

A liberdade de expressão do Marco Civil da Internet e o procedimento de notificação e retirada para as "infrações" aos direitos autorais

Ricardo Alberto KANAYAMA*

RESUMO: O objetivo deste trabalho é analisar se o procedimento de notificação e retirada é compatível com a condicionante "respeitar a liberdade de expressão" prevista no final do § 2º, do artigo 19, do Marco Civil da Internet (MCI), no tocante à indisponibilização de conteúdos gerados por terceiros que possam "infringir" direitos autorais. Após fazer a análise histórica da legislação, compreender o significado da liberdade de expressão no ordenamento brasileiro e da sua relação com os direitos autorais, e analisar o procedimento de notificação e retirada na literatura norte-americana, conclui-se que o procedimento de notificação e retirada não é compatível com a condicionante prevista no dispositivo do MCI.

PALAVRAS-CHAVE: Notificação e retirada; liberdade de expressão; direitos autorais; remoção de conteúdo; Marco Civil da Internet.

SUMÁRIO: 1. Por que um trabalho sobre o § 2º, art. 19, do Marco Civil da Internet?; – 2. A necessidade de um olhar histórico sobre o Marco Civil da Internet; – 3. A natureza do § 2º, art. 19, MCI, e suas leituras; – 4. A liberdade de expressão no direito brasileiro; – 5. A relação entre liberdade de expressão e os direitos autorais; – 6. O procedimento de notificação e retirada *versus* a condicionante "respeito à liberdade de expressão" prevista no § 2º, art. 19, MCI; – 7. Bibliografia.

TITLE: *The Freedom of Expression from Marco Civil da Internet and the Notice and Takedown Procedure to Copyright Law Infringement*

ABSTRACT: *This article analyzes if the procedure of notice and takedown obeys the condition "respect freedom of expression" in a disposition of Marco Civil da Internet (§ 2º, article 19, MCI), which is destined to remove contents produced by users that may "infringe" Copyright Law. This article presents the history of MCI, explores the meaning of freedom of expression for Brazilian law and its relationship with Copyright Law, brings the conception of American law studies about notice and takedown procedure. The conclusion is that the notice and takedown procedure do not respect the condition "respect freedom of expression" in MCI.*

KEYWORDS: *Notice and takedown; freedom of expression; copyright; content removal; Marco Civil da Internet.*

CONTENTS: *1. Why do we need a text about § 2º, art. 19, of Marco Civil da Internet?; – 2. The need for a historical view of Marco Civil da Internet; – 3. The nature and the interpretations of § 2º, art. 19, of MCI; – 4. The freedom of expression in Brazilian Law; – 5. The relation between freedom of expression and copyright; – 6. The notice and takedown procedure versus the condition "respect freedom of expression" in § 2º, art. 19, of MCI; – 7. Bibliography.*

* Mestre em Direito e Desenvolvimento e Pós-Graduado em Propriedade Intelectual e Novos Negócios pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Bacharel em Direito pela UFPR. Advogado.

1. Por que um trabalho sobre o § 2º, art. 19, do Marco Civil da Internet?

A ideia deste trabalho surgiu quando estudávamos o texto da Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet - MCI) e detivemos nossa atenção sobre o peculiar § 2º, artigo 19.¹ Lemos e releemos várias vezes, mas algo nos causava estranhamento. Constatamos que esta sensação era causada pela parte final do dispositivo que, sem pompa ou alarde, mas de modo audacioso, prescreve: "deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal.". Pensamos: "Internet, responsabilidade de provedores, procedimento de remoção de conteúdos de terceiros, infrações a direitos autorais: como tudo isto está relacionado à liberdade de expressão?"

De fato, o § 2º, art. 19, do MCI, objeto do presente estudo, por prescrever algo a uma lei específica, dificulta uma análise do dispositivo em si mesmo. E, como o art. 31² da mesma Lei dispôs que a matéria relativa a direitos autorais na Internet continua a ser disciplinada pela Lei 9.610/1998 (Lei de Direitos Autorais - LDA), o leitor se pergunta: por que um trabalho sobre este enigmático dispositivo do MCI?

Entendemos que o principal motivo para dedicar atenção a este dispositivo legal está na necessidade de saber qual regulação pode ser feita por futura lei – previsão legal específica – quanto à responsabilização do provedor de Internet pelos conteúdos de terceiros que "infrinjam"³ direitos autorais, de modo que a liberdade de expressão seja respeitada. Explica-se.

Antes do MCI, considerando a ausência de lei específica sobre o tema da responsabilização dos provedores, a regulação era feita pelos tribunais, principalmente pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). Conquanto a orientação do Poder Judiciário tenha variado ao longo do tempo,⁴ pode-se dizer que o entendimento que se consolidou anteriormente ao MCI era de que: (i) a publicação de conteúdos eventualmente ofensivos por usuários não constituiria risco inerente à atividade dos provedores; (ii) os provedores

¹ "Art. 19, § 2º - A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal."

² "Art. 31. Até a entrada em vigor da lei específica prevista no § 2º do art. 19, a responsabilidade do provedor de aplicações de internet por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, quando se tratar de infração a direitos de autor ou a direitos conexos, continuará a ser disciplinada pela legislação autoral vigente aplicável na data da entrada em vigor desta Lei".

³ O motivo para usar os termos "infrinjam" ou "infração" entre aspas será explicado adiante.

⁴ Para estudo jurisprudencial anterior ao MCI: SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Responsabilidade civil dos provedores de acesso e de aplicações de internet: evolução jurisprudencial e os impactos da Lei 12.695/2014 (Marco Civil da Internet). In: SALOMÃO LEITE, George; LEMOS, Ronaldo (Coord.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 791 - 816.

não tinham, salvo em casos específicos, o dever de fiscalização prévia dos conteúdos publicados; (iii) a responsabilidade do provedor seria subjetiva por omissão.

Quanto a este último ponto, a responsabilidade solidária do provedor existiria se, uma vez comunicado do conteúdo ofensivo, não tomasse uma providência – como retirada, remoção ou indisponibilização, termos usados aqui como sinônimos – de forma ágil ou, se não mantivesse um sistema – ou adotasse um procedimento específico – que possibilitasse a identificação do responsável pela divulgação do conteúdo.⁵ Em outras palavras, foi contemplado o procedimento de notificação e retirada, uma vez que competia ao provedor retirar o conteúdo indicado pelo lesado – na URL (*Universal Resource Locator*) – assim que tomasse ciência da "infração" por simples notificação extrajudicial.

Porém, o MCI, em seu artigo 19, *caput*,⁶ alterando o entendimento jurisprudencial construído, dispôs que a responsabilização dos provedores de Internet só ocorreria após o não cumprimento de ordem judicial que determinasse a remoção ou indisponibilidade do conteúdo tido como danoso. Em outras palavras, a partir do MCI, não basta mais a mera notificação extrajudicial para que o provedor seja obrigado a retirar o conteúdo sob pena de responsabilização. Necessita-se, agora, de ordem judicial. A justificativa legislativa da adoção deste novo regime foi, como será aprofundado adiante, a necessidade de proteger a liberdade de expressão e impedir a censura. Assim, na regulação dada pelo MCI, um conteúdo só é considerado danoso após a avaliação – ainda que em cognição sumária, mediante a concessão de tutela antecedente – por um juiz.

Contudo, como deixam claro os art. 19, § 2º, e art. 31, ambos do MCI, esta opção pela ordem judicial não é aplicável aos casos que envolvam conteúdos que "infrinjam" direitos autorais, os quais, como já afirmou o STJ em lide nascida antes do MCI e julgada posteriormente a ele, continuam submetidos ao anterior entendimento do tribunal, ou seja, pelo procedimento de notificação e retirada para a indisponibilização de conteúdos de terceiros.⁷

⁵ Exemplificativamente: BRASIL, STJ, AgRg no AREsp 681.413/PR. Relator: Ministro Raul Araújo. Brasília. Julgamento em: 08/03/2016.

⁶ "Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário."

⁷ Exemplificativamente: BRASIL, STJ, REsp 1.512.647/MG. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília. Julgamento em: 13/05/2015.

A questão que surge a partir deste contexto e que orienta este artigo é: o procedimento de notificação e retirada para indisponibilizar conteúdos gerados por terceiros que "infringem" direitos autorais na Internet é compatível com a condicionante "respeitar a liberdade de expressão"? Ou seja, pensando na futura lei que deverá regular a indisponibilização de conteúdos que "infrinjam" direitos autorais, é admissível, frente à condicionante da parte final do § 2º, do art. 19, MCI, o procedimento de notificação e retirada?⁸

Para responder a este problema de natureza prescritiva de *lege lata* (de acordo com a lei existente), escolhemos o método de pesquisa de revisão bibliográfica de textos jurídicos atinentes: ao Marco Civil da Internet, em especial aos seus princípios, fundamentos e aos artigos 19 e 31; ao princípio constitucional da liberdade de expressão; aos limites dos direitos de autor previstos na LDA; à hermenêutica jurídica e, finalmente, à literatura norte-americana sobre o procedimento de notificação e retirada.

Sendo assim, além desta introdução (capítulo 1), este trabalho está dividido em outros 5 capítulos. No segundo capítulo, apresentaremos um olhar histórico sobre construção do MCI e o significado disto no ordenamento brasileiro, qual foi a escolha do procedimento para a retirada de conteúdos da Internet como regra geral e qual foi a opção legislativa quanto aos direitos autorais no MCI. No terceiro capítulo, faremos a dissecação do § 2º, art. 19, do MCI, de modo a compreendê-lo sob o aspecto formal e material, apresentando as primeiras impressões da doutrina sobre o dispositivo. No quarto, faremos uma exposição do significado da liberdade de expressão no direito brasileiro, tanto na doutrina quanto no Supremo Tribunal Federal, já que nosso estudo se circunscreve a este princípio (condicionante). No quinto, analisaremos qual a relação cabível – e eventual ponderação – entre os direitos autorais e a liberdade de expressão, já que este diálogo não é muito explorado na doutrina. Finalmente, no último capítulo, analisaremos

⁸ A pergunta ganha mais relevância quando se observa que o Anteprojeto de Reforma à Lei de Direitos Autorais (LDA) que tramitava no Ministério da Cultura desde 2005 previa o acréscimo do artigo 105-A à LDA, segundo o qual, "os provedores de aplicações de Internet poderão ser responsabilizados solidariamente, nos termos do art. 105, por danos decorrentes da colocação à disposição do público de obras e fonogramas por terceiros, sem autorização de seus titulares, se notificados pelo titular ofendido ou mandatário e não tomarem as providências para, no âmbito do seu serviço e dentro de prazo razoável, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente". Considerando que o Anteprojeto não teve continuidade e que seu texto não está mais disponível para acesso do público, recomendamos fortemente a leitura do trabalho: LIGUORI FILHO, Carlos Augusto. *Tente outra vez: o anteprojeto de reforma da lei de direitos autorais, sua compatibilidade na sociedade de informação e a espera pela reforma que nunca chega*. Dissertação apresentada para título de mestre na FGV-EDESP. São Paulo, 2016. Além desta fonte, recomendamos: SILVEIRAS, Raphael de Souza. *Consultas públicas para o Marco Civil da Internet e Reforma da Lei de Direito Autoral: a relação entre direito, Internet e Estado na contemporaneidade*. WACHOWICZ, Marcos; SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos (org.). *Estudos de direito de autor: a revisão da Lei de Direitos Autorais*. WACHOWICZ, Marcos (org.). *Por que mudar a Lei de Direito Autoral? Estudos e Pareceres*. Houve em 2019 uma nova consulta pública no Ministério da Cidadania para discutir a reforma da LDA. Contudo, não tivemos acesso a qualquer documento dela.

brevemente a literatura estrangeira sobre o *notice and takedown* (notificação e retirada), principalmente sua relação com a liberdade de expressão, terminando com nossa resposta ao problema de pesquisa.

2. A necessidade de um olhar histórico sobre o Marco Civil da Internet

Antes de entrar propriamente na leitura do § 2º, do art. 19, MCI, é importante dedicar algumas palavras à gênese desta lei. Isto porque a história da origem do MCI não apenas esclarece as escolhas feitas no plano legislativo, mas também comprova a sua importância ímpar no universo jurídico, uma vez que foi escrito em um processo aberto e colaborativo como não havia tido antes.⁹

Com efeito, o MCI surgiu como um contraponto a um Projeto de Lei apelidado de "Lei Azeredo" (PL 84/1999, do Deputado Eduardo Azeredo) que tinha como principal objetivo tornar crimes diversas condutas praticadas na Internet. O nome "Marco Civil", nesse contexto, demonstra claramente o objetivo contrário ao projeto de lei que à época tramitava no Congresso, ou seja, a busca em estabelecer, antes dos crimes, os direitos civis dos usuários na Internet.

Conquanto não seja objeto deste trabalho contar a história detalhada das consultas públicas que originaram a legislação, é importante destacar que a primeira fase de consultas partiu de um texto-base¹⁰ que tinha como referenciais dois documentos importantes: a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) e os Princípios da Governança e Uso da Internet no Brasil.¹¹ Nesta primeira fase, o projeto da nova lei enfatizou o "caráter principiológico e o fundamento axiológico da norma e seu objetivo de servir de referência para a resolução de conflitos segundo uma harmonização de tais valores, mais do que por meio de normas expressas e rígidas (...)".¹²

Já na segunda fase, ocorreram os debates, nos quais houve a participação de pessoas de diferentes setores – representando diferentes interesses – da sociedade civil. Nesta fase, o principal debate foi justamente quanto ao tema da responsabilização civil dos

⁹ LEMOS, Ronaldo. Uma breve história da Criação do Marco Civil. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coord.). *Direito & Internet III: Marco Civil da Internet*. Tomo I. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 82.

¹⁰ CULTURA DIGITAL. *Marco Civil da Internet: seus direitos e deveres em discussão*. Texto-base do Marco Civil. Disponível em: <<http://culturadigital.br/marcocivil/files/2009/11/Texto-base-marco-civil.pdf>>. Acesso em 20 de maio de 2017.

¹¹ ALMEIDA, Guilherme Alberto Almeida de. Marco Civil da Internet - Antecedentes, formulação colaborativa e resultados alcançados. In: ARTESE, Gustavo (Coord.). *Marco Civil da Internet: análise jurídica sob uma perspectiva empresarial*. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2015, p. 35.

¹² Idem, ibidem, p. 40.

provedores de Internet. A proposta original da consulta havia optado pelo sistema que até então era reconhecido pelo Judiciário, ou seja, bastaria uma notificação pelo ofendido para que um conteúdo fosse retirado do ar, sob pena de o provedor também ser responsabilizado.¹³

A discussão do tema ganhou repercussão haja vista a participação de dois juristas com posições parcialmente antagônicas¹⁴ – Marcel Leonardi, que defendia a "ordem judicial", e Marcelo Thompson, que defendia a proposta com modificações –, mas também houve repercussão em outros meios de comunicação. Assim, a Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL/MJ) entendeu que seria conveniente apresentar uma proposta alternativa sobre o assunto, ou seja, diferente da notificação e retirada. Isto reforçou o caráter consultivo e aumentou a credibilidade do procedimento.¹⁵ Como sabemos, prevaleceu o regime de ordem judicial para a indisponibilização de conteúdos.

Após esta fase de debates, o projeto foi encaminhado ao Poder Executivo e, após, ao Congresso, onde os pontos mais discutidos foram direitos autorais e neutralidade da rede.¹⁶ Da parte dos titulares de direitos autorais, especificamente, tratava-se muito mais de um receio de que a nova lei, por não fazer ressalva expressa, passasse a ser aplicada para a remoção de conteúdos gerados por terceiros na Internet que "infringissem" direitos autorais. Diante disso, os atores envolvidos no processo de redação final do MCI decidiram por deixar o tema de direitos autorais expressamente de fora da nova lei, de modo que ela pudesse ser aprovada com mais facilidade.¹⁷ O resultado final que hoje conhecemos foi aprovado no Senado Federal em 22 de abril 2014 e, após, sancionado pela chefe do Poder Executivo.

O que este breve percurso histórico traduz é o significado que deve ser dado ao Marco Civil da Internet. Nossa leitura é de que ele é um verdadeiro estatuto do ordenamento,

¹³ CULTURA DIGITAL. Disponível em: <<http://culturadigital.br/marcocivil/debate/>>.

¹⁴ Sobre a discussão e os argumentos dos dois, conferir: CRUZ, Francisco Carvalho de Britto. *Direito, Democracia e Cultura Digital: a experiência de elaboração legislativa do Marco Civil da Internet*. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, na área de concentração de Filosofia e Teoria Geral do Direito. São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/>>. Acesso em: 25 de junho de 2017, p. 85 - 87.

¹⁵ ALMEIDA, Guilherme Alberto Almeida de. Obra citada, p. 48 – 49.

¹⁶ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; LEMOS, Ronaldo. *Marco Civil da Internet: construção e aplicação*. Disponível em: <http://itsrio.org/wp-content/uploads/2017/02/marco_civil_construcao_aplicacao.pdf>. Acesso em: 29 de março de 2017, p. 24.

¹⁷ MOLON, Alessandro. *Substituto oferecido em Plenário em substituição à Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 2.126, de 2011, do Poder Executivo, que "Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil"*. Disponível em: <http://www.camara.leg.br/internet/agencia/pdf/MCI_2014_02_12_Relatorio.doc>. Acesso em: 10 de abril de 2017.

conforme a definição apresentada por Gustavo Tepedino, porque: define objetivos concretos, com diretrizes e metas a partir do uso de cláusulas gerais e abertas, não taxativas; tem linguagem menos jurídica e mais setorial; suas normas não têm natureza apenas repressiva, mas acima de tudo são de incentivo a comportamentos e têm função promocional; não se limita a regular situações patrimoniais, pois se preocupa com deveres extrapatrimoniais e com a realização da personalidade e da dignidade da pessoa; têm caráter mais contratual e negocial e menos abstrato.¹⁸

Porém, além desses elementos, o MCI inaugurou uma nova fase de produção legislativa colaborativa, que conferiu maior legitimidade à Lei, pois mais aberto e democrático.¹⁹ Diante disso, ainda que cientes de que o Marco Civil, no plano formal hierárquico, continua a ser uma lei ordinária, sujeita a modificações e regulações pelo procedimento legislativo normal,²⁰ ousamos afirmar que ele ocupa um papel central – verdadeira bússola – no ordenamento e que assim deverá ser considerado na prática legislativa e judiciária quando envolver questão relacionada à Internet. Portanto, a resolução e interpretação de questões da Internet deverão necessariamente passar por uma leitura a partir do MCI.

Trata-se de um fenômeno que Cláudia Lima Marques, importando a ideia de Eric Jayme, chamou de Diálogo das Fontes, buscando-se uma convivência e coerência de diferentes normas.²¹ Assim, este diálogo se dá quando uma lei geral (ou central) serve de base conceitual para outra especial (microcós mica) – “diálogo sistemático de coerência” –, quando uma lei complementa a aplicação da outra quanto às normas e princípios – “diálogo de complementariedade e subsidiariedade” – e, por fim, quando há influências recíprocas para ajustar os campos de aplicação – “coordenação e adaptação sistemática”.²²

Nesse sentido, é pertinente afirmar que o MCI será uma fonte legal central para analisar qualquer questão relativa ao ambiente virtual, ainda que um determinado caso abranja outras leis especiais, como por exemplo, a Lei de Direitos Autorais, a Lei dos Delitos Informáticos (Cibernéticos) ou a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. É tendo isto em mente que devemos analisar o § 2º, art. 19, do MCI.

¹⁸ TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações de Direito Civil na experiência brasileira. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 30 – 32.

¹⁹ MAGRANI, Eduardo. *Democracia conectada: a internet como ferramenta de engajamento político-democrático*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 171.

²⁰ ALMEIDA, Guilherme Alberto Almeida de. Obra citada, p. 62.

²¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 732.

²² Idem, *ibidem*, p. 758 – 759.

3. A natureza do § 2º, art. 19, MCI, e suas leituras

Antes de entrar no tema propriamente dito, é importante esclarecer que classificar normas não é um tema pacífico, já que tal não é feito pelo direito positivo, mas pela doutrina.²³ Porém, não sendo o objetivo deste trabalho expor as classificações existentes e tampouco discutir qual a mais acertada, até em função do espaço delimitado, adotamos a classificação de Aurora Tomazini de Carvalho, pois seu trabalho, além de fazer referência à uma ampla literatura jurídica clássica, tem um rigor científico singular.

Da leitura do *caput* do artigo 19, do MCI, observamos que ele disciplina uma hipótese de responsabilização de determinado agente – provedor de aplicações – em função de um determinado fato – danos decorrentes de conteúdo de terceiros –, a partir de uma dada condição procedimental – ordem judicial – e de um determinado comportamento – omissão em tornar o conteúdo indisponível, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado. É, portanto, uma norma completa e imediatamente aplicável, ou seja, uma norma de comportamento ou de conduta.

O § 2º do mesmo artigo, que é a norma central de nossa análise, é diferente. Ao dispor que "depende de previsão legal específica", a norma pode ser classificada, dentro da classificação que adotamos neste trabalho, como uma norma de estrutura, isto é, uma norma que impõe condições, limites ou parâmetros para a produção de outras normas.²⁴ O dispositivo direcionou a disciplina do tema – responsabilização do provedor de aplicações e procedimento para a retirada de conteúdos gerados por terceiros que "infrinjam" direitos de autor e/ou conexos – para outra lei.

Contudo, apoiados nas ideias de José Afonso da Silva, parece-nos que a norma, embora de eficácia limitada,²⁵ guarda em si uma natureza programática²⁶ e não meramente de caráter institutivo e de natureza organizativa,²⁷ haja vista existir no § 2º não apenas um objetivo organizativo e estruturante, mas também uma imposição ao legislador ao fixar

²³ CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de Teoria Geral do Direito: o constructivismo lógico-semântico*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 319.

²⁴ Idem, *ibidem*, p. 336.

²⁵ Utilizamos aqui a classificação de José Afonso da Silva a qual, ainda que voltada às normas constitucionais, pode ser considerada uma classificação geral das normas do ordenamento quanto à aplicabilidade e eficácia. Segundo ele, as normas de eficácia limitada são "todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado" (SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 83).

²⁶ SILVA, José Afonso da. Obra citada, p. 138.

²⁷ SILVA, José Afonso da. Obra citada, p. 125.

limites e prescrever comportamentos (finalidades a serem atingidas) a ele: o respeito à liberdade de expressão e as demais garantias do art. 5º da CRFB. Ao dizer que tem natureza programática, pretendemos sustentar que a norma, além de gerar um dever (condicionado) ao legislador, constitui "sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas".²⁸

Nesse sentido, considerando que o MCI ocupa posição de estatuto no ordenamento e, portanto, tem papel central na regulação e interpretação de questões atinentes ao uso da Internet – "diálogo das fontes" –, é que a compreensão da condicionante "liberdade de expressão" é relevante. Se "as normas resultam da interpretação",²⁹ assume particular importância neste contexto o método sistemático de interpretação, de modo que "observa-se não só a norma isoladamente, mas também suas relações com todas as demais prescrições que formam o sistema jurídico".³⁰ Alguns autores já reconheceram esta posição do § 2º, art. 19, MCI, no ordenamento.

A parte final do mencionado dispositivo é bastante reveladora, já que uma das diretrizes do processo de reforma da Lei de Direitos Autorais é construir um espaço de tutela desses direitos em constante ponderação com demais direitos fundamentais, como o acesso ao conhecimento e a liberdade de expressão, evitando abusos no exercício desse direito. Assim, o Marco Civil adianta uma das diretrizes da reforma da Lei de Direitos Autorais, já traçando uma condicionante interpretativa e de aplicação para qualquer que seja a solução adotada na lei específica.³¹

Contudo, a opção do legislador em inserir esta norma de estrutura no MCI não foi bem recebida pela doutrina em geral, seja sob a perspectiva daqueles que defendem mais rigidez nos direitos autorais, seja dos que defendem flexibilizações no regime autoral.

De fato, os autores mais preocupados com os direitos de acesso à informação e à produção de conhecimento coletivo criticaram o § 2º, art. 19, MCI (e o art. 31 que o

²⁸ Idem, *ibidem*, p. 164. Na concepção do autor, pode-se resumir as características das normas programáticas da seguinte maneira: "Em conclusão, as normas programáticas têm eficácia jurídica imediata, direta e vinculante nos casos seguintes: I - estabelecem um dever para o legislador ordinário; II - condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem; III - informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum; IV - constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; V - condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário; VI - criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem, o que será visto no capítulo adiante". (p. 164)

²⁹ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 6ª ed. refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2013

³⁰ CARVALHO, Aurora Tomazini de. Obra citada, p. 254.

³¹ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; LEMOS, Ronaldo. Obra citada, p. 106.

complementa), sob o argumento de que o usuário estaria desprotegido frente à atual regulação feita pela LDA, mais protetiva aos interesses dos titulares dos direitos autorais. Além disso, há preocupação com a insegurança jurídica sobre a responsabilização dos provedores de Internet quanto às "infrações" de direitos autorais (se solidária ou subsidiária), o que pode tanto incentivar os provedores a agirem cautelarmente – realizando censura prévia para evitar a responsabilização –, quanto dificultar o desenvolvimento de novos modelos de negócios.³²

No lado dos autores que defendem mais rigidez no trato dos direitos autorais, por sua vez, além das críticas gerais ao MCI – como ausência de previsão de proteção aos direitos autorais dentre seus princípios – e ao seu processo de redação, a crítica pontual ao § 2º, art. 19, MCI, é de que ele deveria ter optado desde logo por um procedimento mais rígido para indisponibilização de conteúdos que "infrinjam" direitos autorais, como o *notice and stay down*.³³

Outros autores desta corrente sustentam que a liberdade de expressão não se sobrepõe a outros direitos fundamentais previstos na Constituição da República Federativa, dentre eles os direitos de autor (art. 5º, XXVII e XXVIII). Assim, mesmo que não exista uma ordem judicial para indisponibilização de conteúdo, optando-se pelo procedimento de notificação e retirada, tal não afrontaria a liberdade de expressão, já que aquele que teve seu conteúdo removido não teria grandes prejuízos. "Apenas será retardada a comunicação ao público e o dano, no mais das vezes, não será irreparável".³⁴

³² A regra imposta pelo art. 31 determina uma mudança de comportamento dos próprios provedores, que terão, de antemão, a obrigação de fazer a censura prévia do conteúdo, a fim de se evitar a responsabilização solidária pela lei de direitos autorais. Esse posicionamento resguarda o direito dos provedores de aplicações de internet, mas fere absurdamente o espírito preconizado no Marco Civil da internet, que se transforma em lei de censura e não de liberdade de expressão. Sem se falar do aumento dos custos da venda do serviço. Diante desse quadro, o Marco Civil deveria ter adotado uma interpretação única que pudesse orientar a Lei de Direitos Autorais atual e futura, a fim de que tal interpretação se irradiasse por todo o ordenamento e de assegurar os princípios da segurança jurídica, da liberdade de expressão, liberdade de informação e de ser informado. E os melhores caminhos seriam da notificação judicial e da responsabilidade subsidiária dos provedores de aplicação de internet (GONÇALVES, Victor Hugo Pereira. *Marco civil da internet: comentado*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 217).

³³ Conforme os autores, este procedimento "obrigaria o provedor notificado extrajudicialmente a evitar novas violações. Em outras palavras, o provedor, que detém a tecnologia, deveria evitar infrações virais de um mesmo conteúdo. Caso contrário, o sistema de notificação extrajudicial seria inútil, ineficaz. Não se trata de um dever geral de monitoramento, mas de um dever específico. O objetivo é evitar novas e sucessivas postagens de conteúdo idêntico ilícito, sem necessidade de outras notificações extrajudiciais, já que os provedores possuem tecnologia para o desempenho dessa tarefa de monitoramento" (MORATO, Antonio Carlos; MORAES, Rodrigo. Breve crônica dos riscos de uma lei criada sob o signo da hostilidade à criação intelectual. In: DEL MASSO, Fabiano; ABRUSIO, Juliana; FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio (coord.). *Marco Civil da Internet: lei 12.965/2014*. São Paulo: RT, 2014, p. 228).

³⁴ CHINELLATO, Silmara J. de A. Marco Civil da Internet e Direito Autoral: responsabilidade civil dos provedores de conteúdo. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coord.). *Direito & Internet III: Marco Civil da Internet*. Tomo II. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 330 – 331.

Em resumo, esta segunda corrente parece defender que entre os direitos de personalidade (e patrimoniais) dos autores e o direito à liberdade de expressão, aqueles devem prevalecer frente a este, razão pela qual um procedimento que determina a indisponibilização de conteúdos sem ordem judicial – apenas com notificação extrajudicial – seria admissível em futura lei. Para verificar se esta leitura do § 2º, art. 19, MCI, é adequada, impõe-se entender qual o significado da liberdade de expressão em nosso ordenamento e como isto se relaciona aos direitos autorais.

4. A liberdade de expressão no direito brasileiro

Conforme afirmado anteriormente, o MCI surgiu com o objetivo de, contrapondo-se a uma ótica criminalizante, assegurar antes de tudo os direitos civis dos usuários. Nesse contexto, um direito parece ter sido enfatizado em vários momentos do texto do MCI, qual seja, a liberdade de expressão. Como bem observou Carlos Affonso Pereira de Souza, este direito aparece em cinco momentos diferentes: como fundamento (art. 2º, caput), princípio (art. 3º, I), condição para o pleno exercício de acesso à Internet (art. 8º, caput) e, finalmente, em duas oportunidades como intuito (objetivo) na regulamentação da responsabilidade dos provedores de aplicação (art. 19, caput e § 2º).³⁵

Sendo assim, o direito à liberdade de expressão pode ser lido no MCI não apenas tendo um papel político (contrapor-se à criminalização), mas também técnico, uma vez que "da leitura do texto da Lei nº 12.965/14 como um todo pode-se perceber que o legislador procurou criar um ambiente favorável à manifestação de pensamento na rede".³⁶ Nesse sentido, o mesmo autor conclui que no tocante à Internet, "sejam quais forem os desafios, ter a liberdade de expressão como um dos vetores de interpretação e de aplicação dessa e das demais leis e regulamentos sobre Internet no País é um passo na direção certa".³⁷

A CRFB, já em seu preâmbulo, aponta liberdade como um dos elementos centrais do Estado Democrático, de modo a se contrapor à história pregressa que foi marcada pela restrição a este direito. Não à toa, a construção de uma "sociedade livre" constitui um objetivo da República Federativa (art. 3º, I, CRFB) e a liberdade é um direito individual a ser garantido (art. 5º, *caput*, CRFB).

³⁵ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. As cinco faces de proteção à liberdade de expressão no Marco Civil da Internet. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coord.). *Direito & Internet III: Marco Civil da Internet*. Tomo II. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 377 - 408.

³⁶ Idem, *ibidem*, p. 384.

³⁷ Idem, *ibidem*, p. 407.

O texto constitucional prevê várias liberdades, razão pela qual deve-se usar o termo no plural.³⁸ No tocante à liberdade de expressão, que aqui nos interessa, a CRFB não a arrola como gênero,³⁹ já que nos incisos IV e IX, ambos do art. 5º, usam-se os termos em espécie, ou seja, algumas manifestações da liberdade de expressão, tais como a liberdade de opinião, de expressão artística, de ensino, de comunicação e religiosa.⁴⁰

A despeito disto, ainda que cada uma destas vertentes tenha suas peculiaridades, todas devem ser analisadas como "partes interligadas de uma concepção geral, que reclama uma abordagem sistemática e integrada".⁴¹ De fato, todas elas têm a mesma razão de ser, isto é, todas são protegidas pelos mesmos fundamentos.

Segundo Daniel Sarmento, a primeira justificativa, individual, está no próprio desenvolvimento do ser humano, de sua personalidade e dignidade. Em seguida, o mesmo autor explica que a liberdade de expressão é essencial à democracia, à participação popular, já que para que esta seja "efetiva e consciente, as pessoas devem ter amplo acesso a informações e a pontos de vista diversificados sobre temas de interesse público, a fim de que possam formar as suas próprias opiniões".⁴²

Nesse sentido, ainda conforme Sarmento, a disponibilidade de mais ideias no debate, além de permitir a criação de um ambiente de abertura e pluralidade, auxilia na busca do prevailecimento das melhores ideias.⁴³ Daí porque sua conclusão, com a qual concordamos, é de que a liberdade de expressão é "um direito que visa a proteger não apenas aos interesses do emissor das manifestações, como também aos da sua audiência e da sociedade em geral".⁴⁴ Por este motivo é que a liberdade de expressão como gênero abrange o direito à informação.⁴⁵

³⁸ SILVA, José Afonso da. *O constitucionalismo brasileiro: evolução institucional*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 481.

³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 435.

⁴⁰ Idem, ibidem, p. 441.

⁴¹ Idem, ibidem, p. 440.

⁴² SARMENTO, Daniel. Comentário ao artigo 5º, inciso IV. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 255.

⁴³ Idem, ibidem, p. 255.

⁴⁴ Idem, ibidem, p. 255. No mesmo sentido: BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão versus direitos de personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: SARLET, Ingo (org.). *Direitos Fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2007, p. 82.

⁴⁵ STEINMETZ, Wilson. Comentário ao artigo 5º, inciso XIV. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 301.

Dessa concepção, decorre a ideia de que não deve haver restrições ao conteúdo ou ao meio da expressão, mesmo que ele seja impopular, ou seja, não há de se fazer juízo de valor e de importância sobre o que é expresso, nem tampouco a forma utilizada para tanto, desde que não violenta.⁴⁶ Em outras palavras, "para assegurar a sua máxima proteção e sua posição de destaque no âmbito das liberdades fundamentais, o âmbito de proteção da liberdade de expressão deve ser interpretado como o mais extenso possível".⁴⁷

Tudo isto leva à compreensão das duas dimensões da liberdade de expressão: a subjetiva e a objetiva. A primeira reveste-se do caráter negativo do direito, ou seja, o dever imposto a terceiros – incluindo o Estado, já que a essência deste direito surgiu daí – em se abster de cercear a liberdade de expressão individual do outro.⁴⁸ A segunda, de natureza mais social e positiva, que é central neste trabalho, é essencial ao funcionamento da democracia.⁴⁹

Daí porque a parte final do inciso IX, do art. 5º, garante a liberdade de expressão "independentemente de censura ou licença", imposição genérica, isto é, que se destina "ao Estado e a qualquer entidade ou poder que esteja em condições de impedir a expressão ou divulgação de ideias ou de informações",⁵⁰ incluindo, portanto, instituições privadas das mais diversas naturezas.

O significado desta garantia vem sendo construída pelo Supremo Tribunal Federal⁵¹, mas principalmente nos votos de alguns ministros no sentido de que a liberdade de expressão tem um *status* de sobredireito em relação a outros. Tal foi o argumento utilizado pelo Ministro Carlos Ayres Britto na ADPF 130,⁵² que tratou da (não) recepção da Lei de Imprensa (Lei 5.250/1967) pela CRFB.

Em outras palavras, assegura-se primeiro, até pela cronologia em que cada direito se manifesta, a liberdade de manifestação do pensamento, da criação e da informação, e, somente depois, aquele que se sentir ofendido pela reportagem jornalística poderá

⁴⁶ SARMENTO, Daniel. Obra citada, p. 256.

⁴⁷ SARLET, Ingo et. al. Obra citada, p. 442.

⁴⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 137.

⁴⁹ SARMENTO, Daniel. Obra citada, p. 256.

⁵⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 10ª ed. rev. atual. reform. até a Emenda Constitucional n. 70/2012. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 134.

⁵¹ Conferir a própria publicação do Tribunal: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *A Constituição e o Supremo*. Vol. 1 (títulos I a III, artigos 1º a 43). 5ª ed. atual. até a EC 90/2015. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2016, p. 75 - 81 e 84 - 88.

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130/DF*. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília. Julgamento em: 30/04/2009.

discutir responsabilidades – civil, penal, administrativa –, requerer indenizações e eventual direito de resposta em relação ao ofensor.⁵³ Qualquer tentativa de impedir a liberdade de expressão equivale à censura prévia.

Outro caso relevante sobre o tema é o Referendo em Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.451/DF,⁵⁴ igualmente de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, no qual se discutiu a constitucionalidade de dois incisos da Lei Eleitoral (art. 45, II e III, da Lei 9.504/1997) que proibiam programas ou manifestações de humor com candidatos ou partidos políticos no período eleitoral. O julgado é relevante na medida em que reforça o exposto anteriormente de que se assegura a liberdade de expressão independentemente do conteúdo da mensagem, ainda que ela tenha essência meramente humorística, sarcástica ou irônica, pois tal expressão reflete um pensamento crítico, informativo e de criação artística. A decisão, portanto, poderia ser aplicada para fortalecer a aceitação, pelos Tribunais, das paródias como limitações aos direitos autorais.⁵⁵

Por fim, merece destaque a interpretação da liberdade de expressão do Supremo no caso das biografias (não) autorizadas. A ADI 4.815/DF,⁵⁶ de relatoria da Ministra Carmen Lúcia, abordou a constitucionalidade dos artigos 20 e 21, do Código Civil, a partir da ponderação dos princípios constitucionais da liberdade de expressão, de informação, artística e cultural, independentemente de censura ou autorização prévia e da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas.

Este julgamento parece ter assentado o que ficou tímido na ADI 130, acima exposta, no que toca à posição preferencial da liberdade de expressão em nosso ordenamento. Entendeu-se que exigir autorização prévia para biografia constituiria censura prévia e

⁵³ Este caso ainda se destaca pela observação de que, embora quando da promulgação da CRFB a Internet não fosse difundida, afirmou o Ministro Relator: "silenciando a Constituição quanto ao regime da internet (rede mundial de computadores), não há como se lhe recusar a qualificação de território virtual livremente veiculador de ideias e opiniões, debates, notícias e tudo o mais que signifique plenitude de comunicação" (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADPF 130).

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.451/DF*. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília. Julgamento em: 02/09/2010.

⁵⁵ "O segundo caso é o da paródia, que é claramente um limite incidente sobre a obra tutelada em favor da liberdade de criação e não apenas da liberdade de informação. Isto porque a licitude da paródia está intrinsecamente ligada à associação da liberdade de criação com o direito de crítica. Além disso, a paródia, constituindo obra derivada, implica o aproveitamento substancial da obra preexistente, ainda que mediante a utilização de um recurso criativo, que é a imitação burlesca. Em outras palavras, a paródia deve refletir efetiva contribuição de seu autor. Por essa razão, esta modalidade de uso lícito da obra alheia é extremamente interessante já que é de natureza bastante distinta das demais" (SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. *Direito de autor e liberdade de expressão*. In: SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos (coord.). *Direito de autor e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 137 e 138).

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.815/DF*. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília. Julgamento em: 10/06/2015.

que norma de hierarquia inferior, ainda que buscando proteger outros direitos constitucionalmente previstos (imagem, honra, intimidade, privacidade), não poderia privar a liberdade de expressão.

O Ministro Luís Roberto Barroso, revisor no caso, assentando o que já havia sustentado anteriormente como advogado⁵⁷ afirmou em sua antecipação de voto que "a liberdade de expressão, na democracia brasileira, deve ser tratada como uma liberdade preferencial", ou seja, há "uma transferência de ônus argumentativo. Quem desejar afastar a liberdade de expressão é que tem que ser capaz de demonstrar as suas razões, porque, *prima facie*, em princípio, é ela, a liberdade de expressão, que deve prevalecer",⁵⁸ o que não implica hierarquizar direitos.

Tudo isto nos leva a concluir que a CRFB veda qualquer tipo de censura prévia por órgão administrativo, seja aquela censura prévia à manifestação (ou divulgação da manifestação) seja aquela que se dá logo em seguida que visam a retirada de circulação. "Já as restrições judiciais, legislativas e privadas à liberdade de expressão, devem ser vistas com suspeição, mas a sua constitucionalidade só pode ser aferida por meio de um exame baseado na dogmática de restrições de direitos fundamentais".⁵⁹ Como este mesmo autor sustenta, "deve-se reservar apenas ao Poder Judiciário a possibilidade de intervir neste campo para decretar tais proibições, nas situações absolutamente excepcionais em que forem constitucionalmente justificadas".⁶⁰

5. A relação entre liberdade de expressão e os direitos autorais

Conquanto hoje seja pacífico que os direitos autorais são autônomos no ordenamento, tendo regulação e natureza específicas,⁶¹ a leitura de muitas obras jurídicas sobre eles parece dar a impressão de que tais direitos ainda mantêm – talvez inconscientemente – sua raiz na disciplina dos direitos reais do Código Civil de 1916, onde estavam localizados.⁶² Tal impressão se revela quando se pensa na exclusividade – no sentido de

⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. Obra citada, p. 87.

⁵⁸ BRASIL, STF, ADI 130, Obra citada, p. 144.

⁵⁹ SARMENTO, Daniel. Comentário ao artigo 5º, inciso IX. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 275 – 276.

⁶⁰ Idem, *ibidem*, p. 275.

⁶¹ Sobre o ponto: ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2ª ed. ref. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 16 - 18. BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. 6ª ed. rev. atual. ampl. por Eduardo C. B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 36 – 37.

⁶² Os direitos de autor e seus contratos estavam inseridos no título II, da Propriedade, e no título V, dos Contratos em espécie, no Código Civil de 1916.

direito negativo, ou seja, de impedir ou excluir terceiros de usar o bem – típica dos direitos de propriedade sobre os bens materiais na modernidade.⁶³

Contudo, a questão se agrava quando se percebe que o direito de propriedade, uma vez constitucionalizado em 1988, passou a ter em seu núcleo a exigência da função social (art. 5º, XXIII, CRFB), concepção plenamente recepcionada pelo Código Civil (art. 1228, § 1º), ao passo que os direitos de autor, ainda que também tenham tido lei posterior à CRFB, em 1998, passaram ao largo não somente da funcionalização, mas simplesmente ignoraram qualquer dos direitos fundamentais do texto constitucional.

Esta talvez seja a razão pela qual há pouco material no Brasil que trate tanto da função social dos direitos autorais,⁶⁴ quanto do diálogo entre os direitos fundamentais de autor e os demais direitos fundamentais na Constituição, como por exemplo, a liberdade de expressão.⁶⁵ Igualmente, este diálogo não encontra eco sequer como tema lateral nas decisões judiciais, provavelmente pela característica herdada do *droit d'auteur* francês em estabelecer limitações prévias ao exercício do direito autoral – e não uma cláusula aberta de *fair use*, como no direito do *copyright*⁶⁶ – que são interpretadas restritivamente.

Não obstante, entendemos que o MCI, ao dispor no § 2º, do art. 19, que a disciplina da remoção de conteúdos gerados por terceiros que "infrinjam" direitos autorais deve respeitar a liberdade de expressão, acendeu o interesse e a necessidade deste debate. É que, conforme já dissemos, a liberdade de expressão será não somente uma condicionante para a produção legislativa na matéria, mas será sempre um vetor de interpretação da lei futura. E, de fato, a discussão tem pertinência, quando se tem "em conta que os direitos de autor podem ser também "'restrições agressivas' de outros

⁶³ ASCENSÃO, José de Oliveira. Fundamento do direito autoral como direito exclusivo. In: SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos; JABUR, Wilson Pinheiro. *Direito Autoral*. São Paulo: Saraiva/GVLAW, 2014, p. 45 – 46.

⁶⁴ Especificamente, sobre o tema, recomendamos: CARBONI, Guilherme. *Função social do direito de autor*. Curitiba: Juruá, 2008.

⁶⁵ "Ocorre que a maior parte da doutrina autoralista enxerga a interação entre direito de autor e liberdade de expressão somente a partir de sua perspectiva mais óbvia: a de que o direito autoral estimula a criação e, portanto, serviria sempre como um incentivo à expressão. Aqueles que enxergam um potencial de colisão de direitos tratam do tema apenas de maneira superficial, geralmente chegando à conclusão de que os mecanismos existentes na própria legislação autoral são suficientes para afastar qualquer conflito real entre os dois direitos fundamentais. Os constitucionalistas e especialistas no direito à livre expressão, por sua vez, ainda não deram grande atenção ao debate. Mesmo no âmbito internacional, a discussão ainda não está totalmente estabelecida." (MONCAU, Luiz Fernando Marrey Moncau. *Liberdade de expressão e direitos autorais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015, p. XVII e XVIII).

⁶⁶ Sobre as características de cada regime, SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. As limitações aos direitos autorais. In: SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos; JABUR, Wilson Pinheiro (coord.). *Direito Autoral*. São Paulo: Saraiva/GVLAW, 2014a, p. 59 - 101. Também: VASCONCELOS, Cláudio Lins de. Novos rumos do direito autoral brasileiro. In: NALINI, José Renato (org.). *Propriedade intelectual*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 63 - 90.

direitos fundamentais, nomeadamente as liberdades fundamentais de informação e expressão, de aprendizagem e ensino, e de criação cultural".⁶⁷

Entendemos que este conflito entre os direitos autorais e a liberdade de expressão tornou-se mais relevante e perceptível no ambiente virtual, considerando-se a natureza e a característica da Internet que permitiu que mais pessoas se expressassem de forma inovadora e criativa,⁶⁸ isto é, como um meio de participação, interação e compartilhamento de conteúdos, especialmente nas novas formas de criação de conteúdo,⁶⁹ também denominadas "transformações criativas",⁷⁰ incluindo, neste ponto, as obras derivadas (art. 5º, VIII, g, LDA).⁷¹

Nesse contexto, quanto mais rígidos os direitos autorais, maior a restrição que eles impõem à expressão de terceiros, os quais ficam impossibilitados de transmitir seu pensamento a partir de obras existentes e, por consequência, menor a autorrealização e autodeterminação dos indivíduos e menor a quantidade de ideias expostas ou "mercado de ideias".⁷² Daí porque, a liberdade de expressão é essencial para a construção de uma "democracia cultural" na Internet,⁷³ uma vez que o direito de se expressar tem como principais características a interatividade e a apropriação de materiais que já existem.⁷⁴

⁶⁷ PEREIRA, Alexandre Libório Dias. *Direitos de autor e liberdade de informação*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 185. No mesmo sentido: ASCENSÃO, José de Oliveira. O direito de autor no ciberespaço. In: *liberdade de informação*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 185. No mesmo sentido: ASCENSÃO. *Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 149 – 171.

⁶⁸ BALKIN, Jack M. *Digital speech and democratic culture: a theory of freedom of expression for the information society*. In: Yale Law School Legal Scholarship Repository - Faculty Scholarship Series. Paper 240. 2004. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/240>. Acesso em 18 de junho de 2017, p. 32.

⁶⁹ Para uma explicação sobre os diversos tipos: LIGUORI FILHO, Carlos. Obra citada, p. 88.

⁷⁰ "Transformação criativa' é o processo pelo qual é gerada uma nova forma de expressão, que incorpora elementos substanciais de uma obra preexistente mas que constitui uma obra nova original. Portanto, a transformação implica uma nova criação baseada em outra. Com isso, distingue-se desde logo a transformação das simples modificações ou melhoramentos. Em tese, este conceito de transformação criativa enquadra-se na definição de obra derivada (...). Portanto, poder-se-ia de início dizer que a 'obra transformativa' (*transformation work*) é uma 'obra derivada'" (SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. Obra citada (2011), p. 142).

⁷¹ Apropriação criativa inclui desde modificações e adaptações de um trabalho único até *sampleings*, *remixes* e *mashups* que incorporam, discretamente, uma vasta gama de componentes de inúmeras obras existentes. As fronteiras da expressão do *copyright* não estão limitadas a estas apropriações criativas: a expressão efetiva às vezes implica copiar ou distribuir formas de expressão existentes sem modificá-las. Porém, as restrições do *copyright* à habilidade de quem recria expressões existentes ou as incorpora em um novo contexto são a mais evidente e aborrecedora prova do conflito existente entre *copyright* e liberdade de expressão. Este conflito se desenvolveu com um novo fôlego e intensidade com o advento da tecnologia digital, a qual tornou mais fácil para qualquer pessoa se apropriar de imagens, sons e textos da cultura de massa adicionando, então, sua criatividade, seu brilho pessoal, sua crítica ou uma radical retransformação. A digitalização, de fato, tornou tecnologicamente possível uma infinita manipulação de obras existentes, abrindo, assim, uma miríade de possibilidades para usos transformativos (NETANEL, Neil Weinstock. *Copyright's paradox*. New York: Oxford University Press, 2008, p. 196, tradução nossa). Posição em igual sentido, apoiado em Lawrence Lessig: MONCAU, Luiz Fernando Marrey. Obra citada, p. 96 e 97.

⁷² MONCAU, Luiz Fernando Marrey. Obra citada, p. 77 – 83.

⁷³ BALKIN, Jack M. Obra citada, 43.

⁷⁴ Idem, *ibidem*, p. 4.

Ao afirmarmos a importância da liberdade de expressão na Internet, admitindo que os indivíduos criem, participem e interajam, transformando criativamente as ideias disponíveis no caldo cultural, de modo algum pretendemos desconsiderar a proteção aos direitos autorais e, tampouco, legitimar práticas de "mera reprodução não autorizada" (art. 5º, VII, LDA), conhecidas também como "pirataria", até porque estas não podem ser confundidas com liberdade de expressão. Ao reverso, pretendemos ressaltar justamente que há usos que, embora não admitidos expressamente pela Lei, podem ser protegidos pelo fundamento constitucional da liberdade de expressão – a liberdade de criar obras novas geradas a partir de obras existentes – e, por isso, são diferentes de outros usos igualmente não admitidos que não são protegidos pelo direito constitucional.⁷⁵

Certamente, sabemos que uma mudança na LDA – que estava em vias de acontecer, inclusive adicionando os princípios da função social da propriedade e da liberdade de expressão ao cânone interpretativo da lei⁷⁶ – facilitaria sobremaneira o que sustentamos. A falta dela, porém, não inviabiliza o necessário diálogo das fontes que deve existir entre os direitos fundamentais da liberdade de expressão – seja como direito de criação, seja como direito à informação – e da proteção aos direitos autorais, até porque toda interpretação legal deve partir da Constituição.⁷⁷

É nesse cenário que as limitações aos direitos do autor previstas no art. 46 a 48, da LDA, não devem ser tratadas secundariamente e vistas como afrontas aos direitos do autor.⁷⁸ Aliás, numa perspectiva de direito autoral funcionalizado, não basta a consideração das restrições intrínsecas – temporais, de abrangência e aquelas específicas previstas expressamente na LDA – mas também de outros institutos e interesses previstos no ordenamento brasileiro, que seriam as restrições extrínsecas, tais como função social e abuso de direito, por exemplo.⁷⁹

⁷⁵ "As leis tratam uniformemente o acesso e uso de obras alheias, seja qual for o tipo de utilização que delas se queira fazer (salvo as limitações legais e destinações semelhantes). Isto significa que o aproveitamento parasitário e a reelaboração intelectual são equiparadas e tratadas da mesma forma. Não se pergunta se a utilização de obra alheia é feita ou não para prosseguir uma elaboração própria, portanto, como inspiração para a criação própria, ou pelo contrário para mera apropriação. Estamos fora dos limites da citação. Mas sabe-se que a obra cultural consiste muito frequentemente na reelaboração de materiais preexistentes. A cultura é diálogo e intercâmbio, o que leva a que muitas vezes se retome a expressão alheia para reelaborá-la." E termina o mesmo autor: "O Direito atual, mesmo com as suas estreitezas, permite já que ensaiemos uma distinção. É muito diferente a retomada de obra alheia para lhe dar outro desenvolvimento do empréstimo, ostensivo ou oculto, para mera repetição da lição alheia" (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Obra citada* (2014), p. 51 - 53).

⁷⁶ Para acesso ao Anteprojeto de Reforma, conferir LIGUORI FILHO, Carlos. *Obra citada*.

⁷⁷ SILVA, José Afonso da. *Obra citada* (2011), p. 124.

⁷⁸ SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. *Obra citada* (2014a), p. 63.

⁷⁹ CABONI, Guilherme. *Obra citada*, p. 233.

É necessário, portanto, modificar a lente usada para ver o direito autoral,⁸⁰ tendo em conta que "o sentido das regras constitucionais brasileiras é claramente o de estabelecer liberdades, não o de estabelecer exclusivos".⁸¹ Daí porque as restrições às liberdades, como, por exemplo, os direitos autorais, devem ser justificadas.

Assim, as limitações ao direito de autor não devem ser lidas restritivamente, mas, sim, como rol exemplificativo e em consonância com os direitos fundamentais, incluindo a liberdade de expressão.⁸² Este, aliás, foi o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 964.404/ES,⁸³ no qual aplicou-se a limitação prevista no inciso VIII, do art. 46 aos direitos do autor, conhecido também como Teste dos Três Passos,⁸⁴ que é uma cláusula aberta e sujeita a interpretações que levem em consideração interesses dos autores e da coletividade, incluindo, portanto, a liberdade de expressão.⁸⁵

6. O procedimento de notificação e retirada *versus* a condicionante "respeito à liberdade de expressão" prevista no § 2º, art. 19, MCI

Como explicado na introdução deste artigo, o procedimento de notificação e retirada se caracteriza pelo fato de que, uma vez havendo notificação de alguém a um provedor de Internet com a alegação de que determinado conteúdo viola um direito, o provedor, sob pena de responsabilização solidária por omissão, é obrigado a retirar ou indisponibilizar o conteúdo, não podendo fazer um juízo acerca de sua licitude. Portanto, presume-se que o conteúdo é ilícito e, portanto, deve ser indisponibilizado, independentemente de ordem judicial.

Tendo em vista o MCI não ter regulado o procedimento destinado às "infrações" de direitos autorais, o procedimento de notificação e retirada – sem sequer a necessidade de contraditório após a indisponibilização do conteúdo, como estava previsto no Anteprojeto de Reforma da LDA⁸⁶ – continua a valer para estes casos.

⁸⁰ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Direitos autorais, tecnologia e transformações na criação e no licenciamento de obras intelectuais. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (coord.). *Direito Privado e Internet*. São Paulo: Atlas, 2014a, p. 463 – 468.

⁸¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. Obra citada (2014), p. 37.

⁸² Nesse sentido: BARBOSA, Denis Borges. *Direito de Autor: questões fundamentais de direito de autor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. SOUZA, Allan Rocha de. Os direitos fundamentais, os direitos autorais e a busca pelo equilíbrio. In: GRAU-KUNTZ, Karin; BARBOSA, Denis Borges. *Ensaio sobre o Direito Imaterial: estudos dedicados a Newton Silveira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 69 - 89. PEREIRA, Alexandre Libório Dias. Obra citada.

⁸³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 964.404/ES*. Relator: Ministra Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília. Julgamento em: 15/03/2011.

⁸⁴ Sobre o tema: SANTOS, Manoel Joaquim Pereira. Obra citada (2014a), p. 85 - 89.

⁸⁵ GEIGER, Christophe; GRIFFITHS, Jonathan; HILTY, Reto M. *Declaração sobre o "Teste dos Três Passos" do Direito do Autor*. Revista da ABPI. Rio de Janeiro, v. 98, p. 64 - 66, jan/fev. 2009.

⁸⁶ Conferir nota de rodapé nº 8.

Contudo, após termos analisado o sentido da liberdade de expressão no direito brasileiro e de como este princípio também se aplica aos direitos autorais, impõe-se responder a pergunta deste artigo: o procedimento de notificação e retirada para indisponibilizar conteúdos gerados por terceiros que "infringem" direitos autorais na Internet é compatível com a condicionante "respeitar a liberdade de expressão"?

Esta questão já vem sendo respondida pela doutrina norte-americana que se dedicou a analisar os efeitos do DMCA (*Digital Millennium Copyright Act*), já que este impõe, para as "infrações" aos direitos autorais na Internet, o procedimento de *notice and takedown*, isto é, de notificação e retirada.⁸⁷ Conquanto o procedimento seja bem detalhado, prevendo responsabilidades diferentes para cada tipo de provedores⁸⁸ e a possibilidade de contraditório posterior à indisponibilização do conteúdo pelo seu autor, há várias críticas a ele, principalmente no tocante aos prejuízos à liberdade de expressão. Entendemos que estas análises estrangeiras são válidas para pensar a futura regulação brasileira, até porque, como dissemos no início, o Anteprojeto de Reforma da Lei de Direitos Autorais teve clara inspiração na legislação americana.⁸⁹

Uma das melhores autoras a abordar o tema é Wendy Seltzer, para quem a lei americana acaba protegendo os provedores de Internet com os *safe harbors* (porto seguro) em detrimento do interesse do público, já que há um "incentivo" ou "encorajamento" legal para que o intermediário remova o conteúdo sob pena de responsabilização solidária, ou seja, ao mesmo tempo em que a lei é um escudo para os provedores, é uma espada para os usuários.⁹⁰

Segundo a mesma autora, o procedimento de *notice and takedown* previsto acaba por criar uma restrição prévia ("*prior restraint*") a qualquer manifestação na Internet, uma vez que não há na medida a previsão do alcance ou abrangência e, na dúvida, o provedor vai bloquear o conteúdo para não ser responsabilizado. Além disso, Seltzer enumera os seguintes problemas na regulação: há uma grande demora no retorno do conteúdo; não

⁸⁷ O título 17 (*Copyright*), Capítulo 5 (*Copyright Infringement and remedies*), seção (§) 512 (*Limitations on Liability relating to material online*) do *US Code* pode ser lido no seguinte endereço eletrônico: <<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/17/512>>. Acesso em 01 de julho de 2017.

⁸⁸ URBAN, Jennifer M.; QUILTER, Laura. *Efficient process or "chilling effects"? Takedown notices under section 512 of the Digital Millennium Copyright Act*. Santa Clara Computer & High Tech. Vol. 22. 2006. Disponível em: <<https://papers.ssrn.com/>>. Acesso em: 26 de junho de 2017, p. 624.

⁸⁹ LEONARDI, Fernanda Stinchi Pascale. A reforma da Lei 9.610/1998 e a responsabilidade civil de intermediários por violação de direitos autorais na Internet. In: NALINI, José Renato (org.). *Propriedade intelectual*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 112.

⁹⁰ SELTZER, Wendy. *Free speech unmoored in copyright's safe harbor: chilling effects of the DMCA on the first amendment*. Harvard Journal of Law & Technology. Vol. 24. Number 1. Fall 2010. p. 171 - 232. Disponível em: <<https://papers.ssrn.com/>>. Acesso em: 26 de junho de 2017, p. 175.

oportuniza-se ao titular do conteúdo acusado de "infringente" o direito de defesa previamente à remoção; não há transparência na medida, uma vez que é tomada no âmbito privado; o risco de defesa mediante o uso da contranotificação pelo acusado é grande e o procedimento de retirada é efetivo.⁹¹ Em outras palavras, a liberdade de expressão seria tolhida pelo procedimento, revelando uma espécie de censura privada.⁹²

Do mesmo modo, a responsabilização do provedor em caso de não cumprimento do pedido de retirada expresso na notificação teria o chamado efeito resfriador no discurso ("*chilling effect*"⁹³), já que há um desencorajamento do provedor em manter o conteúdo – principalmente quando sua licitude é duvidosa, como nos casos das transformações criativas de obras artísticas – diante dos custos de eventual responsabilização.⁹⁴ Em outras palavras, induz-se um excesso de cautela dos provedores que, na dúvida, preferem indisponibilizar materiais controversos.⁹⁵

Poderia objetar-se que após a notificação do acusado, tem este a chance de contranotificar o provedor para requerer o desbloqueio do conteúdo e assumindo a responsabilidade (civil e penal) pelo conteúdo postado, exonerando, assim, o intermediário. Tenta-se, assim, implementar uma espécie de "devido processo legal" no âmbito virtual, ainda que *a posteriori*, já que o conteúdo é retirado antes.

Nos EUA, porém, algumas análises empíricas que se debruçaram sobre o mecanismo demonstraram que ele não só é raramente usado, por não ser prático, como seu desenho é ineficiente e injusto, haja vista, mesmo após a contranotificação, a demora no retorno do acesso ao conteúdo, que segundo a legislação, pode ocorrer entre 10 a 14 dias, tempo bem superior se comparado ao tempo que o conteúdo leva para ser bloqueado.⁹⁶ Portanto, as análises chamam a atenção para um tratamento desigual entre quem reclama e quem é reclamado.

⁹¹ Idem, *ibidem*, p. 191.

⁹² KAMINSKI, Margot; PRAKASH, Pranesh. Introductory framework. In: PRAKASH, Pranesh; RIZK, Nagla; SOUZA, Carlos Affonso (org.). *Global Censorship: shifting modes, persisting paradigms*. 2015. Disponível em: <https://law.yale.edu/system/files/area/center/isp/documents/a2k_global-censorship_2.pdf>. Acesso em: 17 de julho de 2017. (Access to knowledge Research Series), p. 2.

⁹³ SELTZER, Wendy. Obra citada, p. 194.

⁹⁴ CHANDER, Anupam. *Free Speech*. Iowa Law Review. Vol. 100, 2015. Disponível em: <<http://heinonline.org/>>. Acesso em 26 de junho de 2017, p. 523 – 524.

⁹⁵ CENTER FOR DEMOCRACY & TECHNOLOGY. *Shielding the messengers: protecting platforms for expression and innovation*. Version 2, 2012. Disponível em: <<https://cdt.org/files/pdfs/CDT-Intermediary-Liability-2012.pdf>>. Acesso em: 16 de julho de 2017, p. 20.

⁹⁶ URBAN, Jennifer M.; KARAGANIS, Joe; SCHOFIELD, Brianna L. *Notice and Takedown in Everyday Practice*. UC Berkeley Public Law Research. Paper nº 2755628, 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2755628>>. Acesso em 26 de junho de 2017, p. 44 – 45.

Outro argumento usado por aqueles que advogam contra o sistema de *notice and takedown* em função dos prejuízos à liberdade de expressão é o constante abuso no uso da ferramenta, ou seja, o uso sem qualquer fundamento legal, sobretudo porque não há qualquer dispêndio econômico no uso da notificação.⁹⁷ Ademais, a ferramenta pode ser usada não somente por autores ou empresas titulares de direitos autorais, mas por outras pessoas que, aproveitando-se das fragilidades do procedimento, pedem a retirada de conteúdos com teor político,⁹⁸ ainda que inexista qualquer infração de *copyright*.⁹⁹ O uso errado pode também decorrer do desconhecimento da lei, algo frequente para pessoas externas às discussões jurídicas.¹⁰⁰

Quanto aos problemas envolvendo os direitos autorais, critica-se o sistema por facilitar a retirada de obras derivadas – abordadas no capítulo anterior como uma vertente da liberdade de expressão – ou outros usos justos atinentes à educação e à informação, tendo em vista a incerteza do instituto do *fair use* para as obras derivadas,¹⁰¹ característica que dificulta a defesa e, conseqüentemente, o exercício da liberdade de criação.¹⁰²

De fato, muitas são as obras criadas na Internet que, embora utilizem trechos de obras alheias, estão protegidas tanto pelo *fair use*, no direito norte-americano, quanto acobertadas pelas limitações aos direitos de autor, no direito brasileiro, razão pela qual exigiriam mais cautela na indisponibilização.¹⁰³ A remoção indiscriminada de conteúdos da Internet pelo provedor, apenas se pautando em uma alegação unilateral de que determinado conteúdo é "infringente", pode configurar o que no Brasil é chamado de abuso do direito (art. 187, Código Civil), especificamente, dos direitos autorais.¹⁰⁴

⁹⁷ HAZELWOOD JR, Charles W. *Fair use and the takedown/ put back provisions of the digital millennium copyright act*. IDEA - Intellectual Property Law Review. Vol. 50, nº 2, 2010. Disponível em: <<http://heinonline.org/>>. Acesso em: 26 de junho de 2017, p. 327 – 328.

⁹⁸ Sobre os casos envolvendo dois candidatos à presidência dos EUA (John McCain, na eleição de 2008, e Mitt Romney, em 2012) que tiveram vários vídeos seus bloqueados em plena campanha, conferir: MULLIGAN, Christina. Using Copyright Law to censor speech. In: PRAKASH, Pranesh; RIZK, Nagla; SOUZA, Carlos Affonso (org.). *Global Censorship: shifting modes, persisting paradigms*. 2015. Disponível em: <https://law.yale.edu/system/files/area/center/isp/documents/a2k_global-censorship_2.pdf>. Acesso em: 17 de julho de 2017. (Access to knowledge Research Series), p. 42 – 43.

⁹⁹ URBAN, Jennifer M *et al.* Obra citada (2006), p. 687.

¹⁰⁰ Idem, *ibidem*, p. 681.

¹⁰¹ Sobre o tema de *fair use*, recomendamos o site: <<https://fairuse.stanford.edu/overview/fair-use/>>.

¹⁰² GUZMAN, Frank. *The tension between derivative works online protected by fair use and the takedown provisions of the online copyright infringement liability limitation act*. Northwestern Journal of Technology and intellectual property. Vol. 13, Issue 2, Article 4, 2015. Disponível em: <<http://heinonline.org/>>. Acesso em 26 de junho de 2017, p. 189.

¹⁰³ LEONARDI, Fernanda Stinchi Pascale. Obra citada, p. 124.

¹⁰⁴ Sobre o tema, recomendamos: SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. *O abuso do direito autoral*. Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2009.

Diante da experiência americana e das críticas à legislação do DMCA é que, no Brasil, algumas vozes¹⁰⁵ criticaram o procedimento de notificação e retirada que havia sido escolhido na primeira versão do MCI e, também, ao Anteprojeto de Reforma da LDA, já que há um empoderamento dos provedores e supressão de competência do Judiciário,¹⁰⁶ além de um tratamento desigual entre os direitos autorais e os demais direitos fundamentais, em especial, a liberdade de expressão.¹⁰⁷

Não tiramos a razão de doutrinadores que defendem o sistema de notificação e retirada quando afirmam que ele é o que melhor protege os direitos de autor na Internet. Igualmente, reconhecemos que nem todas as manifestações que utilizam obras protegidas são manifestações abrangidas pela liberdade de expressão, sendo meras reproduções sem autorização e "pirataria" e, portanto, não haveria motivo para não bloquear o conteúdo imediatamente. Alguns autores, neste diapasão, alegam que a verificação de "infração" a direitos autorais exige menos subjetividade, tendo critérios mais objetivos para sua apuração.¹⁰⁸

Quanto ao primeiro ponto, devemos lembrar que, embora a CRFB preveja dentre os direitos fundamentais a proteção ao direito de autor (art. 5º, XXVII), não afirmou que este direito se sobrepõe aos direitos subjetivos de terceiros e, tampouco, aos direitos da sociedade. Pelo contrário, cada vez mais cresce a preocupação com a funcionalização dos direitos, razão pela qual o sistema de combate a "infrações" deve buscar um equilíbrio nos interesses.¹⁰⁹ E, como indicam as decisões do Supremo Tribunal Federal, há uma inversão de ônus em favor da liberdade de expressão, ou seja, quem deseja retirar um conteúdo de circulação é que tem o ônus de demonstrar que aquele conteúdo é ilícito.

Em relação ao segundo ponto, é fato que muitas manifestações apenas reproduzem, sem autorização, conteúdos protegidos. Porém, também é fato que há manifestações que utilizam obras protegidas e são abrigadas pelas limitações aos direitos de autor. Neste

¹⁰⁵ Um dos expoentes no processo de redação do MCI, Marcel Leonardi resume os principais problemas de retirada de conteúdo sem ordem judicial para a liberdade de expressão do seguinte modo: incentivo à remoção arbitrária (infundada, frívola, ilegal) do conteúdo; a censura temporária impedindo a circulação de ideias em momentos em que elas têm determinado significado para aquele momento, não para período posterior; permissão de abuso frequente nos pedidos, de modo que se use o mecanismo para intimidar; não há granularidade (ainda que o pedido se refira a um item da página da Internet, retira-se a página inteira) e é desproporcional (LEONARDI, Marcel. Marco Civil da Internet, plataformas digitais e redes sociais. In: ARTESE, Gustavo (Coord.). *Marco Civil da Internet: análise jurídica sob uma perspectiva empresarial*. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2015, p. 288 - 290).

¹⁰⁶ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Obra citada (2014b), p. 803 – 804.

¹⁰⁷ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. *Abuso do direito nas relações privadas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

¹⁰⁸ MORATO, Antonio Carlos; MORAES, Rodrigo. Obra citada, p. 225.

¹⁰⁹ REIS, Jorge Renato dos; PIRES, Eduardo. O direito de autor funcionalizado. In: SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos (coord.). *Direito de autor e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 221.

cenário, ainda que seja tentador pensar que a apreciação da "infração" aos direitos autorais tenha critérios mais objetivos, faz-se mister lembrar que o único competente para reconhecer (ou não) uma "infração" (um ilícito) é o Poder Judiciário, não os particulares por afirmação unilateral.¹¹⁰ E isto é reforçado quando vimos que "o âmbito efetivo de proteção do direito à propriedade autoral (art. 5º, XXVII, da CRFB) surge somente após a consideração das restrições e limitações a ele opostas".¹¹¹

É por todos estes motivos que entendemos que o procedimento de notificação e retirada, como o conhecemos hoje – a partir de sua estruturação nos EUA, sua aplicabilidade nos Tribunais brasileiros e, por fim, sua previsão no Anteprojeto de Reforma à LDA – não satisfaz a condicionante de respeito à liberdade de expressão prevista no § 2º, art. 19, do Marco Civil da Internet. Condicionante que, conforme defendemos ao longo deste trabalho, considerando a natureza de Estatuto do MCI no ordenamento – verdadeira bússola para as demais leis que lidarem com questões relativas ao ambiente digital – e a necessidade do diálogo das fontes, não deve ser mera opção no trato legislativo das "infrações" aos direitos autorais na Internet.¹¹²

Ao não respeitar a condicionante da liberdade de expressão, a adoção do procedimento de notificação e retirada – do modo como o conhecemos hoje, é importante frisar – como sistema para indisponibilizar conteúdos que "infrinjam" direitos autorais é algo que deve ser abolido na legislação futura. Neste sentido, o Brasil tem a oportunidade de buscar alternativas além do modelo previsto no DMCA e, tal qual fez na produção do MCI, inovar tanto na forma de construir a legislação, quanto na redação de seu conteúdo.

¹¹⁰ Por isso ao longo deste trabalho utilizamos o termo "infrações" entre aspas ("_"), pois infração só existe quando é assim declarado pelo Poder Judiciário.

¹¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 964.404/ES*, Obra citada.

¹¹² "Dois movimentos surgem nesse cenário: de um lado, um crescimento sobre a pirataria e como as infrações aos direitos autorais devem ser tratadas de forma rigorosa na legislação; de outro, a compreensão de que não apenas as infrações aos direitos autorais devem ser analisadas, mas também o comportamento dos autores e titulares de direitos autorais, já que os mesmos podem abusar do exercício desse mesmo direito. Nesse debate surge então a necessidade de reconhecer o papel que a liberdade de expressão desempenha e como o desenho de uma ou outra forma de exercício dos direitos autorais pode impactar a manifestação do pensamento. Ao garantir ao autor e ao titular dos direitos autorais a possibilidade de impedir o uso não autorizado de uma criação intelectual, resta claro que essa faculdade legítima pode colidir com outros direitos em especial com a liberdade de expressão. A publicação de uma crítica, o acesso à documentos para pesquisa, a elaboração de uma paródia, a citação de obra artística, dentre diversas outras situações podem servir de exemplos nos quais a interface entre o respeito aos direitos autorais e a manifestação do pensamento se faz evidente. É nesse sentido que se pode compreender o parágrafo segundo do artigo 19 como uma imposição de que, qualquer que seja a solução encontrada para a responsabilização pelos danos causados aos direitos autorais, para evitar esse que esse regime acabe invadindo o campo reservado à manifestação do pensamento, deve ela sempre ter a liberdade de expressão como referência" (SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Obra citada (2015), p. 406 - 407).

Ainda que não seja objetivo deste trabalho responder quais são as alternativas ou as reformas necessárias ao sistema de notificação e retirada¹¹³ – que poderia ser o tema de um trabalho inteiro –, devemos destacar que alguns autores¹¹⁴ já voltaram sua atenção ao que aconteceu no Canadá, país que promoveu uma grande reforma em seu sistema de direito autoral em 2012 (*Copyright Modernization Act*)¹¹⁵ e que, particularmente quanto ao procedimento de retirada de conteúdos que "infringem" direitos autorais na Internet, optou por um sistema que ficou conhecido como *notice and notice* (notificação e notificação), em que não há a suspensão prévia do conteúdo após a notificação do interessado, mas sim a notificação ao acusado de "infração", ou seja, permite-se o contraditório antes da remoção.¹¹⁶ Assim, a princípio, a liberdade de expressão passa ser tratada de modo preferencial, pois está protegida da restrição prévia.

Portanto, embora o Marco Civil da Internet vá completar seis anos de vigência sem que a lei específica prevista no § 2º, art. 19, do MCI, tenha sido elaborada pelo legislador, entendemos que, na falta dela, é dever do Poder Judiciário sempre sopesar a

¹¹³ Vários dos textos citados neste trabalho que criticam o sistema de notificação e retirada trazem recomendações para o aperfeiçoamento do sistema de notificação e retirada. Destacamos: URBAN, Jennifer M. et al. *Obra citada* (2016), p. 121 - 140; URBAN, Jennifer M. et al. *Obra citada* (2006), p. 688 - 693; SELTZER, Wendy. *Obra citada*, p. 226 - 232; SENG, Daniel. *The State Of The Discordant Union: An Empirical Analysis Of DMCA Takedown Notices*. *Virginia Journal of Law & Technology*. Vol. 18, nº 3, 2014, p. 369 - 473. Disponível em: <<http://heinonline.org/>>. Acesso em 26 de junho de 2017, p. 431 - 439; e, REICHMAN, Jerome H.; DINWOODIE, Graeme B.; SAMUELSON, Pamela. *A reverse notice and takedown regime to enable public interest uses of technically protected copyrighted works*. *Berkeley Technology Law Journal*. Vol. 22, Issue 3, p. 981 - 1060. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/>>. Acesso em 17 de julho de 2017.

¹¹⁴ No Brasil, merecem destaque: SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. O controle on-line para coibir violações de direitos autorais. In: SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos; JABUR, Wilson Pinheiro (coord.). *Direito Autoral*. São Paulo: Saraiva/GVLAW, 2014b, p. 304); LEONARDI, Fernanda Stinchi Pascale. *Obra citada*, p. 118 - 121.

¹¹⁵ GERVAIS, Daniel. *The emergence and development of intellectual property law in Canada*. The Oxford Handbook of Intellectual Property Law (online). 2017. Disponível em: <<http://www.oxfordhandbooks.com/>>. Acesso em 17 de julho de 2017, p. 11 - 12.

¹¹⁶ "The NN [notice and notice] provisions correct the most blatant problems associated with a NTD [notice and takedown] system. First, rather than force ISPs to make a (possibly inexpert) decision about copyright liability, the decision is left to the courts. As such, risk adverse ISPs might be less likely to err on the side of taking down allegedly infringing material at the expense of its customers and therefore reduce some of the detrimental effects from unfounded notices. Second, leaving the decision to take down content in the hands of the courts is consistent with the approach to hate propaganda and child pornography under the *Criminal Code*. Third, by not requiring the automatic take down of content, the provision offers a less drastic response to a mere allegation of infringement, rather than a take down remedy which, with nothing more, is equivalent to a remedy for infringement. Finally, it does not presume that infringement problems always involve an intermediary host in a server-client relationship, leaving the door open for NN to apply more broadly to situations where ISP customers might be infringing using highly distributed peer to peer le sharing software" (HAGEN, Gregory R. "Modernizing" ISP Copyright Liability. In: GEIST, Michael (org.). *From "Radical Extremism" To "Balanced Copyright"*: Canadian Copyright and the Digital Agenda (livro em formato PDF). Disponível em: <<http://www.irwinlaw.com/sites/default/files/attached/CCDA%2012%20Hagen.pdf>>. Acesso em: 18 de julho de 2017, p. 390). Igualmente: MARTIN-BARITEAU, Florian. *Internet Intermediaries Liability: a north american perspective /or/ perspectives from the United States and Canada*. In: SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; VIOLA, Mario; LEMOS, Ronaldo (coord.). *Understanding Brazil's Internet Bill of Rights*. Rio de Janeiro, ITS Rio, 2015. Disponível em: <<https://papers.ssrn.com/>>. Acesso em: 17 de julho de 2017, p. 62 - 64).

condicionante da liberdade de expressão nos casos envolvendo direitos autorais na Internet, sobretudo quando se trata de remoção de conteúdos.

7. Bibliografia

ALMEIDA, Guilherme Alberto Almeida de. Marco Civil da Internet - Antecedentes, formulação colaborativa e resultados alcançados. In: ARTESE, Gustavo (Coord.). *Marco Civil da Internet: análise jurídica sob uma perspectiva empresarial*. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2015, p. 19 - 63.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2ª ed. ref. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Fundamento do direito autoral como direito exclusivo. In: SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos; JABUR, Wilson Pinheiro. *Direito Autoral*. São Paulo: Saraiva/GVLAW, 2014, p. 21 - 57.

ASCENSÃO, José de Oliveira. O direito de autor no ciberespaço. In: ASCENSÃO, José de Oliveira. *Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 149 - 171.

BALKIN, Jack M. Digital speech and democratic culture: a theory of freedom of expression for the information society. In: *Yale Law School Legal Scholarship Repository - Faculty Scholarship Series*. Paper 240. 2004. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/240>. Acesso em 18 de junho de 2017.

BARBOSA, Denis Borges. *Direito de Autor: questões fundamentais de direito de autor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão versus direitos de personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: SARLET, Ingo (org.). *Direitos Fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2007, p. 63 - 100.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 10ª ed. rev. atual. reform. até a Emenda Constitucional n. 70/2012. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARBONI, Guilherme. *Função social do direito de autor*. Curitiba: Juruá, 2008.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de Teoria Geral do Direito: o constructivismo lógico-semântico*. São Paulo: Noeses, 2009.

CENTER FOR DEMOCRACY & TECHNOLOGY. *Shielding the messengers: protecting platforms for expression and innovation*. Version 2, 2012. Disponível em: <<https://cdt.org/files/pdfs/CDT-Intermediary-Liability-2012.pdf>>. Acesso em: 16 de julho de 2017.

CHANDER, Anupam. *Free Speech*. Iowa Law Review. Vol. 100, 2015. Disponível em: <<http://heinonline.org/>>. Acesso em 26 de junho de 2017.

CHINELLATO, Silmara J. de A. Marco Civil da Internet e Direito Autoral: responsabilidade civil dos provedores de conteúdo. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coord.). *Direito & Internet III: Marco Civil da Internet*. Tomo II. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 321 a 340.

CRUZ, Francisco Carvalho de Britto. *Direito, Democracia e Cultura Digital: a experiência de elaboração legislativa do Marco Civil da Internet*. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, na área de concentração de Filosofia e Teoria Geral do Direito. São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/>>. Acesso em: 25 de junho de 2017.

CULTURA DIGITAL. *Marco Civil da Internet: seus direitos e deveres em discussão*. Texto-base do Marco Civil. Disponível em: <<http://culturadigital.br/marcocivil/files/2009/11/Texto-base-marco-civil.pdf>>. Acesso em 20 de maio de 2017.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *17 U.S. Code § 512 - Limitations on liability relating to material online (DMCA - Digital Millennium Copyright Act)*. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/17/512>>. Acesso em: 17 de julho de 2017.

GEIGER, Christophe; GRIFFITHS, Jonathan; HILTY, Reto M. Declaração sobre o "Teste dos Três Passos" do Direito do Autor. *Revista da ABPI*. Rio de Janeiro, v. 98, p. 63 - 67, jan/fev. 2009.

GERVAIS, Daniel. *The emergence and development of intellectual property law in Canada*. The Oxford Handbook of Intellectual Property Law (online). 2017. Disponível em: <<http://www.oxfordhandbooks.com/>>. Acesso em 17 de julho de 2017.

GONÇALVES, Victor Hugo Pereira. *Marco civil da internet: comentado*. São Paulo: Atlas, 2017.

GRAU, Eros Roberto. Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 6ª ed. refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2013.

GUZMAN, Frank. The tension between derivative works online protected by fair use and the takedown provisions of the online copyright infringement liability limitation act. *Northwestern Journal of Technology and intellectual property*. Vol. 13, Issue 2, Article 4, 2015. Disponível em: <<http://heinonline.org/>>. Acesso em 26 de junho de 2017.

HAGEN, Gregory R. "Modernizing" ISP Copyright Liability. In: GEIST, Michael (org.). *From "Radical Extremism" To "Balanced Copyright": Canadian Copyright And The Digital Agenda* (livro em formato PDF). Disponível em: <<http://www.irwinlaw.com/sites/default/files/attached/CCDA%2012%20Hagen.pdf>>. Acesso em: 18 de julho de 2017.

HAZELWOOD JR, Charles W. *Fair use and the takedown/ put back provisions of the digital millennium copyright act*. IDEA - Intellectual Property Law Review. Vol. 50, nº 2, 2010. Disponível em: <<http://heinonline.org/>>. Acesso em: 26 de junho de 2017.

KAMINSKI, Margot; PRAKASH, Pranesh. Introductory framework. In: PRAKASH, Pranesh; RIZK, Nagla; SOUZA, Carlos Affonso (org.). *Global Censorship: shifting modes, persisting paradigms*. 2015. Disponível em: <https://law.yale.edu/system/files/area/center/isp/documents/a2k_global-censorship_2.pdf>. Acesso em: 17 de julho de 2017. (Access to knowledge Research Series).

LEMONS, Ronaldo. Uma breve história da Criação do Marco Civil. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coord.). *Direito & Internet III: Marco Civil da Internet*. Tomo I. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 79 - 100.

LEONARDI, Fernanda Stinchi Pascale. A reforma da Lei 9.610/1998 e a responsabilidade civil de intermediários por violação de direitos autorais na Internet. In: NALINI, José Renato (org.). *Propriedade intelectual*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 105 - 125.

LEONARDI, Marcel. Marco Civil da Internet, plataformas digitais e redes sociais. In: ARTESE, Gustavo (Coord.). *Marco Civil da Internet: análise jurídica sob uma perspectiva empresarial*. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2015, p. 277 - 298.

LEONARDI, Marcel. Responsabilidade dos provedores de serviços de internet por atos de terceiros. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. *Responsabilidade civil: responsabilidade civil na internet e nos demais meios de comunicação*. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012/2014, p. 199 - 231.

LIGUORI FILHO, Carlos Augusto. *Tente outra vez: o anteprojeto de reforma da lei de direitos autorais, sua compatibilidade na sociedade de informação e a espera pela reforma que nunca chega*. Dissertação apresentada para título de mestre na FGV-EDESP. São Paulo, 2016.

MAGRANI, Eduardo. *Democracia conectada: a internet como ferramenta de engajamento político-democrático*. Curitiba: Juruá, 2014.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARTIN-BARITEAU, Florian. Internet Intermediaries Liability: a north american perspective /or/ perspectives from the United States and Canada. In: SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; VIOLA, Mario; LEMOS, Ronaldo (coord.). *Understanding Brazil's Internet Bill of Rights*. Rio de Janeiro, ITS Rio, 2015. Disponível em: <<https://papers.ssrn.com/>>. Acesso em: 17 de julho de 2017.

MOLON, Alessandro. *Substitutivo oferecido em Plenário em substituição à Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 2.126, de 2011, do Poder Executivo, que*

"*Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil*". Disponível em: <www.camara.leg.br/internet/agencia/pdf/MCI_2014_02_12_Relatorio.doc>. Acesso em: 10 de abril de 2017.

MONCAU, Luiz Fernando Marrey Moncau. *Liberdade de expressão e direitos autorais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

MORATO, Antonio Carlos; MORAES, Rodrigo. Breve crônica dos riscos de uma lei criada sob o signo da hostilidade à criação intelectual. In: DEL MASSO, Fabiano; ABRUSIO, Juliana; FLORENCIO FILHO, Marco Aurélio (coord.). *Marco Civil da Internet: lei 12.965/2014*. São Paulo: RT, 2014, p. 207 a 232.

MULLIGAN, Christina. Using Copyright Law to censor speech. In: PRAKASH, Pranesh; RIZK, Nagla; SOUZA, Carlos Affonso (org.). *Global Censorship: shifting modes, persisting paradigms*. 2015. Disponível em: <<https://law.yale.edu/>>. Acesso em: 17 de julho de 2017. (Access to knowledge Research Series).

NETANEL, Neil Weinstock. *Copyright's paradox*. New York: Oxford University Press, 2008.

PEREIRA, Alexandre Libório Dias. *Direitos de autor e liberdade de informação*. Coimbra: Almedina, 2008.

REICHMAN, Jerome H.; DINWOODIE, Graeme B.; SAMUELSON, Pamela. *A reverse notice and takedown regime to enable public interest uses of technically protected copyrighted works*. Berkeley Technology Law Journal. Vol. 22, Issue 3, p. 981 - 1060. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/>>. Acesso em 17 de julho de 2017.

REIS, Jorge Renato dos; PIRES, Eduardo. O direito de autor funcionalizado. In: SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos (coord.). *Direito de autor e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 199 - 225.

SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. As limitações aos direitos autorais. In: SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos; JABUR, Wilson Pinheiro (coord.). *Direito Autoral*. São Paulo: Saraiva/GVLAW, 2014a, p. 59 - 101.

SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. Direito de autor e liberdade de expressão. In: SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos (coord.). *Direito de autor e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 129 - 158.

SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. O controle *on-line* para coibir violações de direitos autorais. In: SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos; JABUR, Wilson Pinheiro (coord.). *Direito Autoral*. São Paulo: Saraiva/GVLAW, 2014b, p. 281 - 312.

SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. Responsabilidade civil do provedor pela violação de direitos intelectuais na internet. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. *Responsabilidade civil na internet e nos demais meios de comunicação*. 2ª ed. 2ª Tiragem. São Paulo: Saraiva/GVLAW, 2012/2014, p. 235 - 274.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel. Comentário ao artigo 5º, inciso IV. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 252 - 259.

SARMENTO, Daniel. Comentário ao artigo 5º, inciso IX. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 273 - 276.

SELTZER, Wendy. *Free speech unmoored in copyright's safe harbor: chilling effects of the DMCA on the first amendment*. Harvard Journal of Law & Technology. Vol. 24. Number 1. Fall 2010. p. 171 - 232. Disponível em: <<https://papers.ssrn.com/>>. Acesso em: 26 de junho de 2017.

SENG, Daniel. *The State Of The Discordant Union: An Empirical Analysis Of DMCA Takedown Notices*. Virginia Journal of Law & Technology. Vol. 18, nº 3, 2014, p. 369 - 473. Disponível em: <<http://heinonline.org/>>. Acesso em 26 de junho de 2017.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, José Afonso da. *O constitucionalismo brasileiro: evolução institucional*. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVEIRAS, Raphael de Souza. *Consultas públicas para o Marco Civil da Internet e Reforma da Lei de Direito Autoral: a relação entre direito, Internet e Estado na contemporaneidade*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Instituto de Filosofia e Ciências Humanas para obtenção do Título de Mestre em Sociologia, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2014.

SOUZA, Allan Rocha de. Os direitos fundamentais, os direitos autorais e a busca pelo equilíbrio. In: GRAU-KUNTZ, Karin; BARBOSA, Denis Borges. *Ensaaios sobre o Direito Imaterial: estudos dedicados a Newton Silveira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 69 - 89.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. *Abuso do direito nas relações privadas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. As cinco faces de proteção à liberdade de expressão no Marco Civil da Internet. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coord.). *Direito & Internet III: Marco Civil da Internet*. Tomo II. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 377 - 408.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Direitos autorais, tecnologia e transformações na criação e no licenciamento de obras intelectuais. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (coord.). *Direito Privado e Internet*. São Paulo: Atlas, 2014a, p. 455 - 480.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; LEMOS, Ronaldo. *Marco Civil da Internet: construção e aplicação*. Disponível em: <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2017/02/marco_civil_construcao_aplicacao.pdf>. Acesso em: 29 de março de 2017.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. *O abuso do direito autorial*. Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2009.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Responsabilidade civil dos provedores de acesso e de aplicações de internet: evolução jurisprudencial e os impactos da Lei 12.695/2014 (Marco Civil da Internet). In: SALOMÃO LEITE, George; LEMOS, Ronaldo (Coord.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014b, p. 791 - 816.

STEINMETZ, Wilson. Comentário ao artigo 5º, inciso XIV. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 300 - 302.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações de Direito Civil na experiência brasileira. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 21 - 46.

URBAN, Jennifer M.; QUILTER, Laura. *Efficient process or "chilling effects"? Takedown notices under section 512 of the Digital Millennium Copyright Act*. Santa Clara Computer & High Tech. Vol. 22. 2006. Disponível em: <<https://papers.ssrn.com/>>. Acesso em: 26 de junho de 2017.

URBAN, Jennifer M.; KARAGANIS, Joe; SCHOFIELD, Brianna L.. *Notice and Takedown in Everyday Practice*. UC Berkeley Public Law Research. Paper nº 2755628, 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2755628>>. Acesso em 26 de junho de 2017.

VASCONCELOS, Cláudio Lins de. Novos rumos do direito autoral brasileiro. In: NALINI, José Renato (org.). *Propriedade intelectual*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 63 - 90.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

WACHOWICZ, Marcos; SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos (org.). *Estudos de direito de autor: a revisão da Lei de Direitos Autorais*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010.

WACHOWICZ, Marcos (org.). *Por que mudar a Lei de Direito Autoral? Estudos e Pareceres*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.

civilistica.com

Recebido em: 21.4.2020

Aprovado em:

26.4.2021 (1º parecer)

28.4.2021 (2º parecer)

Como citar: KANAYAMA, Ricardo Alberto A liberdade de expressão do Marco Civil da Internet e o procedimento de notificação e retirada para as "infrações" aos direitos autorais. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 10, n. 1, 2021. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-liberdade-de-expressao-do-marco-civil/>>. Data de acesso.