

Nota Técnica Sobre

# A Minuta do Decreto Presidencial que **Modifica o Decreto nº 8771/2016,** que Regulamenta o **Marco Civil da Internet**

**IP**•rec

INSTITUTO DE PESQUISA EM  
DIREITO & TECNOLOGIA DO RECIFE

## Ficha **Técnica**

### **Realização**

Instituto de Pesquisa em Direito e Tecnologia do Recife - IP.rec

### **Equipe**

#### **Coordenação**

André Fernandes

#### **Pesquisadoras**

Raquel Saraiva

Isabel Constant

Danielle Novaes

#### **Estagiária**

Rhaiana Valois

#### **Revisão**

Raquel Saraiva

#### **Design e Diagramação**

Paju

## Sobre o **IP.rec**

O Instituto de Pesquisa em Direito e Tecnologia do Recife - IP.rec é um centro independente de pesquisa e atuação política focado nos impactos sociais, éticos e jurídicos relativos ao desenvolvimento tecnológico. Juridicamente, é uma

associação civil sem fins lucrativos que se insere em um ecossistema de Governança da Internet e da Tecnologia.

O trabalho do Instituto teve início em 2017 e, desde então, sua equipe atua na elaboração de estudos científicos, análises de caso, campanhas, eventos e ações que contribuam para a construção de conhecimento e de senso crítico sobre o funcionamento das redes digitais. Entende, então, que a sociedade civil organizada e a academia são agentes primários no fomento e amadurecimento do debate político, institucional e social, o qual não pode se dissociar do uso ativo da Internet. Age sob valores que priorizam o debate multissetorial, considerando, pois, a influência de diversos atores – dentre os quais o governo e o setor empresarial – para o desenvolvimento técnico e político da rede.

# Sumário

- 05 **Introdução**
- 05 **Marco Civil da Internet: Aspectos Históricos e Técnicos**
- 08 **Da Inconstitucionalidade do Decreto: Extrapolação das Matérias Tratadas na Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet)**
- 11 **Do Mérito**
  - 11 **Inclusão de fornecedores de serviço de meios de pagamento**
  - 12 **Proibição de exclusão de contas e postagens sem ordem judicial**
  - 16 **Adoção de regime de notice and takedown e inclusão de fiscalização de infração a direitos autorais**
  - 17 **Inclusão de sanções administrativas**
  - 18 **Proibição de material pornográfico**
- 19 **Da Adequação do Conteúdo Abordado em Outro Instrumento que não um Decreto Presidencial**
- 20 **Pressupostos constitucionais da Medida Provisória**
- 21 **Conclusão**
- 22 **Referências**

# Introdução

A Presidência da República prepara decreto com a finalidade de regulamentar o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), complementando as disposições do decreto regulamentador já existente, Decreto nº 8771/2016. A minuta, tornada pública pela Presidência, trata de temas alheios à lei que pretende regulamentar, o que a torna, em primeira análise, inconstitucional. Ademais, as disposições contrariam frontalmente o próprio Marco Civil da Internet, descaracterizando pilares da lei, como o sistema de responsabilidade civil de provedores.

A presente nota técnica visa aprofundar esses pontos e contribuir para o debate legislativo sobre regulação da Internet, analisando criticamente as propostas sob o ponto de vista dos direitos humanos.

## Marco Civil da Internet: Aspectos Históricos e Técnicos

A Lei nº 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet (MCI), que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, foi aprovada após anos de debates na esfera pública, inclusive com a ampla participação da sociedade civil, academia e setor privado, através de plataformas online que coletavam comentários ao texto.

Este diploma legal foi o primeiro destinado a regular direitos e deveres dos usuários de Internet, das empresas que oferecem serviços online e do próprio Poder Público. Está ancorado em princípios como a abertura, a neutralidade e o estímulo a novos modelos de negócios e reflete a natureza da rede, em constante transformação.

O debate sobre uma lei que regulasse o ambiente digital iniciou em 2007, em virtude da resistência em se aprovar um projeto sobre crimes cibernéticos que

ficou conhecido como “Lei Azeredo”, muito criticado e até apelidado de “AI-5 digital”, em virtude da grande vigilância que promoveria.

O Ministério da Justiça, então, abriu o debate sobre a possibilidade de regulação da Internet de forma a definir direitos e deveres, antes de criminalizar condutas que pudessem abarcar atividades cotidianas. Assim surgiu o anteprojeto de lei que viria a ser encaminhado ao Congresso Nacional, passando por consulta pública entre 2009 e 2010 e encaminhado à Câmara dos Deputados em 2011.

Em setembro de 2013, após revelações trazidas à tona pelo ex-funcionário da NSA Edward Snowden de que as comunicações do Brasil eram alvo de espionagem pelos Estados Unidos, a Presidenta Dilma Rousseff, percebendo a necessidade de uma regulação que aumentasse as garantias legais de direitos digitais fundamentais dos cidadãos e a soberania tecnológica brasileira, encaminhou mensagem de urgência constitucional para a aprovação do Marco Civil, que passou a tramitar em regime de preferência na Câmara dos Deputados, com prazo de 45 (quarenta e cinco) dias para sua aprovação. A votação do PL não ocorreu neste prazo e a pauta da Câmara dos Deputados foi trancada a partir de 29 de outubro de 2013. Finalmente, em 25 de março de 2014 o MCI foi aprovado e enviado no dia seguinte ao Senado Federal.

Em função da urgência constitucional, o PL também tinha o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias para aprovação no Senado. Sua tramitação se deu de forma mais rápida, contudo, sendo aprovado em 23 de abril de 2014.

A sanção da lei se deu no dia seguinte em cerimônia realizada na conferência NETMundial, em São Paulo. Desde a sua publicação, o Marco Civil da Internet foi visto como um modelo exemplar de legislação sobre a Internet por entidades e especialistas nacionais e internacionais.

Pode-se citar como temas de destaque do Marco Civil a defesa da privacidade, da neutralidade de rede e da liberdade de expressão, sendo esta, segundo o texto legal, fundamento (art. 2º) e princípio (art. 3º) para o uso da Internet no Brasil.

É importante destacar que o MCI é uma lei geral sobre Internet: estabelece os parâmetros que devem ser observados pelas leis posteriores sobre o tema. Nesse sentido, por exemplo, apesar de tratar sobre privacidade e proteção de dados, ele não detalha o tema, o que foi feito pela Lei Geral de Proteção de Dados, aprovada em 2018. Pelo mesmo motivo, o Marco Civil não trata de direitos autorais, o que se justificou, na época da sua discussão, pela necessidade de uma lei específica que trate do regime de direitos autorais à luz das novas tecnologias, já que a lei vigente, aprovada em 1998, não considera a evolução tecnológica e o desenvolvimento da Internet.

Já em 2016, a Presidenta Dilma Rousseff editou o decreto nº 8771/2016, que regulamenta aspectos do Marco Civil da Internet, “para tratar das hipóteses admitidas de discriminação de pacotes de dados na internet e de degradação de tráfego, indicar procedimentos para guarda e proteção de dados por provedores de conexão e de aplicações, apontar medidas de transparência na requisição de dados cadastrais pela administração pública e estabelecer parâmetros para fiscalização e apuração de infrações.”

O referido decreto, como expresso na ementa acima destacada, detalha alguns aspectos que a lei havia referido como passíveis de regulamentação posterior, como o art. 9º, que trata da neutralidade da rede, cuja regulamentação está prevista no §1º e deu origem ao Capítulo II do Decreto 8771/2016, assim o art. 10, que, no §4º, expressa que a regulamentação posterior definirá os padrões de segurança e de sigilo na guarda de informações e deu origem ao Capítulo III do regulamento.

Entretanto, como será detalhado posteriormente, o texto divulgado pela Presidência da República como decreto que altera o 8771/2016 comete diversas ilegalidades ao extrapolar a competência legislativa específica e se referir a matérias alheias ao texto do Marco Civil da Internet. Passemos às considerações.

# Da Inconstitucionalidade do Decreto: Extrapolação das Matérias Tratadas na Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet)

A minuta de decreto ora analisada se propõe a alterar o Decreto nº 8.771, de 11 de maio de 2016, que regulamenta a Lei nº 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet. No entanto, numa breve leitura do texto apresentado, já se percebe que ele extrapola os limites da lei, promovendo inovação em relação às atividades reguladas pelo MCI.

A atribuição de regulamentação de matérias via decreto é concedida ao Presidente da República pelo art. 84, VI, da Constituição Federal:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

O ato presidencial consubstanciado no decreto regulamentar de competência privativa do presidente da República, por força do dispositivo acima mencionado, tem por finalidade executar fielmente os dispositivos preconizados na referida lei, observando irrestritamente o comando legal. O regulamento é, portanto, ato administrativo normativo, de natureza infralegal, a privatividade aqui é a da separação entre os três poderes.

No mesmo sentido, José dos Santos Carvalho Filho explica a respeito da observância do decreto regulamentar em não contrariar comando legal que ampara sua existência:

“[...] o poder regulamentar não cabe contrariar a lei (contra legem), pena de sofrer invalidação. Seu exercício somente pode dar-se secundum legem,

ou seja, em conformidade com o conteúdo da lei e nos limites que esta impuser [...]” (CARVALHO FILHO, 2005, p. 44).

Ainda sobre o poder regulador conferido ao presidente da República, o Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, em julgamento do MS 35959 AgR / DF, assim dispôs:

AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. DECRETO 9.461/2018. DIREITO ADMINISTRATIVO. CRIAÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DOS TÉCNICOS AGRÍCOLAS E DO CONSELHO FEDERAL DOS TÉCNICOS INDUSTRIAIS. ART. 34 DA LEI 13.639/2018. COORDENAÇÃO DO PRIMEIRO PROCESSO ELEITORAL. CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS PROFISSÕES LIBERAIS - CNPL. REGULAMENTAÇÃO. DECRETO 9.461/2018. ATO COATOR. LEGÍTIMO EXERCÍCIO DO PODER REGULAMENTAR. ART. 84, IV, DA CRFB/88. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. **1. A competência regulamentar outorgada ao Presidente da República pelo art. 84, IV, da Constituição da República, possui a finalidade de produzir normas requeridas para a execução de leis quando estas demandem uma atuação administrativa a ser desenvolvida dentro de um espaço de liberdade exigente de regulação ulterior, a bem de uma aplicação uniforme da lei, isto é, respeitosa do princípio da igualdade de todos os administrados (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 336).** 2. O art. 34 da Lei 13.639/2018 prevê a prerrogativa da

Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL de coordenar o primeiro processo eleitoral para a criação dos conselhos federais, em cooperação com outras entidades sindicais, não havendo qualquer imposição legal identificada no sentido da atribuição exclusiva da CNPL para estabelecer todos os procedimentos do processo eletivo. [...] - **grifo nosso.**

Assim, não pode o decreto regulamentar se sobrepor ao disposto na lei que o ampara e o justifica ou ampliar o alcance normativo, já que, dentro do sistema hierárquico de normas do ordenamento jurídico brasileiro, o decreto está abaixo das normas infraconstitucionais e, portanto, deve observar suas limitações, sob pena de inconstitucionalidade. Pontes de Miranda (1970, p. 313) já apontava de forma taxativa que

“[...] regulamentar é editar regras que se limitem a adaptar a atividade humana ao texto, e não o texto à atividade humana. [...] Onde se estabelecem, alteram, ou extinguem direitos, não há regulamentos - há abuso de poder regulamentar, invasão da competência do Poder Legislativo. O regulamento não é mais do que auxiliar das leis, auxiliar que sói pretender, não raro, o lugar delas, mas sem que possa, com tal desenvoltura, justificar-se, e lograr que o elevem à categoria de lei.”

Nesse mesmo sentido, José Afonso da Silva (2017, p. 429) destaca que o poder regulamentar, conforme disposto genericamente e sustentando a emissão de Decreto Presidencial, é sempre vinculado, decorrente de comando legal específico. Não há no Brasil guarida constitucional ao chamado “regulamento autônomo”, exceto na hipótese do chamado regulamento de organização (art. 84, VI, da CRFB).

Conforme será aprofundado posteriormente, o decreto minutado pela presidência

da República inclui novos destinatários da norma, faz modificações de mérito que conflitam com as disposições legais e até atribui sanções administrativas não previstas pelo Marco Civil da Internet - âmbito de competência legal do Poder Legislativo. Ou seja, o decreto já nasce eivado de vício de inconstitucionalidade, de forma que, caso seja publicado nestes termos, poderá ser contestado judicialmente.

## Do Mérito

Passemos, então, a tratar do mérito do decreto, adentrando nas modificações e acréscimos promovidos pelo texto em relação ao Marco Civil da Internet.

### **Inclusão de fornecedores de serviço de meios de pagamento**

A minuta do decreto ora analisado, na proposta do Art. 2º-A, §2º, expande o disposto no artigo aos fornecedores de serviços de meios de pagamento, sendo a figura inexistente no Marco Civil da Internet. Em outras palavras, o decreto cria direitos e fundamenta pretensões que não têm base legal.

O Marco Civil da Internet abrange apenas os provedores de serviço de provisão de Internet e os provedores de aplicação, conforme descrito no seu art. 5º, não fazendo qualquer menção à figura dos fornecedores de serviço de meios de pagamento. Nesse sentido, a ampliação do escopo para outros destinatários é uma extrapolação legal que não se justifica e que torna o texto ilegal.

Além disso, o dispositivo ora comentado inclui os serviços de meios de pagamento apenas no §2º, enquanto o caput do dispositivo se refere aos provedores de aplicação e de conexão à Internet, sugerindo uma confusão conceitual e técnica de que serviços de meio de pagamento estariam incluídos em alguma destas categorias, o que não procede. Serviços de meios de pagamento se assemelham a estabelecimentos bancários, de forma que não podem ser comparados a provedores de aplicação, menos ainda aos provedores de conexão à Internet.

A confusão se dá também pelo fato de o decreto sequer conceituar os serviços de meios de pagamento, apenas incluí-los sem qualquer critério, demonstrando uma atecnia legislativa neste ponto.

## **Proibição de exclusão de contas e postagens sem ordem judicial**

Segundo o artigo 19 do Marco Civil da Internet, os provedores de aplicações de Internet somente poderão ser responsabilizados civilmente por danos decorrentes de conteúdos gerados por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomarem as providências para torná-los indisponíveis. O dispositivo em comento estabelece, portanto, o regime de responsabilização civil dos provedores de Internet que é adotado no país, o que não se confunde, por outro lado, com os requisitos para a retirada de conteúdo ou suspensão de contas na Internet, por exemplo.

Apesar de objetivar a proteção da liberdade de expressão dos usuários no ambiente virtual e de evitar o controle excessivo de conteúdo por parte dos provedores, a lei não impede que as plataformas retirem do ar conteúdos que infrinjam seus termos de uso e suas políticas internas; apenas condiciona a hipótese de responsabilização desses provedores ao descumprimento de uma ordem judicial específica. Nesse sentido, julgou o Tribunal de Justiça de São Paulo em apelação sobre ação indenizatória fundada em conteúdos postados em rede social, conforme a seguir:

Agravo de Instrumento. Ação indenizatória fundada em conteúdos postados em rede social. Pedido de que a ação corra em segredo de justiça. Regra geral de publicidade dos atos processuais (art. 5º, IX, CF). Hipótese que não está inserida entre as exceções arroladas pelo art. 155, II, do CPC e pelo art. 5º, LX, CF. Natureza do bem jurídico objeto da lide (reputação comercial) que não está arrolada entre as hipóteses legais de segredo de Justiça.

Pedido de proibição de novos comentários. O art. 19, § 2º, da Lei nº 12.965/2014, expressamente fixa que a indisponibilização de conteúdos "deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal". O controle das postagens, a bem de preservar-se a liberdade de expressão, deve ocorrer a posteriori a bem de não resultar em limitação ilegal à essencial liberdade de expressão individual e do pensamento (art. 5º, IV, CF), com concreto prévio engessamento do direito subjetivo de opinião. Incurrendo o agravado em novos comentários ofensivos, caberá sua remoção e condenação no pagamento de eventual indenização por dano moral. Pedido de autorização ao Facebook para remoção de conteúdos ofensivos. Agravante que afirma que o Facebook tem procedido à remoção dos conteúdos apontados como ofensivos, independentemente de pedido judicial. 'Declaração de Direitos e Responsabilidades' com a qual o usuário assente ao criar conta na rede social - que estabelece que as postagens que violem direitos de terceiros serão removidas. **Desnecessária a autorização para que o Facebook remova conteúdos ofensivos, uma vez que tal procedimento faz parte dos termos de uso da rede social.** Agravo desprovido".

(TJ-SP - AI: 21950519020158260000 SP 2195051-90.2015.8.26.0000, Relator: Rômulo Russo, Data de Julgamento: 29/06/2016, 7ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 29/06/2016) - **grifo nosso.**

Assim, não é proibido aos provedores que estabeleçam suas diretrizes de uso e removam conteúdos que violem as políticas de suas plataformas, independente de notificação judicial. Ao estabelecer um regime de responsabilidade civil de natureza subjetiva, no qual é necessária a verificação da culpa dos agentes, a lei procura, justamente, desestimular a censura no meio virtual. Esse modelo reconhecido mundialmente tenta, desta forma, assegurar a liberdade de expressão dos usuários, evitando que as plataformas utilizem filtros, retirem conteúdos e bloqueiem contas sem uma justificativa plausível.

Em desacordo com a interpretação do dispositivo e da jurisprudência a respeito do assunto, o art. 2º-C do decreto em comento estabelece que provedores de aplicações de Internet não poderão excluir, suspender ou limitar a divulgação de conteúdo gerado pelo usuário em seus aplicativos sem ordem judicial. Isso, além de configurar violação à natureza jurídica da norma infralegal, que não deve ir de encontro ao dispositivo ao qual se refere, é uma forma de cercear a liberdade dos provedores de estabelecerem regras em suas plataformas, especialmente para impedir a disseminação de notícias falsas e discursos de ódio na Internet. Violenta-se, ademais, a liberdade de comércio inerente ao princípio geral constitucional adotado no Brasil.

Acerca da exclusão, suspensão e limitação de conteúdo, é oportuno ressaltar que tramitam, no Congresso Nacional, projetos de lei que visam disciplinar a matéria, como os recentes PL 1362/2021 (Deputado Federal Daniel Silveira) e PL 246/2021 (Deputada Federal Caroline de Toni), que estabelecem, inclusive, critérios de remoção direta pelos provedores de aplicação (art. 7º do PL 1362/2021) - matéria passível portanto da devida discussão pública e multissetorial, obstada em âmbito de decreto presidencial.

Importa anotar também a flagrante atecnia da menção à “inadimplência”, proposta pelo art. 2º-B, parágrafo único, I. No mencionado dispositivo, a inadimplência se apresenta como exceção que possibilitaria a exclusão, cancelamento ou suspensão total ou parcial dos serviços e das funcionalidades das contas mantidas pelo usuário em seus aplicativos. O texto se ausenta do conceito de adimplemento (e sua negativa), ao não determinar, com base no caput, se

a referência é de inadimplência monetária (dada a possibilidade de cobrança pelos serviços) ou se cuida de inadimplemento lato sensu, como hipótese de extinção da dívida ou mutilação da obrigação - e aí estar-se-ia falando nas hipóteses de revogação, denúncia, resolução e rescisão (PONTES DE MIRANDA, 1959, passim).

Em mais um manejo atécnico do instrumento “decreto”, em flagrante usurpação de competência, o texto impede a moderação privada de conteúdo pelas plataformas digitais, listando quatro exceções para a regra geral:

- 1.** Quando o conteúdo publicado pelo usuário estiver em desacordo com o Estatuto da Criança;
- 2.** Quando a divulgação ou reprodução configurar: a) prática de nudez, promover infração penal sujeita ou representações explícitas ou implícitas de atos sexuais; b) prática, apoio, promoção ou incitação de infração penal pública incondicionada; c) apoio, recrutamento, promoção, enaltecimento ou ajuda a organizações criminosas ou terroristas ou a seus atos; d) prática, apoio, promoção ou incitação de atos de ameaça ou violência, inclusive, porrações de discriminação ou preconceito de raça, cor, sexo, etnia, religião ou orientação sexual; e) fabricação ou consumo, explícito ou implícito, de drogas ilícitas ou a apologia ao uso; f) prática, apoio, promoção ou incitação de atos de violência contra animais; g) prática ou o ensino do uso de computadores ou tecnologia da informação com o objetivo de roubar credenciais, invadir sistemas, comprometer dados pessoais ou causar danos sérios aos outros, ou ações contra a segurança pública, defesa nacional ou segurança do Estado; h) prática ou o ensino do uso de aplicativos, sites ou tecnologia da informação com o objetivo de violar direitos autorais; e i) constituir infração às normas expedidas pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR).

**3.** A requerimento do próprio usuário, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas no Marco Civil da Internet, e na Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD); e

**4.** A requerimento de terceiro, quando constituir violação de sua imagem, privacidade ou direito autoral.

Além disso, o decreto estabelece que os provedores deverão, nas hipóteses 1, 2 e 4 acima, informar ao usuário i) a motivação, ii) o processo de análise, iii) a aplicação da medida de bloqueio e vi) os prazos e procedimentos para sua contestação, proporcionando um canal eletrônico exclusivo para o exercício do direito de contraditório e ampla defesa.

Apesar de complexa a questão da moderação de conteúdo pelas plataformas, que precisam, de fato, investir em transparência para assegurar a liberdade de expressão dos usuários, ao mesmo tempo em que devem coibir a disseminação de notícias falsas, de discurso de ódio e a prática de atos ilícitos nos ambientes virtuais, a proibição da curadoria privada pelos provedores, feita de maneira simplista, abre caminho para a censura estatal, uma vez que, além definir de forma arbitrária as hipóteses de interferência dos provedores nos conteúdos divulgados por terceiros em suas próprias plataformas, impede que elas se autorregulem e estabeleçam as próprias diretrizes de suas plataformas, as quais os usuários aceitam ao apresentar o seu consentimento expresso.

## **Adoção de regime de notice and takedown e inclusão de fiscalização de infração a direitos autorais**

A criação de possibilidade de suspensão, limitação ou exclusão de conteúdo a requerimento de terceiro diante de eventual violação de direito autoral (art. 2º-C, IV do texto do decreto) é mais uma hipótese de exorbitação do poder de regulamentação de decreto, que apenas torna claro o comando legal tomando como fundamento a própria Lei.

No caso em comento, o Marco Civil estabelece expressamente, no §2º do art.

19, que a matéria relativa a infrações a direitos de autor ou direitos conexos depende de previsão legal específica, deixando em aberto seu tratamento por nova norma jurídica discutida no âmbito legislativo, a tratar especificamente sobre o tema. Sendo a edição de norma de direito material competência exclusiva do Poder Legislativo (art. 22, CRFB), não pode o decreto presidencial tratar sobre direitos autorais, em especial em virtude da expressa negativa de aplicação da lei em tese regulamentada aos casos que tratam de direitos autorais.

A possibilidade apresentada pelo decreto, de remoção de conteúdo que infrinja direitos autorais a partir de mero requerimento de terceiro constitui hipótese de notice and takedown, ou notificação e retirada, cuja adoção pelo regime legislativo brasileiro de direitos autorais mostra-se controversa inclusive nos tribunais. Trata-se de procedimento cuja implementação deve ser discutida amplamente junto à sociedade civil, à academia e ao setor empresarial, em virtude da complexidade do tema. Incluí-la desta forma, por decreto, ao regime legal brasileiro não se mostra a maneira mais democrática de fazê-lo, já que possibilita infrações a outros direitos que também merecem guarida.

No mesmo sentido, o decreto delega à Secretaria Nacional de Direitos Autorais e Propriedade Intelectual da Secretaria Especial de Cultura do Ministério do Turismo a atribuição de fiscalizar e apurar infrações praticadas por provedores de aplicações de internet a conteúdos e contas protegidos por direitos autorais. Mais uma vez, a presidência da República usurpa competência legislativa do Congresso Nacional ao dispor sobre entidade competente para promover fiscalização de infração a direitos, invadindo a esfera de competência do Poder Legislativo.

## **Inclusão de sanções administrativas**

Mais uma vez temos a hipótese de extrapolação do âmbito de um decreto. A imposição de sanções no caso não se trata de delegação legal expressa (como ocorre no art. 9º, §1º, do MCI), mas de usurpação de competência legislativa. Novamente, por todos, Pontes de Miranda (1970, p. 316):

“O regulamento é proposta de interpretação ou conjunto de normas de direito formal administrativo. Nenhum princípio novo, ou diferente, de direito material se lhe pode introduzir. Em consequência disso, não fixa, nem diminui, nem eleva vencimentos, nem institui penas, emolumentos, taxas ou isenções. Vale dentro da lei; fora da lei, a que se reporta, ou das outras leis, não vale. [...] Sempre que no regulamento se insere o que se afasta, para mais ou para menos, da lei, é nula, por ser contrária à lei, a regra jurídica que se tentou embutir no sistema jurídico. Se, regulamentando a lei a, o regulamento fere a Constituição, ou outra lei, é contrário à Constituição, ou à lei, e - em consequência - nulo o que editou.”

Assim sendo, mais uma vez trata-se de caso efetivo de usurpação de competência, quando da leitura do art. 21-A, do decreto em comento, extrai-se a existência de hipóteses de sanção aos provedores que não foram previstas em lei.

## **Proibição de material pornográfico**

Pela leitura do art. 2º-C, é permitido ao provedor de aplicações de Internet excluir, suspender ou limitar a divulgação de conteúdo gerado pelo usuário em seus aplicativos, quando se tratar de nudez ou representações explícitas ou implícitas de atos sexuais.

Em setembro de 2018, a lei nº 13.718/2018 tipificou a divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia, com a introdução do art. 218-C ao Código Penal, dispondo:

Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio - inclusive

por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia: Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave.

É de se esperar que o legislador, ao prever a possibilidade de exclusão, pelo provedor, de nudez ou representações explícitas ou implícitas de atos sexuais, esteja se referindo à prática de ilícito penal, como o previsto no art. 218-C acima mencionado, sob pena de estar impondo seus padrões morais à toda sociedade brasileira.

No dispositivo em comento (art. 2º-C, inc. II, letra a do decreto), não há qualquer menção acerca da autorização ou não da pessoa fotografada para a publicação e divulgação do material. Entende-se, portanto, que toda e qualquer nudez ou representação explícita ou implícita de atos sexuais pode ser retirada do site pelo provedor. Há, portanto, uma discussão a ser empreendida em termos de existência ou não de ato ilícito absoluto e de dano indenizável na espécie - referindo-se aqui, objetivamente, ao compartilhamento consensual de imagens de cena de sexo, nudez ou pornografia.

## **Da Adequação do Conteúdo Abordado em Outro Instrumento que não um Decreto Presencial**

O decreto presidencial é um dispositivo utilizado para regulamentar conteúdo em lei já existente - o que já foi demonstrado não ocorrer no caso em questão, já que o texto proposto pelo Presidente Jair Bolsonaro inova e diverge do Marco Civil da Internet em vários aspectos (adoção de regime de "notice and takedown", a regra de moderação de conteúdo apenas com ordem judicial, entre outros).

Outro instrumento, como a Medida Provisória, talvez seja, à primeira vista, mais adequado para tratar sobre o assunto. Contudo, convém ressaltar, de pronto, que a Medida Provisória poderia acarretar uma enorme insegurança jurídica para essa matéria, uma vez que, devido à sua condição resolutiva, perderia a eficácia se não fosse convertida em lei pelo Congresso Nacional no prazo de sessenta dias, prorrogável por igual período.

## **Pressupostos constitucionais da Medida Provisória**

Para a edição de uma Medida Provisória, o artigo 62 da Constituição estabelece alguns requisitos formais, materiais e procedimentais. Em relação aos primeiros, o dispositivo prevê que o Presidente da República é competente para adotar medidas provisórias, com força de lei, em situações de relevância e de urgência. Já em relação à matéria, o instrumento em comento dispõe um rol de assuntos que são vedados.

Segundo linha de raciocínio proposta pelo próprio Presidente da República para sustentação do ato, e ainda segundo a Constituição da República de 1988, art. 62, parece mais adequado a utilização de uma Medida Provisória para versar sobre o assunto em questão:

Art. 62, CF. 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.

A discussão em aberto é relativa ao atendimento, ou não, dos requisitos de urgência, relevância e competência do Chefe do Executivo. Apesar do entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal de excepcionalidade quanto à avaliação de inconstitucionalidade formal da Medida Provisória (em casos de desvio de finalidade ou abuso de poder), sendo espaço de discricionariedade do Presidente, caberia a avaliação de constitucionalidade material da mesma.

Importa destacar que o ato de revestimento público, com a elaboração e possibilidades de emendas pelo Congresso Nacional, diminui o grau de voluntarismo do instrumento, mas não alheia o mesmo de sua fundamentação constitucional.

## Conclusão

Por todas as graves razões jurídicas elencadas, devemos reiterar a necessidade de revisão das pretensões regulamentares da Presidência da República, com foco na preservação de uma estrutura legal constitucional e de excelência reconhecida internacionalmente. Ademais, é sempre importante ressaltar que a construção de regulamentações fora do devido processo legislativo abre margem à índices diminutos de participação popular e multissetorial, com a redução das oportunidades de escuta da sociedade e dos especialistas.

Por fim, caso seja de fato publicada a presente minuta em forma de decreto, nascerá, como já explicitado anteriormente, eivada de vício de inconstitucionalidade, além de cometer sérios equívocos em termos de direito material, podendo ser, então, contestada pelos meios cabíveis - projeto de decreto legislativo pelos integrantes do Poder Legislativo e ação direta de inconstitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal.

# Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) > Acesso em: 26 de maio de 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 246/2021. Dispõe sobre a responsabilidade civil de provedores de aplicações de internet pela atividade de moderação, na forma de rotulagem de conteúdo que expresse a opinião de usuário, e assim caracterize exercício de liberdade fundamental. Autor: Deputada Federal Caroline de Toni. Apresentação em: 05 fev 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2269422>. Acesso em: 27 maio 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 1362/2021. Dispõe sobre a liberdade de expressão e informação na internet. Autor: Deputado Federal Daniel Silveira. Apresentação em: 13 abr 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2277821>. Acesso em: 27 maio 2021.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 27 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AG.REG. EM MANDADO DE SEGURANÇA nº 35959 AgR / DF. Relator: Ministro Luiz Fux. Pesquisa de Jurisprudência. Julgado em 14/12/2018. Publicação 07/02/2019. Disponível em <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur397778/false>>. Acesso em: 26 de maio de 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 14ª Ed. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2005, pág. 44.

# Referências

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. Tomo 25. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários à Constituição de 1967. Tomo 3. Rio de Janeiro: Editora RT, 1970.

SOUZA, Carlos Affonso; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Responsabilidade dos provedores por conteúdos de terceiros na internet. Consultor Jurídico. Publicação 23 de janeiro de 2017. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-jan-23/responsabilidade-provedor-conteudo-terceiro-internet#sdfootnote3anc>>. Acesso: 26 de maio de 2021.



# IP ●rec

INSTITUTO DE PESQUISA EM  
DIREITO & TECNOLOGIA DO RECIFE