

10/09/2021 14:15


ENC: Ofício nº 141/2021-PCO. Parecer a... - Jacqueline de Souza Alves da Silva

ENC: Ofício nº 141/2021-PCO. Parecer acerca da inconstitucionalidade da Medida Provisória n.º 1.068/2021.

Presidência

qui 09/09/2021 10:13

Para: Jacqueline de Souza Alves da Silva <JACQUES@senado.leg.br>;

 2 anexos

Parecer inconstitucionalidade MP 1068.pdf; Ofício 141. Presidente do Senado. Encaminha parecer sobre inconstitucionalidade MP 1068 (1).pdf;

Jonas Marques Pimentel

Presidência do Senado Federal

Edifício Principal

70165-900 Brasília/DF

Telefone: + 55 (61) 3303-5281

De: CFOAB.Procuradoria Constitucional [mailto:pc@oab.org.br]

Enviada em: quarta-feira, 8 de setembro de 2021 21:08

Para: Presidência <presidente@senado.leg.br>

Cc: CFOAB.Procuradoria Constitucional <pc@oab.org.br>

Assunto: Ofício nº 141/2021-PCO. Parecer acerca da inconstitucionalidade da Medida Provisória n.º 1.068/2021.

Prezados/as,

Encaminhamos, em anexo, o Ofício nº 141/2021-PCO, juntamente com parecer acerca da inconstitucionalidade da Medida Provisória n.º 1.068/2021, a ser remetido ao Excelentíssimo Senhor Presidente do Senado Federal, Senador Rodrigo Pacheco.

Atenciosamente,

Procuradoria Constitucional – PCO

Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil

Este e-mail foi verificado pelo Anti-Virus Bitdefender.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Ofício n. 141/2021-PCO.

Brasília, 08 de setembro de 2021.

Ao Exmo. Sr.
Senador da República **Rodrigo Pacheco**
Presidente do Senado Federal
Brasília - DF

Assunto: **Encaminhamento de parecer a respeito da inconstitucionalidade da Medida Provisória n.º 1.068/2021.**

Senhor Presidente do Senado Federal,

Cumprimentando-o cordialmente, dirigimo-nos a V. Exa. para encaminhar parecer deste Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil a respeito da inconstitucionalidade da Medida Provisória n.º 1.068/2021.

Certos de contar com a sua atenção, colhemos o ensejo para renovar protestos de elevada estima e distinta consideração.

Atenciosamente,

Felipe Santa Cruz Oliveira Scaletsky
Presidente Nacional da OAB
OAB/RJ 95.573

Marcus Vinicius Furtado Coelho
Presidente da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais
OAB/DF 18.958



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D.F.

Parecer
PCO/OAB

Assunto: Inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 1.068, de 6 de setembro de 2021. Marco Civil da internet. Violação das liberdades de expressão e informação, e das garantias da livre iniciativa e livre concorrência. Disseminação de desinformação e de discursos que atentem contra a ordem democrática.

I. CONTEXTO FÁTICO

Em 6.9.2021 foi publicada, no Diário Oficial da União, a Medida Provisória nº 1.068. Em suma, a Medida Provisória altera a Lei nº 12.965/2014, de 23 de abril de 2014 (“Marco Civil da Internet”), para, dentre outras disposições, limitar a atuação espontânea e extrajudicial – isto é, sem ordem judicial – dos provedores de redes sociais para a remoção ou indisponibilização de conteúdo e suspensão de contas de usuários, seja em decorrência de violação à lei, seja em razão da violação ao contrato que rege a relação privada com os seus usuários.

Isso porque, sob o suposto objetivo de preservar a liberdade de expressão e resguardar contas em serviços de redes sociais, a Medida Provisória arbitrariamente estabelece **exaustivamente** quais seriam as condutas e os conteúdos compartilhados por usuários de redes sociais que seriam passíveis de moderação, ou seja, de suspensão ou remoção, respectivamente, sem ordem judicial.

A Medida Provisória, à toda evidência, **visa proibir as plataformas de atuarem espontaneamente no combate à desinformação**, à disseminação de informações inverídicas relacionadas a questões de saúde pública e também a discursos tendentes a fragilizar a ordem democrática e integridade do processo eleitoral brasileiro, haja vista que condutas e conteúdos dessa natureza não se encontram nas hipóteses de “justa causa” para a atuação das plataformas sem intervenção judicial.



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D.F.

Além disso, forçoso reconhecer que limitam a atuação das redes sociais na prevenção e repressão aos atos de preconceito ou de discriminação praticados contra pessoas integrantes de grupos sociais vulneráveis, uma vez que só autoriza a moderação de conteúdo quando há incitação de atos de ameaça ou violência ou se enquadrem exclusivamente em tipos penais de ação pública incondicionada, não abarcando o discurso de ódio de maneira geral.

Nesse sentido, os artigos 8-B e 8-C da Medida Provisória estabelecem uma **lista exaustiva de hipóteses** que caracterizariam justa causa para a atuação espontânea das plataformas, a possibilitar, sem intervenção judicial, a suspensão de contas ou perfis ou de conteúdo¹.

¹ “Art. 8º-aB Em observância à liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, a exclusão, o cancelamento ou a suspensão, total ou parcial, dos serviços e das funcionalidades da conta ou do perfil de usuário de redes sociais somente poderá ser realizado com justa causa e motivação.

§ 1º Considera-se caracterizada a justa causa nas seguintes hipóteses:

I - inadimplemento do usuário;

II - contas criadas com o propósito de assumir ou simular identidade de terceiros para enganar o público, ressalvados o direito ao uso de nome social e à pseudonímia e o explícito ânimo humorístico ou paródico;

III - contas preponderantemente geridas por qualquer programa de computador ou tecnologia para simular ou substituir atividades humanas na distribuição de conteúdo em provedores;

IV - prática reiterada das condutas previstas no art. 8º-C;

V - contas que ofereçam produtos ou serviços que violem patente, marca registrada, direito autoral ou outros direitos de propriedade intelectual; ou

VI - cumprimento de determinação judicial.

§ 2º O usuário deverá ser notificado da exclusão, do cancelamento ou da suspensão, total ou parcial, dos serviços e das funcionalidades da conta ou do perfil.

§ 3º A notificação de que trata o § 2º:

I - poderá ocorrer por meio eletrônico, de acordo com as regras de uso da rede social;

II - ocorrerá de forma prévia ou concomitante à exclusão, ao cancelamento ou à suspensão, total ou parcial, dos serviços e das funcionalidades da conta ou do perfil; e

III - conterá a identificação da medida adotada, a motivação da decisão e as informações sobre prazos, canais eletrônicos de comunicação e procedimentos para a contestação e a eventual revisão pelo provedor de redes sociais.

§ 4º As medidas de que trata o caput também poderão ser adotadas a requerimento do próprio usuário, de seu representante legal ou de seus herdeiros, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas na legislação.” (NR)

“Art. 8º-C Em observância à liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, a exclusão, a suspensão ou o bloqueio da divulgação de conteúdo gerado por usuário somente poderá ser realizado com justa causa e motivação.

§ 1º Considera-se caracterizada a justa causa nas seguintes hipóteses:

I - quando o conteúdo publicado pelo usuário estiver em desacordo com o disposto na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990;

II - quando a divulgação ou a reprodução configurar:

a) nudez ou representações explícitas ou implícitas de atos sexuais;

b) prática, apoio, promoção ou incitação de crimes contra a vida, pedofilia, terrorismo, tráfico ou quaisquer outras infrações penais sujeitas à ação penal pública incondicionada;



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D.F.

Na verdade, é possível concluir do cotejamento da Medida Provisória e das motivações expressas pelo Poder Executivo que o objetivo da medida é coibir que os provedores de redes sociais possam agir espontaneamente para combater verdadeiras manifestações abusivas e ilegais contra a ordem democrática, o processo eleitoral ou a saúde pública que sejam, contudo, simpáticas às preferências do governo atual. Também visa coibir a moderação do discurso de ódio, que atualmente é instrumentalizado para a radicalização política e partidária, corroendo o debate político público democrático. Com devido respeito, tal proceder **revela severo vício de desvio de finalidade contrário aos princípios da administração pública** definidos pela Constituição Federal.

A simples leitura da Medida Provisória deixa transparecer a sua evidente **inconstitucionalidade formal e material**, uma vez que:

-
- c) apoio, recrutamento, promoção ou ajuda a organizações criminosas ou terroristas ou a seus atos;
 - d) prática, apoio, promoção ou incitação de atos de ameaça ou violência, inclusive por razões de discriminação ou preconceito de raça, cor, sexo, etnia, religião ou orientação sexual;
 - e) promoção, ensino, incentivo ou apologia à fabricação ou ao consumo, explícito ou implícito, de drogas ilícitas;
 - f) prática, apoio, promoção ou incitação de atos de violência contra animais;
 - g) utilização ou ensino do uso de computadores ou tecnologia da informação com o objetivo de roubar credenciais, invadir sistemas, comprometer dados pessoais ou causar danos a terceiros;
 - h) prática, apoio, promoção ou incitação de atos contra a segurança pública, defesa nacional ou segurança do Estado;
 - i) utilização ou ensino do uso de aplicações de internet, sítios eletrônicos ou tecnologia da informação com o objetivo de violar patente, marca registrada, direito autoral ou outros direitos de propriedade intelectual;
 - j) infração às normas editadas pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária referentes a conteúdo ou material publicitário ou propagandístico;
 - k) disseminação de vírus de **software** ou qualquer outro código de computador, arquivo ou programa projetado para interromper, destruir ou limitar a funcionalidade de qualquer recurso de computador; ou
 - l) comercialização de produtos impróprios ao consumo, nos termos do disposto no § 6º do art. 18 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990;
- III - requerimento do ofendido, de seu representante legal ou de seus herdeiros, na hipótese de violação à intimidade, à privacidade, à imagem, à honra, à proteção de seus dados pessoais ou à propriedade intelectual; ou
- IV - cumprimento de determinação judicial.
- § 2º O usuário deverá ser notificado da exclusão, da suspensão ou do bloqueio da divulgação de conteúdo por ele gerado.
- § 3º A notificação de que trata o § 2º:
- I - poderá ocorrer por meio eletrônico, de acordo com as regras de uso da rede social;
 - II - ocorrerá de forma prévia ou concomitante à exclusão, à suspensão ou ao bloqueio da divulgação de conteúdo; e
 - III - conterá a identificação da medida adotada, a motivação da decisão e as informações sobre prazos, canais eletrônicos de comunicação e procedimentos para a contestação e a eventual revisão pelo provedor de redes sociais.
- § 4º As medidas de que trata o **caput** também poderão ser adotadas a requerimento do próprio usuário, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas na legislação."



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D.F.

- i. Não foram preenchidos os pressupostos constitucionais de urgência e relevância, a justificar a sua edição, nos termos do artigo 62 da Constituição Federal;
- ii. Há flagrante violação aos artigos 1º, inciso IV, 170, *caput* e inciso IV, da Constituição Federal, os quais asseguram a livre concorrência e a livre iniciativa;
- iii. Há violação dos artigos 1º, inciso IV, que traz como fundamento da República a dignidade da pessoa humana, e artigo 3º, inciso IV, que traz como objetivo fundamental promover o bem de todos sem quaisquer tipos de preconceito ou moderação, ao limitar a moderação do discurso de ódio restringindo apenas à possibilidade de moderação a violência ou ameaça ou quando configurar crime sujeito a ação penal incondicionada;
- iv. Há violação dos artigos 5º, incisos XIV (acesso à informação), XXIII (função social da propriedade) quando impede que os provedores de redes sociais possam agir espontaneamente para combater campanhas de desinformações que comprometem a saúde pública e a ordem democrática;
- v. E, por fim, violação ao artigo 5º, incisos IV, IX, XIV, ao art. 206, II, e ao art. 220 e §§ 1º e 2º, todos da Constituição Federal, quando, à pretexto de defender a liberdade de expressão nas redes sociais, a Medida Provisória cria sanções a serem aplicadas pela administração pública federal, que supervisionará a atividade de moderação sem transparência, sem debate público ou previsão de qualquer forma de controle social podendo as sanções previstas serem aplicadas dando toda a margem para arbitrariedade uma vez que o texto prevê a aplicação de sanções “pela autoridade administrativa, no âmbito de suas competências, **isolada ou cumulativamente, inclusive por medida cautelar, antecedente ou incidente de procedimento administrativo.**” Nota-se que as sanções são **gravíssimas, chegando à proibição do exercício das atividades.** O efeito de tal medida é o controle da moderação do conteúdo pela administração pública federal, uma vez que as sanções do diploma legal foram construídas de modo a limitar os provedores a adotarem a visão do órgão sancionador, para sua segurança jurídica, caracterizando controle prévio e apriorístico do debate público nas redes sociais (2).

2. Art. 28-A. Sem prejuízo das demais sanções cíveis, criminais ou administrativas, as infrações às normas previstas nos art. 8º-A, art. 8º-B, art. 8º-C, art. 10 e art. 11 ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções:

I - advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas;



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D.F.

Além de flagrantemente inconstitucional, a Medida Provisória constitui verdadeiro **retrocessos legislativo**, uma vez que modifica a sistemática atualmente vigente à luz do Marco Civil da Internet – a qual, ressalte-se, foi intensamente debatida pela sociedade e pelos Poderes Legislativo e Executivo por mais de 5 (cinco) anos –, de forma a representar grave e injustificável interferência nos mecanismos utilizados pelos provedores de aplicação de Internet.

Diferentemente do que se tem equivocadamente afirmado, o artigo 19, §1º, do Marco Civil da Internet, não proíbe a remoção ativa e espontânea, pelos provedores de aplicação de Internet, incluindo as redes sociais, de conteúdo gerado por seus usuários, sendo necessária uma ordem judicial apenas para a criação da obrigação de remoção de conteúdo sob pena de responsabilização civil. **E é justamente essa liberdade e possibilidade de atuação extrajudicial dos provedores de redes sociais que será proibida pela Medida Provisória.**

Com a disseminação do uso da Internet como forma de acesso à informação e interação entre usuários, as plataformas passaram a ser cobradas para atuarem na promoção de ambientes digitais saudáveis e no combate à desinformação. Assim, tendo em vista que a liberdade de expressão não compreende um direito absoluto, a sistemática do Marco Civil da Internet autoriza as plataformas a adotarem medidas restritivas a publicações que ofendam gratuitamente terceiros, divulguem conteúdo íntimo ou compreendam as chamadas “fake news”, além de uma série de outras condutas que possam violar os seus termos, sem que haja a necessidade de intervenção do Poder Judiciário sobre a questão.

Mais do que aceitáveis, **essas medidas são desejáveis**, sobretudo porque buscam precipuamente a proteção dos próprios usuários da Internet. Tanto assim é que se

II - multa de até dez por cento do faturamento do grupo econômico no País em seu último exercício, excluídos os tributos, considerados a condição econômica do infrator e o princípio da proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção;

III - multa diária, observado o limite total a que se refere o inciso II;

IV - suspensão temporária das atividades que envolvam os atos previstos no art. 11; ou

V - proibição de exercício das atividades que envolvam os atos previstos no art. 11.

§ 1º Na hipótese de empresa estrangeira, responde solidariamente pelo pagamento da multa de que trata o caput filial, a sucursal, o escritório ou o estabelecimento situado no País.

§ 2º As sanções previstas neste artigo serão aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de suas competências, isolada ou cumulativamente, inclusive por medida cautelar, antecedente ou incidente de procedimento administrativo.

§ 3º As sanções previstas neste artigo serão aplicadas de forma proporcional, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, e dependerão de procedimento administrativo, assegurados a ampla defesa e o contraditório." (NR)



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D.F.

discute, em diversos projetos de lei, a criminalização da conduta de quem publica ou compartilha conteúdo que possa ser considerado como *fake news* até a obrigação de remoção de conteúdo de plataformas online e redes sociais sem qualquer avaliação pelo Poder Judiciário, o que evidencia uma tentativa de solução atabalhoada e imediatista.³

Com efeito, a redação das regras e diretrizes que regem o uso dos provedores de redes sociais – pessoas jurídicas de direito privado – e a vinculação de seus usuários a elas compreendem contratos e, portanto, devem ser regulados pela **autonomia da vontade** e pela **liberdade contratual**, amparadas pela Constituição Federal como resultado da livre iniciativa, fundamento da ordem econômica e da própria República.

De fato, a faculdade garantida pelo Marco Civil da Internet para que os provedores de redes sociais tenham um espaço de liberdade para definirem regras de conduta e políticas de moderação de conteúdo, dentro dos parâmetros da Constituição Federal, nada mais é do que a potencialização da livre iniciativa e livre concorrência. Diferentes plataformas podem decidir atuar de maneira diversa quanto à moderação de conteúdo, permitirem ou não determinados temas, experimentarem abordagens diferentes e se apresentarem aos consumidores de maneira distinta.

Essa escolha do Marco Civil garante um ciclo virtuoso em que a livre iniciativa e a livre concorrência favorecem a competição entre as plataformas, inclusive no que se refere à moderação de conteúdos, permitindo maior poder de escolha aos consumidores. Estes tenderão a optar por plataformas que propiciem um ambiente adequado aos seus interesses e perfil, o que, portanto, favorecerá a pluralidade, a diversidade do discurso público e as liberdades de expressão e informação.

Diante disso, a Medida Provisória constitui verdadeira intromissão injustificada na atividade econômica lícita exercida pelos provedores de redes sociais, além de prejudicar severamente o ciclo virtuoso de auto reforço de direitos fundamentais articulado a partir do Marco Civil da Internet.

Imprescindível, ainda, a constatação de que a Medida Provisória certamente trará **severos reflexos sociais** a todo o ecossistema da Internet, sobretudo diante de um cenário de grave crise de saúde pública global, crise política e proximidade das eleições presidenciais.

³ É o caso do anteprojeto de lei de iniciativa do Senado Federal, que pretende (i) definir o que deva ser considerado fake news, (ii) alterar o Código Penal para tipificar a conduta de divulgação ou compartilhamento de fake news como crime; e (iii) alterar o Marco Civil da Internet para prever a obrigação de remoção, pelas plataformas online e pelas redes sociais, de conteúdo que pode caracterizar *fake news*, mediante mera notificação de qualquer interessado e sem qualquer valoração de sua ilicitude pelo Poder Judiciário.



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D.F.

É o relatório.

II. DA INCONSTITUCIONALIDADE DA MP 1.068/2021

As medidas provisórias são atos normativos que **têm caráter e força de lei**. Por força do artigo 62 da Constituição Federal, o Presidente da República pode, em situações de *relevância e urgência*, editar medidas provisórias, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional: “Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.”

O Supremo Tribunal Federal “*admite, em caráter excepcional, a declaração de inconstitucionalidade de medida provisória quando se comprove abuso da competência normativa do Chefe do Executivo, pela ausência dos requisitos constitucionais de relevância e urgência*”. Vide ementa exemplificativa:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA N. 558/2012. CONVERSÃO NA LEI N. 12.678/2012. INÉPCIA DA INICIAL E PREJUÍZO DA ACÇÃO QUANTO AOS ARTS. 6º E 11 DA MEDIDA PROVISÓRIA N. 558/2012 E AO ART. 20 DA LEI N. 12.678/2012. POSSIBILIDADE DE EXAME DOS REQUISITOS CONSTITUCIONAIS PARA O EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA EXTRAORDINÁRIA NORMATIVA DO CHEFE DO EXECUTIVO. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DE RELEVÂNCIA E URGÊNCIA. ALTERAÇÃO DA ÁREA DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO POR MEDIDA PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. CONFIGURADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIOAMBIENTAL. ACÇÃO PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA PARTE, JULGADA PROCEDENTE, SEM PRONÚNCIA DE NULIDADE.

1. Este Supremo Tribunal manifestou-se pela possibilidade e análise dos requisitos constitucionais para a edição de medida provisória após a sua conversão em lei.

2. **A jurisprudência deste Supremo Tribunal admite, em caráter excepcional, a declaração de inconstitucionalidade de medida provisória quando se comprove abuso da competência normativa do Chefe do Executivo, pela ausência dos requisitos constitucionais de relevância e urgência. Na espécie, na exposição de motivos da medida provisória não se demonstrou, de forma suficiente, os requisitos constitucionais de urgência do caso.**



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

3. As medidas provisórias não podem veicular norma que altere espaços territoriais especialmente protegidos, sob pena de ofensa ao art. 225, inc. III, da Constituição da República.

4. As alterações promovidas pela Lei n. 12.678/2012 importaram diminuição da proteção dos ecossistemas abrangidos pelas unidades de conservação por ela atingidas, acarretando ofensa ao princípio da proibição de retrocesso socioambiental, pois atingiram o núcleo essencial do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto no art. 225 da Constituição da República. 5. Ação direta de inconstitucionalidade parcialmente conhecida e, nessa parte, julgada procedente, sem pronúncia de nulidade.”(STF, ADI 4717, Relator(a):

CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 05/04/2018)

Outro conjunto de limitações é extraído da interpretação sistemática e teleológica dos artigos 62 e 68 da Constituição. O art. 68, § 1º, proíbe o uso de leis delegadas para disciplinar determinados temas, conformando uma *reserva de lei formal*. Sendo vedado o tratamento dessas questões por lei delegada – que não tem efeitos imediatos, depende de prévia autorização do Congresso e ainda pode ser condicionada à apreciação do Legislativo (art. 68, *caput* e §§ 2º e 3º) –, o mesmo se aplica, e com ainda maior razão, às medidas provisórias⁴. Como observou o Ministro Alexandre de Moraes em obra doutrinária, “*se o legislador constituinte entendeu indelegáveis essas matérias pelo Poder Legislativo ao Poder Executivo, lógica e coerentemente, não seria cabível manter a possibilidade de o Presidente da República, unilateralmente por medidas provisórias, discipliná-las*”⁵.

A necessidade – mais do que a possibilidade – de controle constitucional de medidas provisórias pelo Poder Judiciário restou assegurada em voto do I. Ministro LUIZ FUX, na ocasião do julgamento da ADI nº 4.029, no qual salientou-se que a edição de medidas provisórias sem os pressupostos constitucionais gera **efeitos deletérios à atuação do Congresso Nacional e à própria ordem social**, servindo o controle de constitucionalidade como verdadeiro mecanismo de “*manutenção da Democracia e do equilíbrio entre os três baluartes da República*”. Confira-se:

⁴ V., e.g., Edilson Pereira Nobre Júnior, *Medidas provisórias*, 2000, p. 201; Clèmerson Merlin Cléve, *Atividade legislativa do Poder Executivo*, 2011, p. 182.

⁵ Alexandre de Moraes, *Direito constitucional*, 2020, p. 750. Como apontou Paulo de Barros Carvalho, em obra anterior à EC nº 32/2001, “o expediente que o constituinte afastou das mãos do Presidente da República, por meio de lei delegada, forma legítima e tradicional de manifestação do Poder Legislativo, certamente que não o entregaria para que fosse utilizado por intermédio de medida provisória” (Paulo de Barros Carvalho, *Medidas provisórias*, *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura* 4 (12):385-392, 2020. Disponível em: <https://rdai.com.br/index.php/rdai/article/view/270>. Acesso em: 27 ago. 2021).



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

(...) A atuação do Judiciário no controle da existência dos requisitos constitucionais de edição de Medidas Provisórias, ao contrário de denotar ingerência contramajoritária nos mecanismos políticos de diálogo dos outros Poderes, **serve à manutenção da Democracia e do equilíbrio entre os três baluartes da Republica**. John Hart Ely explicita de forma precisa o papel do Judiciário no jogo democrático: “*Courts thus should ensure not on-ly that administrators follow those legislative policy directions that do exist (...) but also that such directions are given*” (em tradução livre: “*As Cortes, então, deveriam assegurar não somente que os administradores sigam essas orientações políticas dadas pelo Legislativo já existentes, mas também que tais orientações sejam dadas*”). Democracy and Distrust – A Theory of Judicial Review. Cambridge: Harvard University Press, 2002. p. 133).

O Supremo Tribunal Federal, nesta esteira, deve assegurar que o Legislativo não se torne um simples anexo do Executivo, subserviente e pouco ativo, que se limite a apreciar, na maior parte do tempo, as medidas materialmente legislativas adotadas pelo Chefe da Administração.

A má utilização dos provimentos de urgência pelo Executivo pode gerar efeitos indesejados, não somente para a ordem social, mas igualmente para a dinâmica decisória das Casas parlamentares, com constantes trancamentos de pauta e apressando a deliberação sobre temas que demandariam maior reflexão. (...)

In casu, o abuso do poder de editar Medidas Provisórias afigura-se evidenciado de forma patente, sendo impossível defender com seriedade que a criação de um ente para desincumbir-se das mesmas atribuições de autarquia já em operação revista-se da urgência necessária para afastar a adoção do rito legislativo ordinário. [...] (ADI nº 4029, Rel. Min. LUIZ FUX, julgado em 08/03/2012, DJe 26/06/2012 – sem ênfase no original)

O rigor dos requisitos previstos para a edição de medidas provisórias destina-se justamente a assegurar, dentre outros princípios norteadores do ordenamento jurídico pátrio, **a observância ao Princípio da Separação dos Poderes (artigo 2º da Constituição Federal)**, na esteira do qual a atribuição atípica da função legislativa ao Chefe do Poder Executivo deve ser interpretada **dentro dos estritos limites fixados pela Constituição Federal**, que garantem seu exercício em caráter excepcional.



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D.F.

Nas palavras do I. Ministro CELSO DE MELLO⁶, “a possibilidade de controle jurisdicional, mesmo sendo excepcional, apoia-se na necessidade de impedir que o Presidente da República, ao editar medidas provisórias, incida em excesso de poder ou em situação de manifesto abuso institucional, pois o sistema de limitação de poderes não permite que práticas governamentais abusivas venham a prevalecer sobre os postulados constitucionais que informam a concepção democrática de Poder e de Estado, especialmente naquelas hipóteses em que se registrar o exercício anômalo e arbitrário das funções estatal”. Confira-se:

(...) O exercício dessa excepcional prerrogativa presidencial, precisamente porque transformado em inaceitável prática ordinária de governo, torna necessário – em função dos paradigmas constitucionais, que, de um lado, consagram a separação de poderes e o princípio da liberdade e que, de outro, repelem a formação de ordens normativas fundadas em processo legislativo de caráter autocrático – que se imponha moderação no uso da extraordinária competência de editar atos com força de lei, outorgada, ao Chefe do Poder Executivo da União, pelo art. 62 da Constituição da República.

Desse modo, e mesmo que o exercício (sempre excepcional) da atividade normativa primária pelo Poder Executivo possa justificar-se em situações absolutamente emergenciais, abrandando, em tais hipóteses, “o monopólio legislativo dos Parlamentos” (RAUL MACHADO HORTA, “Medidas Provisórias”, in Revista de Informação Legislativa, vol. 107/5), ainda assim revela-se profundamente **inquietante** – na perspectiva da experiência institucional brasileira – o progressivo controle hegemônico do aparelho de Estado, decorrente da superposição da vontade unipessoal do Presidente da República, em função do exercício imoderado da competência extraordinária que lhe conferiu o art. 62 da Constituição.

(...)

Eventuais dificuldades de ordem política – exceto quando verdadeiramente presentes razões constitucionais de urgência, necessidade e relevância material – não podem justificar a utilização de medidas provisórias, sob pena de o Executivo, além de apropriar-se ilegitimamente da mais relevante função institucional que pertence ao Congresso Nacional, converter-se em instância hegemônica de poder no âmbito da comunidade estatal, afetando, desse modo, com grave prejuízo para o regime das liberdades públicas e sérios reflexos sobre o sistema de *checks and balances*, a relação de equilíbrio que necessariamente deve existir entre os Poderes da República.

(...)

Vê-se, pois que a relevância e a urgência – que se revelam noções redutíveis à categoria de conceitos relativamente indeterminado – qualificam-se como **pressupostos constitucionais legitimadores da edição das medidas**

⁶ ADI nº 2213-MC, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 23/04/2004



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D.F.

provisórias. Constituem requisitos condicionantes do exercício desse poder extraordinário de legislar que a Carta Política outorgou ao Presidente da República.

Tratando-se de requisitos de índole constitucional, cabe, ao Supremo Tribunal Federal, em cada caso ocorrente, analisar a configuração desses pressupostos, cuja existência se revela essencial ao processo de legitimação do exercício, pelo Presidente da República, do seu poder de editar medidas provisórias. (...)

Trata-se assim de ato normativo federal primário e abstrato e, diante disso, assentada a possibilidade de controle judicial das medidas provisórias, não resta qualquer dúvida quanto ao cabimento da presente ação direta de inconstitucionalidade, com fundamento nos artigos 102, inciso I, alínea *a*⁷, e 103 da Constituição Federal, e artigos 2º e seguintes da Lei nº 9.868/1999.

Como se nota de todo o exposto, mostra-se incabível o tratamento da matéria via Medida Provisória, sendo incontestável sua inconstitucionalidade formal e material, o que se passa a minudenciar.

II.I. DA INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL: INEXISTÊNCIA DE RELEVÂNCIA E URGÊNCIA PARA EDIÇÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA

Ao conferir ao Presidente da República a possibilidade de editar medidas provisórias com força de lei, o artigo 62 da Constituição Federal estabelece como requisitos formais – cumulativos e simultâneos – dessa espécie normativa a **relevância** e a **urgência** do caso. Por se tratar de medida excepcional e atípica do Poder Executivo, natural que sejam demonstrados os pressupostos capazes de justificar a sua edição.

Esses pressupostos, como bem observados pela I. Ministra CARMEN LÚCIA, não são “*conceitos vagos ou despojados de conteúdo comprovável em cada caso; antes, são conceitos cuja precisão se põe como possível e imprescindível em cada situação na qual se pretendam utilizá-los*”.⁸

⁷ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”

⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Medidas provisórias e princípio da separação de poderes. In: Direito contemporâneo: estudos em homenagem a Oscar Dias Corrêa, p. 44-69. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 62)



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D.F.

Nas palavras da I. Ministra, a **relevância** exigida é a “*circunstância constatada como de necessidade imperiosa na sociedade e a ser objeto de um cuidado normativo*”. Tal circunstância “*tem de ser objetivamente demonstrativa de uma necessidade social de importância insuperável por outra medida que não aquela de natureza normativa (com força de lei) adotada, provisoriamente, pelo Presidente da República*”.

No tocante à **urgência**, restará configurada “*somente quando a necessidade social imperiosa for urgente e demandar uma imediata resposta por meio da adoção da medida normativa presidencial*”. Significa dizer que “*se o cuidado normativo de uma determinada matéria a incidir sobre uma circunstância social puder aguardar pelo menos o prazo mínimo para a tramitação urgente de um projeto de lei (hoje fixado em 45 dias), é evidente não se poder fazer uso do instituto da medida provisória por carência de um dos seus pressupostos*”. Confira-se:

(...) 11. O primeiro pressuposto estabelecido na Constituição para o exercício da competência normativa do Presidente da República para adotar medida provisória é a existência de uma circunstância de relevância – ‘em caso de relevância...’.

A questão que se põe, primariamente, para o perfeito esclarecimento deste elemento é a que se refere ao caso constitucionalmente referido no texto constitucional. A relevância haverá de ser de um caso cuidado e a ser solucionado com a adoção de medida normativa ou de uma matéria a ser objeto deste ato normativo a atender, urgentemente, um caso social e politicamente pendente na sociedade? ‘Em caso de relevância...’ significa que há uma necessidade inexorável emergente na sociedade a reclamar, como única solução possível, um comportamento normativo?

Relevante é o que tem importância, é o que se põe como essencial, como dotado de qualidade indispensável à essência de um ato, de algo ou de alguém. Quando se configurar, pois, uma circunstância constatada como de necessidade imperiosa na sociedade e a ser objeto de um cuidado normativo, é que se poderá, então, cogitar de adoção de medida nos moldes do art. 62 da Constituição da República.

Pressupõe-se, então, que a relevância prevista constitucionalmente concerne à circunstância social a tornar exercitável a competência descrita no art. 62, da Lei Fundamental da República brasileira. Esta circunstância tem de ser objetivamente demonstrativa de uma necessidade social de importância insuperável por outra medida que não aquela de natureza normativa (com força de lei) adotada, provisoriamente, pelo Presidente da República.

Urge salientar que a relevância é, pois, da situação social sobre a qual incidirá o cuidado normativo trazido na medida provisória adotada. Não se considerará jamais caso de relevância aquele que se traduza em interesses,



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D.F.

ainda que sérios e importantes, de governo, de partidos, de governantes, mesmo que a hipótese ofereça riscos para a permanência de um grupo no poder ou algo que a isso se equipare.

Somente para a sociedade deverá ser relevante o caso e é apenas em face dela e para ela que será apurada a ocorrência objetiva de tal qualidade das circunstâncias alegadas. Grupos particulares ou interesses, ainda que partidários, não se enquadram na hipótese prevista constitucionalmente e definidora da competência presidencial excepcional.

12. Mas não somente apenas o caso é que haverá de ser relevante para ser possível a deflagração da competência normativa presidencial, como haverá de ser, ainda, pesquisado quando um caso autoriza o seu exercício, para, então, se ter o quadro dos pressupostos do desempenho válido e legítimo daquela atribuição.

A resposta a essa segunda questão é oferecida, expressamente, pela própria Constituição: **somente quando a necessidade social imperiosa for urgente e demandar uma imediata resposta por meio da adoção da medida normativa presidencial haverá de ser legitimada a atuação excepcional da autoridade titular do Poder Executivo.** Há, pois, que se ler o art. 62, da Constituição da República na forma seguinte: em caso de relevância e quando esse caso de relevância for urgente... Pode haver casos urgentes na sociedade que não têm, contudo, o relevo imposto como pressupostos para o exercício possível da atribuição presidencial em pauta. Pode também haver casos relevantes que não têm a urgência que se põem na base fundante da constitucionalidade legítima do desempenho presidencial. **Assim, se o cuidado normativo de uma determinada matéria a incidir sobre uma circunstância social puder aguardar pelo menos o prazo mínimo para a tramitação urgente de um projeto de lei (hoje fixado em 45 dias), é evidente não se poder fazer uso do instituto da medida provisória por carência de um dos seus pressupostos.**

A urgência alia questão de data (momento) com a condição nela constatada. A urgência qualifica o momento e define o tempo de exercício de uma competência. Note-se que a urgência pode ser preventiva ou reparadora, e tal qualidade demonstrada altera a análise da constitucionalidade da declaração de urgência para o exercício da competência.

O pressuposto da relevância do caso para o qual se adote medida provisória expõe a natureza da exigência, enquanto o pressuposto da urgência define, constitucionalmente, o momento da exigência da atuação administrativo-normativa.

(...)” (sem ênfase no original)⁹

⁹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Medidas provisórias e princípio da separação de poderes. In: Direito contemporâneo: estudos em homenagem a Oscar Dias Corrêa, p. 44-69. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 58-60)



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D.F.

Corroborando esse entendimento, o ilustre doutrinador CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO¹⁰ ensina que, *“mesmo que a palavra contenha em si algum teor de fluidez, qualquer pessoa entenderá que só é urgente o que tem de ser enfrentado imediatamente, o que não pode aguardar o decurso do tempo, caso contrário o benefício pretendido inalcançável ou o dano que se quer evitar consumir-se-á ou, no mínimo existirão sérios riscos de que sobrevenha efeitos desastrosos em caso de demora”*.

A carência de qualquer um dos requisitos elencados no artigo 62 da Constituição Federal torna a medida provisória inconstitucional e um instrumento de poder que visa a satisfação dos anseios do Poder Executivo, ferindo, dessa forma, os princípios norteadores de qualquer Estado Democrático de Direito.

Reitere-se, nessa linha, que a jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal admite, em caráter excepcional, a declaração de inconstitucionalidade de medidas provisórias quando se afigure evidente o abuso da competência normativa do Chefe do Executivo, pela ausência dos requisitos constitucionais de relevância e urgência:

CONSTITUCIONAL. ART. 5º DA MP 2.170/01. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS COM PERIODICIDADE INFERIOR A UM ANO. REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA EDIÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA. SINDICABILIDADE PELO PODER JUDICIÁRIO. ESCRUTÍNIO ESTRITO. AUSÊNCIA, NO CASO, DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA NEGÁ-LOS. RECURSO PROVIDO.

1. A jurisprudência da Suprema Corte está consolidada no sentido de que, conquanto os pressupostos para a edição de medidas provisórias se exponham ao controle judicial, o escrutínio a ser feito neste particular tem domínio estrito, justificando-se a invalidação da iniciativa presidencial apenas quando atestada a inexistência cabal de relevância e de urgência.
2. Não se pode negar que o tema tratado pelo art. 5º da MP 2.170/01 é relevante, porquanto o tratamento normativo dos juros é matéria extremamente sensível para a estruturação do sistema bancário, e, conseqüentemente, para assegurar estabilidade à dinâmica da vida econômica do país.
3. Por outro lado, a urgência para a edição do ato também não pode ser rechaçada, ainda mais em se considerando que, para tal, seria indispensável fazer juízo sobre a realidade econômica existente à época, ou seja, há quinze anos passados.

¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 20ª edição. São Paulo-SP; Editora Malheiros; 2006; p. 118.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

4. Recurso extraordinário provido”. (RE 592.377, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Relator para o acórdão Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe 20.3.2015)

“MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA 2.226, DE 04.09.2001. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. RECURSO DE REVISTA. REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE. TRANSCENDÊNCIA. AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE JURÍDICA NA ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTIGOS 1º; 5º, CAPUT E II; 22, I; 24, XI; 37; 62, CAPUT E § 1º, I, B; 111, § 3º E 246. LEI 9.469/97. ACORDO OU TRANSAÇÃO EM PROCESSOS JUDICIAIS EM QUE PRESENTE A FAZENDA PÚBLICA. PREVISÃO DE PAGAMENTO DE HONORÁRIOS, POR CADA UMA DAS PARTES, AOS SEUS RESPECTIVOS ADVOGADOS, AINDA QUE TENHAM SIDO OBJETO DE CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. RECONHECIMENTO, PELA MAIORIA DO PLENÁRIO, DA APARENTE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ISONOMIA E DA PROTEÇÃO À COISA JULGADA.

1. A medida provisória impugnada foi editada antes da publicação da Emenda Constitucional 32, de 11.09.2001, circunstância que afasta a vedação prevista no art. 62, § 1º, I, b, da Constituição, conforme ressalva expressa contida no art. 2º da própria

EC 32/2001.

2. Esta Suprema Corte somente admite o exame jurisdicional do mérito dos requisitos de relevância e urgência na edição de medida provisória em casos excepcionalíssimos, em que a ausência desses pressupostos seja evidente. No presente caso, a sobrecarga causada pelos inúmeros recursos repetitivos em tramitação no TST e a imperiosa necessidade de uma célere e qualificada prestação jurisdicional aguardada por milhares de trabalhadores parecem afastar a plausibilidade da alegação de ofensa ao art. 62 da Constituição.

(...)

6. Pedido de medida liminar parcialmente deferido”. (ADI 2.527-MC, Relatora Ministra ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, DJe 23.11.2007)¹¹

¹¹ E ainda: ADI 2.418, Relator Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe 17.11.2016; ARE 704.520, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 2.12.2014; ADC 11-MC, Relator Ministro Cezar Peluso Tribunal Pleno, DJe 29.6.2007; ADI 1.910-MC, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 27.2.2004; ADI 1.717-MC, Relator Ministro Sydney Sanches, Tribunal Pleno, DJ 25.2.2000; ADI 1.647, Relator Ministro Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ 26.3.1999; ADI 1.753-MC, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 12.6.1998; ADI 162-MC, Relator Ministro Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ 19.9.1997.



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D.F.

No presente caso, a exposição de motivos da Medida Provisória ora em discussão, além de fundamentada em premissas incorretas e/ou falaciosas, não demonstrou, ainda que minimamente, a presença dos requisitos de relevância e urgência a permitir o exercício excepcional da competência legislativa pelo Presidente da República.

De acordo com as **informações divulgadas até este momento** pela Secretaria Geral da Presidência da República, *“A urgência e relevância da medida decorrem do fato de que a remoção arbitrária e imotivada de contas, perfis e conteúdos por provedores de redes sociais, além de prejudicar o debate público de ideias e o exercício da cidadania, resulta em um quadro de violação em massa de direitos e garantias fundamentais como a liberdade de expressão e exercício do contraditório de ampla defesa.”*

É de se notar, contudo, que não há nenhuma evidência sobre um "quadro de violação em massa de direitos fundamentais" nas redes sociais, o que, se houvesse, já teria sido repellido pelo próprio Poder Judiciário. De fato, o Poder Executivo não apresentou nenhum dado objetivo que permitisse qualquer conclusão semelhante a essa. Audiências públicas sobre o tema não foram realizadas, o texto proposto não foi discutido com a sociedade civil, nenhuma análise de impacto regulatório foi produzida.

A Medida Provisória também não indica, em momento algum, qual seria a urgência da alteração de temas de governança da Internet debatidos tão intensamente pela sociedade, pelo Legislativo e também pelo Executivo. Finalmente, a Medida Provisória não informa qual teria sido a situação crítica ensejadora de tal intervenção imediata, excepcional e gravosa na esfera dos direitos individuais.

Como apontado acima, a única motivação que se revela na proposição desta Medida Provisória é o interesse pessoal e político do Chefe do Executivo em ter a ação de moderação de conteúdo dos provedores de aplicação restringida. É notório que o texto da Medida Provisória não encampa sob as hipóteses de moderação espontânea de conteúdo casos de desinformação na saúde pública, ataques às instituições do Estado Brasileiro, ataques à ordem democrática, desinformações sobre o sistema eleitoral, dentre outros temas.

Eventuais dificuldades de ordem política e interesses de cunho pessoal ou partidário não podem, por óbvio, justificar a superposição da vontade unipessoal do Presidente da República (ou do atual governo) no exercício imoderado da competência extraordinária conferida pelo artigo 62 da Constituição Federal.



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D.F.

Revela-se sim, nesta ação, **verdadeiro desvio de finalidade**, incompatível com os princípios da Administração Pública veiculados no artigo 37 da Constituição Federal.

Vale ressaltar, ainda, que o tema da moderação de conteúdo pelas plataformas já é objeto de diversos projetos de lei em trâmite perante o Congresso Nacional, com especial destaque para o PL 2630/20, de autoria do Senador Alessandro Vieira, conhecido como PL das Fake News, e que tem por objetivo a criação de regramento específico sobre a repressão à disseminação de desinformação e de comportamentos inautênticos dentro do ambiente online.

A existência de processo e debate legislativo em curso apenas ratifica a inexistência de urgência na edição da Medida Provisória, especialmente para a modificação do Marco Civil da Internet que foi exemplar como fruto de amplo e irrestrito e participativo processo colaborativo de sua construção, com participação de representantes multissetoriais e da sociedade civil.

Contudo, a edição da Medida Provisória demonstra a unilateralidade e a imposição de regras arbitrárias, sem o necessário debate legislativo e democrático, dado o profundo impacto que essas alterações provocarão no ambiente online, com a permissividade de conteúdo e de condutas atualmente combatidas de maneira espontânea e extrajudicial pelas plataformas. Trata-se de verdadeira inversão de princípios e de valores!

No respeitoso entendimento do CFOAB, inexistente qualquer urgência a legitimar a alteração da governança da Internet no Brasil por meio de medida provisória. Eventuais alterações devem ser feitas através de iniciativas legislativas pautadas em consultas públicas e participativas, de forma totalmente democrática e transparente, sob pena de enfraquecimento da democracia e ameaça aos próprios princípios e fundamentos da Constituição Federal e do Marco Civil da Internet.

Ausentes, portanto, os pressupostos da relevância e urgência, é latente a inconstitucionalidade formal da Medida Provisória nº 1.068/2021, sobretudo porque representa verdadeiro ato de abuso de poder do Executivo que, à sua melhor conveniência, ultrapassa os limites da competência legislativa delegada ao Poder Executivo para inovar no ordenamento jurídico.

II.II. DAS INCONSTITUCIONALIDADES MATERIAIS



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D.F.

II.II. A. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LIVRE INICIATIVA E LIVRE CONCORRÊNCIA

A livre iniciativa constitui, em primeiro lugar, um dos fundamentos da própria República, conforme expressamente previsto no artigo 1º, inciso IV, da Constituição Federal. Além de ser um princípio fundamental do Estado brasileiro, a livre iniciativa também é um princípio geral da ordem econômica, nos termos do artigo 170 da Constituição:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (...)"

.....

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

IV - livre concorrência;

(...)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Isso significa que toda e qualquer iniciativa regulatória que se destine a interferir nos modelos de negócios deve, por conseguinte, respeitar as liberdades inerentes à atividade empresarial asseguradas pela Constituição da República. Conforme pontuado em recente acórdão de repercussão geral proferido pelo Supremo Tribunal Federal em demanda análoga, ***“a livre iniciativa consiste na liberdade de iniciar, organizar e gerir uma atividade econômica. Ela consagra uma garantia de abstenção do Estado no domínio econômico”***.¹²

A livre iniciativa assegura aos particulares o exercício de suas atividades econômicas, em princípio, sem a interferência do Estado, isto é, sem que a Administração Pública imponha óbices ao regular desenvolvimento de seus negócios. A excepcional intervenção do Estado nessa seara é admitida somente quando autorizado pela própria Constituição Federal. Vale conferir, nesse ponto, a lição do I. Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO:

¹² STF – Repercussão geral no RE 1.054.110/SP – Rel. Min. Luís Roberto Barroso - DJe 13.11.2017 – sem ênfase no original (a ação tem por objeto o exame da constitucionalidade da proibição do serviço de transporte individual remunerado de passageiros intermediado por aplicações de Internet).



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D.F.

(...) É bem de ver que, embora a referência à livre iniciativa seja tradicional nos textos constitucionais brasileiros, a Carta de 1988 traz uma visão bem diversa da ordem econômica e do papel do Estado, em contraste com os modelos anteriores. **Já não se concede mais, como fazia a Carta de 1967/69, ampla competência na matéria ao legislador ordinário, ao qual era reconhecida até mesmo a possibilidade de instituir monopólios estatais. As exceções ao princípio da livre iniciativa, portanto, haverão de estar autorizadas pelo próprio texto da Constituição de 1988 que o consagra. Não se admite que o legislador ordinário possa livremente excluí-la, salvo se agir fundamentado em outra norma constitucional específica. (...)**¹³ (sem ênfase no original)

Seguindo a lógica da Constituição Federal, o Marco Civil da Internet consagrou a livre iniciativa como um dos fundamentos da disciplina do uso da Internet no Brasil, em seu artigo 2º, inciso V.¹⁴ Em decorrência disso, os provedores podem, por óbvio, estabelecer políticas claras sobre as condições de uso dos seus serviços, com a criação de mecanismos de denúncia e avaliação do conteúdo que é gerado dentro das plataformas.

Outrossim, a Lei da Liberdade Econômica ratificou, em seus artigos 2º e 421-A, a liberdade de contratar entre as plataformas e seus usuários, mediante o estabelecimento de regras, direitos e deveres norteadores de suas relações, assim como o dever de interferência mínima do Estado no âmbito privado da contratação entre particulares, chocando-se, por assim dizer, com a ideia de que se deveria buscar uma autorregulação regulada, ou seja, com a interferência direta do Estado na forma de agir dos provedores de redes sociais na ausência da ordem judicial preconizada pelo já mencionado artigo 19 do Marco Civil da Internet.

A Medida Provisória interfere na atividade econômica privada e no direito de livre iniciativa e a estruturação e gestão do modelo de negócio dos provedores de redes sociais ao proibi-los de aplicarem suas políticas de uso e removerem conteúdos e contas infringentes independentemente de ordem judicial. **Essa interferência estatal, sem a mínima justificativa razoável, viola diametralmente a Constituição Federal.**

A regulação estatal não pode afetar o núcleo essencial da livre iniciativa, privando os provedores de redes sociais de estabelecerem regras, direitos e deveres norteadores de suas relações contratuais, em especial com o propósito de garantir o seu

¹³ Luís Roberto Barroso, Temas de direito constitucional, tomo II, 2 ed. rev., Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 49/51.

¹⁴ Art. 2º A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como: (...) V - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; (...)"



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D.F.

adequado funcionamento, preservar as características essenciais dos serviços e prevenir a violação de direitos de terceiros. A restrição desproporcional desse direito contraria, a toda evidência, a Constituição Federal.

Vale conferir, nesse sentido, trecho de voto do I. Ministro LUIZ FUX, no âmbito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 499/DF, proposta para questionar lei municipal de Fortaleza que proibia o uso de carros particulares cadastrados ou não em aplicativos para o transporte remunerado individual de pessoas no Município de Fortaleza:

(...) Nesse contexto, afigura-se incompatível com a distribuição constitucional de competências a edição de lei municipal que restrinja o exercício de atividade de transporte de natureza estritamente privada, sob pena de transformar-se o modelo federativo em óbice ao pleno desenvolvimento do país, considerada a profusão desordenada de legislações conflitantes.

(...)

Nesse contexto, o art. 3º, VIII, da Lei Federal n.º 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) já garante a liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, como é o caso das redes de transporte particular de passageiros por aplicativos

(...)

Resta patente, assim, que o objetivo perseguido pelo regulador, in casu, é inconstitucional, porquanto os princípios constitucionais da livre iniciativa (artigos 1º, IV, e 170), da liberdade profissional (art. 5º, XIII), da igualdade (art. 5º, caput) e da ampla concorrência (art. 173, § 4º) impedem ações legislativas e administrativas que preservem os interesses de agentes tradicionais do mercado em detrimento de novos entrantes e dos consumidores.

(...)

Conforme restou amplamente demonstrado no presente voto, a providência gravíssima de proibição das atividades de plataformas de economia compartilhada no setor de transporte urbano não se sustenta por razão legítima alguma. A Constituição brasileira não admite, sob pena de franca violação a direitos fundamentais, medidas restritivas de liberdade desprovidas de bases racionais, seja de primeira ou de segunda ordem, a exemplo do ocorrido no caso concreto.

(...)

À minguia de razões de segunda ordem capazes de sustentar a norma proibitiva, concludo pela sua inconstitucionalidade, por ofensa aos artigos 1º, IV; 5º, caput, XIII e XXXII; 22, incisos IX, XI e XVI; 144, § 10, I; 170, caput, IV, V e VIII; e 173, § 4º, todos da Carta Magna. Demais disso, observo que a inconstitucionalidade dos artigos 1º e 2º da lei hostilizada é prejudicial à vigência



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D.F.

dos artigos 3º e 4º da mesma norma, o que impõe a uso da técnica de declaração por arrastamento para estes artigos.

Ex positis, julgo procedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental para declarar inconstitucional, in totum, a Lei Municipal de Fortaleza nº 10.553/2016.” (sem ênfase no original)

Reitere-se que os provedores de redes sociais são empresas privadas e podem, no exercício de sua autonomia privada e desde que observada a lei, adotar seus critérios e estabelecer seus próprios estatutos e códigos, indicando o modo pelo qual os seus serviços são fornecidos e a forma como podem ser utilizados pelos usuários, por meio da estipulação de condutas e práticas proibidas.

É esta, aliás, a essência do conceito e a própria razão de existir de um contrato: fixar os limites ao exercício de direitos resguardados pela Constituição Federal. O contrato define limites ao exercício de liberdades constitucionais dos contratantes, criando entre as partes regras que a lei não impõe à coletividade. **O estabelecimento desses limites integra a liberdade contratual do provedor, de forma que, ao negar essa prerrogativa, a Medida Provisória esgota o próprio conceito de contrato e viola o princípio da livre iniciativa.**

Ao desconsiderar por completo o dever de interferência mínima do Estado no âmbito privado da contratação legítima entre particulares, a Medida Provisória é flagrantemente inconstitucional e constitui verdadeiro retrocesso social e legislativo.

Concretamente, ao limitar a atuação das plataformas apenas para as hipóteses consideradas como justa causa elencadas nos artigos 8-B e 8-C, a Medida Provisória, de maneira absolutamente injustificável e desproporcional, interfere na liberdade de contratar, que é corolário da livre iniciativa, das plataformas com seus usuários. E nisso nada há de restritivo à liberdade de expressão ou de manifestação.

Nos dias atuais, a defesa da liberdade de expressão e de manifestação tem sido indevidamente utilizada para justificar condutas e conteúdos manifestamente ilícitos, não encontrando guarida na Constituição Federal, podendo, diante do caso concreto, e de maneira proporcional, sofrer limitações, se caracterizado o seu exercício abusivo.

Logo, não há dúvida de que a Medida Provisória viola os artigos 1º, inciso IV e 170, inciso IV, da Constituição Federal.



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D.F.

Além disso, é forçoso reconhecer a violação da dignidade humana e do dever do estado e dos entes privados de promover o bem de todos sem quaisquer tipos de preconceito ou discriminação bem como da função social da propriedade.

Ao limitar a moderação do discurso de ódio restringindo apenas à possibilidade de moderação a violência ou ameaça ou quando configurar crime sujeito a ação penal incondicionada a Medida Provisória impede a atuação das redes sociais na prevenção e repressão aos atos de preconceito ou de discriminação praticados contra pessoas integrantes de grupos sociais vulneráveis, muito comum na internet. Um exemplo é a injúria racial, que nos termos da Medida Provisória só poderá ter seu conteúdo moderado por requerimento do próprio usuário, de seu representante legal ou de seus herdeiros, pois seu tipo penal não se trata de ação penal pública incondicionada, dependendo de representação. Uma vez que a injúria racial é proferida ao invés de um indivíduo mas para um grupo indeterminado de pessoas, por exemplo, não há legitimidade de nenhum usuário específico de solicitar a remoção de determinado conteúdo.

A Medida Provisória também traz obstáculos para que os próprios provedores de rede sociais tenham atuação pró-ativa criando políticas de moderação que vedem o discurso de ódio e a promoção de ideários preconceituosos e discriminatórios. Destacasse que o reconhecimento dos deveres de proteção e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas é amplamente presente na doutrina brasileira como a teoria foi incorporado por essa Corte a partir do julgamento do *Recurso Extraordinário 201-819-8* pela segunda turma em 2005. 15

Destacando alguns trechos do voto do Ministro Celso de Mello:

“Cumpre considerar, neste ponto, até mesmo para efeito de exame da questão ora em análise, a advertência de Ingo Wolfgang Sarlet (...): **‘uma opção por uma eficácia direta traduz uma decisão política em prol de um constitucionalismo da igualdade, objetivando a efetividade do sistema de direitos e garantias fundamentais** no âmbito do Estado Social de Direito, ao passo que a concepção defensora de uma eficácia apenas indireta encontra-se atrelada ao constitucionalismo de inspiração liberal-burguesa (...)
É por essa razão que a autonomia privada – que encontra claras limitações de ordem jurídica – não pode ser exercida em detrimento aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a

15 SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D.F.

autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de se ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.”

II.II.B. DA POSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DAS LIBERDADES DE EXPRESSÃO E PENSAMENTO, E DE INFORMAÇÃO

Dentre as diversas formas de manifestação das liberdades individuais, a liberdade de expressão é objeto de proteção no ordenamento jurídico brasileiro desde a nossa primeira Constituição, outorgada no período imperial.

O artigo 179, inciso IV, da Constituição de 1824 estabelecia que *“Todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escritos, e publica-los pela Imprensa, sem dependência de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que cometerem no exercício deste Direito, nos casos, e pela forma, que a Lei determinar”*.

A tutela constitucional da liberdade de expressão e do direito à informação somente perdeu espaço, na história do Direito brasileiro, durante o Estado Novo (Constituição de 1937) e no regime militar (Emenda Constitucional nº 1 de 1969) – **reflexo nítido das aspirações antidemocráticas e autoritárias dos governos que exerceram o poder nesses períodos.**

Exceto durante esses tristes interregnos da história do Brasil, a liberdade de expressão e o direito à informação sempre foram, como atualmente são, objeto da mais elevada tutela assegurada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

A Constituição Federal de 1988 conferiu amplo tratamento à **liberdade de pensamento e de expressão** (artigos 5º, incisos IV, IX, XIV e 220)¹⁶, que constituem não

¹⁶ “Art. 5º. (...) IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; (...) IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica ou de comunicação, independente de censura ou licença; (...) XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; (...)”.

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º Nenhuma lei conterà



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D.F.

apenas direito fundamental, mas também exigência da convivência em sociedade segundo os ditames do Estado Democrático de Direito. Nas palavras de PINTO FERREIRA, “*o Estado democrático defende o conteúdo essencial da manifestação da liberdade, que é assegurado tanto sob o aspecto positivo, ou seja, proteção da exteriorização da opinião, como sob o aspecto negativo, referente à proibição de censura*”.¹⁷

A liberdade de informação tem grande relevância social, em especial, por permitir o livre exercício da democracia, já que sua efetivação assegura a participação dos indivíduos nos assuntos comuns da sociedade, a formação de suas convicções e crenças pessoais e o pleno desenvolvimento da personalidade e dignidade do ser humano. A esse respeito já se posicionou HESSE:

(...) Sem a liberdade de manifestação da opinião e liberdade de informação, sem a liberdade dos ‘meios de comunicação de massa’ modernos, imprensa, rádio e filme, a opinião pública não pode nascer, o desenvolvimento de iniciativas e alternativas pluralistas, assim como ‘formação preliminar da vontade política’ não são possíveis, publicidade da vida política não pode haver, a oportunidade igual das minorias não está assegurada com eficácia e vida política em um processo livre e aberto não se pode desenvolver. (...) ¹⁸

Não é outro o entendimento de ROBERT DAHL, para quem a liberdade de expressão é necessária para se adquirir “*compreensão esclarecida de possíveis atos e políticas do governo*”, “*competência cívica*” e “*capacidade de influenciar o programa de planejamento das decisões do governo*”. Nas palavras de DAHL, “*Cidadãos silenciosos podem ser perfeitos para um governo autoritário, mas seriam desastrosos para uma democracia*”.¹⁹

Há que se considerar, ainda, que os direitos aqui em discussão, em especial a liberdade de informação, são resguardados pelo ordenamento constitucional brasileiro sob as dimensões **positiva** (*direito de informar*) e **negativa** (*direito de se informar*) – esta última de feição nitidamente coletiva.

O *direito de se informar* consiste na faculdade de buscar e conhecer a informação, vale dizer, um direito de não ser impossibilitado ou entravado de acessar a notícia

dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”.

¹⁷ citado por Alexandre de Moraes. Direito Constitucional – 23 ed. – São Paulo: Atlas, 2008, p. 45.

¹⁸ Konrad Hesse, Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha, p. 305.

¹⁹ Robert A. Dahl, Sobre a democracia, p. 110.



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D.F.

e outros conteúdos veiculados nos meios de comunicação social. Como afirma TATIANA STROPPA, “*O direito de se informar é o que faculta à pessoa a busca por informações sem qualquer espécie de empecilho ou limitações*”.²⁰

Em sua faceta de *direito de se informar*, a liberdade de informação assume feição de **direito coletivo lato sensu**, já que tem como titulares não apenas as pessoas isoladamente consideradas, mas toda a coletividade a que a Constituição assegura a faculdade de acessar a notícia e outros conteúdo veiculados pelos meios de comunicação social. A feição coletiva da liberdade de informação é assim referida por JOSÉ AFONSO DA SILVA:

(...) O direito de informar, como aspecto da liberdade de manifestação do pensamento, revela-se um direito individual, mas já contaminado de sentido coletivo, em virtude das transformações dos meios de comunicação, de sorte que a caracterização mais moderna do direito de comunicação, que especialmente se concretiza pelos meios de comunicação social ou de massa, envolve a transmutação do antigo direito de imprensa e de manifestação do pensamento, por esses meios, em **direitos de feição coletiva**. (...)”²¹ (sem ênfase no original)

Ao disciplinar o uso da internet no Brasil, o Marco Civil da Internet, após um longo e extenso debate público, seguiu a sistemática da Constituição Federal, tendo estabelecido a garantia à **liberdade de expressão**, a **livre iniciativa** e, ao mesmo tempo, a **liberdade dos modelos de negócios promovidos na Internet** como uns de seus fundamentos²² e princípios²³.

Com efeito, o Marco Civil da Internet optou expressamente por **privilegiar, prima facie, a liberdade de expressão e de informação** em relação às alegadas violações aos direitos da personalidade. Tanto assim é que a já mencionada regra geral que disciplina a remoção de conteúdo gerado por usuários da internet, condicionando-a à prolação de uma ordem judicial específica, encontra-se expressamente prevista em seu artigo 19, *caput* e § 1º.

²⁰ Tatiana Stroppa. As dimensões constitucionais do direito de informação e o exercício da liberdade de informação jornalística. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 92.

²¹ José Afonso da Silva. Comentário Contextual à Constituição. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 112.

²² “Art. 2º A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como: (...) V - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e (...)”.

²³ “Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal; (...) VIII - liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei”.



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D.F.

A despeito disso, o Marco Civil da Internet não proíbe – e sequer poderia – os provedores de aplicação de Internet de atuarem ativa e espontaneamente no que diz respeito à remoção de conteúdo postado por seus usuários, quando constatada, de acordo com os critérios e parâmetros estabelecidos em suas políticas e termos de uso, violações às regras estabelecidas para o uso do serviço. Significa dizer, portanto, que essa intervenção extrajudicial por parte dos provedores de aplicação de internet, em observância ao acordo firmado com os usuários, **afigura-se como sua mera liberalidade, e não como uma obrigação legal.**

Em nenhum momento o Marco Civil determina que precise existir uma ordem judicial para que um conteúdo seja removido da internet. O provedor apenas será obrigado a remover um conteúdo caso, em regra, exista uma ordem judicial ordenando isso. **Antes da ordem judicial, cabe ao provedor, no exercício de sua autonomia privada e liberdade contratual, gerir a sua plataforma e decidir se removerá ou não determinado conteúdo, quando constatadas violações ao contrato pactuado entre as partes.**

Isso ocorre porque as liberdades de expressão e manifestação do pensamento (asseguradas pelos artigos 5º, incisos IV e IX, da Constituição Federal e 3º, inciso I, e 8º do Marco Civil da Internet) **não são absolutas ou irrestritas**, encontrando limitação nos demais direitos e garantias igualmente assegurados pela Constituição Federal.

A Medida Provisória 1.068/2021 viola o sistema normativo ao tratar a liberdade de expressão como um direito absoluto, sendo esse justamente um dos grandes perigos dessa garantia que deve ser conferida a todo ser humano, tal como esclarecido já há algum tempo por diversos doutrinadores. Em 1890, assim lecionava João Carlos Souto:

Nessa linha, é preciso não perder de vista que o *freedom of speech* (liberdade de expressão), não obstante sua inegável relevância constitucional, precisa ser conjugado com o *right of privacy* (direito à privacidade), expressão cunhada por Samuel D. Warren e Louis Brandeis, em artigo veiculado na prestigiada Revista de Direito da *Harvard Law School*, em 1890.

Como a liberdade de expressão é uma conquista contra o Estado, uma garantia de não interferência no direito de livre pensar e de tornar público o pensamento, imaginou-se, nos primórdios dessa conquista, que qualquer limite significaria um atentado contra as liberdades individuais e mesmo coletiva, muito embora nessa quadra da história da humanidade os direitos coletivos não gozavam do prestígio e do desenvolvimento, que somente viriam a ser conquistados no decorrer do século XX.



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D.F.

Até a publicação do texto de autoria de Brandeis e Warren, a liberdade de expressão não conhecia limites nos Estados democráticos. A expressão *right of privacy* literalmente ganhou o mundo granjeando enorme repercussão, sendo incorporada pela doutrina e mais tarde pela jurisprudência. O direito à privacidade, ou à intimidade, como preferem outros, deixava os corredores e as páginas de *Harvard* para as Constituições democráticas como direito e garantia fundamental, lado a lado com o seu quase antagônico, o direito à liberdade de expressão.²⁴

Com efeito, ao não permitir que as empresas de tecnologia possam por ato próprio e no exercício de sua autonomia, proibir o discurso de ódio e/ou as denominadas “*fake news*”, a Medida Provisória violenta o *right privacy*, vale dizer, coloca o cidadão na condição vulnerável de poder sofrer ataques nas redes sociais e ter que aceitar essa violência sob o salfo manto do “exercício regular da liberdade de expressão”, em flagrante desrespeito ao seu direito à privacidade. Ocorre que, como já exposto, essa exacerbação do direito de manifestação e da liberdade sem imposição de qualquer limite e ponderações, já foi superado há algum tempo com o advento dos Estado de bem estar social, sendo aprimorado e consagrado pelo Estado Democrático de Direito, a partir do surgimento da fraternidade como um valor norteados dos direitos e garantias dos indivíduos e da coletividade.

No caso da MP ora em análise, sob o falacioso pretexto de que, “*A ausência (...) de regulamentação do capítulo dos direitos e garantias dos usuários da Lei nº 12.965, de 2014, de maneira a conferir-lhe maior clareza, tem permitido que provedores de aplicações de internet prevejam, em seus termos ou políticas de uso, políticas próprias de remoção de conteúdo e cancelamento de contas que afrontam o ordenamento jurídico nacional*”, a Medida Provisória parece confundir, de forma equivocada, *data maxima venia*, o resguardo desses direitos como censura.

Esse entendimento é completamente errôneo porquanto a censura pressupõe uma exceção prévia à manifestação do pensamento ou, ainda, um silenciamento posterior com base em meros pressupostos de ordem política ou ideológica, o que, note-se, é totalmente diferente da limitação contratual imposta por contrato válido e aceito por usuário da plataforma quanto a ações ou conteúdos considerados inadequados.

A censura, totalmente inadmissível, não pode ser confundida com a limitação fundamentada do direito à liberdade de expressão de usuários em razão da restrição de

²⁴ SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos - Principais Decisões**. São Paulo: Atlas, 4ª edição, 2021, p. 272/273.



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D.F.

conteúdos desinformativos e ilícitos e da inobservância de limites contratuais convencionados pelas partes, independentemente de qualquer intervenção do Poder Judiciário:

(...) Nesse contexto e de acordo com a precisa e oportuna síntese de Daniel Sarmento, muito embora a posição adotada pelo Ministro Carlos Ayres de Britto no julgamento da ADPF n. 130, quando sustentou que nenhum limite legal poderia ser instituído em relação à liberdade de expressão, pois as limitações existentes seriam apenas aquelas já contempladas no texto constitucional, cabendo tão-somente ao Poder Judiciário fazer as ponderações pertinentes em caso de tensões com outros direitos, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, no voto condutor que proferiu no Recurso Extraordinário n. 511.961/SP, **observou que as restrições à liberdade de expressão em sede legal são admissíveis, desde que visem a promover outros valores e interesses constitucionais também relevantes e respeitem o princípio da proporcionalidade.** (...)” (sem ênfase no original)²⁵

Nesse sentido, o artigo 8-A, em seu parágrafo único, dispõe que: “*É vedada aos provedores de redes sociais a adoção de critérios de moderação ou de limitação do alcance de conteúdo que impliquem censura de ordem política, ideológica, científica, artística ou religiosa, observado o disposto nos art. 8-B e 8-C.*”

Ao assim dispor, a Medida Provisória pressupõe que a atividade de moderação de conteúdo das plataformas tenha natureza de censura privada. Mas, em verdade, o que se pretende com tal dispositivo é permitir que toda e qualquer decisão de moderação de conteúdo seja questionada sob a perspectiva da vedação à censura, abrindo-se verdadeiro abismo sem fim para toda e qualquer suspensão de contas ou perfis e remoção de conteúdo que contrariar os interesses daqueles que, sabidamente, disseminam conteúdo ilícito.

A título exemplificativo, eventual política de moderação de conteúdo definida por uma plataforma durante o período da pandemia para combater conteúdos desinformativos sobre a eficácia das vacinas seria considerada ilegal diante do teor desta Medida Provisória.

Da mesma forma, políticas de moderação de conteúdo que objetivassem combater desinformação sobre o processo eleitoral, ou mesmo ataques ao Estado Democrático de Direito, também não poderiam ser implementadas por provedores de redes sociais de

²⁵ ROBL FILHO, Ilton; SARLET, Ingo Wolfgang. Estado democrático de direito e os limites da liberdade de expressão na constituição federal de 1988, com destaque para o problema da sua colisão com outros direitos fundamentais, em especial, com os direitos de personalidade. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2016, vol. 8, n. 14, Jan.-Jun. p. 112-142.



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D.F.

forma espontânea e extrajudicial. As plataformas dependeriam em todos os casos de prévia apreciação do Poder Judiciário para agir, mesmo em caso de evidente e flagrante ilicitude.

Ora, esse tipo de restrição às atividades de moderação de conteúdo nas redes sociais proposta pela Medida Provisória não é uma proteção às liberdades de expressão e informação, mas o seu exato oposto.

Tendo em vista que as redes sociais constituem hoje grande parte da infraestrutura que condiciona a atual esfera pública comunicacional, é evidente que **os provedores de aplicação de Internet são responsáveis por zelar por um ambiente no qual a democracia e a liberdade de expressão sejam preservadas.** mitigando riscos de lesão a direitos fundamentais previstos na Constituição Federal brasileira.

Aliás, a função social dos provedores de redes sociais constitui importante vetor para o exercício de sua atividade econômica, o que lhes impõe deveres positivos de orientar seus usuários na construção de uma esfera pública democrática e que respeite direitos individuais e coletivos.

Diante da grande influência das mídias sociais no contexto político, social e econômico atual e a necessidade de busca por mecanismos de combate, sem, todavia, afetar a liberdade de expressão assegurada constitucionalmente, a Medida Provisória constitui verdadeiro e inaceitável retrocesso social e legislativo, podendo colocar o Brasil no mapa da insegurança jurídica.

III. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, conclui o presente parecer pela latente inconstitucionalidade formal e material da Medida Provisória nº 1.068, de 6 de setembro de 2021, notadamente por, além de fundamentar-se em premissas incorretas e/ou falaciosas, não ter demonstrado, ainda que minimamente, a presença dos requisitos de relevância e urgência a permitir o exercício excepcional da competência legislativa pelo Presidente da República exigidos pelo art. 62 da Constituição da República.

Ademais, é assente a inconstitucionalidade em sua dimensão material, tendo em vista a violação das liberdades de expressão e informação, e das garantias da livre iniciativa e livre concorrência, bem como a disseminação de desinformação.



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D.F.

Brasília/DF, 08 de setembro de 2021.

É o parecer, *s.m.j.*

Felipe de Santa Cruz Oliveira Scaletsky
 Presidente do Conselho Federal da OAB
 OAB/RJ 95.573

Marcus Vinicius Furtado Coêlho
 Presidente da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais
 OAB/DF 18.958

Estela Aranha
 Presidente da Comissão de Proteção de Dados e Privacidade da OAB-RJ
 OAB-RJ 202221



SENADO FEDERAL
Presidência

Ofício nº 1719.2021-PRESID

Brasília, 20 de setembro de 2021.

Ao Senhor

Felipe de Santa Cruz Oliveira Scaletsky

Presidente do Conselho Federal da OAB

pv@oab.org.br

Assunto: Medida Provisória nº 1.068, de 2021.

Senhor Presidente,

Com os cordiais cumprimentos do Excelentíssimo Senhor Presidente do Senado Federal, Senador Rodrigo Pacheco, e, por sua incumbência, venho acusar o recebimento do Ofício nº 141/2021-PCO, datado de 8 de setembro do ano corrente, ao tempo de apresentar, de sua parte, manifestação de agradecimento pela contribuição para o bom debate democrático, o que em muito enriquece os trabalhos deste Senado Federal.

2 O entendimento dessa Ordem dos Advogados do Brasil foi remetido à Secretaria Geral da Mesa, para fins de ciência e encaminhamento à Comissão atinente.

3 Por fim, reitera-se que o Senado Federal permanece ao alcance da população para o diálogo e para a busca da melhor condução dos temas de interesse da nação.

Atenciosamente,

João Batista Marques

Chefe de Gabinete

(Assinado digitalmente)





SENADO FEDERAL

Secretaria-Geral da Mesa

DESPACHO Nº 3/2022 – ATRSGM/SGM

Juntem-se à página oficial de tramitação das proposições legislativas as cópias eletrônicas das manifestações externas contidas nos documentos abaixo listados:

1. MPV 1.039/2021 – Documento SIGAD nº 00100.099952/2020-04;
2. PL 1.936/2020 – Documentos SIGAD nºs 00100.043296/2020-87; 00100.048541/2020-42; 00100.047160/2020-46;
3. VET 56/2019 – Documento SIGAD nº 00100.034123/2021-59;
4. PL 5.829/2019 – Documentos SIGAD nºs 00100.036838/2021-46; 00100.042107/2021-30; 00100.036808/2021-30; 00100.058803/2021-68; 00100.061522/2021-92; 00100.098554/2021-43;
5. PLN 28/2020 – Documentos SIGAD nºs 00100.041040/2021-16; 00100.037364/2021-50;
6. PLP 30/2021 – Documento SIGAD nº 00100.041925/2021-15;
7. VET 13/2021 – Documento SIGAD nº 00100.040944/2021-24;
8. VET 12/2021 – Documento SIGAD nº 00100.043714/2021-17;
9. PL 5595/2020 – Documentos SIGAD nºs 00100.043738/2021-76; 00100.058813/2021-01
10. VET 46/2020 – Documento SIGAD nº 00100.038158/2021-67;
11. PL 2788/2019 – Processo SIGAD nº 00200.001930/2022-48;
12. PLC 151/2015 – Documento SIGAD nº 00100.051655/2021-51;
13. PL 5228/2019 – Documento SIGAD nº 00100.051693/2021-11;
14. MPV 1040/2021 – Documentos SIGAD nºs 00100.070655/2021-50; 00100.070675/2021-21;
15. PL 2564/2020 – Documentos SIGAD nºs 00100.072648/2021-92; 00100.090732/2021-98
16. PLC 37/2006 – Documento SIGAD nº 00100.086797/2021-39;
17. VET 29/2021 – Documento SIGAD nº 00100.087935/2021-05;



18. PLC 151/2015 – Documento SIGAD nº 00100.092926/2021-28;
19. MPV 1068/2021 – Documento SIGAD nº 00100.093580/2021-85;
20. PL 2022/2019 – Documento SIGAD nº 00100.095868/2021-94;
21. PL 3657/2020 – Documento SIGAD nº 00100.096510/2021-89;
22. PL 4199/2020 – Documento SIGAD nº 00100.097294/2021-99;
23. PL 4968/2019 – Documento SIGAD nº 00100.098051/2021-78;
24. PL 591/2021 – Documento SIGAD nº 00100.098013/2021-15;
25. PEC 36/2021 – Documento SIGAD nº 00100.096761/2021-63;
26. VET 41/2021 – Documento SIGAD nº 00100.098088/2021-04;

Encaminhem-se às comissões cópias de documentos externos, conforme listagem a seguir exposta:

1. CCT – Documento SIGAD nº 00100.045166/2020-89;
2. CCJ – Documento SIGAD nº 00100.035630/2021-18;
3. CAS – Documento SIGAD nº 00100.051282/2021-18;
4. CCJ – Documento SIGAD nº 00100.055781/2021-84;
5. CRA – Documento SIGAD nº 00100.071282/2021-34;
6. CAE – Documento SIGAD nº 00100.072644/2021-12;
7. CAS – Documento SIGAD nº 00100.084951/2021-38;
8. CAE – Documento SIGAD nº 00100.083817/2021-10;
9. CRA – Documento SIGAD nº 00100.092989/2021-84;
10. CCJ – Documento SIGAD nº 00100.097472/2021-81;
11. CCJ – Documento SIGAD nº 00100.097995/2021-28;
12. CAE – Documento SIGAD nº 00100.097986/2021-37;
13. CCJ – Documento SIGAD nº 00100.098624/2021-63;

Secretaria-Geral da Mesa, 14 de fevereiro de 2022.

(assinado digitalmente)

JOSÉ ROBERTO LEITE DE MATOS
Secretário-Geral da Mesa Adjunto

