor, na “autorganização da estupidez” e sugere, ironicamente, ao espectador que exerça sua liberdade de decisão para desejar o que, não fosse pela própria persuasão da propaganda, não teria querido.

480. No *marketing* infantil, o limite impreciso entre conteúdo comercial e entretenimento não é novo. Com a emergência do *marketing* televisivo, logo surgiram os chamados *host sellings*, como descrito anteriormente, que se referem aos comerciais com personagens ou apresentadores do programa de televisão durante sua exibição. Além deles, os programas de televisão com personagens de brinquedos infantis ou, ainda, o licenciamento de brinquedos, materiais escolas, mochilas, comida, tornaram mais difícil separar conteúdo de publicidade.

481. Nos Estados Unidos, ganhou notoriedade o caso, que ficou conhecido como *Hot Wheels Case*, julgado no final da década de 60 pela FCC. A controvérsia teve início a partir de um programa de televisão, que combinava o

³³³ Ibidem.

³³⁴ LUHMANN, Niklas. *La realidad de los medios de masa*. Tradução de Javier Torres México D.F: Universidade Iberoamericana, 2007, pp. 66-68.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

personagem de história em quadrinhos Archie com a famosa linha de carrinhos de brinquedo da Mattel, os Hot Wheels. Durante o tempo de exibição do programa, a Mattel não fazia comerciais diretos de seus produtos, mas a empresa veiculava anúncios durante outros programas exibidos também no sábado de manhã na ABC. Uma concorrente alegou que o programa de televisão, na verdade, era uma propaganda de 30 minutos da linha de brinquedos Hot Wheels. A FCC concluiu que o desenho animado, de fato, continha material comercial e determinou que a emissora registrasse partes do desenho como publicitárias, incluindo a abertura, os áudios ou vídeos com as palavras “Hot Wheels”³³⁵. Pouco tempo depois, a série foi cancelada.

482. De fato, o que aparenta ser apenas conteúdo de entendimento pode carregar, intrinsecamente, um forte apelo publicitário, ainda que de forma velada. Embora as discussões não tenham surgido na internet, a era digital acentuou significativamente o problema.

483. Ao visitar o site da Barbie, por exemplo, uma criança pode brincar com um jogo interativo, que permite que ela responda sobre as roupas preferidas e atividades da boneca virtual³³⁶. No final do jogo, o jogador recebe uma sugestão da boneca Barbie que seria uma boa amiga para ela, com base nas preferências manifestadas anteriormente³³⁷. O exemplo é de Kunkel *et al*³³⁸ e serve para mostrar como mudanças na forma como a publicidade é promovida tem desempenhado um papel crucial na persuasão comercial diante das crianças.

484. Mesmo aqueles que, como Buckingham³³⁹, sustentam que “há pouca razão para acreditar que as crianças sejam mais vulneráveis a embuste do que os adultos”, ponderam que **“muitas das novas técnicas de *marketing* embaçam os limites entre mensagens promocionais e outros conteúdos, tornando possível**

³³⁵ Allen K. Rostron, Return to Hot Wheels, cit. Acesso em 20.7.2020.

³³⁶ KUNKEL, *Report of APA*, cit., p. 3.

³³⁷ KUNKEL, *Report of APA*, cit., p. 3.

³³⁸ KUNKEL, *Report of APA*, cit., p. 3.

³³⁹ Apud BRAGAGLIA, Ana Paula. Nascimento, Andre Luis do. Os *youtubers mirins* e a felicidade através do consumo, *Temática*, Ano XII, n. 12, dez. 2016. Disponível em periodicos.ufpb.br.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

embutir propaganda em contextos onde é menos provável que ela seja reconhecida”.

485. As fronteiras estão, portanto, cada vez mais difusas na publicidade dirigida às crianças. O fenômeno, embora viabilizado pelas mudanças tecnológicas, não decorre apenas delas, mas é também amplamente orientado por interesses comerciais, como adverte Buckingham³⁴⁰. Dentro da publicidade “velada” na era digital, dois modelos de publicidade se destacam por sua ampla difusão entre as crianças: os vídeos de unboxing e os vídeos produzidos por *youtubers* mirins.

3.4.1. O papel dos *youtubers* na publicidade velada

486. O YouTube surgiu em 2005. A plataforma foi concebida como um serviço de hospedagem de vídeo, oferecendo a qualquer usuário comum um “palco” para a divulgação de conteúdos dos mais variados tipos: reclamações, reflexões pessoais, dicas sobre determinados assuntos, memórias afetivas, expressões artísticas, etc. Trata-se dos chamados “*prosumers*”. O termo foi originalmente cunhado por Alvin Toffler em 1980, no livro “The Third Wave”, para designar um novo tipo de consumidor, que interfere na forma de produção e também customiza seus produtos.

487. No início, a maior parte do conteúdo do Youtube referia-se a vídeos criados de forma amadora, por seus usuários. Com o tempo, surgiram os *digital influencers* ou as celebridades do YouTube, cuja base elevada de seguidores despertou o interesse de empresas de *marketing*. De acordo com uma pesquisa do YouPix, realizada em 2016, a comunidade de influenciadores digitais já soma 230 mil

³⁴⁰ BUCKINGHAM, *Crescer na Era das Mídias*, cit., p. 62.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

profissionais. No Brasil, em 2016, uma pesquisa da Consultoria Provokers mostrou que 10 *youtubers* estavam entre as 20 celebridades mais influentes do Brasil.³⁴¹

488. O *frisson* causado pelos *youtubers* comprova a conclusão. Ao examinar um evento, que reuniu personalidades do Youtube, como Júlio Coccielo, Luba e Whindersson Nunes, o El País se deparou, na porta, com Mateus, de 13 anos, e um grupo de amigos: “o pequeno está tão emocionado que nem atende sua mãe no telefone e minimiza as mais de sete horas de plantão que leva à frente de um galpão na zona portuária da cidade”, para aguardar seus ídolos, resume o jornal³⁴². Ao ser indagado sobre a televisão, o garoto respondeu ao El País com ar um pouco surpreso “Se eu assisto a TV? TV normal? Como assim? Bom, só se houver jogo”³⁴³.

489. Nos Estados Unidos, pesquisas mostram a impressionante influência de *youtubers* na decisão de compra dos norte-americanos. Entre os adolescentes, 63% declarou que experimentaria uma marca ou produto sugeridos por um Youtuber, enquanto 46% responderam que experimentariam produtos indicados por celebridades da televisão ou do cinema³⁴⁴. No caso dos adultos, a pesquisa também demonstrou que a influência dos *youtubers* já superou a dos astros das mídias tradicionais: 62% contra 49%³⁴⁵.

490. O fenômeno atingiu também as crianças. Em uma pesquisa feita pela Lego com 3000 crianças, de 8 a 12 anos, dos Estados Unidos, China e Reino Unido 1/3 delas respondeu que sonham em ser *youtubers* quando crescerem³⁴⁶.

³⁴¹ “As 20 personalidades mais admiradas por adolescentes; dez já são *youtubers*”, jan. 2016. Disponível em <https://medium.youpix.com.br/as-20-personalidades-mais-admiradas-por-adolescentes-dez-j%C3%A1-s%C3%A3o-youtubers-faf5940c1d3d>. Acesso em 28.8.2020.

³⁴² “A geração que não assiste mais TV e corre atrás dos *youtubers*”, El País, 15 agosto de 2017, Disponível em https://brasil.elpais.com/brasil/2017/08/13/tecnologia/1502578288_835104.html. Acesso em 29.7.2020.

³⁴³ Consultoria Provokers a pedido do Google e do Jornal Meio & Mensagem.

³⁴⁴ Ibidem.

³⁴⁵ Defy Media (antiga Break Media). Acumen Report: Constant Content, Março 3, 2015.

³⁴⁶ “Kids now Dream of being professional Youtubers rather than astronauts, study finds”, julho de 2019. Disponível em <https://www.cnbc.com/2019/07/19/more-children-dream-of-being-youtubers-than-astronauts-lego->



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

491. De agosto de 2015 para agosto de 2016, a categoria dos *youtubers* mirins teve o segundo maior crescimento percentual no número de inscritos no período – 550% –, ficando atrás apenas dos vídeos de *unboxing*, segundo a pesquisa da ESPM Media Lab já mencionada.

492. Os *youtubers* mirins referem-se a crianças comuns que protagonizam vídeos relativos a diversas atividades: brincadeiras, desafios, maquiagem, novelinhas, penteados, experimentos de ciências ou fabricação de peças artesanais, culinária, além de promoverem marcas e produtos.

493. Muitas vezes, essas crianças são contratadas para serem “porta-vozes” de brinquedos, jogos e outros produtos, ou de algumas marcas, em canais dedicados ao público infantil. Trata-se, na opinião da advogada do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, Cláudia Lima Pontes, de um “trabalho que tem dado trabalho aos defensores da infância e aos pais mais atentos, já que tem deformado a garotada de forma cruel: usando as crianças para vender para crianças”³⁴⁷.

494. A estratégia de utilizar crianças na publicidade não é nova. Muito antes do surgimento das plataformas, as agências de publicidade já investiam no uso da imagem infantil. As justificativas, dentre outras coisas, são maior sensibilidade de uma criança à interpelação de outra, o apelo emocional diante dos adultos, além da renovação da imagem das marcas.³⁴⁸

495. Ao refletir sobre a presença de crianças em propagandas, o professor de psicologia Yves de Taille³⁴⁹ destacou que a prática desperta duas preocupações: (i) a influência sedutora sobre o público infantil, cujo nível de crítica

says.html#:~:text=Toy%20production%20firm%20Lego%20surveyed,aged%20between%20five%20and%2012.. Acesso em 6.8.2020.

³⁴⁷ Youtubers mirins, novos influenciadores e protagonistas da publicidade dirigida ao público infantil: uma afronta ao Código de Defesa do Consumidor e às Leis Protetivas da Infância, *Revista Luso Brasileira de Direito do Consumo*, nº 23, Bonijuris, set.2016.

³⁴⁸ SAMPAIO, Inês. Propaganda e infância, cit., p. 15.

³⁴⁹ TAILLE, Yves de. A publicidade dirigida ao público infantil. Considerações psicológicas. In: CONSELHO FEDERAL de PSICOLOGIA, *Contribuição para o fim da publicidade dirigida à criança*, out. 2008. Disponível em site.cpf.org.br. Acesso em 24.7.2020.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

ainda é pequeno e (ii) a exposição das crianças que participam da publicidade, cujas privacidade e intimidade também precisam ser protegidas.

496. Em âmbito digital, as duas apreensões agravam-se significativamente: a primeira em razão da linha difusa entre conteúdo e publicidade nos vídeos dos *youtubers* mirins, que dificulta, sobremaneira, o exercício de senso crítico em relação à publicidade pela criança, e a segunda porque, no ambiente virtual, a exposição da privacidade e da intimidade são elevadas a outro patamar, em razão da difusão praticamente ilimitada do conteúdo.

497. A publicidade por meio dos *youtubers* pode assumir três formatos principais: (i) a propaganda explícita em que o anunciante paga ao influenciador digital uma taxa fixa ou um valor variável de acordo com o número de visualizações de determinado vídeo, criado especialmente para a marca ou produto; (ii) por meio de links afiliados, em que as compras feitas por meio de links informados no canal, garantem uma comissão ao YouTuber e (iii) por meio do envio de produtos gratuitamente para os *youtubers*, com a expectativa de que irão criar reviews, expor o produto ou criar “advertoriais”, ou seja, anúncios em forma de conteúdo editorial³⁵⁰. Essa forma de publicidade não se confunde com os chamados “*in-stream ads*”, ou seja, aqueles pequenos cliques publicitários que aparecem antes, durante ou após a visualização do vídeo. Aqui, a relação comercial se dá diretamente entre os anunciantes e os *youtubers*, sem que haja a participação direta das plataformas nas negociações.

498. O chamado *marketing* de influência que se vale do poder de persuasão dos influenciadores digitais para expor uma marca ou produto a seus “seguidores” é considerado uma das formas mais efetivas de publicidade. A agenda do *marketing* é integrada ao próprio conteúdo e, como os consumidores, inclusive, adultos, não enxergam o YouTube como uma fonte de propaganda, o poder de

³⁵⁰ WU, Katrina. YouTube Marketing: Legality of Sponsorship and endorsements in advertising, *Business and Ethics Journal Law*, vol. 22, 2016, p.61.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

convencimento torna-se muito mais eficaz do que o do *marketing* tradicional³⁵¹. O consumidor, em regra, vê as celebridades do YouTube como alguém mais genuíno, passível de identificação³⁵². Muitos usuários têm uma relação mais próxima ou, pelo menos, se sentem mais próximos dos *youtubers*, porque podem interagir com eles na plataforma, por meio dos likes, comentários, etc. Aqui, os elementos da confiança e da cordialidade colocam o consumidor em uma posição mais vulnerável³⁵³. O *youtuber* Luba, cujo canal – LubaTV - tem quase 8 milhões de inscritos resume bem essa relação: “Diferentemente de artistas, atores ou cantores, a gente está muito próximo de quem nos vê. Fazemos vídeo do quarto, da sala... A relação é mais pessoal e nos veem como amigos”³⁵⁴.

3.4.2. A prática de *unboxing* no YouTube

499. A prática intitulada de *unboxing*, como o próprio nome sugere, consiste em vídeos de pessoas abrindo e descrevendo produtos. Esse tipo de conteúdo faz muito sucesso com as crianças, atraindo milhares de visualizações. O *unboxing*, como descreve a psicóloga Laís Fontenele³⁵⁵, “consiste em vídeos no YouTube em que crianças (ou mãos adultas) desembulham objetos, brinquedos em especial, com uma narração”. De acordo com ela, a prática pode ter efeitos nocivos sobre as crianças porque, “ao apresentar e desvendar o objeto, essa técnica tem o poder de incitar o desejo nas crianças, além de interferir no seu brincar – ditando regras e assim contribuindo para reduzir sua capacidade imaginativa”.

³⁵¹ WU, YouTube Marketing, cit., p. 61.

³⁵² WU, YouTube Marketing, cit., p. 61.

³⁵³ WU, YouTube Marketing, cit., p. 61.

³⁵⁴ *Ibidem*. Na mesma entrevista, o YouTuber Luba ainda ressalta que a plataforma caiu nas graças das crianças, desbancando a televisão: “O filho de sete anos de uma amiga estava assistindo TV em casa porque tinha caído a internet. Ele não gostou do desenho e pediu para trocar. Mas quando a mãe lhe explicou que não dava (...) a criança ficou confusa” e questiona “como você explica hoje para um menino de sete anos que você não pode pausar, pular ou escolher outro episódio? Eles não entendem!”³⁵⁴.

³⁵⁵ “A onipresente publicidade na internet”. Disponível em <https://outraspalavras.net/sem-categoria/a-onipresente-publicidade-infantil-na-internet/>. Acesso em 5.8.2020.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

500. Em 2016, a ESPM Media Lab, como descrito, examinou os 230 maiores canais do YouTube com conteúdos direcionados a crianças de 0 a 12 anos ou consumidos por elas. Na categoria *unboxing*, foram analisados 26 canais. Em um ano, a categoria *unboxing* foi a que apresentou o maior crescimento no número de inscritos dentre todas as demais analisadas: entre agosto de 2015 e agosto de 2016, o aumento foi de 855%. O crescimento no número de visualizações foi ainda mais expressivo, chegando a 975%. Os dados mostram a crescente difusão e penetração desse tipo de conteúdo com forte apelo publicitário na plataforma do Youtube.

501. Essa tendência já havia sido observada pela pesquisadora Luciana Correa, em 2015, quando a pesquisa teve início: “os dados apontam que o crescimento destes canais está em uma curva ascendente e muito acentuada”³⁵⁶. À época, os 7 canais de *unboxing* analisados já haviam alcançado a marca de mais de um bilhão de visualizações.

502. Um exemplo considerado de sucesso é o canal “Totoykids”. O canal foi criado no final de 2014 e já contabiliza mais de 7 bilhões de views e tem quase 17 milhões de inscritos só no Brasil. Na descrição do canal, o texto explica que o canal “dá vida” a brinquedos, inventando jogos e criando histórias:

Porque a melhor brincadeira está sempre ao alcance da fantasia. E da Imaginação. É com esses ingredientes que animamos brinquedos inanimados. Que inventamos jogos, que damos vida a qualquer personagem. É com eles que criamos enredos, historinhas mirabolantes, que fazemos de conta e nos divertimos no mundo. Queremos que você faça o mesmo. Vem brincar com a gente.

503. Embora o canal também crie animações com personagens próprios, grande parte do conteúdo refere-se a vídeos nos quais aparecem mãos de adultos, em fundos de tela brancos, criando “historinhas”, com brinquedos infantis de marcas

³⁵⁶ “Pesquisa mapeia comportamento infantil no YouTube”, Portal EBC, dez. 2015. Disponível em <https://www.ebc.com.br/infantil/para-pais/2015/12/pesquisa-mapeia-comportamento-infantil-no-youtube>. Acesso em 5.8.2020.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

populares, ou brincando com jogos infantis. Em alguns casos, a vitória nos “joguinhos” garante alguns prêmios surpresa: outros brinquedos, que também são abertos durante o vídeo.

504. Confira-se algumas imagens de vídeos, que foram extraídas do canal:



505. Os nomes dos vídeos fazem referência a linhas de brinquedos famosas: “Play-Doh”, “LOL”, “Baby Alive”, “Patrulha Canina”. Entretanto, não há nenhuma indicação na plataforma de que se trata de uma publicidade. Trata-se de evidente publicidade velada, na qual o conteúdo se mistura com o intento comercial.

506. A prática de *unboxing* também pode ocorrer por meio de youtuber mirins, que criam vídeos abrindo “presentes” enviados por marcas famosas, como descrito anteriormente. Nos Estados Unidos, ganhou fama o caso do menino Ryan Kaji, que começou a protagonizar vídeos de *unboxing* quando tinha apenas quatro anos. De acordo com uma lista da revista Forbes, na qual Ryan aparece em primeiro



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

lugar, entre junho de 2018 e junho de 2019, seu faturamento foi de U\$ 26 milhões³⁵⁷. O canal intitulado “Ryan Toys Review”, que hoje mudou de nome e oferece outros tipos de conteúdo, começou com vídeos de *unboxing*. No YouTube, um vídeo antigo do menino, que já atingiu mais de um bilhão de visualizações, mostra a abertura de um “ovo gigante surpresa”, estampado com motivos dos “Carros” do filme da Disney/Pixar, do qual o menino retira uma série de brinquedos da mesma linha.

507. A pesquisa ESPM Media Lab, de 2016, porém, separa os canais de *unboxing* dos canais de youtuber mirins. Embora os youtuber mirins, como visto, frequentemente, também veiculem vídeos desembalando presentes, os canais de *unboxing* referem-se a vídeos de mãos de adultos desembalando ou brincando com produtos infantis, que fazem muito sucesso entre as crianças, como revela o número de inscritos e visualizações do canal “Totoykids”, descrito acima.

3.5. Os riscos dos apelos publicitários para as crianças

508. Na publicidade, “o apelo à emoção e a mobilização do inconsciente desalojam a argumentação acional” (...). Ela “destrói rapidamente o valor da vida sóbria e sem ostentação” (...). “A publicidade educa para um apetite inesgotável por bens e por satisfação pessoa imediata”³⁵⁸. A potente observação é do economista João Manuel Cardoso de Mello e expõe o que a publicidade faz por definição: incitar o consumismo e o materialismo, atrelando, muitas vezes, o “ter” ao “ser”.

509. O *marketing* infantil não difere desse modelo: propagandas dirigidas a crianças, usualmente, associam a obtenção de sucesso, beleza e felicidade ao consumo, vinculando a autoestima à aquisição de produtos e fomentando a

³⁵⁷ “YouTube Kid Channel Ryan`s World Pulled in Estimated U\$ 26 Million in 2019, Double Pew Die`s Haul”. <https://variety.com/2019/digital/news/youtube-highest-earning-creators-ryans-world-pewdiepie-1203447625/>

³⁵⁸ Mello, João Manuel Cardoso; NOVAIS, Fernando. “Capitalismo tardio e sociabilidade moderna”. In: *História da vida privada no Brasil: contrastes da intimidade contemporânea*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 562.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

cultura do materialismo. O produto e sua aquisição transformam-se na base para a definição da identidade das crianças³⁵⁹.

510. Ao refletirem sobre o que chamam de “construção corporativa da infância”, Shirley Steinberg e Joe Kincheloe³⁶⁰ ressaltam que as corporações não apenas promovem uma teologia do consumo, prometendo redenção e felicidade, mas, ao fazerem associações entre “propaganda e produção de prazer, permitem que se estabeleça uma linha direta com o imaginário” das crianças, exercendo poderosa influência na forma como elas enxergam o mundo e na sua autodeterminação:

“O poder de empresas como Disney, Mattel, Hasbro, Warner Brothers e Mc Donald`s nunca é maior do que quando elas produzem prazer e o associam aos consumidores. Recentes estudos culturais sobre o consumo ligam-no à formação de identidade do consumidor (Warde, 1994), significando que de certa forma nós somos aquilo que consumimos (...) a propaganda e sua promoção do hedonismo infantil produzem uma ética de prazer e uma definição da autoridade. Tais questões estão no cerne de quem somos como povo e de quem queremos vir a ser”.

511. Como resume a psiquiatra infantil Susan Linn³⁶¹, “o *Marketing* é formulado para influenciar mais do que preferências por comida ou escolhas de roupas. Ele procura afetar os valores essenciais como as escolhas de vida: como definimos a felicidade e como medimos nosso valor próprio”, motivo pelo qual suas consequências projetam-se para além da aquisição ou não de determinado produto³⁶².

³⁵⁹ SAMPAIO, *Publicidade e infância*, cit., p. 16.

³⁶⁰ STEINBERG, Shirley R. KINCHELOE, Joe L. Introdução. STEINBERG, Shirley R. KINCHELOE, Joe L. (orgs). In: *Cultura infantil. A construção corporativa da infância*. Tradução de George Eduardo Japiassú Bricio. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004, pp. 24-25.

³⁶¹ LINN, Susan. *Crianças do Consumo – A infância roubada*. Tradução: Cristina Tognelli. São Paulo: Instituto Alana, 2006.

³⁶² Registre-se que o Manual de classificação indicativa/organização do Ministério da Justiça determina que “comportamentos/conteúdos que identifiquem o consumo como forma de valorização social/pessoal, de alcance da felicidade” são inadequados, devendo ser levados em consideração quando da análise da classificação indicativa. (ROMÃO, José Eduardo; CANELA, Guilherme; ALARCON,



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

512. Não por acaso, a publicidade dirigida a crianças não costuma fornecer informações sobre o produto ou serviço; o foco é produzir conteúdos comerciais que agradem ao público alvo. Para lograr esse intento, o artifício mais comum costuma ser associar o produto a diversão e felicidade, suprimindo qualquer caráter informativo da publicidade³⁶³. E, quando apresentam informações sobre o produto, os anunciantes, em geral, valem-se de uma linguagem pouco clara que confunde as crianças³⁶⁴.

513. Kunkel *et al* fazem referência a uma pesquisa que mostrou, por exemplo, que uma em cada quatro crianças não conseguia entender o significado de “É requerida alguma montagem”, utilizada nas propagandas, mas, quando trocada a expressão para uma linguagem mais simples, como “Você tem que montar”, o número de crianças que entendia a mensagem dobrou³⁶⁵. Da mesma forma, frases utilizadas em propagandas de cereais açucarados, como “o produto é parte de um café-manhã balanceado”, em vez de promoverem a importância de um café da manhã nutritivo davam às crianças a impressão de que o consumo de cereal era suficiente para uma refeição³⁶⁶.

514. Além da redução da felicidade ao consumo, não raro, as propagandas anunciam e impõem, precocemente, padrões estéticos, sociais e comportamentais às crianças. Se, por um lado, as imagens projetadas pela publicidade baseiam-se em tendências já existentes na sociedade, por outro, elas reforçam esse modelo físico e social para milhões de crianças³⁶⁷. Neste sentido, Marcondes Filho³⁶⁸ alerta que, se, no passado, a publicidade apresentava indiretamente padrões de beleza, hoje ela “vende, define, idealiza os modelos

Anderson. *Manual da Nova Classificação Indicativa*. Brasília: Ministério da Justiça, 2006, p. 30. Disponível em <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/classificacao/manual-da-nova-classificacao-indicativa.pdf>. Acesso em 30.7.2020)

³⁶³ KUNKEL *et al*, *Report of the APA*, cit., p. 5

³⁶⁴ KUNKEL *et al*, *Report of the APA*, cit., p. 5

³⁶⁵ KUNKEL *et al*, *Report of the APA*, cit., p. 5

³⁶⁶ KUNKEL *et al*, *Report of the APA*, cit., p. 5

³⁶⁷ SAMPAIO, *Publicidade e infância*, cit., p. 16.

³⁶⁸ MARCONDES FILHO, *Ciro. Televisão: a vida pelo vídeo*. São Paulo: Moderna, 1992, p. 77.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

estéticos, sexuais e comportamentos” e “funciona como um reforço diário das ideologias, dos princípios da valorização das aparências, da promoção de símbolos (carros, roupas, ambientes, bebidas, joias, objetos luxuosos de uso pessoal)”, além de confirmar preconceitos sociais e discriminações.

515. Inês Sampaio alerta que a definição de padrões na propaganda vai muito além da representação física das crianças³⁶⁹. Há um vasto universo de standards que ensina às crianças não apenas sobre a beleza, mas também sobre o que é adequado, impondo modelos de cor, de jeito de falar, de se alimentar, de se vestir, etc³⁷⁰.

516. Outra consequência deletéria da exposição das crianças à publicidade refere-se à influência no desenvolvimento de hábitos alimentares pouco saudáveis³⁷¹.

517. Muitas vezes, a publicidade infantil tentar criar também uma imagem de maior autonomia das crianças diante de adultos, para reduzir a autoridade dos pais sobre as crianças, como alerta Inês Sampaio³⁷². Isso revela-se, de forma mais contundente, segundo a autora, no artifício da “amolação”, que induz os filhos a pedirem de modo insistente aos pais que adquiram o produto³⁷³.

518. Os estudos descritos acima mostram como a publicidade pode prejudicar o desenvolvimento das crianças.

³⁶⁹ SAMPAIO, Publicidade e infância, cit., p. 17.

³⁷⁰ SAMPAIO, Publicidade e infância, cit., p. 17.

³⁷¹ SAMPAIO, Publicidade e infância, cit., p. 15.

³⁷² SAMPAIO, Publicidade e infância, cit., p. 15.

³⁷³ SAMPAIO, Publicidade e infância, cit., p. 15.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

3.6. As dificuldades das crianças para compreender a estratégia persuasiva ou mesmo manipulatória da publicidade

519. Para que as crianças possam atingir uma compreensão adequada de mensagens publicitárias, é essencial que elas tenham (i) capacidade de distinguir entre conteúdo comercial e não comercial e (ii) capacidade para perceber o caráter persuasivo da publicidade e para enxergá-las com certo grau de ceticismo, condizente com seu nível de conhecimento³⁷⁴.

520. De acordo com *Kunkel et al*, crianças pequenas carecem da capacidade cognitiva e das habilidades de crianças mais velhas e de adultos, motivo pelo qual não compreendem mensagens comerciais da mesma forma, e, portanto, são particularmente suscetíveis à influência da publicidade.

521. Pesquisas apontam que até por volta dos 6-8 anos, a criança não consegue ainda distinguir publicidade do conteúdo de entretenimento. E até os 8-12 anos não consegue entender o caráter persuasivo da publicidade³⁷⁵. Vale citar os resultados obtidos pelo professor Erling Bjurström:

Entre os 3-4 anos, algumas crianças conseguem distinguir entre programas de televisão e comerciais, mas é apenas a partir dos 6 até 8 anos de idade que a maioria das crianças consegue fazer isso, e, é só a partir dos 10 anos que todas as crianças conseguem fazer essa distinção. Há inúmeras evidências de que essa habilidade é puramente perceptiva para crianças menores (menos ou com 5 anos de idade); em outras palavras, eles conseguem entender que “alguma coisa está acontecendo” quando um comercial interrompe ou é exibido após o programa televisivo, mas eles raramente compreendem que o que estão assistindo tem uma forma de apresentação diferente e um propósito diverso. É só a partir dos 10 anos, mais ou

³⁷⁴ KUNKEL *et al*, Report of the APA, cit., p. 5

³⁷⁵ BJURSTRÖM, Erling. A critical study of international research concerning the effects of TV-commercials on children Report, 1994/95:8. Children and Television Advertising. Tradução livre.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

menos, que as crianças começam a desenvolver um entendimento maior da finalidade da propaganda. Os resultados dessa pesquisa também mostraram que é por volta ou depois dos 12 anos que nós podemos estar mais seguros de que a maioria das crianças conseguiu desenvolver um entendimento mais completo do propósito ou do objetivo da publicidade.

522. Ao ser consultado pelo Conselho Federal de Psicologia, o professor Yves de la Taille, sobre os efeitos da publicidade infantil³⁷⁶, concluiu que crianças de até 12 anos carecem da estrutura psíquica necessária para julgar, de maneira crítica, a publicidade, assim como para resistir aos apelos do *marketing*.

523. De acordo com o professor, antes dos doze anos de idade, a criança não possui um repertório cognitivo suficiente para liberar-se das fontes exteriores de prestígio e de autoridade, o que assegura a legitimidade de regras de conduta heterônomas³⁷⁷. Assim, antes dessa idade, a criança não tem capacidade de submeter mensagem alheias ao crivo da crítica³⁷⁸. Nesse sentido, a mídia, assume a postura de uma instituição de prestígio, exercendo grande influência sobre as crianças³⁷⁹. Há, portanto, “tendência de a criança julgar que aquilo que mostram é realmente como é, e que aquilo que dizem é sensacional, necessário e de valor, realmente possui essas qualidades”. Não bastasse isso, personagens que dirigem programas infantis são vistos como figuras de autoridade³⁸⁰.

524. Além da dimensão intelectual, Yves de Taille concluiu, ainda, que as crianças menores de 12 anos não têm força de vontade para resistir às propagandas, porque são movidas por vontades passageiras, sendo motivadas mais por aquilo que

³⁷⁶ TAILLE, Yves. A publicidade dirigida ao público infantil: considerações psicológicas. In: CFP, *Contribuição da Psicologia com o fim da publicidade dirigida à criança*, out. 2008.

³⁷⁷ TAILLE, A *publicidade*, cit., p. 13.

³⁷⁸ TAILLE, A *publicidade*, cit., p. 13.

³⁷⁹ TAILLE, A *publicidade*, cit., p. 13.

³⁸⁰ TAILLE, A *publicidade*, cit., p. 14.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

as atraem momentaneamente do que pelo resultado das projeções futuras de seus atos³⁸¹. As crianças têm, portanto, dificuldade de descentração³⁸².

525. O estudo acrescenta, ainda, que crianças de até 12 anos não construíram ainda todas as ferramentas intelectuais para que possam distinguir o real do possível, especialmente quando há representações simbólicas (falar, imagens), motivo pelo qual a publicidade tem maior possibilidade de induzi-las ao erro e à ilusão. Em síntese, elas não conseguem avaliar que aquilo que se vê na televisão não corresponderá necessariamente ao que terão em suas mãos³⁸³.

526. Mesmo em relação aos adultos, a manipulação do *marketing* digital suscita sérias preocupações. O comércio digital alterou, de maneira dramática, a capacidade das empresas de influenciar os consumidores. Por meio da tecnologia, as empresas conseguem descobrir e explorar os limites de cada indivíduo de buscar seus próprios interesses. Como aponta Ryan Calo³⁸⁴, **as empresas têm, gradativamente, ampliado sua habilidade de desencadear a vulnerabilidade e a irracionalidade dos consumidores, independentemente da faixa etária, provocando danos que desafiam os limites das leis de proteção ao consumidor.**

527. Essa capacidade de manipulação do *marketing* digital está diretamente atrelada à coleta massiva de dados pessoais dos usuários. Como alerta Zarsky³⁸⁵, **quando os anunciantes dispõem de ferramentas tão poderosas de persuasão, que permitem a capitalização das vulnerabilidades dos consumidores e a extração de vantagens de suas fraquezas, as decisões desses indivíduos podem**

³⁸¹ TAILLE, *A publicidade*, cit., p. 16.

³⁸² TAILLE, *A publicidade*, cit., p. 16.

³⁸³ TAILLE, *A publicidade*, cit., p. 18.

³⁸⁴ CALO, Ryan. Digital Market Manipulation, *George Washington Law Review*, vol. 82, 2014. Disponível em <https://digitalcommons.law.uw.edu/faculty-articles/25>. Acesso em 28.8.2020

³⁸⁵ ZARSKY, Tal Z., Online Privacy, Tailoring, and Persuasion, In: STRANDBURG, Katherine J; RAICU, Daniela Stan (orgs). *Privacy and Technologies of identity: a cross disciplinary conversation*. Nova Iorque: Springer, 2006. Disponível em https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2F0-387-28222-X_12.pdf. Acesso em 29.8.2020.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

não refletir o livre exercício da autonomia privada, exigindo a interferência do Estado para resguardar esse direito.

528. **Se mesmo em relação aos adultos tem crescido a preocupação com a capacidade de manipulação do *marketing* digital, a questão é ainda mais grave em relação às crianças,** que, como visto, estando ainda em processo de desenvolvimento, não dispõem sequer de recursos cognitivos adequados para compreender e avaliar adequadamente os intentos persuasivos da publicidade tradicional.

529. Discussões mais aprofundadas sobre a compreensão das crianças em relação à publicidade, como é evidente, extrapolam o objetivo deste parecer, que não pretende debater de forma exaustiva os efeitos psicológicos da publicidade infantil, mas antes a forma como a questão é disciplinada e como isso repercute sobre a responsabilidade civil das plataformas digitais. De toda sorte, considerando hoje os riscos de manipulação digital mesmo de adultos, não se pode ignorar os efeitos nefastos a que podem estar sujeitos crianças e adolescentes.

3.7. Disciplina do Código do Consumidor: os arts. 37, § 2º e 39, IV e a tutela da criança

530. A Constituição de 1988 dedica especial atenção à proteção dos consumidores. A defesa do consumidor aparece no rol de direitos fundamentais catalogados no art. 5º (inciso XXXII). Mais à frente, o art. 170 elenca, dentre os princípios da ordem econômica, a “defesa do consumidor”. A proteção do consumidor está relacionada a um projeto constitucional que exige a substituição de uma ótica



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

patrimonialista em favor da tutela da dignidade da pessoa humana e de solidariedade social³⁸⁶.

531. Atento à peculiar situação de pessoa em desenvolvimento da criança, o Código considerou abusiva a propaganda que “se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança”, no art. 37, § 2°. Mais adiante, no art. 39, IV, o legislador vedou, que o fornecedor se aproveitasse “da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços”. As normas decorrem do reconhecimento legal de que a criança tem uma hipervulnerabilidade em relação aos demais consumidores.

532. Diante da redação do art. art. 37, § 2°, surgiram duas correntes doutrinárias: (i) a vedação irrestrita da propaganda dirigida ao público infantil e (ii) inexistência de vedação geral, devendo-se apurar, no caso concreto, se a publicidade se aproveitou da deficiência de julgamento e experiência da criança.

533. A primeira corrente é usualmente defendida pela doutrina especializada em direitos de crianças e adolescentes. Em linhas gerais, o argumento por trás dessa posição é que, “se [a criança] não pode captar eventual conteúdo normativo e não tem defesas emocionais suficientemente formadas para perceber os influxos de conteúdos persuasivos, praticamente em todas as situações, a publicidade comercial dirigida a crianças estará a se configurar como abusiva e, portanto, ilegal”³⁸⁷. Valendo-se, portanto, de argumentos embasados em estudos de psicologia, essa corrente sustenta que não haveria outra interpretação possível para o art. do 37, § 2°, senão a conclusão de que não podem ser admitidas propagandas dirigidas a crianças, porque, a rigor, elas sempre se aproveitariam da inexperiência e deficiência de julgamentos desses consumidores.

³⁸⁶ TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade civil por acidentes de consumo na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

³⁸⁷ NUNES, Jr. Vidal Serrano. A publicidade comercial dirigida ao público infantil. In: MARTINS, Ives Gandra; RESEK, Francisco (coords.). *Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pp. 842-846.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

534. É preciso compreender bem o argumento: o que se entende vedado, para essa corrente, não é a publicidade de produtos infantis por si só, mas a publicidade dirigida a crianças. Noutros termos, seria necessário retomar o chamado “modelo de porteiro”, de forma análoga ao que acontece, por exemplo, nas propagandas para produtos destinados a bebês. Não há óbice ao anúncio dos produtos, mas a propaganda deverá ser dirigida àqueles que têm capacidade para compreendê-la em uma relação, senão paritária, pelo menos minimamente mais equilibrada. Isso porque as crianças, como descrito anteriormente, não são plenamente capazes de compreender a estratégia persuasiva das mensagens comerciais, exatamente por isso foram tratadas como “consumidores hipervulneráveis” pelo CDC.

535. Por outro lado, há os que sustentam que “o que o CDC veda é uma espécie de publicidade ilícita, abusiva”, ou seja, “a publicidade dirigida a crianças ou de produtos consumidos por elas não é vedada: proibida é a publicidade que se aproveita da deficiência de julgamento e inexperiência infantis”³⁸⁸. De acordo com esse entendimento, não seria possível discutir em abstrato a abusividade das propagandas, porque, em última análise “isso levaria à conclusão de que qualquer publicidade dirigida a crianças ou de produtos consumidos por crianças seria abusiva”.

536. Registre-se que os partidários da segunda corrente, em geral, também entendem que a publicidade não pode assumir contornos absolutos, de modo que, mesmo fora das hipóteses previstas no art. 220, § 4º, da CF, é possível a imposição de restrições, desde que proporcionais, para resguardar outros princípios constitucionais, como, por exemplo, a proteção integral de crianças e adolescentes.

537. E nem poderia ser diferente. Ainda que a propaganda esteja amparada pelos princípios da liberdade de iniciativa, livre concorrência e liberdade

³⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão e Limitação a Direitos Fundamentais. Ilegitimidade de Restrições à Publicidade de Refrigerantes e Sucos, *Revista de Direito Público da Economia*, n. 7, jul/set, 2004.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

de expressão – para aqueles que admitem que conteúdos de fundo comercial estão amparados por esse direito – não há direitos absolutos.

538. A Resolução nº 163 do Conanda, em parte, reconcilia as posições discrepantes descritas anteriormente, ao estabelecer parâmetros a partir dos quais ficará configurada a abusividade, em razão do aproveitamento da inexperiência e da deficiência de julgamento da criança, dando efetividade ao Código de Defesa do Consumidor. A partir da Resolução, portanto, perde força o argumento de que a propaganda só poderá ser considerada abusiva a partir de uma análise casuística do Judiciário, porque a própria Resolução já fixa, de antemão, os recursos técnicos e as estratégias de persuasão que configuram abuso. Reproduz-se abaixo trecho da Resolução no que interessa para o presente parecer:

Art. 2º Considera-se abusiva, em razão da política nacional de atendimento da criança e do adolescente, a prática do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança, com a intenção de persuadi-la para o consumo de qualquer produto ou serviço e utilizando-se, dentre outros, dos seguintes aspectos:

- I - linguagem infantil, efeitos especiais e excesso de cores;
- II - trilhas sonoras de músicas infantis ou cantadas por vozes de criança;
- III - representação de criança;
- IV - pessoas ou celebridades com apelo ao público infantil;
- V - personagens ou apresentadores infantis;
- VI - desenho animado ou de animação;
- VII - bonecos ou similares;
- VIII - promoção com distribuição de prêmios ou de brindes colecionáveis ou com apelos ao público infantil;
- e
- IX - promoção com competições ou jogos com apelo ao público infantil.

§ 1º O disposto no caput se aplica à publicidade e à comunicação mercadológica realizada, dentre outros meios e lugares, em eventos, espaços públicos, páginas



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

de internet, canais televisivos, em qualquer horário, por meio de qualquer suporte ou mídia, seja de produtos ou serviços relacionados à infância ou relacionados ao público adolescente e adulto.

539. É fato que a decisão final continuará submetida à decisão judicial, em razão da inafastabilidade do controle jurisdicional. Porém, a Resolução já estabelece, de antemão, o que configura publicidade que “se aproveita da inexperiência e da deficiência de julgamento da criança”.

540. Em 2019, o STJ julgou recurso especial que reconheceu a abusividade de propaganda direcionada a crianças³⁸⁹. O recurso teve origem em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público, na qual se discutia a licitude de uma campanha publicitária, da Marca Bauducco, em que por meio da compra de cinco produtos de uma linha de biscoitos usualmente consumidos por crianças e o pagamento de cinco reais, o cliente adquiriria um relógio estampado com a temática do filme “Shrek”. A ação de *marketing* foi definida como abusiva, porque houve o direcionamento ao público infantil, violando o disposto no art. 37, §2º, além da venda casada.

3.8. Constitucionalidade da Resolução do Conanda

541. Alguns autores³⁹⁰, porém, sustentam que a Resolução nº 163 do Conanda é inconstitucional, porque as restrições à propaganda só poderiam ser estabelecidas por lei federal.

542. O tema já foi discutido em parecer oferecido à ora consultante pelo professor Bruno Miragem³⁹¹. Na ocasião, o professor demonstrou, adequadamente, a

³⁸⁹ STJ, REsp 1.558.086, 2ª T, Rel. Min. Humberto Martins, julg. 15.4.2016.

³⁹⁰ Ver, por todos, PASCHOAL, Maximilian Fierro. BARATA, Pedro Paulo Barradas. A recente resolução do Conanda e a publicidade de produtos para crianças. A resolução 163 serve apenas como uma orientação, sem qualquer caráter vinculante para os particulares, Migalhas, 30.6.2014. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/202249/a-recente-resolucao-do-conanda-e-a-publicidade-de-produtos-para-criancas>. Acesso em 1.8.2020.

³⁹¹



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

validade da Resolução, sendo despidendo retomar a discussão. Transcrevemos abaixo a ementa do referido parecer:

PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR. VULNERABILIDADE AGRAVADA DO CONSUMIDOR CRIANÇA RECONHECIDA PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PROIBIÇÃO LEGAL DA PUBLICIDADE ABUSIVA –ART. 37, §2º (APROVEITAR-SE DA DEFICIÊNCIA DE JULGAMENTO E EXPERIÊNCIA DA CRIANÇA). PROIBIÇÃO LEGAL DE PRÁTICA ABUSIVA – ART. 39, IV (PREVALECER DA FRAQUEZA OU IGNORÂNCIA DO CONSUMIDOR EM RAZÃO DA IDADE). Critérios de interpretação e aplicação da norma que podem ser fixados por norma regulamentar. Concordância prática entre os direitos e liberdades fundamentais assegurados na Constituição brasileira: de proteção do consumidor (art. 5º, XXXII), da criança e do adolescente (art. 227), de livre iniciativa econômica (arts. 1º, IV e 170, caput) e de liberdade de expressão (arts. 5º, IX e 220, §3º). Proibição da publicidade abusiva. Critérios para interpretação do conceito que não desbordam dos limites da lei e da Constituição. Proporcionalidade da norma regulamentar. LIMITES IMPOSTOS À COMUNICAÇÃO MERCADOLÓGICA DIRECIONADA A CRIANÇAS E ADOLESCENTES. CONCRETIZAÇÃO DE CRITÉRIOS INTERPRETATIVOS POR NORMA REGULAMENTAR, DE CONDUTAS EM PARTE IDENTIFICADAS COM O CONCEITO DE PUBLICIDADE, EM PARTE COM O DE PRÁTICA COMERCIAL. Unidade lógica do regulamento na proteção de crianças e adolescentes consumidores, em relação à conduta abusiva do fornecedor. RESOLUÇÃO Nº 163, DO CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – CONANDA –, QUE ESTABELECE CRITÉRIOS PARA DEFINIÇÃO DE PUBLICIDADE ABUSIVA POR VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA. Exercício da competência regulamentar para elaboração de normas para a Política Nacional de Atendimento dos Direitos da Criança e do Adolescente e sua execução. Norma secundária que fixa critérios para interpretação da publicidade e de práticas comerciais proibidas por lei.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

543. Em que pesem os argumentos de que a Resolução do Conanda teria extrapolado os limites do Código de Defesa do Consumidor, concordamos com o professor Bruno Miragem, ao concluir que a norma, na verdade, interpreta o art. 37, §2º, e o art. 39, IV, do Código de Defesa do Consumidor, cuja amplitude e vagueza dificultava sua aplicação in concreto, frustrando a tutela especial que a lei pretendeu assegurar a esses consumidores hipervulneráveis.

544. A ideia de “fiel cumprimento” subjacente aos regulamentos de execução deve ser vista com temperamentos, uma vez que a atividade administrativa não pode se reduzir à aplicação mecânica da lei³⁹². Nesse passo, a reiterada afirmação de que o regulamento não pode inovar na ordem jurídica deve ser interpretada com cuidado, pois “mesmo os regulamentos de execução inovam de certa maneira no direito; do contrário seriam despiciendos”³⁹³.

545. “A utilização, cada vez mais frequente de conceitos jurídicos indeterminados e de amplo espectro semântico”, como registra Gustavo Binbenbojm³⁹⁴, “elastece sensivelmente o âmbito do poder regulamentar”, de forma que tanto na doutrina quanto na jurisprudência “caminha-se em direção a uma concepção ampla de regulamentos de execução”. Compreender a atividade administrativa, portanto, como mera reprodutora da lei constitui um equívoco³⁹⁵. A prevalecer essa interpretação, seria forçoso concluir que a regulamentação não tem qualquer utilidade. A aplicação da lei tanto pelo juiz quanto pelo administrador depende de um processo criativo-interpretativo, até porque não é possível imaginar a existência de lei suficientemente exaustiva³⁹⁶. Como resumiu Hans Kelsen, “apenas

³⁹² BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Direitos fundamentais, Democracia e Constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 163.

³⁹³ BINENBOJM, *Uma teoria do direito*, cit., pp. 163-164.

³⁹⁴ BINENBOJM, *Uma teoria do direito*, cit., p. 165.

³⁹⁵ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Método, 2017, p. 37.

³⁹⁶ OLIVEIRA, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 37.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

atos pelos quais não se estabelece norma alguma podem ser de mera aplicação do Direito”³⁹⁷.

546. Mesmo nos casos designados de “lei de densidade normativa exaustiva, impostas por reserva absoluta lei, Alexandre Santos Aragão³⁹⁸ esclarece que “os regulamentos interpretativos são plenamente admissíveis”, porque, invariavelmente, as leis sempre deixarão “margem de apreciação do órgão concretizador do direito”³⁹⁹. Com maior razão, deve ser esse o entendimento quando se trata seja de “leis de grande densidade normativa”, seja de “leis de baixa densidade normativa”.

547. No primeiro caso, lembra o autor que o entendimento da doutrina tradicional de que “a lei já deveria de per se normatizar suficientemente a matéria, a fim de que os regulamentos apenas detalhassem as obrigações por ela previamente estabelecidas” constitui uma “contradição nos próprios termos”, porque, se a lei, por si própria, já estabelece todos os elementos da obrigação, não haveria espaço para o regulamento, nem mesmo para aqueles ditos de execução, que se revelariam inúteis⁴⁰⁰. Ao detalhar a lei, o administrador, mesmo que de forma mais moderada, também cria norma, de acordo com seu juízo de conveniência e oportunidade; não há mera execução.

548. Na segunda hipótese, que se refere às “leis de baixa densidade normativa”, em que a lei chega a iniciar, sem pretender esgotar, a normatização da matéria, estabelecendo apenas parâmetros bem gerais para a regulamentação, “o administrador terá grande poder de integração do conteúdo da vontade do legislador”⁴⁰¹.

³⁹⁷ Kelsen, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, São Paulo: Martins Fontes, 1998. Tradução: Luís Carlos Borges, 1995.

³⁹⁸ ARAGÃO, *Princípio da legalidade*, cit., p. 116.

³⁹⁹ ARAGÃO, *Princípio da legalidade*, cit., p. 121.

⁴⁰⁰ ARAGÃO, *Princípio da legalidade*, cit., p. 122.

⁴⁰¹ ARAGÃO, *Princípio da legalidade*, cit., p. 124.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

549. No mesmo sentido, Bruno Miragem⁴⁰² enfatiza que, ao confrontar a lei e o regulamento no direito brasileiro, é preciso “considerar a sensível expansão da atividade normativa da Administração Pública” e reconhecer que o exercício da competência normativa pela Administração não visa “apenas ao detalhamento imediato da lei, senão no sic estabelecimento de normas infralegais que permitam a aplicação in concreto dos conteúdos normativos estabelecidos na legislação”.

550. É preciso, portanto, examinar a Resolução nº 163 do Conanda à luz dessas observações, evitando que a repetição de dogmas tradicionais, como a ideia de que a regulamentação infraconstitucional deve restringir-se à mera execução mecânica da lei, sem qualquer papel criativo, levem a um entendimento há muito ultrapassado, que não se coaduna com a nova visão do princípio da legalidade, da separação de poderes e da constitucionalização do direito administrativo.

551. A falta da norma regulamentar não impede a aplicação da direta Lei, como é evidente, mas relegar a questão apenas à interpretação do Judiciário ou Procon, no exercício de seu poder administrativo sancionador, afrontaria a segurança jurídica, além de reduzir a efetividade da norma. A regulamentação, especialmente diante de dispositivo legal que adota termos vagos e amplos, é essencial para que os agentes econômicos saibam como devem ser comportar, inclusive para fins de se evitar o dano.

552. Vale registrar aqui também o entendimento do professor Bruno Miragem⁴⁰³:

Dizer-se que não é possível regulamentar o tema, prevendo critérios de interpretação dos conceitos legais, e que não os desnaturam de qualquer modo, aponta para a redução de efetividade das normas

⁴⁰² MIRAGEM, Bruno. *A nova administração pública e o direito administrativo*. São Paulo: RT, 2013, p. 197.

⁴⁰³ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Parecer “A Constitucionalidade da Resolução 163 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda)”. Disponível em https://criancaconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/02/Parecer_ProfBrunoMiragem.pdf. Acesso em 1.8.2020.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

legais. Neste sentido, deixar-se simplesmente a que o intérprete considere, para sua aplicação, apenas as circunstâncias do caso concreto, significa de um lado fomentar a possibilidade de que as decisões que daí resultem possam ser consideradas como excessivas ou arbitrárias, e nestes termos, contrárias à proporcionalidade dos limites que se pretende impor. (...)

Diga-se, ainda, que o conteúdo da resolução não limita ou restringe o direito à informação que se reconhece em relação à publicidade – e conseqüente sobre o direito dos consumidores de serem informados sobre produtos e serviços. **Do exame dos critérios, verifica-se que o que se busca limitar é o uso de recursos técnicos de persuasão de crianças consumidoras, desvinculados de um conteúdo informativo passível de ser reconduzido ao direito do consumidor de ser informado, mas utilizados tão somente para atrair atenção e promover produto ou serviço”.**

(...) E nestes termos, **à exceção que se demonstre por exame técnico a partir de conhecimentos alheios ao Direito, a impropriedade de quaisquer critérios definidos na norma regulamentar – afastando sua legitimidade científica – não há o que desautorize sua adequação aos fins pretendidos pelo legislador, e apenas precisados pelo titular da competência regulamentar”.**

553. O Judiciário também tem reforçado o caráter vinculante da Resolução nº 163 do Conanda, como revela o precedente abaixo:

Não é o tipo de promoção (“junte e troque”) que é abusivo, mas o próprio vídeo publicitário, e é irrelevante que as crianças não possam, por si, adquirir os produtos. Tamanhos são os efeitos nocivos do direcionamento da publicidade que o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, vinculado à Secretaria dos Direitos Humanos expediu, em 2014, a Resolução nº 163, que considera abusiva toda propaganda direcionada a crianças. Por fim, a liberdade de expressão, assim como outros direitos garantidos no art. 5º da CF/88, não é absoluta e deve se conformar às



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

demais garantias constitucionais. Daí a possibilidade de aplicar sanções em caso de veiculação de propaganda abusiva. (TJ-SP, Apelação Cível nº 0044517-82.2010.8.26.0053, 10ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Antonio Celso Aguilar Cortez, julg. 6.3.2017).

554. Além das previsões expressas no Código do Consumidor e da Resolução do Conanda, as próprias empresas reconhecem limites à publicidade dirigida a crianças por meio da autorregulamentação. No Brasil, esse papel é exercido pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação publicitária – CONAR, cujo Código de Ética traz uma seção dedicada à publicidade infantil.

555. Embora importante, a proteção assegurada pela autorregulamentação revela-se insuficiente⁴⁰⁴, mormente porque o cumprimento de suas decisões, em última análise, é voluntário. Para se ter uma ideia, em 2019, foram instaurados apenas 18 processos relacionados a cuidados com o público infantil⁴⁰⁵. No caso das plataformas digitais, nota-se que elas sequer integram o Conselho.

556. Uma das questões de maior relevância no *marketing* digital refere-se à extração e tratamento de dados para a veiculação de anúncios “sob medida” para os usuários. O tópico seguir discute uma decisão importante decidida pela FTC sobre a matéria.

3.9. Propaganda direcionada: o COPPA e o acordo entre a FTC e o YouTube

557. Uma das preocupações que motivou a edição do Children`s Online Privacy Act (COPPA), no direito norte-americano foi a limitação à propaganda direcionada às crianças, por meio da vedação à coleta, à utilização e à disseminação

⁴⁰⁴ Alguns autores, como Inês Sampaio vão mais além, sugerindo que, por meio da autorregulamentação, é uma “tentativa do próprio sistema publicitário de evitar a ação reguladora do Estado” (Publicidade e infância, cit., p. 20).

⁴⁰⁵ CONAR, Um Balanço da Autorregulamentação Publicitária em 2019, *Boletim do Conar*, 2019. Disponível em <http://www.conar.org.br/pdf/conar220.pdf>. Acesso em 15.8.2020.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

de informações pessoais de crianças sem o consentimento informado dos pais⁴⁰⁶. Em linhas gerais, a Lei exige o consentimento parental, passível de verificação, antes da coleta, utilização ou divulgação de informações pessoais de crianças com menos de 13 anos. A norma também exige que os operadores garantam a segurança das informações e não condicionem a participação de crianças em atividades ao fornecimento de mais informações do que é razoavelmente necessário.

558. Em 2013, a Lei sofreu uma reforma para impedir a utilização de identificadores persistentes⁴⁰⁷ que possibilitassem o envio de mensagens publicitárias direcionadas (*target advertising*) a crianças, sem o consentimento dos pais⁴⁰⁸. Esses identificadores são, em síntese, códigos ocultos, que reconhecem um usuário ao longo do tempo através de diferentes sites ou serviços online — o endereço de IP ou cookies são exemplos deles⁴⁰⁹. Houve, ainda, uma ampliação das informações consideradas pessoais, alterações na verificação do consentimento parental e a definição de “operador” foi alterada para deixar claro que sites e apps direcionados a crianças não poderiam permitir que terceiros, por meio de plug-ins e ad networks, coletassem informações pessoais, sem o consentimento dos pais das crianças.

⁴⁰⁶ Como advertiram os senadores Richard Bryan e John Mc Cain ao apresentarem a nova lei, “websites estavam utilizando jogos, concursos e oferecendo brindes para obrigar crianças a fornecerem informações pessoais excessivas e privadas. Alguns utilizavam inclusive personagens de desenho para requerer informações...A internet assegurou aos marketeiros a capacidade de interagir com as crianças e de desenvolver uma

⁴⁰⁷ De acordo com o Guia da FTC, antes da reforma, que entrou em vigor em 2013, o COPPA proibia identificadores persistentes quando combinados com informações individuais identificáveis. Após a Reforma, o COPPA passou a proibir o uso desses identificadores persistentes desde que permitissem a identificação do usuário ao longo do tempo e através de diferentes websites e serviços online. (FTC, *A Guide for business and parents and small entity compliance guide*, Disponível em <https://www.ftc.gov/tips-advice/business-center/guidance/complying-coppa-frequently-asked-questions>. Acesso em 28.7.2002).

⁴⁰⁸ Children’s Online Privacy Protection Rule, 78 Fed. Reg. 3972: “Without parental consent, operators may not gather persistent identifiers for the purpose of behaviorally targeting advertising to a specific child. They also may not use persistente identifiers to amass a profile on an individual child user based on the collection of such identifiers over time and across diferente Web sites in order to make decisions or draw insights about that child, whether that information is used at the time of collection or later.”

⁴⁰⁹ FTC, *Guide for business*, cit.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

559. Em 2019, a FTC, o Google e sua subsidiária YouTube firmaram um acordo para encerrar as acusações de que a plataforma teria violado o COPPA por ter coletado informações pessoais de crianças menores de treze anos sem o consentimento de seus pais, inclusive por meio da utilização de identificadores persistentes para rastrear os hábitos de navegação e promover propagandas direcionadas⁴¹⁰. Nas acusações, a FTC ressaltou que os réus sabiam que a plataforma continha inúmeros canais dirigidos a crianças e que, em apresentações para anunciantes de produtos e marcas infanto-juvenis, a plataforma se vangloriava de ser líder perante o público infantil⁴¹¹. Além disso, uma série de “donos” de canais informaram ao Youtube que seu conteúdo se dirigia a crianças. Ainda de acordo com a acusação, o Yoube revisou, manualmente, o conteúdo da plataforma YouTube para apresentá-la no YouTube Kids⁴¹².

560. Assim, apesar de ter pleno conhecimento da existência de canais dirigidos a crianças na plataforma, o YouTube utilizou publicidade dirigida especificamente a determinadas crianças nesses canais, a partir da coleta de dados⁴¹³. Segundo a FTC, o YouTube teria chegado, inclusive, a informar a um anunciante que crianças com menos de 13 anos não utilizavam a plataforma e que, portanto, os canais do YouTube estariam dispensados de cumprir o COPPA⁴¹⁴.

561. Como parte do acordo, o Google e sua subsidiária obrigaram-se a pagar U\$ 170 milhões, além de (i) desenvolver, implementar e manter um sistema que permita aos donos de canais identificar os conteúdos dirigidos a criança na plataforma do YouTube, para garantir o cumprimento do COPPA; (ii) terão de notificar os usuários de que seus canais, desde que dirigido para crianças, poderão

⁴¹⁰ FTC, “Google and YouTube Will Pay Record \$170 Million for Alleged Violations of Children’s Privacy Law”, 4 de setembro de 2019. Disponível em <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2019/09/google-youtube-will-pay-record-170-million-alleged-violations>. Acesso em 29.7.2020.

⁴¹¹ Ibidem.

⁴¹² Ibidem.

⁴¹³ Ibidem.

⁴¹⁴ Ibidem.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

ficar sujeitos às obrigações do COPPA, e (iii) terão de providenciar treinamento anual sobre o cumprimento da lei para os empregados que lidam, diretamente, com “donos” de canais infantis⁴¹⁵. Adicionalmente, o acordo reforça que Google e YouTube não poderão violar o COPPA e exige que as companhias informem e obtenham conhecimento verificável dos pais antes da coleta de informações pessoais de crianças⁴¹⁶.

562. Registre-se que o YouTube não suprimiu a publicidade nos conteúdos dirigidos a crianças. As chamadas propagandas “conceituais”, vinculadas ao tipo de conteúdo, foram mantidas, mas plataforma não poderá se valer dos dados de seus usuários para veicular propagandas direcionadas. Para fins de coleta de dados, o YouTube informou que todos os usuários, que acessem conteúdos infantis, serão “tratados como crianças”, sem discriminação de tratamento em razão da idade. Além da remoção dos anúncios personalizados, como consequência do fim da coleta de dados, outras funcionalidades da plataforma também foram desativadas, como informa a página de suporte do YouTube⁴¹⁷.

⁴¹⁵ Ibidem.

⁴¹⁶ Ibidem.

⁴¹⁷ “Algumas ou todas as funcionalidades removidas dependem dos dados do usuário. Para ajudar a proteger a privacidade das crianças e cumprir requisitos legais, limitamos a coleta e o uso de dados em vídeos classificados como conteúdo para crianças. (“Perguntas frequentes sobre o conteúdo para crianças”. Disponível https://support.google.com/youtube/answer/9684541?hl=pt-BR&ref_topic=9257440. Acesso em 4.8.2020).



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

3.10. Responsabilidade das plataformas digitais pela publicidade decorrente de seus contratos com anunciantes

3.10.1. A responsabilidade das plataformas digitais pela publicidade direcionada

563. O sucesso das companhias de *marketing* para crianças, segundo Juliet Schor⁴¹⁸, sempre exigiu um esforço de pesquisa de vasto alcance. Isso porque compreender o que agrada ou não as crianças, em razão de sua capacidade mais limitada de exprimir as razões pelas quais um produto lhes satisfaz ou não, segundo a pesquisadora, é um desafio⁴¹⁹. Exatamente por isso, desde 1980, os anunciantes abandonaram as estratégias de *marketing* para crianças baseadas em sua experiência pessoal com seus filhos e crianças conhecidas, para adotar “pesquisas extraordinariamente detalhadas”, incluindo a chamada “pesquisa naturalista”, que, em síntese, consiste na observação in loco da criança, em seu ambiente natural⁴²⁰. Por meio delas, os marqueteiros fazem um escrutínio da vida de determinada criança – como ela brinca, come, interage na escola, o que faz nas festas de amigos, etc⁴²¹.

564. Esse tipo de pesquisa, embora altamente controverso do ponto de vista ético e jurídico, passou a ser defendido pelos publicitários sob o argumento de que serviriam para “desvendar impressões que os consumidores não conseguem ou preferem não externar”⁴²².

565. **A economia digital, entretanto, revolucionou o *marketing* infantil. A extração massiva de dados de crianças e adolescentes, muitas vezes, sem sequer o consentimento dos pais, permitiu o desenvolvimento do *marketing* direcionado**

⁴¹⁸ SCHOR, Juliet. A mercantilização da infância: Relatos da linha de frente da publicidade. In: ANTAS Jr, Ricardo Mendes. *Desafios do consumo*. Rio de Janeiro: Vozes, 2007, p. 48.

⁴¹⁹ SCHOR, A mercantilização, cit., p. 48.

⁴²⁰ SCHOR, A mercantilização, cit., p. 48.

⁴²¹ SCHOR, A mercantilização, cit., p. 48.

⁴²² SCHOR, A mercantilização, cit., p. 48.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

para determinado indivíduo. Perto do grau de invasão dessa nova estratégia, as pesquisas naturalistas são quase “inofensivas”.

566. Como visto, na “economia movida a dados”, instaura-se uma sociedade de vigilância, ubíqua, barata e escondida, que se utiliza de toda a experiência humana para convertê-la em dados comportamentais⁴²³. Essas pegadas digitais são decodificadas por meio de algoritmos, que visam a prever comportamentos, em relação aos quais o indivíduo que teve os dados coletados sequer tem consciência. Para o *marketing*, a coleta de dados permite a exploração das debilidades, das propensões, dos estados emocionais, dos pensamentos, etc. na estratégia de convencimento.

567. Ao refletir sobre a capacidade de manipulação dos algoritmos, a Declaração do Comitê de Ministros da Europa reconhece que a capacidade de persuasão dessas ferramentas pode ser de tal grau que interfere na autonomia cognitiva dos indivíduos:

Níveis refinados, subconscientes e personalizados de persuasão algorítmica podem ter efeitos significativos na autonomia cognitiva dos indivíduos e no seu direito de formar opiniões e de tomar decisões de maneira independente. Esses efeitos remanescem, ainda, pouco explorados, mas não podemos subestimá-los. Eles (...) enfraquecem nossa capacidade de exercer e de desfrutar de direitos humanos individuais (...)

568. Tratando-se de crianças essa estratégia torna-se particularmente preocupante, porque, como visto, segundo os estudos mencionados, antes dos 8 anos, a criança sequer consegue diferenciar a publicidade do conteúdo. E, somente a partir dos 12, é que ela consegue analisar, de maneira crítica, a publicidade. O *marketing* direcionado reforça essas fragilidades. Há um nítido aproveitamento da deficiência de julgamento e da inexperiência da criança, em afronta ao art. 37, § 2º, do CDC.

⁴²³ ZUBOFF, *The age of surveillance*, cit., p. 8.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

569. **Já se viu que a LGPD impõe a observância do melhor interesse da criança no que se refere ao tratamento de dados. Um dos desdobramentos mais importantes da previsão é justamente coibir a publicidade direcionada.** Não é sem razão que o § 4º do art. 14 da LGPD proíbe também que sejam coletadas mais informações do que o estritamente necessário para o funcionamento do serviço, evitando o “*surplus behavior*”, de que alimentam as predições por algoritmos.

570. **No caso da propaganda direcionada sequer será necessário recorrer a uma noção mais fluida de dever cuidado, porque a proibição decorre da LGPD, que, como visto, restringe, expressamente, o tratamento de dados de crianças e adolescentes.** É certo, contudo, que essa vedação não dependeria de previsão expressa, motivo pelo qual pode e deve ser aplicada, independentemente da vigência da nova lei.

571. A forma como ocorre o tratamento dos dados é uma decisão da plataforma. O dano daí proveniente, portanto, não tem qualquer relação com o conteúdo de terceiros, como se sói argumentar para afastar a respectiva responsabilidade. Nesse contexto, fica ainda mais fácil compreender a obrigação da plataforma de atuar de maneira diligente e transparente no que se refere aos dados de seus usuários. Em relação às crianças, esse dever precisa ser examinado à luz do princípio do melhor interesse e da absoluta prioridade de seus interesses. Assim, se como já demonstrado, mesmo a propaganda contextual que se vale da inexperiência da criança e de sua deficiência de julgamento, fazendo uso das estratégias descritas na Resolução nº 163 do Conanda deve ser coibida, com maior razão, não se pode admitir a propaganda direcionada, na qual o aproveitamento da vulnerabilidade das crianças é ainda mais patente.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

3.10.2. Responsabilidade das plataformas digitais pela publicidade contextual

572. Além da vedação à propaganda direcionada, subsistem as preocupações quanto à publicidade contextual, ou seja, aquela que será feita de acordo com o acesso a um conteúdo infantil.

573. Se o debate público sobre a relação entre as crianças e as mídias digitais tem, cada vez mais, tratado de expor os riscos a que esses indivíduos estão sujeitos no ambiental virtual e demonstrado a necessidade de protegê-los, por outro lado, o discurso da indústria da mídia caminha em sentido inverso⁴²⁴. Ali, como expõe Buckingham⁴²⁵, as crianças “são cada vez mais consideradas consumidoras midiáticas sábias, sofisticadas e exigentes”, sendo que a tentativa de as proteger tem sido “condenada como paternalismo”⁴²⁶.

574. Apesar do discurso, as crianças, que se tornaram nos últimos anos ávidas consumidoras dos conteúdos que circulam nas plataformas, têm sido vítimas de uma série de violações de direitos, dentre elas a exposição massiva à publicidade abusiva.

575. Como descrito anteriormente, as plataformas digitais, em regra, não exigem dos usuários o pagamento de nenhum valor pecuniário mas, mesmo assim, os gigantes da internet estão entre as maiores companhias globais. A explicação está no seu modelo de negócio: os usuários produzem conteúdo e interagem nas mídias sociais, o que viabiliza a extração massiva de dados pessoais, atraindo anunciantes. Os anunciantes, então, remuneram a plataforma, em troca da exibição da publicidade. Isso explica por que, como descrito anteriormente, as

⁴²⁴ BUCKINGHAM, *Crescer na era das mídias*, cit., p. 63.

⁴²⁵ BUCKINGHAM, *Crescer na era das mídias*, cit., p. 62.

⁴²⁶ BUCKINGHAM resume o argumento dessa corrente otimista do determinismo tecnológico: “acima de tudo, as crianças são ‘alfabetizadas em mídia’. Elas são difíceis de satisfazer; elas compreendem as estratégias de enganação e manipulação; e não querem ser tratadas com paternalismo. As crianças sabem o que querem da mídia – e é tarefa dos adultos oferecer isso a elas ao invés de recair em suas próprias crenças sobre o que é bom para elas”. (*Crescer na era das mídias*, cit., p. 62)



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

plataformas não têm interesse em impor regras mais restritivas para a presença de crianças. Ante seu elevado poder de compra, mencionado acima, as crianças tornaram-se um dos alvos preferidos do mercado publicitário.

576. Já se viu que, diferentemente do que ocorre na televisão, as propagandas nas plataformas digitais podem assumir diversos formatos. **No YouTube, por exemplo, além da “propaganda nativa”, já explicada anteriormente, em que a relação contratual ocorre entre o anunciante e o youtuber, os anúncios podem ser veiculados na plataforma, por meio de um contrato celebrado diretamente entre o YouTube e o anunciante.** Essa é uma das principais formas de monetização dos vídeos pelos “donos dos canais”, embora existam outras. Em linhas gerais, esse tipo de publicidade consiste na inserção de clipes antes, durante ou após os vídeos, conforme as regras estabelecidas pela plataforma.

577. **Como a relação, nesse caso, é direta entre o Google e os anunciantes, fica evidente que o dano não decorre da intermediação do conteúdo de terceiros, mas, diretamente, da decisão da plataforma de veicular publicidade contextual em conteúdos infantis,** motivo pelo qual fica fácil vislumbrar a responsabilidade da plataforma, ainda que responda solidariamente com o anunciante.

578. Já se viu que, a partir da publicação da Resolução nº 163 do Conanda, perdeu força o argumento de que a ilicitude só poderia ser examinada pelo juiz no caso concreto. A referida Resolução regulamentou o disposto no art. 37, § 2º, do CDC, discriminando as estratégias que configuram abuso por se aproveitarem da deficiência de julgamento e inexperiência da criança, dando efetividade à lei, cuja redação e vagueza dificultava sua aplicação. A Resolução do Conanda, portanto, já estipula as balizas para se inferir a abusividade. É uma espécie de culpa legal ou regulamentar, em que se presume a ilicitude.

579. Diante disso, **emerge tanto para os anunciantes quanto para as plataformas e as mídias tradicionais o dever de não direcionarem publicidade à**



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

criança, com a intenção de persuadi-la para o consumo de qualquer produto ou serviço quando houver a utilização das técnicas de persuasão previstas no art. 2º da Resolução nº 163.

580. Acresce que o acórdão paradigmático do STJ não abriu margem para modulações, concluindo, de forma expressa, pela abusividade da publicidade direcionada ao público infantil, como se infere do trecho da emenda transcrito abaixo:

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. PUBLICIDADE DE ALIMENTOS DIRIGIDA À CRIANÇA. ABUSIVIDADE. VENDA CASADA CARACTERIZADA. ARTS. 37, § 2º, E 39, I, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

2. A hipótese dos autos caracteriza publicidade duplamente abusiva. Primeiro, por se tratar de anúncio ou promoção de venda de alimentos direcionada, direta ou indiretamente, às crianças. Segundo, pela evidente "venda casada", ilícita em negócio jurídico entre adultos e, com maior razão, em contexto de *marketing* que utiliza ou manipula o universo lúdico infantil (art. 39, I, do CDC). (STJ, REsp 1.558.086, 2ª T, Rel. Min. Humberto Martins, julg. 15.4.2016).

581. Vale lembrar que a Diretiva 2010/13/EU, a partir das alterações promovidas em 2018, impôs aos Estados-membros a obrigação de assegurar que as plataformas que têm como finalidade essencial o compartilhamento de vídeo observem uma série de restrições em relação à publicidade, dentre elas assegurar que os anúncios não sejam ocultos nem se valham de técnicas subliminares e não causem prejuízos físicos, mentais ou morais aos menores, não os incitem a comprarem ou a alugarem produtos ou serviços aproveitando-se da sua inexperiência ou da sua credulidade, não os incentive diretamente a persuadirem os pais ou outras pessoas a adquirirem produtos ou serviços publicitados. Ainda que nos que refere às crianças, a Diretiva exige que as plataformas de vídeos não veiculem



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

conteúdos publicitários que se aproveitem da confiança especial que os menores depositam nos pais, nos professores ou noutras pessoas, além de não poderem mostrar, sem motivo justificado, menores em situações perigosas.

582. A Diretiva impõe tratamento mais rigoroso para as comunicações comerciais “comercializadas, vendidas ou organizadas” pelas plataformas, como era de se esperar. Em relação a elas, a Diretiva exige dos Estados membros o dever de assegurar que plataformas “cumpram” as restrições referidas acima. Por sua vez, em relação a outros tipos de publicidade, a Diretiva, reconhecendo o “controle limitado das plataformas” sobre as comunicações que não são por elas promovidas, vendidas ou organizadas, exige que os Estados membros assegurem que esses players tomem “medidas adequadas para cumprir”.

583. De fato, em relação às propagandas decorrentes de contratos comerciais firmados entre as plataformas e os anunciantes a obrigação deve ser mais rigorosa, porque se reconhece que as plataformas podem exercer controle total sobre o que é veiculado.

584. No direito brasileiro, embora não exista previsão expressa que impute às plataformas essa obrigação, tal como na Diretiva Europeia citada, **não há qualquer justificativa para deixar de exigir das plataformas o cumprimento de vedação expressa do Código de Defesa do Consumidor, mormente quando a exibição de publicidade que se vale da deficiência de julgamento e da inexperiência da criança, nos termos da Resolução nº 163 do Conanda, viola os direitos de crianças e adolescentes**, cujo dever de tutela integral e o melhor interesse foram consagrados pela Constituição. A conclusão ganha reforça ainda diante do Estatuto da Criança e do Adolescente, cujo art. 71 dispõe que “é previsto que a criança e o adolescente têm direito à informação, à cultura, ao lazer, aos esportes, à diversão, a espetáculos, a produtos e a serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento”.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

585. Por fim, é importante mencionar o REsp 1157228⁴²⁷, no qual, ainda que tenha sido reconhecida a ilegitimidade *ad causam* da emissora de radiodifusão pela propaganda abusiva na hipótese, a maioria dos Ministros fez questão de ressaltar que a conclusão decorria da inexistência de violação de dever de cuidado naquela hipótese, devendo-se reconhecer a responsabilidade da emissora nos casos de manifesta abusividade da propaganda. Nas palavras da Min. Isabel Gallotti, ainda que não se cogite de responsabilidade pelo CDC, **“se houver manifesto abuso na atividade da emissora de comunicação que dolosa ou culposamente prejudique o público alvo dos anúncios televisivos”, poderá haver ajuizamento de “ação baseada na responsabilidade civil comum”.**

586. Ressalva semelhante foi feita pelo Min. Luís Felipe Salomão, entendendo **não há que se falar em ilegitimidade passiva, em regra, da emissora de televisão**, que só poderá ser definida no caso concreto, devendo-se averiguar a existência de manifesta abusividade do anúncio, cuja constatação poderá levar, inclusive, ao alargamento do conceito de fornecedor.

587. Já o Min. Araújo reafirmou a ressalva dos demais Ministros, chamando a atenção para um ponto importante: o fato de que, na hipótese descrita, na qual se afastou a responsabilidade, o “defeito” não decorreu da própria propaganda, mas só ocorreu, supervenientemente, quando da prestação do serviço ou fornecimento de produto. Na ocasião, discutia-se a responsabilidade da emissora por apresentar publicidade de empresa financeira, que deixou de fornecer empréstimo nas condições prometidas.

588. A hipótese em discussão no parecer amolda-se perfeitamente à hipótese ressalvada pelos ministros, pois (i) há, em primeiro lugar norma expressa que veda a propaganda que se aproveite da inexperiência e da deficiência de julgamento da criança, por força do art. 37, § 2º, disciplinado pela Resolução nº

⁴²⁷ STJ, REsp 1157228, 4ª T, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, julg. 14.12.2010.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

163/2014 do Conanda, e do art. 39, IV, do CDC e (ii) a abusividade, nesse caso, é ínsita à própria propaganda, e não ao eventual descumprimento da oferta veiculada.

589. O último ponto é particularmente importante porque, em geral, os precedentes que afastam a legitimidade das emissoras decorrem da inexistência de relação de consumo, em relação aos produtos anunciados, com o consumidor. A ideia, por trás disso, é evitar que a emissora se torne uma espécie de garante universal dos produtos e serviços oferecidos por terceiros, porque isso lhe imputaria um ônus desarrazoado.

590. **Em relação à publicidade dirigidas às crianças, a abusividade está no próprio formato do anúncio.** Daí por que não há que se cogitar de ilegitimidade, seja das emissoras, seja das plataformas, incumbindo, portanto, às plataformas deixar de veicular a publicidade que esteja em confronto com o art. 37, § 2º, do CDC, sob pena de responderem, civilmente, pelos danos.

3.10.3. A responsabilidade das plataformas digitais pela publicidade “velada”

591. Um dos grandes problemas do *marketing* digital, como visto, é que ele exacerbou a chamada “propaganda nativa”, na qual conteúdo e a publicidade se misturam.

592. No YouTube, por exemplo, as categorias de canais que têm tido o maior crescimento percentual, considerando-se o número de inscritos são as de *unboxing* e dos *youtubers* mirins, como descrito na pesquisa da ESPM Media Lab de 2016, já referida. Nesses vídeos, com bilhões de visualizações, a linha entre o conteúdo e a publicidade é muito difusa, especialmente para as crianças, que, em razão de sua característica de pessoas em desenvolvimento, carecem de todas as ferramentas necessárias para analisar de maneira crítica a publicidade.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

593. No direito brasileiro, **há regra expressa no CDC, que veda a “propaganda clandestina”, inclusive para os adultos.** Com efeito, o art. 36 do CDC impõe que a publicidade seja veiculada “de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”.

594. Assim, mesmo em relação a propagandas não direcionadas ao público infanto-juvenil, a doutrina consumerista é expressa no sentido de que **o caráter publicitário da mensagem deve ser passível de identificação sem qualquer dificuldade**, permitindo que seus destinatários fiquem de sobreaviso quanto às intenções comerciais do conteúdo, sob pena de violação ao art. 36 do CDC. Como explica o Min. Herman Benjamin⁴²⁸, que integrou Comissão de juristas que elaborou o CDC:

(...) A publicidade só é lícita quando o consumidor puder identificá-la. Mas tal não basta: a identificação há que ser imediata (no momento da exposição) e fácil (sem esforço ou capacitação técnica). Publicidade que não quer assumir a sua qualidade é atividade que, de uma forma ou de outra, tenta enganar o consumidor. E o engano, mesmo o inocente, é repudiado pelo Código de Defesa do Consumidor. 'A mensagem publicitária deve surgir aos olhos do público identificada como tal, colocando assim os seus destinatários de sobreaviso acerca das intenções comerciais e dos textos ou imagens'. O dispositivo visa a impedir que a publicidade, embora atingindo o consumidor, não seja por ele percebida como tal. Basta que se mencionem as reportagens, os relatos 'científicos', os informes 'econômicos', verdadeiras comunicações publicitárias transvestidas de informação

⁴²⁸ *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 7ª ed., 2001, p. 281-282.

Cf. Comitê Gestor da Internet no Brasil, *Tic Kids Online Brasil: Pesquisa sobre o Uso da Internet por Crianças e Adolescentes no Brasil 2018*, São Paulo: Coordenação do Ponto BR, 2019, Disponível em <https://cetic.br/pt/publicacao/pesquisa-sobre-o-uso-da-internet-por-criancas-e-adolescentes-no-brasil-tic-kids-online-brasil-2018/>. Como descreve a introdução da Pesquisa, “A pesquisa TIC Kids Online Brasil é conduzida anualmente, desde 2012, pelo Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação (Cetic.br). A iniciativa tem como objetivo central mapear riscos e oportunidades no ambiente digital, gerando indicadores confiáveis e comparáveis sobre acesso à Internet por crianças e adolescentes de 9 a 17 anos de idade e sobre os usos que eles fazem da rede”.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

editorial, objetiva e desinteressada. Veda-se, portanto, a chamada publicidade clandestina, especialmente em sua forma redacional, bem como a subliminar. (grifou-se).

595. A matéria já foi, inclusive, objeto de julgamento pelo STJ, no REsp 1.101.949⁴²⁹, no qual o Tribunal declarou a abusividade de propaganda de cigarro, fixando a indenização por danos morais em R\$ 1.000.000, 00 de reais, dentre outras medidas, porque violou o art. 36 “em razão da inexistência de uma mensagem clara, direta que pudesse conferir ao consumidor a sua identificação imediata (no momento da exposição) e fácil (sem esforço ou capacitação técnica)”.

596. A vedação à chamada “propaganda clandestina” decorre, portanto, de previsão expressa do art. 36 do Código do Consumidor, mesmo quando o público alvo são adultos. Tratando-se de crianças e adolescentes, a ilicitude revela-se ainda mais patente. Isso porque, como exposto anteriormente, as crianças são consumidores hipervulneráveis. As propagandas “veladas”, aliás, valem-se justamente desse fato para se aproveitar da inexperiência e ingenuidade das crianças. Não por acaso as empresas têm apostado alto nas propagandas dos Youtubers, incluindo os Youtubers mirins.

597. Além do art. 36 do Código do Consumidor, a vedação à propaganda velada também decorre do disposto nos arts. 37, § 2º e 39, IV, que consideram abusiva a propaganda que se aproveita da inexperiência e deficiência de julgamento da criança e veda o prevalecimento sobre a fraqueza ou ignorância do consumidor em razão de sua idade, respectivamente.

598. O próprio Código do Conar proíbe no art. 37, incisos III, IV a V, a publicidade indireta:

III - Este Código condena a ação de merchandising ou publicidade indireta contratada que empregue crianças, elementos do universo infantil ou outros artifícios com a

⁴²⁹ STJ, REsp 1.101.949, 4ª T, Rel. Min. Marco Buzzi, julg. 10.5.2016.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

deliberada finalidade de captar a atenção desse público específico, qualquer que seja o veículo utilizado.

IV - Nos conteúdos segmentados, criados, produzidos ou programados especificamente para o público infantil, qualquer que seja o veículo utilizado, a publicidade de produtos e serviços destinados exclusivamente a esse público estará restrita aos intervalos e espaços comerciais.

V – Para a avaliação da conformidade das ações de merchandising ou publicidade indireta contratada ao disposto nesta Seção, levar-se-á em consideração que: a. o público-alvo a que elas são dirigidas seja adulto; b. o produto ou serviço não seja anunciado objetivando seu consumo por crianças; c. a linguagem, imagens, sons e outros artifícios nelas presentes sejam destituídos da finalidade de despertar a curiosidade ou a atenção das crianças.

599. O Código do Conar, como visto, deixa claro que, na propaganda indireta, não poderão ser empregadas crianças nem quais artifícios que visem a captar a atenção das crianças, devendo ter como público alvo exclusivamente os adultos. Os próprios anunciantes reconhecem, portanto, a abusividade desse tipo de publicidade, que se aproveita da dificuldade das crianças de compreenderem as estratégias de persuasão utilizadas pelo *marketing*.

600. No ambiente digital, **essas propagandas nativas são particularmente gravosas, porque se valem do chamado *marketing* de influência**, aproveitando-se da proximidade das crianças com os *youtubers*, com os quais as crianças muitas vezes têm quase uma relação de “amizade” virtual na medida em que acompanham toda a sua vida cotidiana, para, de forma sub-reptícia, fazê-las desejarem determinados produtos.

601. Em novembro de 2018, a União Europeia publicou a Diretiva (UE) nº 18/1808, para adaptar as normas relativas à oferta de serviços de comunicação audiovisual “à evolução das realidades do mercado”. Dentre outras modificações, a nova Diretiva (Audiovisual Media Services Directive (AVMSD)), estende,



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

expressamente, a regulação dos serviços audiovisuais às plataformas de compartilhamento de vídeos e aos serviços de redes sociais, desde que o fornecimento de programas e de vídeos pelos utilizadores constitua uma de suas “funcionalidades essenciais”.

602. Embora as isenções da Diretiva 2000/31 do Comércio Eletrônico não tenham sido revogadas, a norma impõe uma série de deveres de cuidados às plataformas, especialmente para proteger direitos dos menores. A lógica por trás do incremento das responsabilidades das plataformas, como descrito, decorre do entendimento, que vem sendo reiteradamente defendido pela União Europeia, de que ainda que a publicação dos conteúdos não esteja sob a responsabilidade dos provedores, são eles que organizam esses conteúdos. Daí por que é possível imputar medidas de cuidado que incidam sobre essa organização.

(47) | Uma parte importante dos conteúdos fornecidos pelos serviços de plataformas de partilha de vídeos não está sob a responsabilidade editorial dos seus fornecedores. **No entanto, estes últimos determinam normalmente a organização dos conteúdos, a saber, programas, vídeos gerados pelos utilizadores e comunicações comerciais audiovisuais, inclusive através de meios automáticos ou de algoritmos.** Por conseguinte, deverá ser exigido que esses fornecedores **tomem medidas adequadas para proteger os menores contra conteúdos suscetíveis de prejudicar o seu desenvolvimento físico, mental ou moral.**

(48) | **Tendo em conta a natureza da ligação dos fornecedores aos conteúdos fornecidos nos serviços de plataformas de partilha de vídeos, as medidas adequadas para proteger os menores e o público em geral deverão estar relacionadas com a organização dos conteúdos, e não com os conteúdos em si.**
(grifou-se).

603. A Diretiva, como se infere do art. 28º B, § 2º, determina que Estados Membros deverão assegurar: (i) que as plataformas de vídeo disponibilizem uma ferramenta que permita aos usuários que fazem o upload de vídeos cumprir o



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

dever de informar se eles contêm comunicações comerciais; (ii) informem, claramente, a seus usuários caso os programas ou vídeos gerados por outros usuários contenham comunicações comerciais audiovisuais, sempre que a declaração prevista no item (i) for cumprida ou sempre que a plataforma tiver conhecimento desse fato, e (iii) incluir e aplicar, nos termos e condições das plataformas, em relação às comunicações comerciais audiovisuais que não sejam comercializadas, vendidas ou organizadas pelas plataformas, a obrigação de que as comunicações audiovisuais deverão ser facilmente reconhecíveis e que as comunicações comerciais ocultas são proibidas.

604. Diante do quadro descrito, **um dos primeiros deveres de cuidado que se espera das plataformas, ante a proibição expressa da publicidade velada pelo Código do Consumidor, especialmente em face de conteúdos dirigidos a crianças, é a imposição de que seus usuários não façam o upload desse tipo de conteúdo.** Deve-se incluir, portanto, nos “Termos e Condições” das plataformas, a vedação expressa a esse tipo de material, aplicando-se aos usuários as devidas punições em caso de descumprimentos reiterados, como o bloqueio ou até a exclusão da conta, nos termos dispostos no contrato.

605. Imprescindível registrar que, **em relação às crianças, não é suficiente a mera sinalização de que o conteúdo constitui publicidade na descrição do vídeo.** Isso porque, como se viu anteriormente, esse tipo de propaganda é, por seu próprio formato, ilícita, como se infere da Resolução nº 163 do Conanda, que, ao interpretar o Código do Consumidor esclareceu que não são admissíveis propagandas que utilizem “pessoas ou celebridades com apelo ao público infantil” nem “personagens ou apresentadores mirins” nem “bonecos ou similares”, dentre outras coisas.

606. Assim, **caso a plataforma tome conhecimento da existência de publicidade velada por meio de denúncia extrajudicial deve haver a imediata remoção do conteúdo,** que, como demonstrado ao longo do parecer, não deve ficar



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

subordinada à ordem judicial. Aqui, é válido ressaltar que a plataforma do YouTube já exige que os usuários informem sobre o conteúdo comercial dos vídeos por meio da marcação da caixa “Este vídeo contém promoções pagas, como patrocínio, recomendação ou inserção paga de produto”, quando do upload”, o que facilita as remoções.

607. **Acresce que os efeitos sobre a liberdade de expressão são pouco relevantes. Em primeiro lugar, porque a ilicitude é facilmente perceptível não exigindo juízos delicados como em alguns casos de violações a direitos de personalidade**, em que a linha entre a licitude e a ilicitude pode ser tênue. Além disso, mesmo aqueles que reconhecem que a publicidade também está amparada pelo direito à liberdade de expressão – o que é controverso, registre-se – reconhecem que ela desfruta de proteção mitigada, como deixa claro Daniel Sarmiento⁴³⁰:

608. **No que se refere a grandes canais de youtubers e de unboxing, que contabilizam milhões de inscritos, é de se presumir que a plataforma tem conhecimento dos conteúdos lesivos.** Como descrito anteriormente, a plataforma não se escusa de responder pelos danos pelo deliberado propósito de ignorá-los, ainda mais quando havia razões para presumir que ela deveria conhecer e tomar as devidas medidas de precaução. O “conhecimento”, portanto, refere-se aos fatos e

⁴³⁰ Neste sentido, confira-se a posição de Daniel Sarmiento: “(...) predomina o entendimento de que a propaganda comercial é também protegida pela liberdade de expressão. Sem embargo, tal como a pornografia, ela não se situa no epicentro deste direito fundamental – onde habitam o discurso político, artístico, religioso, científico, etc. –, mas numa zona mais afastada, em que a proteção constitucional é menos intensa. Daí por que podem ser aceitas restrições mais profundas à liberdade de expressão nesta seara, como as voltadas à proteção do consumidor, que também é tarefa constitucional (arts. 5º, XXXII, e 170, V, da CF), dentre as quais sobressaem as presentes na Lei 8.078/90, que visaram a proscrever a publicidade disfarçada (art. 36), enganosa ou abusiva (art. 37). Outras restrições também são admitidas – há até caso de imposição constitucional de restrição (art. 220, §4º, da CF, a propósito da propaganda de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias) – em nome da tutela de bens jurídicos relevantes, como a saúde, o meio ambiente e a proteção da criança e do adolescente. Porém, é sempre necessário analisar a validade de cada medida restritiva, o que envolve tanto o respeito à reserva de lei formal, como o acatamento do princípio da proporcionalidade” (SARMENTO, Daniel. *Comentários ao art. 5º, IX da Constituição do Brasil*. In: CANOTILHO, J.J. Gomes MENDES, Gilmar Ferreira. SARLET, Ingo W. STRECK, Lênio. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013).



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

circunstâncias sob os quais um agente econômico diligente deveria ter identificado a ilegalidade em questão e não ao conhecimento “inequívoco”. Em relação aos canais de *unboxing*, essa observação é ainda mais pertinente porque, em geral, todo o canal está imbuído desse propósito comercial, a exemplo do TotoyKids, já descrito anteriormente.

609. Haveria, ainda, a possibilidade de designar empregados da própria plataforma para verificar a existência desse tipo de conteúdo nos canais de maior audiência, caso os algoritmos se revelassem pouco eficazes nessa detecção, embora isso seja improvável considerando o grau de sofisticação das grandes plataformas, como ficou evidenciado no parecer.

610. **A culpa deve ser, ainda, agravada, caso se verifique que a plataforma está monetizando esse tipo de conteúdo lesivo.** De fato, destoa da diligência que se espera da plataforma a extração de lucros diretos de conteúdos que violam direitos da criança, cuja ilicitude, diante do que dispõe o CDC, é patente, mormente porque a monetização estimula a produção desse tipo de conteúdo, além de sua promoção pela própria plataforma.

611. **Os deveres de cuidado, entretanto, devem ir além disso. Como já se mencionou repetidas vezes no parecer, a arquitetura das plataformas não é neutra.** Os sistemas de algoritmo priorizam determinados conteúdos em detrimento de outros, para assegurar maior engajamento, com o objetivo de garantir que o usuário fique o maior tempo possível na plataforma, sendo submetido a mais publicidade.

612. É possível, portanto, revisar esses códigos, algoritmos e filtros de informação e outros mecanismos inerentes ao design das plataformas para impedir que violações aos direitos das crianças, continuem sendo perpetradas. **A reprogramação de seus códigos para evitar a promoção de conteúdos que violem os direitos das crianças é um dos desdobramentos do dever de diligência que se**



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

espera desses agentes econômicos. O dever de cuidado, portanto, deve incidir também no design das plataformas.

613. Por fim, é importante mencionar que no YouTubekids, direcionado a crianças com até 12 anos, a plataforma esclarece que conteúdos marcados como “inserção paga ou endosso de produto” serão removidos. Embora a medida seja muito importante, é imprescindível frisar que os deveres de cuidado adotados no YouTube Kids não desobrigam a plataforma de adotar medidas semelhantes em sua plataforma principal, enquanto grande parte dos conteúdos, incluindo a maioria dos canais de audiência mais elevada da plataforma, dirigirem-se a crianças.

Seção IV: Resposta aos quesitos

614. Diante do que foi exposto, é possível chegar às seguintes conclusões sobre os quesitos:

(i) As plataformas digitais respondem por danos decorrentes de violações aos direitos de crianças e adolescentes? Em que medida?

Sim. Em relação a suas ações ou omissões, inclusive no que dizem respeito ao *design* da plataforma e a todas as formas de ingerência e influência no fluxo informacional, as plataformas respondem por ato próprio. Mesmo em relação a conteúdos de terceiros, as plataformas digitais responderão por violações aos direitos de crianças e adolescentes, quando verificado o descumprimento dos deveres de cuidado exigíveis na hipótese, de acordo com um parâmetro de razoabilidade, que deverá levar em consideração critérios como a previsibilidade do risco e a gravidade do dano, dentre outros, diante da tutela especial e prioritária que a Constituição e o ECA asseguram a tais indivíduos.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

(ii) Qual é o alcance dos arts. 19 e 21 do Marco Civil da Internet em relação às crianças e aos adolescentes? É possível haver responsabilidade das plataformas ainda que não tenha havido notificação judicial ou extrajudicial para a retirada do conteúdo ofensivo?

Sim. Os arts. 19 e 21 devem ser interpretados de maneira sistemática com a Constituição, o ECA, o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil, assim como devem ser interpretados diante da realidade hoje conhecida de que as plataformas, longe de serem agentes neutros em relação aos conteúdos que nela transitam, exercem grande protagonismo sobre o fluxo informacional, o que é a razão do seu modelo de negócios e a fonte de seus lucros.

Consequentemente, os arts. 19 e 21 do Marco Civil, devem ser interpretados como presunções de culpa ou terem sua aplicação restrita às hipóteses em que a plataforma não teve qualquer tipo de controle ou influência sobre o conteúdo de terceiros, sendo que a última interpretação se concilia perfeitamente com a *ratio* do próprio legislador, que afastou a responsabilidade das plataformas na hipótese do art. 19 sob a premissa de se tratar de conteúdos alheios à ingerência destas.

Qualquer que seja a interpretação dada ao Marco Civil, não se pode admitir que os referidos artigos sirvam como uma espécie de blindagem para eximir as plataformas digitais da obrigação de adotar medidas, inclusive para fins de prevenir o dano, mormente diante de conteúdos flagrantemente ilícitos, em relação aos quais se espera que sejam adotadas medidas de cuidado razoáveis e proporcionais tanto no que diz respeito ao comportamento como no que diz respeito ao próprio *design* das plataformas.

Registre-se que o afastamento da interpretação literal dos dispositivos mencionados, para fins de reconhecer a obrigação de as plataformas adotarem medidas de cuidado, não configura censura nem viola a



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

liberdade de expressão, seja porque as plataformas digitais, como fartamente demonstrado no parecer, já promovem a curadoria de conteúdos, seja porque há casos de ilicitude flagrante e, mesmo naqueles casos em que houver controvérsias, a proteção absoluta e o princípio do melhor interesse da criança, consagrados no art. 227 da Constituição Federal, e complementados pelas disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente, têm como corolário necessário a aplicação do entendimento de que, na dúvida, deve ser tomada a medida mais compatível com a necessidade de prevenir danos a esses indivíduos.

(iii) Há um dever de cuidado que pode ser exigido das plataformas digitais para resguardar direitos de crianças e adolescentes, especialmente no que diz respeito à exploração comercial? Em caso afirmativo, quais seriam seus principais desdobramentos?

Sim. O exercício da autonomia privada e da livre iniciativa pelas plataformas deverá ser compatível com o respeito aos direitos de crianças e adolescentes, que impõe, inclusive, a adoção de medidas positivas para fins de se evitar o dano. Um dos principais desdobramentos disso é a proibição à publicidade abusiva, cabendo às plataformas (i) abster-se de celebrar contratos com anunciantes para a exibição de propagandas que violem o disposto no art. 37, § 2º c/c art. 39, IV, do CDC, nos termos regulamentados pela Resolução nº 163 do Conanda; (ii) adotar medidas protetivas — dentro do que for razoável e proporcional — para impedir a veiculação de propagandas clandestinas em seu ambiente e (iii) abster-se de coletar e proceder ao tratamento de dados das crianças para a veiculação de publicidade direcionada.

(iv) Como deve ser interpretada a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e os demais diplomas normativos em relação a crianças e adolescentes, a fim



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

de evitar a vigilância excessiva e a correspondente coleta e utilização de dados daí decorrentes?

A Lei Geral de Proteção de Dados impôs tratamento mais protetivo à coleta e tratamento de dados de crianças e adolescentes. Além da observância das regras expressamente previstas no art. 14 da LGPD e seus respectivos parágrafos, a tutela especial das crianças e adolescentes impõe duas conclusões importantes sobre o tema: (i) o consentimento dos pais ou do responsável legal, no caso das crianças, ou do próprio titular, no caso dos adolescentes, conforme o caso, não eximem a plataforma digital de observar o melhor interesse da criança e do adolescente no que se refere ao tratamento de seus dados e (ii) além do consentimento, é possível o tratamento de dados desses sujeitos de direito a partir das bases legais previstas nas alíneas do art. 11, inciso II, devendo-se afastar, como regra, a possibilidade de tratamento de dados sem consentimento com fundamento nos legítimos interesses do controlador ou de terceiros.

De toda sorte, qualquer que seja a base legal, é importante deixar claro que devem ser observados os princípios específicos do ECA e os princípios da LGPD, dentre os quais o da finalidade e da necessidade, de forma que apenas será legítima a coleta de dados que seja imprescindível para a finalidade legítima que a justifica, assim como o da ampla transparência.

É o parecer.

Brasília, 9 de outubro de 2020.

Ana Frazão

Professora de Direito Civil, Comercial e Econômico da Universidade de Brasília - UnB



ANEXOS

ANEXO 1: Papel e importância das plataformas digitais

Em razão de suas inúmeras eficiências, dentre as quais as de facilitar conexões e transações, encurtando o caminho entre pessoas e polos das cadeias de produção e consumo, as plataformas digitais têm assumido papel central no século XXI. Dados coletados em agosto de 2017, já mostravam que as maiores companhias globais – Apple, Alphabet (Google), Microsoft, Facebook e Amazon – são plataformas digitais⁴³¹. Assim, pode-se concluir, sem exageros, que a internet e a economia são hoje dominadas pelas plataformas digitais⁴³².

Tendo como foco os mercados de dois lados ou mais lados, pretendem as plataformas promover a interação entre os usuários das pontas, que precisam se encontrar e interagir. Para que funcionem eficientemente, a aproximação entre os agentes de cada um dos lados precisa ser adequada e pertinente, conectando aqueles que tenham afinidades ou sejam complementares⁴³³.

Com efeito, os custos de aproximação direta dos dois polos podem ser elevados. Caberá às plataformas reduzi-los, facilitando a combinação dos interesses dos grupos. As plataformas, portanto, promovem o encontro entre, pelo menos, dois grupos ou partes, e permitem a redução dos custos de transação nos quais as partes teriam que incorrer para encontrar-se e interagir na falta desses intermediários. A Amazon, por exemplo, conecta compradores e vendedores; o Uber conecta motoristas e passageiros; a *Apple* conecta desenvolvedores de aplicativos e usuários; o Netflix conecta criadores de vídeos e espectadores; o YouTube conecta criadores de conteúdo (os “donos” dos canais) ou espectadores e anunciantes, o

⁴³¹ TIROLE, Jean. *Economics for the common good*. New Jersey: Princeton University Press, 2017, p. 379.

⁴³² MOAZED; JOHNSON, *Modern Monopolies*, cit.

⁴³³ FRAZÃO, Plataformas digitais, cit., pp. 636-637.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

Instagram e o Facebook conectam os detentores de perfis na rede social e anunciantes, etc.

A redução dos custos de transação, como explicam David Evans e Richard Schmalensee⁴³⁴ a depender do tipo de plataforma, pode ocorrer, por meio do *matchmaking* (encontro de compradores e vendedores), da construção de audiências (para fins de propaganda) ou da minimização de custos. O primeiro é característico das plataformas de troca (*Exchanges*), em que há dois grupos de usuários, que podem ser genericamente denominados como compradores e vendedores, como no Uber. Já a construção de audiências (*building audiences*) ocorre nos casos em a plataforma cria conteúdo (ex: jornais impressos), ou compra ou disponibiliza conteúdo produzido por outras pessoas. Esse modelo é típico das mídias sustentadas por propagandas (*Advertising-supported media*). O conteúdo atrai espectadores, que, por sua vez, atraem anunciantes⁴³⁵. Nesse tipo de plataforma, grande parte ou toda a receita é obtida por meio da publicidade. É caso, por exemplo, do serviço de busca do Google, do YouTube, do Instagram, do Facebook e do Twitter, cujo faturamento provém de seus anunciantes. São essas as plataformas digitais que nos interessam mais de perto nesse parecer.

As plataformas digitais constituem, em regra, um modelo de negócio caracterizado pela criação de sistemas de interação com ganhos de escala e efeitos de rede diretos e indiretos.⁴³⁶ Os efeitos de rede diretos estão relacionados com o tamanho da rede, na medida em que os benefícios que um usuário recebe de um serviço particular aumenta com o número crescente de outros usuários⁴³⁷. É o que ocorre nas plataformas de telecomunicação, a exemplo do Facebook, do Instagram. Quanto maior o número de pessoas com perfil na rede social, mais atrativa ela se torna para aqueles que a integram. Já os efeitos de rede indiretos se

⁴³⁴ EVANS; SCHMALENSEE, *Industrial Organization*, cit., p. 155-156.

⁴³⁵ EVANS; SCHMALENSEE, *Industrial Organization*, cit., p. 155-156.

⁴³⁶ FRAZÃO, *Plataformas digitais*, cit., p. 636.

⁴³⁷ FRAZÃO, *Plataformas digitais*, cit., p. 636,



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

verificam quando o número de usuários de um lado do mercado atrai mais usuários para o outro lado. No caso do Facebook e do Instagram, por exemplo, quanto maior o número de usuários da rede social, maior será também o interesse dos anunciantes⁴³⁸.

⁴³⁸ As plataformas enfrentam o chamado “*chicken and egg problem*”. O termo faz alusão ao dilema: “quem veio primeiro: o ovo ou a galinha?”. Em linhas gerais, o que a expressão quer dizer é que: os anunciantes podem não ter incentivos para anunciar seus produtos na plataforma caso ainda não exista um número considerável de usuários da rede social, usando o exemplo do Facebook. Da mesma forma, a falta de anunciantes pode diminuir o valor da plataforma para os usuários, caso a falta de anunciantes os obrigue a pagar pela utilização da rede social.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

ANEXO 2: Principais delineamentos da Diretiva (EU) nº 18/1808

Em novembro de 2018, a União Europeia publicou a Diretiva (UE) nº 18/1808, que alterou a Diretiva 2010/13/UE para adaptar as normas relativas à oferta de serviços de comunicação audiovisual “à evolução das realidades do mercado”. Dentre outras modificações, a nova Diretiva estende, expressamente, a regulação dos serviços audiovisuais às plataformas de compartilhamento de vídeos e aos serviços de redes sociais, desde que o fornecimento de programas e de vídeos pelos utilizadores constitua um de suas “funcionalidades essenciais”. A norma é parte das iniciativas da União Europeia para a instituição do Mercado digital comum (*Single Digital Market*). Isso porque, como já declarado pela Comissão Europeia, a Diretiva de Comércio Eletrônico foi estabelecida sob um paradigma diverso, tendo, inclusive, fomentado o descomunal crescimento das gigantes da “Internet”.

Nesse contexto, entender a nova Diretiva é importante por dois motivos: (i) para superar a ideia equivocada de que, não sendo impossível imputar um dever geral de monitoramento do conteúdo de terceiros, nenhum outro dever de cuidado pode ser exigido das plataformas e (ii) porque a nova regulação toca em pontos sensíveis em relação à proteção de crianças e adolescentes, deixando claro que, em relação a eles, o grau de diligência que se espera deve ser maior. Os parágrafos seguintes descrevem, de forma resumida, parte das normas instituídas pela Diretiva no que se refere à proteção de crianças e adolescentes.

Logo no art. 28, a Lei ressalvou a manutenção do 15 da Diretiva de Comércio Eletrônico, de 2000, que proíbe os Estados-membros de imporem aos prestadores uma obrigação de adotar medidas para:

- (i) Proteger os menores contra programas, vídeos gerados pelos utilizadores e comunicações comerciais audiovisuais suscetíveis de prejudicar o seu desenvolvimento físico, mental ou moral, de forma que eles



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

não sejam vistos nem escutados por eles (art. 28.o-B, 1. a) c/ art. 6.o-A).

Dentre as medidas, sugere-se, por exemplo, a escolha da hora de emissão, instrumentos de verificação de idade ou outras medidas técnicas, sendo que conteúdos mais nocivos, como cenas de violência gratuita e pornografia, devem ser sujeitos às medidas mais rigorosas possíveis; e

- (ii) Proteger o público em geral contra programas, vídeos gerados pelos utilizadores e comunicações comerciais audiovisuais que contenham incitamentos à violência ou ao ódio contra grupos de pessoas ou membros, ou, ainda, cuja divulgação constitua uma atividade que configure infração penal, tais como incitamento público à prática de infrações terroristas, as infrações relativas à pornografia infantil, as infrações de carácter racista e xenófobo.

A Diretiva estabelece, ainda, rigorosas restrições para as comunicações comerciais nas plataformas, vedando, por exemplo, propagandas ocultas, subliminares, discriminatórias, assim como que comprometam o respeito pela dignidade da pessoa humana, ou que estimulem comportamentos prejudiciais à saúde e à segurança ou ao meio ambiente, assim como aquelas relativas a cigarros.

No que se refere, especificamente às crianças, a Diretiva exige que as comunicações comerciais não incitem diretamente os menores a comprarem ou a alugarem produtos ou serviços aproveitando-se da sua inexperiência ou da sua credulidade. Veda, ainda, propagandas que os incentivem diretamente a persuadirem os pais ou outras pessoas a adquirirem produtos ou serviços publicitados, assim como que se aproveita da confiança especial que os menores depositam nos pais, nos professores ou noutras pessoas, ou exponham, sem motivo, menores em situações perigosas. A propaganda direcionada também foi proibida.

Mais adiante, o § 3º do Artigo 28.o-B da Diretiva esclarece que, para assegurar essa proteção, não deverão ser adotadas medidas de controle *ex ante* nem a filtragem do carregamento de conteúdos, mas ressalva que, para os menores,



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

quanto mais nocivos os conteúdos, mais rigorosas devem ser as medidas de fiscalização exigíveis das plataformas. Portanto, o fato de o controle ser *ex post* não exime as plataformas de agirem com eficiência e rapidez.

A Diretiva impõe também, além de mecanismos mais transparentes e de fácil utilização para a denúncia de conteúdos lesivos, a necessidade de se criar e utilizar sistemas de verificação da idade dos usuários das plataformas em relação aos conteúdos que podem prejudicar seu desenvolvimento, assim como de disponibilizar medidas de controle parental para o mesmo fim, e, ainda, de “inserir e aplicar em seus termos e condições” as restrições às comunicações publicitárias anteriormente descritas, além daquelas relativas ao conteúdo.

Tais desenvolvimentos são importantes para se dar mais densidade ao regime de responsabilidade civil das plataformas em relação a crianças e adolescentes, especialmente no que diz respeito aos contornos do dever de cuidado que se espera das plataformas.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

ANEXO 3: Jurisprudência construída a partir da premissa de neutralidade das plataformas em relação aos conteúdos gerados por terceiros

Ao se examinar a jurisprudência consolidada no período anterior ao Marco Civil da Internet, fica claro que uma das premissas adotadas pela maior parte das decisões judiciais é a da neutralidade das plataformas digitais em relação ao conteúdo que nelas transita, como se observa pelos seguintes acórdãos:

“1. O provedor de compartilhamento de vídeos é uma espécie do gênero provedor de conteúdo, pois se limita a disponibilizar as imagens postadas pelos usuários, sem nenhuma participação na criação ou na edição dos arquivos digitais. 2. A verificação de ofício do conteúdo das imagens postadas por cada usuário não constitui atividade intrínseca ao serviço prestado pelos provedores de compartilhamento de vídeos, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não exerce esse controle. 3. O dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no site pelo usuário não constitui risco inerente à atividade dos provedores de compartilhamento de vídeos, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/02. **4. Não se pode exigir do provedor de compartilhamento de vídeos a fiscalização antecipada de cada novo arquivo postado no site, não apenas pela impossibilidade técnica e prática de assim proceder, mas sobretudo pelo risco de tolhimento da liberdade de pensamento. Não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na web, reprimir o direito da coletividade à informação. Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de criação, expressão e informação, assegurada pelo art. 220 da CF/88, sobretudo considerando que a Internet representa, hoje, importante veículo de comunicação**



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

social de massa. (...)” (REsp 1.403.749/GO, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T, julg. 22.10.2014⁴³⁹)

“Internet. Responsabilidade civil do provedor de site em que divulgadas as ofensas de que reclama a autora que não é objetiva. Desnecessidade de exame prévio do conteúdo dos sites hospedados pelo provedor, que, postado nos milhares de páginas e acessos feitos por internautas inviabilizaria a própria internet. Responsabilidade do provedor que advém da não retirada da página ofensiva quando a tanto notificada, ou quando não consegue identificar o ofensor, do que não se cogita na espécie. Jurisprudência do STJ. Improcedência acertada. Recurso improvido.” (TJSP, Apelação Cível nº 0000577-54.2011.8.26.0128, 4ª Câmara de Direito Privado, julg. 13.12.2012).

“RESPONSABILIDADE CIVIL INTERNET Ação de obrigação de fazer c.c. indenização por danos morais. Pretensão fundada em violação à honra. Ofensas perpetradas pelo sítio de relacionamento Orkut mantido pela Google Internet Brasil e por e-mail gerido pela ré. Provedor que não detém responsabilidade direta pela fiscalização do conteúdo transmitido pelos usuários.

Responsabilidade subjetiva. Hospedeiro virtual que, mesmo depois de notificado extrajudicialmente acerca do conteúdo ofensivo veiculado, quedou-se inerte Caracterização de ato ilícito por omissão.

Responsabilidade civil reconhecida. Dano moral in re ipsa. (...) Ação procedente - RECURSO PROVIDO.” (TJSP, Apelação Cível 0206614-82.2010.8.26.0100, 3ª Câmara de Direito Privado, julg. 29.4.2014).

“NULIDADE DE SENTENÇA. Ação de preceito cominatório c.c. indenização por dano moral. Sentença. a que condenou a apelante ao cumprimento de obrigação de excluir o acesso a qualquer futura menção à pessoa do apelado na rede mundial de computadores. Provimento que extrapolou do pedido, ao conferir-lhe

⁴³⁹ Em sentido semelhante, STJ, REsp 1403.749, Min. Rel. Nancy Andrighi, julg. 1.10.2013; STJ, REsp 1.186.616, 3ª T, Min. Rel. Nancy Andrighi, julg. 23.8.2011; STJ, REsp 1.192.208, 3ª T, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 12.6.2012; STJ; REsp 1.406.448, 3ª T, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 15.10.2013; STJ, REsp 1.308.830, 3ª T, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 8.5.2012.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

eficácia prospectiva sequer pretendida pelo recorrido. Julgamento ultra petita configurado Sentença anulada no ponto. RESPONSABILIDADE CIVIL. Internet. Veiculação de informações desabonadoras sobre o autor em página pessoal criada por terceiro e hospedada pela ré. Preliminar de ilegitimidade rejeitada. Quanto ao mérito, a ré é provedora de conteúdo, que hospeda páginas pessoais e websites criados por terceiros. Ao não exercer controle editorial prévio sobre o teor destes, não há que se falar em sua responsabilidade. Inviabilidade da realização de censura prévia sobre todo o conteúdo, por se tratar de providência a inviabilizar o exercício da atividade econômica em questão, e também porque tal vulneraria o primado da livre manifestação de pensamento (CF/88, art. 5º, inc. VIII). Obrigação, contudo, de remover o acesso às referências desabonadoras à pessoa do apelado hospedadas em seus bancos de dados (...) Demanda procedente em parte. Recurso provido em parte.” (TJSP, Apelação Cível nº 0092907-48.2010.8.26.000, 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Paulo Eduardo Razuk, julg. 11.10.2011).

A suposição de que as plataformas digitais funcionariam como espaços neutros de mera circulação de conteúdos de terceiros, sobre os quais não deteriam ingerência, emerge de forma ainda mais clara nos precedentes relativos a buscadores, como o Google. Dentre eles, destaca-se a Reclamação nº 5.072⁴⁴⁰, julgada em 2013, na qual, o STJ, por maioria, declarou a ausência de interesse de agir do autor, que pretendia a exclusão da busca do Google de reportagem intitulada “juízes pedófilos”, publicada na versão eletrônica da “Isto é”, além dos resultados de busca que reproduzissem a referida matéria em outros sites, ou associassem o nome do autor ao tema pedofilia.

⁴⁴⁰ STJ, Reclamação nº 5.072, 2ª Seção, Min. Rel. para o acórdão Nancy Andrichi, julg. 11.12.2013.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

A sentença, que foi mantida na íntegra pelo TJ/AC, julgou procedente o pedido, tornando definitivos os efeitos da tutela antecipada, e determinou o pagamento de indenização por danos morais pelo Google. Em seguida, o Google ajuizou reclamação para que fosse revisto o valor das astreintes. O STJ deu provimento à reclamação, sustentando que não poderia haver a imposição de multa cominatória por obrigação impossível de ser cumprida, sob o argumento de que o Google apenas identifica as páginas da web, cujo acesso é público e irrestrito, cabendo ao prejudicado reclamar, exclusivamente, do autor do conteúdo ilícito sua supressão da internet. Confira-se um trecho do voto condutor proferido pela Min. Nancy Andrighi na Reclamação:

“12. As restrições foram impostas ao GOOGLE SEARCH, site de busca virtual que disponibiliza ferramentas para que o usuário realize pesquisas acerca de qualquer assunto ou conteúdo existente na web, mediante fornecimento de critérios ligados ao resultado desejado, obtendo os respectivos links das páginas onde a informação pode ser localizada. 13. **Trata-se de uma provedoria de pesquisa, que constitui uma espécie do gênero provedor de conteúdo, pois esses sites não incluem, hospedam, organizam ou de qualquer outra forma gerenciam as páginas virtuais indicadas nos resultados disponibilizados, se limitando a indicar links onde podem ser encontrados os termos ou expressões de busca fornecidos pelo próprio usuário**”. (...) os provedores de pesquisa realizam suas buscas dentro de um universo virtual, cujo acesso é público e irrestrito, ou seja, seu papel se restringe à identificação de páginas na web onde determinado dado ou informação, ainda que ilícito, estão sendo livremente veiculados. 16. Dessa forma, ainda que seus mecanismos de busca facilitem o acesso e a consequente divulgação de páginas cujo conteúdo seja potencialmente ilegal, fato é que essas páginas são públicas e compõem a rede mundial de computadores e, por isso, aparecem no resultado dos sites de pesquisa. 17. Ora, se a página possui conteúdo ilícito, cabe ao ofendido adotar medidas tendentes à sua



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

própria supressão, com o que estarão, automaticamente, excluídas dos resultados de busca virtual dos sites de pesquisa. 18. Não se ignora a evidente dificuldade de assim proceder, mas isso não justifica a transferência, para mero provedor de serviço de pesquisa, da responsabilidade pela identificação desses sites, especialmente porque teria as mesmas dificuldades encontradas por cada interessado individualmente considerado. 19. É notório que nosso atual estágio de avanço tecnológico na área da ciência da computação, notadamente no ramo da inteligência artificial, não permite que computadores detenham a capacidade de raciocínio e pensamento equivalente à do ser humano. Vale dizer, ainda não é possível que computadores reproduzam de forma efetiva faculdades humanas como a criatividade e a emoção. Em síntese, os computadores não conseguem desenvolver raciocínios subjetivos, próprios do ser pensante e a seu íntimo. 20. Sendo assim, não há como delegar a máquinas a incumbência de dizer se um determinado site possui ou não conteúdo ilícito, muito menos se esse conteúdo é ofensivo a determinada pessoa. 21. Diante disso, por mais que os provedores de informação possuam sistemas e equipamentos altamente modernos, capazes de processar enorme volume de dados em pouquíssimo tempo, essas ferramentas serão incapazes de identificar conteúdos reputados ilegais. 22. Mesmo a imposição de critérios objetivos de limitação às pesquisas se mostraria de pouca efetividade (...). (grifou-se).

Como se nota, nos casos relacionados a *sites* de busca⁴⁴¹, como o Google, o STJ, assumiu postura ainda mais restritiva, afastando, de modo amplo, a

⁴⁴¹ Além do Reclamação nº 5.072, esse entendimento também foi adotado no REsp 1.316.921 (3ª T, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg 26.6.2012). Referido caso teve origem em ação ordinária ajuizada por Maria da Graça Xuxa Meneghel, na qual foi deferida tutela antecipada pelo juiz de primeiro grau para determinar que o Google deixasse de exibir os resultados/links decorrentes da utilização de critérios de busca “Xuxa” e “pedófila” e suas variantes, sob pena de multa. O TJRJ deu parcial provimento ao agravo do Google para restringir a liminar “apenas à exibição das imagens expressamente referidas pela agravada, ainda assim “sem a exclusão dos links na apresentação dos resultados das pesquisas”. O Google interpôs recurso especial contra o acórdão, alegando que não poderia ser atribuída a ele “obrigação de impossível cumprimento considerando o estado da técnica atual”, ante a (i) impossibilidade de monitorar todo o conteúdo indicado como resultado em sua ferramenta de buscas



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

obrigatoriedade de remover o conteúdo ilícito do mecanismo de busca, inclusive quando houvesse indicação da URL, sob o fundamento de que o papel do provedor restringe-se à identificação das páginas cujo “acesso é público e irrestrito”⁴⁴². Note-se, todavia, que o próprio Tribunal, mais recentemente (em 2018), alterou esse entendimento, em caso relativo à exposição não consentida de vídeo íntimo de uma adolescente, reconhecendo a ausência de neutralidade dos buscadores e a possibilidade de obrigá-los a retirar URL da rede.

para verificar se as imagens referem-se ou não à autora nem se são ofensivas ela e (ii) a obrigação levaria à censura prévia do conteúdo, antes de apreciação judicial. O argumento foi acolhido pelo STJ, que entendeu que os provedores de pesquisa não poderiam ser obrigados a eliminar de seu sistema os resultados decorrentes da busca de determinado termo ou expressão, ainda que houvesse a indicação da URL. A Corte considerou que seria inviável tecnicamente para o Google suprimir conteúdo ilícito, porque não incumbe a ele filtrar o conteúdo, que é público

⁴⁴² Trecho do voto da Rel. Min. Nancy Andrighi proferido no REsp 1.679.465 (STJ, 3ª T, julg. 13.5.2020) resume o entendimento do Tribunal sobre a responsabilidade dos buscadores por conteúdos ofensivos de terceiros: “os resultados apresentados pelos buscadores nada mais são que outros sites ou recursos da Internet, que ali se encontram de forma pública, isto é, independentemente do provedor de busca. Esses sites ou recursos sofrem atualizações de forma constante e ininterrupta. Como afirmado em outros julgados deste STJ, o papel dos provedores de pesquisa, assim, restringe-se à identificação de páginas na web onde determinado dado ou informação, ainda que ilícito, estão sendo livremente veiculados. Em razão das características dos provedores de aplicações de busca na Internet, acima resumidas, o STJ entendeu que os provedores de pesquisa: (i) não respondem pelo conteúdo do resultado das buscas realizadas por seus usuários; (ii) não podem ser obrigados a exercer um controle prévio do conteúdo dos resultados das buscas feitas por cada usuário; e (iii) não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão”.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

ANEXO 4: Maiores especificações sobre o dever de cuidado no *design* das plataformas digitais

Além de um dever geral de cuidado, Lorna Woods e William Perrin sugerem que sejam estabelecidos *subtipos* do dever mais amplo de cuidado estabelecido na lei, ressaltando aquelas áreas que exigem maior cautela, como os danos a crianças e adolescentes. Entretanto, por essa perspectiva, não caberia à lei prover maiores detalhes sobre os deveres de cuidado, que ficariam a cargo do regulador⁴⁴³. O regulador independente se encarregaria, então, de assegurar que as plataformas adotassem sistemas eficazes, transparentes e passíveis de mensurar⁴⁴⁴. O regulador teria não apenas poderes para aplicar sanções às plataformas que não cumprissem os deveres de cuidado, mas também a prerrogativa de exigir informações desses agentes econômicos, mas não teria competência para resolver questões individuais relativas a determinado conteúdo.⁴⁴⁵

Por fim, o dever de cuidado se estruturaria a partir de uma espécie de ciclo: o regulador iria criar um *template* para “investigar e medir os riscos”, em seguida os agentes econômicos iriam avaliar, a partir desses critérios os riscos e divulgá-los. Após isso, o regulador iria exigir que as empresas estabelecessem e implementassem um plano de redução de danos, informando o regulador e dando publicidade, abrindo espaço para que os usuários, vítimas e associações se manifestassem sobre as medidas. O regulador opinaria sobre o plano de redução de danos, cabendo aos agentes econômicos implementar as mudanças e, após um período razoável, os danos seriam novamente examinados. O ciclo se repetiria em um período de tempo determinado pelo regulador.

O modelo descrito acima sugere as linhas bases para a fixação de um dever de cuidado a partir da implementação de um paradigma regulatório

⁴⁴³ WOODS; PERRIN, *Online harm reduction*, cit., p. 40.

⁴⁴⁴ WOODS; PERRIN, *Online harm reduction*, cit., p. 42.

⁴⁴⁵ WOODS; PERRIN, *Online harm reduction*, cit., p. 43.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

setorial. Mais do que discutir a adequação ou não das regras que norteiam o regime sugerido, é importante reforçar o que já ressaltamos anteriormente: ante o novo papel das plataformas, é preciso entender o dever de diligência além da mera retirada do conteúdo após a notificação. Isso porque os danos não decorrem apenas da publicação de um conteúdo lesivo por terceiro, mas, antes, estão fortemente atrelados ao modelo de negócio adotado pelas plataformas, que empregam sistemas de algoritmos e outras ferramentas para angariar o maior lucro possível, imputando as externalidades negativas a terceiros, inclusive crianças e adolescentes, sem que se exija nenhum dever de cuidado.⁴⁴⁶

⁴⁴⁶ WOODS; PERRIN, *Online harm reduction*, cit., p. 48.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

ANEXO 5: Exemplos de atuação das plataformas

No Facebook, por exemplo, as relações pessoais de seus mais de dois bilhões de usuários são cuidadosamente analisadas para a obtenção de dados. Utilizando mecanismos de *Big Data*, a companhia consegue moldar e personalizar a experiência de cada um de seus usuários na rede social, alterando o *feed* de notícias e criando mensagens publicitárias baseadas em seus interesses, amigos e comportamento usual. Os filtros, que funcionam de modo pouco transparente, são, aliás, anunciados como uma vantagem no Termos e Condições do Facebook, por permitirem ao usuário “uma experiência no Facebook que não se compara à de mais ninguém”⁴⁴⁷.

Fórmula semelhante é repetida na *Netflix*. As palavras do Diretor Global de Comunicações da plataforma, Joris Evers, resumem bem essa dinâmica: “Há 33 milhões de versões diferentes da Netflix”. Trata-se, não por acaso, do mesmo número de assinantes que a plataforma possuía em 2013, quando a frase foi proferida. De fato, uma rápida consulta ao site da Netflix, mostra que a plataforma tem investido massivamente em *machine learning* para potencializar a personalização de seus conteúdos, como declara expressamente. A própria definição do que será produzido ou dos títulos que serão adquiridos pela plataforma é feita a partir dos dados de seus usuários. O intervalo entre o início e o fim da visualização de determinado conteúdo, o uso das funções *pause*, *foward*, *rewind*, tudo isso é utilizado para definir o grau de entusiasmo com determinado tipo de conteúdo, que influencia nos investimentos da plataforma. O resultado é uma sistemática interferência dos dados na produção cultural.

⁴⁴⁷ Cf. Trecho extraído do Termos de Serviço do Facebook: “Fornecer uma experiência personalizada para você: sua experiência no Facebook não se compara à de mais ninguém — desde publicações, histórias, eventos, anúncios e outro conteúdo que você vê no Feed de Notícias ou em nossa plataforma de vídeo até as Páginas que você segue e outros recursos que pode usar, como a seção Em alta, o Marketplace e a Pesquisa. Usamos os dados que temos (por exemplo, sobre as conexões que você faz, as escolhas e configurações que seleciona e o que compartilha e faz dentro e fora de nossos Produtos) para personalizar sua experiência”. Disponível em https://www.facebook.com/legal/terms?_rdc=1&_rdr. Acesso em 20.7.2020.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

Tal como o Netflix, o *YouTube* também utiliza um sistema sofisticado e obscuro de algoritmos para direcionar os vídeos a seus usuários. Segundo o diretor de produtos do You Tube, Neal Mohan, em 2018, 70% das visualizações da plataforma eram decorrentes de recomendações fomentadas por algoritmos⁴⁴⁸.

⁴⁴⁸ A declaração foi feita em um painel do Consumer Electronic Show (CES), conforme a CNET. Cf. <https://www.cnet.com/news/youtube-ces-2018-neal-mohan/>. Acesso em 18.7.2020.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

ANEXO 6: Discussões sobre a inconstitucionalidade do art. 19 do Marco Civil

Para Anderson Schreiber, o art. 19 do Marco Civil da Internet viola a garantia constitucional de reparação plena e integral, o princípio de acesso à Justiça, o princípio da vedação ao retrocesso social (pela subversão da jurisprudência mais protetiva que já havia se firmado), além de permitir uma inversão axiológica ao assegurar as vítimas de violações a direitos autorais e conexos, de conteúdo exclusivamente patrimonial, regime mais favorável que às violações a direitos fundamentais (por meio da aplicação das regras gerais de responsabilidade civil previstas no CC) ⁴⁴⁹. Confira-se trecho que explicita um dos fundamentos para a inconstitucionalidade:

O estabelecimento pelo legislador infraconstitucional de qualquer condicionante à tutela desses direitos fundamentais não pode ser admitida, conforme já vem sustentando nossos tribunais no exame de convenções internacionais que preveem o tabelamento de indenizações, notadamente no campo de acidentes aéreos. A criação, por lei ordinária, de condicionantes ou limites à responsabilidade civil por violação a esses direitos afigura-se inconstitucional, na medida em que restringiriam uma tutela que o Constituinte quis plena e integral, a ponto de enunciá-la sem qualquer menção à atuação ulterior do legislador. Assim, ao condicionar a reparação do dano decorrente de violações que podem atingir a honra, a privacidade e a imagem da pessoa humana ao prévio ajuizamento de demanda judicial, o art. 19 da Lei 12.965 afronta o art. 5º, X, da Constituição da República.

Daí por que o autor defende que a única forma de “salvar” o dispositivo seria atribuir a ele interpretação conforme, para se dispensar a ordem judicial, conformando-se com a mera notificação, na linha do que já dispõe o art. 21 para os casos de cenas de nudez e de sexo.

⁴⁴⁹ SCHREIBER, Anderson. Marco Civil, cit. João Quinelato de Queiroz também sustenta a inconstitucionalidade da lei pelos mesmos fundamentos (*Responsabilidade civil na rede*, cit, p. 147).



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

João Quinelato Queiroz também defende a inconstitucionalidade do art. 19, sob o argumento de que “o dispositivo equivocadamente privilegia o direito fundamental à liberdade de expressão em detrimento de outras garantias constitucionais, como a proteção da dignidade da pessoa humana”. Segundo o autor, “ao privilegiar expressamente a liberdade de expressão na redação do *caput* do art. 19 do Marco Civil, olvidou-se o legislador do fato de que os direitos fundamentais da pessoa humana (honra, privacidade, imagem e outros) gozam de semelhante tutela constitucional em patamar não inferior à liberdade de expressão”.⁴⁵⁰.

Além das discussões doutrinárias, a inconstitucionalidade do art. 19 do Marco Civil é objeto de discussão no Recurso Extraordinário no STF – RE nº 1037396 – cuja repercussão geral foi reconhecida pelo Min. Rel. Dias do Toffoli em março de 2018. Em síntese, o Tribunal de São Paulo reformou a sentença, para declarar a inconstitucionalidade do art. 19, em sede de controle difuso, e condenou o Facebook pela inércia em remover perfil falso:

Para fins indenizatórios, todavia, condicionar a retirada do perfil falso somente “*após ordem judicial específica*”, na dicção desse artigo, significaria isentar os provedores de aplicações, caso da ré, de toda e qualquer responsabilidade indenizatória, fazendo letra morta do sistema protetivo haurido à luz do Código de Defesa do Consumidor, circunstância que, inclusive, aviltaria preceito constitucional (art. 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal). Ademais, tal disposição como que quer **obrigar, compelir** o consumidor vitimado, a ingressar em Juízo para atendimento de pretensão que, seguramente, poderia ser levada a cabo pelo próprio provedor cercando-se de garantias a fim de preservar, em última análise, a liberdade de expressão. Antes, o provedor fica em confortável, mas não menos desproporcional, posição de inércia frente à vítima do abuso desse mesmo direito de manifestação e pensamento, gerando paradoxal desequilíbrio em relação aos “*invioláveis*” direitos à “*intimidade, a vida*”

⁴⁵⁰ QUEIROZ, Responsabilidade civil na rede, cit., p. 118.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

privada, a honra e a imagem” (art. 5º, inciso X, da Constituição Federal) desta última (vítima)⁴⁵¹.

O precedente não é isolado; há outros casos em que também se decidiu pela inconstitucionalidade do art. 19 do Marco Civil:

O referido dispositivo legal não pode ser interpretado ao pé da letra, sob pena de se violar o sistema de defesa do consumidor e direitos fundamentais de terceiros, ambos de jaez constitucional. A mais abalizada doutrina tece severas críticas à referida previsão normativa do Marco Civil da Internet, não só por constituir verdadeiro retrocesso no tratamento da matéria, mas, principalmente, por ter privilegiado os provedores em detrimento dos consumidores, e por ter conferido *a priori* supremacia a determinados direitos fundamentais em face de outros de igual relevância, contrariando o sistema jurídico e a tábua axiológica da Constituição⁴⁵².

⁴⁵¹ TJSP, Apelação Cível nº 006017-80.2014.8.26.0125, Rel. Des. Rogério Sartori Astolphi, julg. 11.12.2015.

⁴⁵² TJSP, Apelação Cível nº 1011391-95.2015.8.26005, 1ª Câmara Dir. Privado, Rel. Des. Francisco Loureiro, julg. 7.6.2016.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

ANEXO 7: Doutrina que critica o art. 19 do Marco Civil da Internet

Guilherme Rosseto *et al* sustentam que, ao priorizar a liberdade de expressão, acabou, na verdade, por proteger a autonomia privada dos provedores em detrimento das vítimas, como mostra o trecho abaixo:

“A proteção da liberdade de expressão, nos moldes da Lei 12.965/2014, ficou a critério dos provedores de aplicações. Estes não encontram qualquer restrição na retirada unilateral de uma informação publicada. Vale dizer: o legislador impôs um ônus apenas ao usuário da internet, que deve acionar o Poder Judiciário para garantir que o conteúdo que fere sua honra será retirado ou, pelo menos, garantir que receberá uma indenização por parte da empresa que lucro sobre os prejuízos que sofreu. Em linhas gerais, constata-se que é assim que o Marco Civil da Internet tutela a liberdade de expressão, impondo dificuldades técnicas ao usuário e protegendo a autonomia dos grandes provedores de conteúdo⁴⁵³.”

Na mesma linha, Gustavo Tepedino *et al*⁴⁵⁴, afirmam que “o mecanismo [do art. 19] acaba por inverter a ótica da responsabilidade civil, ao contrário da tendência contemporânea de proteção prioritária e integral do ofendido”. Como ressaltam os autores, na solução adotada pelo art. 19, “ignorou-se o dano sofrido pela vítima a partir da simples divulgação do conteúdo lesivo, impondo-lhe formalidades morosas e custosas, o que não apenas prolonga o dano, mas o agrava exponencialmente durante o período precedente à notificação judicial”. Em razão disso, os autores sustentam que o texto legislativo não significa que “na hipótese de não atendimento de notificação extrajudicial, o dever de reparar deixaria

⁴⁵³ ROSSETTO, Guilherme Ferreira; ANDRADE, Henrique dos Santos; BENATTO, Pedro Henrique Abreu. A responsabilidade dos provedores de aplicações no Marco Civil da Internet: reflexões sobre a viabilidade da medida com foco nos problemas que assolam o Judiciário, *Revista de Direito Privado*, n. 69, v. 17, 2016, p. 47-67.

⁴⁵⁴ TEPEDINO, Gustavo. TERRA, Aline de Miranda Valverde. GUEDES, Gisela Sampaio da cruz. *Fundamentos do Direito Civil*, vol. 4 [edição eletrônica]. São Paulo: Editora Forense, 2020, p.77.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

de ser imputado”, ante o princípio da dignidade da pessoa humana e a tutela plena e integral dos direitos da personalidade previsto na Constituição Federal.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

ANEXO 8: *Digital Copyright Directive* europeu

A norma é parte dos esforços da União Europeia para instituir um “Mercado Digital Único” no continente, como explicado anteriormente, e se aplica “aos provedores de serviços cuja principal finalidade, ou uma das principais finalidades, consiste em armazenar e permitir que os utilizadores carreguem e partilhem um grande número de conteúdos protegidos por direitos de autor com o objetivo de obter lucros, quer direta quer indiretamente, através da sua organização e promoção, a fim de atrair um público mais vasto, nomeadamente através da sua categorização e o recurso a ações de promoção direcionadas nesses conteúdos (Considerando nº 62).” A norma alcança plataformas como YouTube e outras similares, que, obtém lucro, por meio do *upload* e compartilhamento de grandes volumes de conteúdos protegidos por direitos autorais por seus usuários⁴⁵⁵.

O art. 17 impõe diversos deveres de cuidado aos provedores, alterando, em última análise, o regime de responsabilidade previsto na Diretiva de Comércio Eletrônico, o que, aliás, tem despertado controvérsias⁴⁵⁶. O § 1º exige que o provedor obtenha uma autorização dos detentores dos direitos autorais por meio da celebração de um contrato de licenciamento, inclusive em relação aos conteúdos carregados por seus usuários.

De acordo com a Diretiva os provedores realizam um ato de comunicação quando oferecem ao público acesso a obras ou outro material protegido por direitos autorais, motivo pelo se exige a autorização de seus

⁴⁵⁵ GRISSE, Karine. After the storm – examining the final version of Article 17 of the new Directive (EU) 2019/790, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2019, vol. 14, n. 11, p. 889.

⁴⁵⁶ Cf. GREGORIO, Expressions, cit. A proposta também despertou protestos públicos, sob o argumento de que o 17 poderia comprometer também o *upload* de conteúdo lícitos. Confirma-se, neste sentido, uma carta encaminhada aos membros do Parlamento Europeu e ao Conselho de União Europeia “Open Letter: The EU Copyright Directive is Failing”, 26 abril de 2018. Disponível em https://www.create.ac.uk/blog/2018/04/26/eu_copyright_directive_is_failing/. Acesso em 2.8.2020. Confirma-se também Carta encaminhada ao presidente do Parlamento Europeu, intitulada “Article 13 of the EU Copyright Directive Threatens the Internet”, de junho de 2018. Disponível em <https://www.eff.org/files/2018/06/13/article13letter.pdf>. Acesso em 2.8.2020.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

titulares⁴⁵⁷. Na falta da autorização, os provedores serão responsáveis pelas violações aos direitos autorais, salvo se demonstrarem que adotaram todos os esforços razoáveis para assegurar a indisponibilidade de determinadas obras que infrinjam direitos autorais e agiram com diligência para remover conteúdos lesivos – e evitar sua reinserção - quando notificados pelos titulares de direitos autorais.

Mais à frente, o art. 17, § 5º estabelece que esses deveres deverão ser examinados à luz do princípio da proporcionalidade. Para provedores de menor porte — notadamente aqueles que forneçam serviços há menos de três anos na União Europeia e cujo volume de negócio seja inferior a 10 milhões de euros — não se exige a implementação de medidas *ex ante* para garantir a indisponibilidade do conteúdo lesivo.

A Diretiva — embora restrita à hipóteses de violações a direitos de autor — traz parâmetros importantes para a discussão mais ampla sobre a responsabilidade das plataformas. O objetivo da norma, em primeiro lugar, foi acabar, ou reduzir, o chamado “value gap”, que resulta do fato de que esses agentes econômicos usufruem de elevados lucros por meio do acesso de conteúdos protegidos por direitos autorais não licenciados, sem oferecer qualquer contrapartida a seus titulares⁴⁵⁸. Assim, o 17 pretende assegurar que os detentores legítimos desses direitos irão receber um retorno justo pelo uso de seu conteúdo nas plataformas de compartilhamento⁴⁵⁹. As obrigações, inclusive, não se aplicam para serviços que permitem o compartilhamento quando o fim primordial não for a obtenção de lucros⁴⁶⁰.

⁴⁵⁷ A regra está prevista no art. 3º da Diretiva 2001/29/CE, parcialmente transcrito a seguir: “Article 3 Right of communication to the public of works and right of making available to the public other subject-matter. 1. Member States shall provide authors with the exclusive right to authorise or prohibit any communication to the public of their works, by wire or wireless means, including the making available to the public of their works in such a way that members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them.

⁴⁵⁸ GRISSE, *After the storm*, cit., p. 887.

⁴⁵⁹ GRISSE, *After the storm*, cit., p. 888.

⁴⁶⁰ GRISSE, *After the storm*, cit., p. 888.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

A preocupação com o resgate do equilíbrio entre poder, risco e responsabilidade, aliás, parece ter sido a tônica Diretiva. Além de o § 6º do art. 17 impor obrigações menos rigorosas a plataformas de menor porte, ao definir os provedores aos quais se aplica a Diretiva, o Considerando nº 62 utiliza expressões como “papel importante no mercado de conteúdos em linha”, “competirem com outros serviços de conteúdos em linha”, “serviços cuja principal finalidade, ou uma das principais finalidades, consiste em armazenar e permitir que os utilizadores carreguem e partilhem um grande número de conteúdos protegidos por direito de autor”, “objetivo de obter lucros, quer direta, quer indiretamente, através de sua organização e promoção”.

A grande controvérsia em relação ao art. 17 é se a conduta da plataforma pode ou não ser considerada um ato de comunicação, mesmo quando o provedor não tem conhecimento específico do *upload* do conteúdo infringente. A discussão, embora relacionada a direitos autorais, é relevante porque remete, em última análise, ao debate sobre o papel ativo ou passivo desempenhado por esses agentes econômicos e, mais do que isso, para as repercussões que essa interferência terá sobre a imputação de responsabilidade. Para compreender isso, entretanto, será preciso aprofundar um pouco mais a discussão sobre o tema nos parágrafos seguintes.

A existência ou não de “ato de comunicação” pelas plataformas de compartilhamento foi examinada pela Corte de Justiça da União Europeia no caso *Brein v Ziggo BV, XS4All Internet BV (“Pirate Bay”)*. A Stichting Brein, uma associação de direitos de autor, ajuizou ação judicial contra dois fornecedores de acesso à internet (Ziggo e XS4ALL), requerendo o bloqueio dos nomes de domínio e dos endereços de IP da “Pirate Bay”, uma plataforma de compartilhamento de *torrents*, para evitar que os serviços desta última fossem utilizados para violar direitos de autor e os direitos conexos de seus titulares protegidos pela associação. A Corte de Justiça da União Europeia julgou, como questão prejudicial, a interpretação do art. 3º



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

do Directive 2001/29/EC (InfoSoc D), analisando se a plataforma de compartilhamento pratica ou não ato de comunicação público e, se, como consequência, deveria ter autorização prévia dos detentores de direitos autorais⁴⁶¹. A Corte entendeu que o “Pirate Bay” praticou um ato de comunicação ao público, ao fornecer índices e categorizar metadados para conteúdos protegidos por direitos autorais carregados por seus usuários, e ao oferecer um motor de busca, desempenhando, portanto, um papel essencial para que os usuários encontrassem o conteúdo infringente, como revelam os trechos abaixo:⁴⁶²

Em seguida, é verdade que, como sublinhou o órgão jurisdicional de reenvio, as obras assim colocadas à disposição dos utilizadores da plataforma de partilha em

⁴⁶¹ GRISSE, *After the storm*, cit., p. 890.

⁴⁶² Os trechos a seguir, extraídos da decisão, ajudam a compreender melhor o caso: “Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe a Stichting Brein, uma fundação que defende os interesses de titulares de direitos de autor, à Ziggo BV e à XS4ALL Internet BV (a seguir «XS4ALL»), fornecedores de acesso à Internet, a respeito de pedidos apresentados pela Stichting Brein para que seja ordenado a estas últimas que bloqueiem os nomes de domínio e os endereços IP da plataforma de partilha em linha ‘The Pirate Bay’ (a seguir ‘plataforma de partilha em linha TPB’ (...)) A Ziggo e a XS4ALL são fornecedores de acesso à Internet. Uma parte significativa dos seus assinantes utiliza a plataforma de partilha em linha TPB, um diretório de ficheiros BitTorrent. O BitTorrent é um protocolo através do qual os utilizadores (designados “pares” ou *peers*) podem partilhar ficheiros. A característica essencial do BitTorrent reside no facto de os ficheiros partilhados serem fragmentados em pequenos elementos, permitindo assim não se encontrarem num servidor centralizado para armazenar os referidos ficheiros, o que alivia os servidores individuais no momento do processo de partilha. (...) Os utilizadores (designados *seeders*) que pretendam colocar um ficheiro que se encontra no seu computador à disposição de outros utilizadores (designados *leechers*) devem criar um ficheiro *torrent* através do respetivo cliente BitTorrent. Os ficheiros *torrent* remetem para um servidor centralizado (designado *tracker*) que identifica os utilizadores disponíveis para partilhar um ficheiro *torrent* e o ficheiro multimídia subjacente. Esses ficheiros *torrent* são carregados (upload) pelos *seeders* numa plataforma de partilha em linha, como a TPB, que procede, em seguida, à sua indexação, para que estes possam ser localizados pelos utilizadores da plataforma de partilha em linha e para que as obras para as quais estes ficheiros *torrent* remetem possam ser descarregadas (download) nos computadores destes últimos em vários fragmentos, através do respetivo cliente BitTorrent. (...) Os ficheiros *torrent* propostos na plataforma de partilha em linha TPB remetem, na sua grande maioria, para obras protegidas por direitos de autor, sem que os titulares desses direitos tenham dado autorização aos administradores e aos utilizadores desta plataforma para efetuar os atos de partilha em causa. No âmbito do processo principal, a Stichting Brein pede, a título principal, que seja ordenado à Ziggo e à XS4ALL que bloqueiem os nomes de domínios e os endereços IP da plataforma de partilha em linha TPB, a fim de evitar que os serviços desses fornecedores de acesso à Internet possam ser utilizados para violar os direitos de autor e os direitos conexos dos titulares dos direitos cujos interesses a Stichting Brein protege” (C-610/15 Stichting Brein v Ziggo BV, XS4All Internet BV, 2017).



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

linha TPB foram colocadas em linha nessa plataforma não pelos administradores desta última, mas pelos seus utilizadores. Não é menos certo que esses administradores, através da colocação à disposição e da gestão de uma plataforma de partilha em linha, como a que está em causa no processo principal, atuam com pleno conhecimento das consequências do seu comportamento, para tornar as obras protegidas acessíveis, indexando e categorizando na referida plataforma os ficheiros *torrent* que permitem aos respetivos utilizadores localizar essas obras e partilhá-las no âmbito de uma rede descentralizada (*peer-to-peer*).

(...) não se pode considerar que os administradores da plataforma de partilha em linha TPB realizam uma «mera disponibilização» de instalações destinadas a permitir ou a realizar uma comunicação, na aceção do considerando 27 da Diretiva 2001/29. Com efeito, resulta da decisão de reenvio que esta plataforma procede à indexação dos ficheiros *torrent*, de maneira que as obras para as quais esses ficheiros *torrent* remetem podem ser facilmente localizadas e descarregadas pelos utilizadores da referida plataforma de partilha. Além disso, resulta das observações apresentadas ao Tribunal de Justiça que a plataforma de partilha em linha TPB propõe, para além de um motor de busca, um índice que classifica as obras em diferentes categorias, de acordo com a natureza, o género ou a popularidade das obras, pelas quais são repartidas as obras que são colocadas à disposição, sendo o respeito da colocação da obra na categoria adequada verificada pelos administradores dessa plataforma. Além disso, os referidos administradores procedem à eliminação dos ficheiros *torrent* obsoletos ou com erro e filtram de maneira ativa certos conteúdos.

No referido caso, a CJEU não exigiu “um conhecimento concreto do provedor de que estava fornecendo acesso a material ilícito; apenas exigiu um conhecimento genérico de que violações a direitos autorais ocorriam na plataforma”.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

Como resumem Lorna Woods e William Perrin⁴⁶³, de acordo com a Corte, “estar a par refere-se aos fatos e circunstâncias sob os quais um agente econômico diligente deveria ter identificado a ilegalidade em questão”.

Registre-se que, no caso do Pirate Bay, a discussão tinha uma peculiaridade importante: o fato de que a plataforma foi criada, em grande parte, para o compartilhamento de conteúdos que violavam direitos de autor. O acórdão da Corte Europeia, descrito acima, inclusive, destaca que os administradores, nos blogs e fóruns, manifestavam o interesse de colocar obras protegidas por direitos de autor na plataforma e que, “tendo em conta a circunstância (...) de que uma grande parte dos ficheiros *torrent* que figuram na plataforma (...) remetem para obras publicadas sem autorização de seus titulares”, os administradores não podiam ignorar que a plataforma dava acesso a obras publicadas sem autorização.

A questão, portanto, é saber se, em casos menos patentes, ou seja, em casos de plataformas que não tenham sido essencialmente criadas para o compartilhamento de conteúdos protegidos por direitos autorais, o papel exercido pela plataforma permite que se aplique a mesma solução⁴⁶⁴. O art. 17 do DSMD, como visto, resolve a controvérsia, entendendo que os provedores de compartilhamento aos quais se aplica a Diretiva devem obter autorização dos detentores de direitos autorais, além de cumprir os demais deveres de cuidado.

De acordo com Karine Grisse⁴⁶⁵, a Diretiva, nesse caso, “impõe aos provedores uma responsabilidade primária estrita por suas próprias ações”, porque “comunicam ao público conteúdos protegidos, cujo *upload* foi feito por seus usuários, quando fornecem acesso ao material em suas plataformas, hipótese em que se exige a autorização dos detentores de direitos autorais, sob pena de serem responsabilizados pelo dano”.

⁴⁶³ WOODS; PERRIN, *Online harm reduction*, cit., p. 19.

⁴⁶⁴ GRISSE, *After the storm*, cit., p. 890.

⁴⁶⁵ GRISSE, *After the storm*, cit., p. 891.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

Vale retomar aqui a redação do “Considerando nº 62”, que, ao descrever os provedores aos quais se aplica o art. 17, fala na “organização e promoção de conteúdo, a fim de atrair público mais vasto, notadamente através da sua categorização e o recurso a ações de promoção direcionadas nesses conteúdos”.

Apesar do escopo restrito do DSMD, que só se aplica para violações a direitos autorais, a norma não deixa de ser uma demonstração evidente do avanço das discussões relativas à responsabilidade das plataformas, cujo papel ativo no fluxo comunicativo deve, necessariamente, ser considerado, afastando-se isenções genéricas baseadas no fundamento de que esses agentes não podem responder pelo conteúdo de terceiros. As plataformas, como descrito anteriormente, não são meros agentes passivos; ao contrário, elas praticam atos próprios que definem como os conteúdos irão circular, com base em seus interesses de mercado. A lógica do DSMD de imputar a esses agentes a responsabilidade pela “organização e promoção”, que visa à atração de “um público mais vasto”, com o “objetivo de obter lucros, quer direta quer indiretamente”, deve ser estendida para outras hipóteses. É essa, aliás, a posição que defendemos no presente parecer.

Aqui, vale abrir parênteses para reiterar que esse também foi parâmetro adotado na Diretiva (UE) nº 18/1808, o *Audiovisual Media Services Directive* (AVMSD), que impõe uma série de deveres de cuidados às plataformas de compartilhamento de vídeo, incluindo a proteção dos menores contra conteúdos audiovisuais que possam prejudicar seu desenvolvimento físico, mental ou moral, além de estabelecer restrições à publicidade infantil. Logo nos considerandos, mais especificamente no item 48, a diretiva declara que, embora uma parte dos conteúdos fornecidos pelas plataformas de compartilhamento de vídeos não esteja sob responsabilidade editorial dos seus fornecedores, “estes últimos determinam a organização dos conteúdos, a saber, programas, vídeos gerados pelos utilizadores e comunicações audiovisuais, inclusive através de meio automáticos ou de algoritmos”, motivo pelo qual “deverá ser exigido que tomem as medidas adequadas para



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

proteger menores contra conteúdos capazes de prejudicar o seu desenvolvimento, físico, mental e moral”.

Retomando a discussão sobre o DSMD, nota-se que a responsabilidade dos provedores não é objetiva. O art. 17, § 4º estabelece os *standards* de cuidado, cuja descumprimento poderá caracterizar a culpa. A norma impõe deveres de cuidado que incidem *ex ante*, deixando claro que o padrão de diligência que se espera dos provedores de grande porte vai além da mera supressão de conteúdo após notificação dos titulares de direitos autorais.

Os deveres de cuidado, como explicitado anteriormente, foram descritos nas alíneas “a”, “b” e “c” do art. 17. A primeira obrigação reside no dever de envidar os melhores esforços para a obtenção do licenciamento. Se, mesmo assim, não for possível obter autorização (negociações falharam ou o titular do direito não estava disposto a negociar), incidem os deveres de cuidados previstos nas alíneas “b” e “c”. Embora a norma não estabeleça de forma mais precisa o que se entende por “melhores esforços”, o § 5º destaca que a interpretação dos deveres de cuidado deve ser proporcional. Dessa forma, é imperativo aplicar um parâmetro de razoabilidade no cumprimento ou não do dever. Espera-se, portanto, que as plataformas obtenham autorização de grandes gravadoras ou associações de gestão coletiva, como o ECAD no Brasil, mas não será razoável exigir a autorização de titulares de direitos autorais de trabalhos pouco conhecidos, por exemplo⁴⁶⁶. Além disso, o “Considerando nº 61” afirma que os contratos de licenciamento deverão ser “justos e equilibrados”. Assim, para que seja preenchido o critério dos “melhores esforços”, a plataforma não poderá deixar de aceitar condições justas e razoáveis na negociação, sendo que o ônus de comprovar o cumprimento da alínea “a” recairá sobre ela.⁴⁶⁷

⁴⁶⁶ GRISSE, *After the storm*, cit., p. 893-894. O art. 12 do DSMD, antevendo as limitações de poderes dessas associações, estipular que os Estados membros poderão prever que o acordo de licença coletiva possa ser alargado para se aplicar a direitos de titulares que não tenham autorizado expressamente a entidade a representá-los.

⁴⁶⁷ GRISSE, *After the storm*, cit., p. 893



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

Além de adotar as medidas proporcionais, necessárias e razoáveis para obter a autorização, para que não sejam responsabilizadas, as plataformas deverão também demonstrar que “efetuaram, de acordo com elevados padrões de diligência profissional do setor, os melhores esforços para assegurar a indisponibilidade de determinadas obras e outro material protegido relativamente às quais os titulares de direitos forneçam aos prestadores de serviços as informações pertinentes e necessárias”, por força da alínea “b”, do art. 17, § 4º. Da leitura do dispositivo, se infere, claramente, que a plataforma deverá adotar deveres de cuidado prévios, compatíveis com seu grau de profissionalidade, para garantir que não haverá violação a direitos autorais em relação a determinadas obras e conteúdos. Para o cumprimento da obrigação, porém, exige-se certo grau de cooperação dos titulares dos direitos, que deverão fornecer informações “pertinentes e necessárias”. Neste sentido, o “Considerando nº 66”, informa que se “em consequência [da falta de informação] os provedores não puderem envidar seus melhores esforços para evitar a disponibilidade de conteúdos não autorizados (...) de acordo com os mais elevados padrões de diligência profissional do setor”, eles não deverão ser responsabilizados.

Por fim, se, mesmo adotado o dever de cuidado exigido pela alínea “b”, não for possível evitar o *upload* do conteúdo lesivo, então, o provedor deverá, ainda, demonstrar que agiu, com diligência, para bloquear e retirar o conteúdo lesivo “suficientemente identificado” e, ainda, envidou os melhores esforços para evitar o seu futuro carregamento, nos termos da alínea “b”.

A redação do § 4º do art. 17 é ampla, não especificando as medidas específicas que deverão ser implementadas, mas, entende-se que, na prática, para cumprir o disposto na alínea “b” e “c”, os titulares de direitos autorais poderão fornecer metadados do conteúdo protegido para que os provedores o incluam em uma base de dados e filtrem o conteúdo⁴⁶⁸. Ainda que o dispositivo não faça menção

⁴⁶⁸ GRISSE, *After the storm*, cit., p. 894.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

expressa ao uso de filtros de *upload*, é essa a interpretação que a doutrina tem atribuído às alíneas “b” e ao final da alínea “c”, mormente considerando a referência ao “elevado padrão de diligência profissional”. Esses filtros, aliás, foram precisamente o maior objeto da controvérsia em relação ao art. 17, sob o fundamento de que poderiam afetar também conteúdos lícitos, como paródias, restringindo a liberdade dos usuários⁴⁶⁹.

O argumento contra os filtros acaba perdendo um pouco de sua relevância, quando se observa que, na prática, eles já vêm sendo utilizados pelas plataformas. O YouTube, por exemplo, utiliza o “Content ID”, como descreve o suporte da plataforma:

“Proprietários de direitos autorais podem utilizar um sistema chamado Content ID para identificar e gerenciar o conteúdo deles no YouTube com facilidade. Os vídeos enviados ao YouTube são verificados em relação a um banco de dados de arquivos enviados a nós pelos proprietários do conteúdo. Os proprietários de direitos autorais decidem o que acontece quando o conteúdo em um vídeo no YouTube corresponde a uma obra pertencente a eles. Quando uma correspondência é encontrada, o vídeo recebe uma Reivindicação do Content ID.

A partir da Reivindicação do Content ID, abrem-se três possibilidades para aqueles cujos direitos autorais foram violados: (i) bloquear a visualização de todo o vídeo; (ii) gerar receitas com o vídeo ao veicular anúncios e, em alguns casos, compartilhar com o usuário que fez o vídeo ou (iii) rastrear as estatísticas de visualização dos vídeos, sendo que as medidas podem ser específicas para cada país, ou seja, a vítima pode escolher adotar medidas diferentes de um lugar para outro.

Além do Content ID, o YouTube adota outras medidas para a proteção de direitos autorais como o “programa de verificação de conteúdo”, que,

⁴⁶⁹ GRISSE, *After the storm*, cit., p. 894.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

segundo a plataforma, serve para que “empresas proprietárias de conteúdos autorais emitam mais de um pedido de remoção por vez”⁴⁷⁰.

Indo mais além, o art. 17, § 5º, da Diretiva estabelece que o cumprimento ou não dos deveres de cuidados deverá levar em consideração o princípio da proporcionalidade, devendo ser utilizados como parâmetros o tipo de serviço fornecido e do conteúdo cujos direitos autorais foram violados, além do tamanho do provedor e da audiência. Ademais, outro fator a ser levado em consideração será a disponibilidade de meios adequados e eficazes, bem como o respectivo custo para os prestadores.

De fato, o tipo de conteúdo pode tornar mais fácil ou mais difícil seu reconhecimento e, portanto, tornar os filtros menos confiáveis. Como explica o “Considerando nº 66”, diferentes meios para evitar a disponibilidade de conteúdos não autorizados poderão ser adequados, dependendo do tipo de conteúdo, motivo pelo qual não se exclui que, em determinados casos, “só possa ser evitada mediante notificação dos titulares de direitos”. O ônus de demonstrar que foram tomadas todas as medidas necessárias, razoáveis e proporcionais é da plataforma, como se infere da redação do art. 17, § 4 – “são responsáveis (...), salvo se os prestadores demonstrarem que”.

Além disso, como ressalta Karine Grisse, embora o critério do “elevado padrão de diligência profissional” traga incerteza jurídica, a abertura garante a vantagem de permitir que o dever de cuidado seja modulado de acordo com os desenvolvimentos tecnológicos. Pode ser que os filtros não possam ser hoje exigidos para determinado conteúdo, mas essa análise no padrão de diligência pode mudar se novas tecnologias forem desenvolvidas. Por esse motivo a autora entende que as legislações dos Estados Membros não deverão estabelecer obrigações fechadas, mas manter a flexibilidade dos parâmetros adotados pela Diretiva no § 4º

⁴⁷⁰ Cf. “Como usar a ferramenta de verificação de conteúdo do YouTube”. Disponível em https://support.google.com/youtube/answer/3010500?hl=pt-BR&ref_topic=9282364. Acesso em 2.8.2020.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

do art. 17, sem, no entanto, criar uma isenção geral sob o argumento de que se trata de conteúdo de terceiros, o que violaria a referida Diretiva.

Um ponto que despertou preocupações foi o fato de que pequenos provedores não poderiam criar medidas efetivas para preencher os deveres de cuidado exigidos. A própria lei, entretanto, responde a essa objeção, ao reconhecer que os deveres de cuidado devem ser examinados à luz da proporcionalidade. A Diretiva, aliás, já dispensa agentes econômicos de menor porte, definidos anteriormente, de adotarem filtros de *upload*, exigindo apenas que enviem os melhores esforços para obterem licenciamentos e que retirem o conteúdo lesivo tão logo sejam notificados por seus titulares, como se depreende do art. 17, § 6º.

Não é demais notar que os deveres de cuidado estabelecidos pela nova Diretiva foram alvo de críticas, sob o argumento de que estariam contrariando a Diretiva de Comércio Eletrônico ao impor um “dever geral de monitoramento”, o que afrontaria também a liberdade de expressão⁴⁷¹. A objeção carece de fundamento porque, como lembra Karine Grisse⁴⁷², há uma mudança de foco na nova Diretiva: as plataformas deixam de ser vistas como meras intermediárias e passam a ser enxergadas como agentes econômicos que praticam atos de comunicação ao público, pelos quais devem ser diretamente responsabilizados.

Ademais, a própria Diretiva estabelece alguns parâmetros para tentar minimizar o risco de bloqueios de conteúdos lícitos: (i) ressaltando, por exemplo, citações, críticas, análises, paródias, etc⁴⁷³, (ii) estabelecendo regras

⁴⁷¹ Cf. GRISSE, *After the storm*, cit., p. 896.

⁴⁷² GRISSE, *After the storm*, cit., p. 896.

⁴⁷³ Considerando nº 70: “As medidas adotadas pelos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha em cooperação com os titulares de direitos não deverão prejudicar a aplicação de exceções ou limitações aos direitos de autor, em particular no que se refere à garantia da liberdade de expressão dos utilizadores. Os utilizadores deverão ter a possibilidade de carregar e disponibilizar conteúdos gerados pelos utilizadores para fins específicos de citação, crítica, análise, caricatura, paródia ou pastiche. Esse aspeto é particularmente importante para garantir um equilíbrio entre os direitos fundamentais consagrados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a seguir designada «Carta»), nomeadamente a liberdade de expressão e a liberdade das artes, e o direito à propriedade, incluindo a propriedade intelectual. Essas exceções e limitações deverão, por



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

procedimentais para assegurar transparência aos usuários cujos conteúdos tenham sido objeto de bloqueio ou remoção, obrigando, inclusive, à criação de um canal de “queixa” quanto aos bloqueios e remoções, com análise sujeita a controle humano⁴⁷⁴.

A autora Karine Grisse registra, ainda, que uma série de medidas poderiam ser implementadas pelas plataformas para minimizar os riscos à liberdade de expressão, como: (i) os filtros podem ser dispensados, na impossibilidade real de distinguir conteúdo lícito e ilícito; (ii) exigir que os próprios usuários indiquem, quando do *upload*, se se trata de paródias ou se estão autorizados pelos titulares de direitos autorais, e, a partir daí, notificar os titulares sobre o *upload* para que se pronunciem sobre a veracidade das informações e (iii) os provedores poderiam impor sanções à utilização indevida e reiterada da indicação referida no item (ii).

consequente, ser obrigatórias a fim de assegurar que os utilizadores beneficiem de uma proteção uniforme em toda a União”.

⁴⁷⁴ Confira-se o art. 9º: “Os Estados-Membros devem prever que os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha criem um mecanismo de reclamação e de recurso eficaz e rápido, disponível para os utilizadores dos respetivos serviços em caso de litígio sobre o bloqueio do acesso a obras ou outro material protegido por eles carregado, ou a respetiva remoção. Sempre que solicitem o bloqueio do acesso às suas obras ou outro material protegido específicos ou a remoção dessas obras ou desse material protegido, os titulares de direitos devem justificar devidamente os seus pedidos. As queixas apresentadas ao abrigo do mecanismo previsto no primeiro parágrafo são processadas sem demora injustificada e as decisões de bloqueio do acesso a conteúdos carregados ou de remoção dos mesmos são sujeitas a controlo humano”.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

ANEXO 9: Discussão sobre dois precedentes julgados pela Corte Europeia de Direitos Humanos em que se discute o dever de cuidado das plataformas por conteúdos lesivos de terceiros

Mesmo no âmbito europeu, em que a Diretiva de Comércio Eletrônico, promulgada em 2000, impede, no art. 15, que os Estados-membros imponham um dever geral de monitoramento às plataformas quando sua atividade for “puramente técnica, automática e de natureza passiva”, a isenção é submetida a diversas modulações. Dois casos julgados pela Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) ajudam a compreender melhor o argumento.

No primeiro, *Delfi AS v. Estonia*⁴⁷⁵, discutiu-se a responsabilidade da Delfi AS, um dos portais de notícia mais importantes da Estônia na época, pela publicação de comentários difamatórios por seus usuários em um artigo intitulado “SLK Destroyed Planned Ice Road”. Entre 24 e 25 de janeiro de 2006, foram publicados 185 comentários, dos quais 20 continham linguagem ofensiva e ameaças pessoais contra a vítima. Em março, os advogados da vítima requerem que a Delfi retirasse os comentários e exigiram o pagamento de uma indenização pelos danos morais. No mesmo dia, a empresa retirou os comentários do portal, mas se recusou a pagar a indenização. Em seguida, a vítima ajuizou uma ação contra a empresa. O caso chegou até a Suprema Corte da Estônia, que manteve a condenação da Delfi AS. Em seguida, a ré recorreu à Corte Europeia de Direitos Humanos, alegando que a decisão constituía uma afronta à liberdade de expressão e de informação.

Nos termos do acórdão da Corte Europeia de Direitos Humanos, o portal detinha um mecanismo de *notice and take down*, de fácil acesso, que poderia ser utilizado por qualquer um para denunciar um comentário ofensivo bastando

⁴⁷⁵ *Delfi AS v Estonia* (2014) 58 EHRR 29. Disponível em [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22languageisocode%22:\[%22ENG%22\],%22appno%22:\[%2264569/09%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-126635%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22languageisocode%22:[%22ENG%22],%22appno%22:[%2264569/09%22],%22documentcollectionid%22:[%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-126635%22]}). Acesso em 1.8.2020.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

clicar em um botão, sem a necessidade de declinar os motivos do pedido. A vítima preferiu enviar um e-mail, mas os comentários foram removidos sem demora. Além da ferramenta de denúncia, a Delfi As tinha um filtro automático baseado em determinadas palavras ofensivas. A grande questão discutida pela Corte foi se o sistema de *notice and take down* utilizado pela ré preenchia o dever de diligência que lhe era exigível na hipótese. Ao final, a Corte entendeu que não, por uma série de fatores, conforme explicado abaixo:

- (i) Conteúdo da notícia: o artigo publicado discutia uma matéria de interesse público: a mudança da rota dos *ferries* operados por determinada empresa, que poderia quebrar o gelo em locais em que poderiam ser construídas estradas, retardando assim a disponibilização de um meio de acesso mais barato e rápido entre as ilhas do que os *ferries*. Ante a delicadeza da questão, a Delfi As deveria ter imaginado que a matéria causaria reações negativas contra a empresa de navios e contra seus administradores, de modo que havia um risco maior do que o normal de que os comentários ofensivos ultrapassassem o padrão aceitável de crítica e se tornassem ofensivos. Além disso, o número de comentários postados no arquivo ultrapassou a média, o que mostra o grande interesse na matéria, de modo que era esperado que a empresa adotasse um grau de cuidado nesse caso para não ser responsabilizada;
- (ii) Os mecanismos não asseguraram suficiente proteção suficiente aos direitos de terceiros, porque era possível prever a partir da notícia publicada a natureza dos possíveis comentários e, sobretudo, tomar as medidas técnicas e manuais necessárias para prevenir os comentários difamatórios;
- (iii) A vítima não pode remover comentários negativos depois de inseridos no portal, mas a Delfis poderia. Sendo assim, ela exercia certo



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

grau de controle sobre os comentários, mas não o exerceu em toda a extensão que poderia;

- (iv) A possibilidade de a vítima exigir indenização do autor dos comentários não afasta a responsabilidade da Delfis, porque isso não garantiria proteção efetiva e, tendo sido opção da ré permitir a publicação de comentários por usuários não registrados, ela assumiu certa responsabilidade por eles. Apesar da importância dos desejos dos usuários de não revelarem sua identidade no exercício de sua liberdade de expressão, a informação, uma vez publicada na internet, circula para sempre, o que exige cautela;
- (v) A quantidade de informação na internet torna difícil a detecção de conteúdos difamatórios e sua remoção, mas essa tarefa é ainda mais onerosa para a vítima, que teria de possuir recursos para monitorar continuamente a rede; e
- (vi) Os comentários foram postados em reação a uma notícia publicada por uma empresa que exerce profissionalmente a atividade de portal de notícias com caráter comercial.

O julgamento enuncia alguns parâmetros importantes para a discussão sob exame. Em primeiro lugar, fica claro que a mera remoção do conteúdo ilícito, a depender da hipótese, pode ser considerada insuficiente para o padrão de diligência que se espera do agente. Foi o que entendeu a Comissão Europeia no caso examinado acima. Note-se que o conteúdo foi removido tão logo o portal foi notificado. Mesmo assim, a Corte entendeu que a Delfi As deveria ter adotado maior cautela, mormente porque o conteúdo da notícia, por seu interesse público e caráter polêmico, permitia pressupor o risco de comentários ofensivos à empresa de navio e a seus gerentes. Não bastasse isso, o número elevado de comentários que a notícia atraiu também foi outro fator considerado, além do fato de que a Delfi admitia, por sua própria escolha, comentários de usuários não registrados, dificultando a



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

identificação para o devido ressarcimento da vítima. Por fim, o caráter comercial da atividade também foi levado em consideração.

No segundo caso – *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.Hu Zrt v Hungary*, – a Corte Europeia de Direitos Humanos adotou entendimento um pouco diverso⁴⁷⁶. O caso envolvia a responsabilidade sobre comentários injuriosos contra uma empresa publicados em um dos maiores portais de notícia da Hungria, que permitia que usuários registrados fizessem comentários, sem que houvesse edição ou moderação prévia antes da publicação. O portal removeu os comentários tão logo foi notificado da ação judicial movida pela vítima, que não havia informado previamente do dano, embora o portal dispusesse de um sistema de *notice and take down*. As cortes da Hungria estabeleceram a responsabilidade objetiva, sob o argumento de que, ao permitir os comentários, o portal assumiu o risco por eventuais danos.

O entendimento foi reformado pela Corte Europeia de Direitos Humanos, que ressaltou que a solução nesse caso deveria ser diferente do precedente *Delfi AS*, porque os comentários não se revestiam de ilicitude patente. Confira-se um trecho da decisão:

Entretanto, no caso *Delfis AS*, a Corte entendeu que, se acompanhado de procedimentos efetivos, que permitam uma rápida reação, o sistema de *notice and take down* pode funcionar em muitos casos como uma ferramenta apropriada para equilibrar direitos e interesses dos envolvidos. A Corte não vê justificativa para entender que esse tipo de sistema não poderia ter assegurado uma via de proteção viável para proteger os interesses comerciais da vítima. É verdade que, nesses casos, em que os conteúdos publicados por terceiros configuram discurso de ódio ou ameaças à integridade física de indivíduos os direitos e interesses dos outros e da sociedade, como um todo, podem autorizar os Estados a impor responsabilidade aos portais se eles

⁴⁷⁶ *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.Hu Zrt v Hungary* (2016) 42 BHRC 52.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

falharem na adoção de medidas para remover comentários claramente ilícitos sem demora, inclusive sem notificação prévia das vítimas ou de terceiros (veja *Delfi AS*, citado acima, § 159). Todavia, o presente caso não envolveu esse tipo de comentário”.

Ainda que os parâmetros não possam ser simplesmente importados de maneira uniforme para outros casos, os precedentes não deixam de ser de inquestionável importância, mormente porque eles rompem com o entendimento apressado de que, sendo o comentário de terceiro, o “intermediário” nunca irá responder. Na verdade, o percurso argumentativo da Corte Europeia de Direitos Humanos reforça o que já havíamos mencionado anteriormente: é preciso antes investigar o dever de cuidado exigível na hipótese a partir do dano para só então determinar ou não se é possível imputá-lo ao agente e não o contrário.



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

ANEXO 10: Noções fundamentais da LGPD: dados, titular, tratamento e controlador

O foco da proteção conferida pela LGPD recai sobre a pessoa natural, titular dos dados pessoais que são objeto de tratamento.

O art. 5º da Lei definiu “dado pessoal” de forma extremamente abrangente, como a “informação relacionada a pessoa natural ou identificável”. A Lei distingue, dentre essas informações, os “dados sensíveis”, conferindo-lhe proteção mais rigorosa, ante sua importância e o potencial lesivo de sua utilização. Dado sensível, nos termos do art. 5º, II, refere-se à informação relativa à “origem "dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural”. A distinção, entretanto, não se aplica para os dados de crianças e adolescente, em relações aos quais o legislador preferiu instituir regime jurídico único, mais protetivo.

Outro conceito-chave para a compreensão da lei é o de tratamento de dados, que foi definido como “toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração” (art. 5º, X).

Como se pode observar, o conceito de tratamento de dados é extremamente amplo, o que deixa claro que a lei, tal como previsto no seu art. 3º, aplica-se a qualquer operação de tratamento de dados realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, independentemente do meio, do país de sua sede ou do país onde estejam localizados os dados, desde que a operação de tratamento seja realizada em território nacional ou, em casos em que os dados pessoais forem coletados no Brasil, digam respeito a indivíduos localizados em



ANA FRAZÃO

A D V O G A D O S

território nacional ou o tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços no Brasil.

Para que não haja dúvida da amplitude da sua aplicação, a LGPD, já no seu art. 5º, define como controlador toda "pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais" (inciso VI) e como operador toda "pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador" (VII), agrupando-os conjuntamente na categoria de agentes de tratamento (inciso IX).

Como se pode ver, qualquer pessoa, natural ou jurídica, de direito público ou privado, pode ser considerada controladora ou operadora desde que, respectivamente, tenha poder decisório sobre tratamento de dados ou realize o referido tratamento em nome do controlador, independentemente da finalidade para a qual os dados estejam sendo utilizados. Embora a atuação de cada agente tenha peculiaridades para efeitos da definição do regime jurídico, há várias hipóteses de deveres comuns, assim como de responsabilidade solidária entre os dois, além da possibilidade de o próprio operador ser equiparado ao controlador (LGPD, art. 42).



www.alana.org.br
www.criancaeconsumo.org.br