

FELIPE GRIZOTTO FERREIRA

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA ERA DIGITAL: DESAFIOS, PERSPECTIVAS E
APLICAÇÕES**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

ORIENTADOR: PROFESSOR DOUTOR LUCAS CATIB DE LAURENTIIS

CAMPINAS

2021

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE CAMPINAS
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS APLICADAS
MESTRADO DE DIREITO

FELIPE GRIZOTTO FERREIRA

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA ERA DIGITAL: DESAFIOS, PERSPECTIVAS E
APLICAÇÕES**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Mestrado em Direito do Pontifícia Universidade Católica de Campinas, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob orientação do Prof. Dr. Lucas Catib de Laurentiis.

CAMPINAS/SP

2021

Ficha catalográfica elaborada por Fabiana Rizziolli Pires CRB 8/6920
Sistema de Bibliotecas e Informação - SBI - PUC-Campinas

342.7
L383L

Ferreira, Felipe Grizotto

Liberdade de expressão na era digital: desafios, perspectivas e aplicações /
Felipe Grizotto Ferreira. - Campinas: PUC-Campinas, 2021.

225 f.

Orientador: Lucas Catib de Laurentiis.

Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito,
Centro de Ciências Humanas e Sociais Aplicadas, Pontifícia Universidade Católica de
Campinas, Campinas, 2021.

Inclui bibliografia.

1. Direitos fundamentais. 2. Comunicação de massa. 3. Internet. I. Laurentiis,
Lucas Catib de. II. Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Centro de Ciências
Humanas e Sociais Aplicadas. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU 342.7

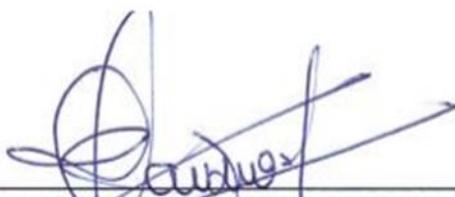
FELIPE GRIZOTTO FERREIRA
**Liberdade de expressão na era digital:
desafios, perspectivas e aplicações**

Este exemplar corresponde à redação final da Dissertação de Mestrado em Direito da PUC-Campinas, e aprovada pela Banca Examinadora.

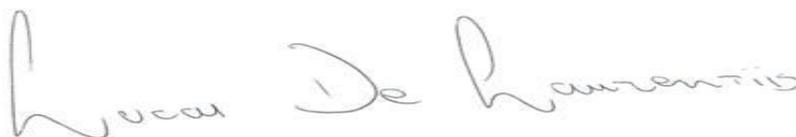
APROVADO: 22 de fevereiro de 2021.



DR. LEONARDO MARTINS (UFRN)



DR. CLAUDIO JOSE FRANZOLIN(PUC-CAMPINAS)



DR. LUCAS CATIB DE LAURENTIIS– Presidente (PUC-CAMPINAS)

“O que é realmente assustador quanto ao totalitarismo não é que cometa ‘atrocidades’, mas que agrida o conceito da verdade objetiva: ele proclama que controla o passado tão bem quanto o futuro.”

— ORWELL, George. *O que é Fascismo? E outros ensaios.*

Agradecimentos

Intenso e enriquecedor são dois qualificadores apropriados para caracterizar o período do Mestrado. Mais breve do que a graduação, mas não menos intenso. Nesse caminho, muitos foram os obstáculos e os erros, assim como as conquistas e os aprendizados. Quase metade desse período foi marcado pela pandemia do COVID-19. Fui privilegiado por ter conseguido terminar, com saúde e segurança, meus estudos e esta pesquisa. Por isso, e como nada se constrói sozinho nesta vida, tenho muito para agradecer. É impossível citar todas as pessoas que contribuíram para a conclusão dessa etapa, mas cada uma delas tem consciência de sua importância. Agradeço de coração a todas. Apesar disso, é necessário destacar alguns nomes que tiveram influência direta e construtiva nesse ciclo.

Em primeiro lugar, à *Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo* (FAPESP) - processo nº 2019/16305-1, agradeço o financiamento dessa pesquisa, pois possibilitou minha dedicação exclusiva aos estudos e à pesquisa durante todo um ano.

Ao meu orientador, professor e amigo, *Lucas Catib de Laurentiis*, tenho muito que agradecer. Por sua paciência frente às minhas limitações, e por nunca deixar de acreditar em meu potencial. Agradeço por seu apoio e estímulo constante, assim como pelas cobranças e críticas, sempre muito construtivas. Obrigado por estar sempre presente e pelo interesse em minha pesquisa. Este trabalho, naquilo que possa ter de positivo, também é seu.

A todos professores e professoras da PUC-Campinas, muito obrigado. Em razão da proximidade e importância durante a Pós-Graduação, agradeço individualmente alguns. *Fernanda Ifanger, Guilherme Perez Cabral, Cláudio José Franzolin, Josué Mastrodi, Pedro Peruzzo e Vinícius Casalino*, agradeço pelas aulas, conselhos e apoio. Aos historiadores e professores *Lindener Pareto Junior* e *Gustavo Junqueira Duarte Oliveira*, agradeço pelas conversas e debates durante o meu curso e minha pesquisa.

Ao *Professor Leonardo Martins*, agradeço por todo apoio, ajuda e confiança para comigo e meu trabalho. Muito obrigado por ser um exemplo de profissional, fico muito feliz por aprender contigo, seja por meio de suas excelentes obras ou de nossa recente aproximação em encontros, debates e parcerias. Agradeço também pelas sempre pertinentes críticas e colocações sinceras, assim como pelo carinho. Espero conseguir retribuir um pouco todo aprendizado recebido.

Aos professores *Eugênio Bucci* e *Vitor Blotta*, juntamente com todo o grupo de estudos *Jornalismo, Direito e Liberdade*, agradeço pelas lições, contribuições e diálogos extremamente construtivos. Agradeço também a todas as alunas e os alunos do *grupo de estudos de liberdade de expressão* da PUC-Campinas, nossos encontros foram muito produtivos e enriquecedores.

À turma do estágio à docência, agradeço pela experiência incrível que tivemos, bem como pela paciência, pelo carinho e pelo prestígio. Turmas interessadas como a de vocês me estimulam a continuar trilhando o caminho da docência. Aprendi muito com cada um(a).

Aos *funcionários* da PUC- Campinas, sou grato pela alegria, empenho e trabalho de vocês para que todos os alunos e alunas consigam desfrutar da melhor experiência possível de aprendizado. De forma especial, agradeço ao *Wagner Galvão* por todo apoio e paciência com as alunas e os alunos do Mestrado.

Aos meus colegas da pós-graduação, obrigado por compartilharem tanto os momentos difíceis como os felizes comigo. Jamais esquecerei as discussões acadêmicas e os cafés na sala da pesquisa, as risadas no refeitório, os brindes nos bares de Campinas e as videoconferências durante a pandemia. Pelo apoio e contato frequente, agradeço especialmente à *Suzana*, ao *Renan*, ao *Mário*, à *Isabella*, à *Mônica*, ao *Arthur*, ao(s) *João Paulo(s)*, e ao *Bruno*.

À *Thais Hoshika*, agradeço pela amizade, pelo apoio mútuo e a parceria de longa data. Passamos por muitas coisas juntos nesses últimos dois anos e foi um prazer imenso compartilhar as experiências tanto da pós-graduação como as profissionais com você. Mesmo mais distantes atualmente, seguimos juntos.

Ao *Nelson Fernandes Sérgio de Carvalho*, agradeço a amizade, apoio e confiança. Obrigado pelas conversas e discussões tanto acadêmicas como profissionais. É um prazer trabalhar e estudar com você.

Aos meus amigos e exemplos de profissionais, *Gilberto Garcia* e *Alessandra Garcia*, agradeço de coração toda a torcida e todo o apoio. Obrigado por sempre me motivarem e por acreditarem em meu potencial.

À *Sara Saad* e *Beatriz Valera*, agradeço a gentileza e o carinho em minhas estadias por Campinas. Aos meus amigos e amigas, *Mateus*, *Bruno*, *Henrique*, *Roberto*, *Gabriela*, *Beatriz*, *Thiago*, *Isabela*, *Matheus*, *Iago*, *Lucas Gabriel* e *Gabriella*, os quais me acompanharam de perto durante minha jornada acadêmica, muito obrigado pelo o apoio, a amizade e os desabafos.

À toda minha *família*, agradeço o amor, o carinho e as orações. Aos meus pais, *Mauriceia Aparecida Grizotto Ferreira* e *Marcelo Carlos Ferreira* devo todas as minhas conquistas acadêmicas e profissionais. Em uma sociedade tão desigual e com enorme carência em tantos aspectos, meus pais foram fonte de afeto, amor e companheirismo. Me apoiaram financeira e emocionalmente nas diversas etapas e desafios que a vida me apresentou. Sou profundamente grato à dedicação e ao esforço que desempenham diariamente. Agradeço meu irmão *Lucas Grizotto Ferreira* pela amizade e pelo apoio de sempre.

Apoio Financeiro

Processo nº 2019/16305-1, Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP).¹

¹ grant #2019/16305-1, São Paulo Research Foundation (FAPESP).

RESUMO

O trabalho investiga e analisa criticamente as transformações nas configurações normativas da liberdade de expressão e os principais desafios ao seu exercício impostos pela era digital. A questão é abordada por meio de uma metodologia jurídico-dogmática, apoiada nos textos normativos, na jurisprudência constitucional e internacional e na literatura especializada pertinente. Depois de delimitar um núcleo conceitual para esse direito humano e fundamental, o trabalho expõe as mudanças na realidade social a qual esse direito disciplina. São identificadas as principais tendências e características regulatórias dessa liberdade na era digital, as quais tomam forma normativa por meio de duas iniciativas, o direito ao esquecimento e a responsabilidade civil das plataformas por danos de terceiros. No segundo capítulo, o trabalho investiga esses dois desafios e a configuração normativa dessa liberdade em dois modelos jurídicos distintos, o estadunidense e o europeu. O primeiro é caracterizado por conceder uma proteção constitucional robusta a essa liberdade, oferecendo inúmeros precedentes e critérios normativos para estudo. Esse país também é caracterizado por ter uma norma infraconstitucional que atribui elevada proteção às plataformas e serviços digitais. Por outro lado, a Europa possui um sistema normativo com mais restrições a esse direito fundamental. Foram analisadas as configurações normativas da liberdade de expressão e suas tensões no âmbito internacional europeu, no da União Europeia e no alemão. Esse último oferece um relevante contraponto ao modelo estadunidense. Por fim, o terceiro capítulo é destinado à análise do sistema constitucional brasileiro da liberdade de expressão. A Constituição brasileira possui diversas normas que disciplinam essa liberdade, instituindo uma proteção abrangente às interações sociais de comunicação. O caminho constitucional mais apropriado para regulação das comunicações sociais é aquele que incide mais nas relações econômicas subjacentes a essas atividades do que de em aspectos ideológico e de conteúdo. Depois de explorados os parâmetros constitucionais e seus alcances em face da era digital, o trabalho analisa três problemas jurídicos específicos, o bloqueio de aplicativos de comunicação, a responsabilidade civil dos provedores por danos de terceiros e o direito ao esquecimento. Este trabalho objetiva sistematizar o tema para facilitar pesquisas jurídicas futuras e, ao mesmo tempo, oferecer uma contribuição sólida para a operacionalização do controle jurisdicional de constitucionalidade brasileiro frente aos novos desafios da atualidade.

Palavras-chave: comunicação social; direitos fundamentais; internet; análise jurídico-dogmática.

ABSTRACT

The work investigates and critically analyzes the transformations in the normative settings of freedom of expression and the main challenges to its exercise imposed by the digital age. The issue is addressed through a legal-dogmatic methodology, supported by normative texts, constitutional and international jurisprudence, and the relevant specialized literature. After delimiting a conceptual core for this fundamental and human right, the work exposes the changes in the social reality to which this right disciplines. The main trends and regulatory characteristics of this freedom in the digital age are identified, which take a normative form through two initiatives, the right to be forgotten and the civil liability of the platforms for damages by third parties. In the second chapter, the paper investigates these two challenges and the normative configuration of this freedom in two different legal models, the North American and the European. The first is characterized by providing robust constitutional protection to this freedom, offering numerous precedents and normative criteria for study. This country is also characterized by having an ordinary law standard that gives high protection to digital platforms and services. On the other hand, Europe has a regulatory system with more restrictions on this fundamental right. The normative setting of freedom of expression and their tensions in the European international scope, in the European Union and in German were analyzed. The latter offers a relevant counterpoint to the North American model. Finally, the third chapter is dedicated to the analysis of the Brazilian constitutional system of freedom of expression. The Brazilian Constitution has several rules that govern this freedom, providing comprehensive protection for social communication interactions. The most appropriate constitutional path for regulating social communications is that which focuses more on the economic relations underlying these activities than on ideological and content aspects. After exploring the constitutional parameters and their scope in the face of the digital age, the work analyzes three specific legal problems, the blocking of communication applications, the civil liability of providers for damages by third parties and the right to be forgotten. This work aims to systematize the theme to facilitate future legal research and, at the same time, to offer a solid contribution to the operationalization of the constitutionality judicial review of Brazilian in face of the new challenges of the present time.

Keywords: social communication; fundamental rights; Internet; legal-dogmatic analysis.

Lista de Abreviaturas

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADCT	Ato de Disposições Constitucionais Transitórias
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental]
BVerfGE	<i>Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, amtliche Sammlung</i> (Decisões do Tribunal Constitucional Federal, coletânea oficial)
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
GG	<i>Grundgesetz</i> (Lei Fundamental alemã)
MCI	Marco Civil da Internet
MS	Mandado de Segurança
PL	Projeto de Lei
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TCF	Tribunal Constitucional Federal alemão
TEHD	Tribunal Europeu de Direitos do Homem
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia

SUMÁRIO

Introdução	15
I) Tema, objeto e finalidades	15
II) Proposta de trabalho e aspectos metodológicos.....	20
a. Trabalho juridicamente dogmático: pressupostos, características e funções	20
b. Dogmática dos direitos fundamentais: categorias e métodos	27
c. Procedimentos de pesquisa e a ordem de exposição	32
1. Desafios.....	35
1.1. Ponto de partida: as teorias da liberdade de expressão e seus aspectos normativos	35
1.1.1. Teoria da verdade e o mercado de ideias.....	36
1.1.2. Teoria democrática e legitimidade política.....	38
1.1.3. Teoria da autonomia individual	40
1.2. A expressão na era digital	41
1.2.1. Natureza e estrutura da internet	41
1.2.2. Características das comunicações online	43
1.3. Os intermediários na era digital.....	52
1.3.1. O papel fundamental da infraestrutura para a liberdade de expressão.....	52
1.3.2. Funções e classificações	55
1.4. O impacto da internet na consolidação de rumores, discurso de ódio e ofensas ...	57
1.4.1. Os propagadores e as causas.....	58
1.4.2. Mecanismos de disseminação e a era digital.....	60
1.5. Moderação: um pouco de teoria e prática.....	64
1.5.1. A teoria: os motivos	64
1.5.2. A prática: os processos	68
1.6. Governança digital da informação.....	70
1.6.1. Ascensão.....	70

1.6.2.	As tendências de regulação da liberdade de expressão na era digital.....	72
1.6.3.	As principais concretizações normativas restritivas da liberdade de expressão	76
1.6.3.1.	A responsabilidade civil de provedores por danos de terceiros	76
1.6.3.2.	O direito ao esquecimento	79
2.	As perspectivas no direito comparado	81
2.1.	O Sistema Estadunidense.....	81
2.1.1.	A Primeira Emenda e a liberdade de expressão: um panorama	81
2.1.2.	A responsabilidade civil dos provedores por conteúdo de terceiros	95
2.1.2.1.	Parâmetros pré-legislativos	95
2.1.2.2.	A secção 230 do Ato de Comunicações Decentes: ascensão e consolidação	98
2.1.2.3.	A responsabilidade civil dos provedores e a liberdade de expressão: dilemas e perspectivas	102
2.1.3.	Direito ao esquecimento online	104
2.1.3.1.	Alcance da proteção constitucional às plataformas de pesquisa.....	105
2.1.3.2.	Avaliação da restrição e seus parâmetros	109
2.2.	O Sistema Europeu.....	111
2.2.1.	Aspectos gerais e níveis de proteção.....	111
2.2.2.	O Conselho da Europa	113
2.2.2.1.	Âmbito de proteção da liberdade de expressão na Carta Europeia dos Direitos do Homem	113
2.2.2.2.	A responsabilidade civil dos provedores por conteúdo de terceiros.....	117
2.2.3.	A União Europeia.....	123
2.2.3.1.	Proteção de dados, desindexação de resultados e o direito ao esquecimento online	123
2.2.3.2.	Críticas e inconsistências normativas.....	126
2.2.4.	O modelo alemão.....	130
2.2.4.1.	As liberdades comunicativas e suas configurações normativas	130
2.2.4.2.	A era digital e a reconfiguração das liberdades comunicativas.....	137

2.2.4.3.	O sistema da <i>NetzDG</i> : escopo, procedimentos e sanções	139
2.2.4.4.	A <i>NetzDG</i> e as liberdades de comunicação: inconstitucionalidade?.....	142
3.	A perspectiva brasileira e suas aplicações.....	145
3.1.	Dificuldades preliminares: o texto e a jurisprudência constitucional	146
3.2.	Configuração normativa brasileira.....	149
3.2.1.	Titulares e destinatários	149
3.2.2.	Liberdade de expressão e manifestação do pensamento	151
3.2.3.	Liberdade de expressão e a comunicação social	160
3.2.3.1.	Distinção entre os parâmetros normativos da manifestação do pensamento e da comunicação social	160
3.2.3.2.	Aspectos materiais e subjetivos.....	162
3.2.3.3.	Aspectos institucionais e de infraestrutura.....	166
3.2.4.	Liberdade de expressão e o acesso à informação	168
3.2.5.	A proteção constitucional da liberdade de expressão e a era digital.....	170
3.3.	O bloqueio de aplicativos de comunicação	176
3.3.1.	O contexto fático e jurídico da discussão.....	176
3.3.2.	Análise do texto e contexto das normas supostamente interventoras	177
3.3.3.	Um problema de liberdade de expressão?	179
3.4.	A responsabilidade civil dos provedores de conteúdo por conteúdo de terceiros	180
3.4.1.	O contexto fático e jurídico da discussão.....	180
3.4.2.	Análise do texto e contexto do artigo 19 do Marco Civil da Internet	181
3.4.3.	Análise crítica da questão.....	184
3.5.	Direito ao esquecimento online.....	187
3.5.1.	O contexto fático e jurídico da discussão.....	187
3.5.2.	Problemas conceituais, de fundamentação e suas implicações	187
3.5.3.	Proteção de dados e o direito ao esquecimento: inexistência de fundamento constitucional e suas consequências	194

3.5.4. Limitações e abusos de seu reconhecimento para a liberdade de expressão	200
Conclusões	205
REFERÊNCIAS	208

Introdução

D) Tema, objeto e finalidades

Uma manifestação política contra o prefeito da cidade de São Paulo organizada em uma comunidade do Facebook sugeria a realização de uma “virada cultural” em sua residência. Em razão dos perfis dos organizadores do evento serem anônimos, o prefeito processou a própria mídia social. Apesar de não ter reconhecido nenhuma ilegalidade na manifestação, o juiz ordenou que a plataforma fornecesse todos os dados necessários para a identificação dos indivíduos envolvidos no ato.²

Uma servidora pública brasileira detentora de um importante cargo demandou judicialmente contra o Yahoo! e o Google. Seu objetivo era que as plataformas promovessem a desindexação dos resultados de pesquisa que relacionam seu possível envolvimento em uma fraude ocorrida durante um concurso público. Para a defesa de seus interesses, a servidora evoca seu direito ao esquecimento. O Superior Tribunal de Justiça concorda e condena as plataformas de busca.³

Um site fraudulento é criado em nome de uma empresa para venda de mercadorias. A empresa notifica extrajudicialmente o Google para exclusão do site da lista gerada como resultado de busca, sem, no entanto, obter êxito. Por isso, processa a plataforma de buscas para obter o ressarcimento dos danos sofridos. O pedido é concedido pelo tribunal competente.⁴

Um dispositivo da legislação brasileira destinada a regular conflitos na internet determina que a responsabilidade das plataformas digitais por danos gerados por terceiros só existirá quando houver o descumprimento de uma ordem judicial prévia de retirada do conteúdo apontado como danoso. Essa norma foi considerada inconstitucional por diversos tribunais brasileiros por ser considerada excessivamente protetiva em relação à liberdade de expressão.⁵

Esses são alguns dos conflitos contemporâneos no campo da liberdade de expressão. O ponto em comum entre eles é o contexto no qual surgiram e foram decididos: a era digital. O termo designa as sociedades marcadas pelas intensas transformações sociais impulsionadas pelo advento da internet e o progresso das tecnologias informacionais.

² BRASIL. Comarca de São Paulo. **Processo nº 1135974-27.2016.8.26.0100**, sentença de 06/04/2017.

³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.660.168-RJ, 2018.

⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Ap. nº 1011391-95.2015.8.26.0005**, julgada em 07.06.16.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 1.037.396-SP**. Pendente de Julgamento.

Os alarmistas dizem que essas transformações tecnológicas estão destruindo tudo.⁶ Da indústria musical aos meios de transporte e das relações privadas à política, praticamente tudo está sendo reestruturado em uma velocidade exponencial. Em menos de 30 anos, realidades e hábitos foram enterrados, criados e ressignificados. Independente do juízo de valor, fato é que as consequências dessas mudanças para os sistemas jurídicos são enormes.

Como ocorre com praticamente a totalidade das metamorfoses socioculturais, a inovação tecnológica é “tanto um fardo como uma benção”.⁷ A tendência das sociedades e suas instituições nessas circunstâncias consiste em promover as benções e conter os fardos. O Direito, como complexo sistema normativo e coletivo de regulação social, é um instrumento de evidência e disputa nessa complexa tarefa. A era digital criou um ambiente fértil para a expansão dos processos comunicativos, produtivos e formativos. Inovações positivas são reconhecidas e exploradas, inclusive no campo jurídico-político, como ampliação e divulgação do conhecimento, facilidade de mobilização social, promoção da comunicação pública e controle social do Poder Público.

Contudo, a nova era também lançou graves ameaças a outras importantes áreas sociais dotadas de destaque jurídico. Setores e valores sensíveis como privacidade, imagem e reputação, conhecimento científico, propriedade intelectual e até mesmo a própria democracia sofreram consideráveis abalos. Esses são alguns fardos. Frente a isso, os Estados, isoladamente ou em conjunto, estão tomando medidas para regular a vida no meio digital a pretexto de tutelar esses interesses.⁸

O direito à liberdade de expressão é peça central nesse contexto. Trabalhar com o universo digital é trabalhar com informação. Por sua vez, regular a criação, troca e busca de informações é atuar na liberdade de expressão. Em termos normativos, essa liberdade é

⁶ Para uma análise crítica, avaliando tanto aquilo que as tecnologias informacionais fazem como o que desfazem, conferir: EDWARDS, Andrew V., **Digital is destroying everything: what the tech giants won't tell you about how robots, big data, and algorithms are radically remaking your future**, Lanham: Rowman & Littlefield, 2015. A sentença inicial deste trabalho foi inspirada no título da obra citada. Embora o autor inove e adote o termo “digital” como um sinônimo (geralmente é usada como adjetivo), a definição por ele colocada apresenta elementos conceituais apropriados para o manuseio técnico da palavra. Sendo assim, o presente trabalho adotará a seguinte definição quando utilizar o termo “digital”: adjetivo que qualifica a descrição de determinado processo, produto ou prática como relacionada às questões computadorizadas e às tecnologias da informação desenvolvidas desde os anos 90.

⁷ POSTMAN, Neil, **Technopoly: the surrender of culture to technology**. Vintage Books ed. New York, NY: Vintage Books, 1993, p. 4-5.

⁸ Para um panorama, conferir: LEX, Gill; REDEKER, Dennis; GASSER, Urs, Towards Digital Constitutionalism? Mapping Attempts to Craft an Internet Bill of Rights, **Berkman Klein Center for Internet & Society Research Publication**, p. 1–15, 2015.

reconhecida como um direito fundamental pela maioria dos ordenamentos jurídicos contemporâneos e como um direito humano pelos sistemas internacionais de tutela desses direitos. Com efeito, alguns conflitos normativos já estão surgindo e, aos poucos, o judiciário do mundo todo tem enfrentado as difíceis questões que o tema suscita.

Compor as tensões jurídicas no âmbito da liberdade de expressão na era digital não é tarefa trivial. Embora os interesses e valores envolvidos nas disputas muitas vezes sejam debatidos a tempos, a complexidade aumentou e a própria natureza dos conflitos pode ter mudado. Novos objetos e realidades geralmente requerem novas palavras. Mas novas situações também modificam conceitos antigos. Assim, noções sedimentadas no campo do Direito como “liberdade”, “privacidade”, “conhecimento”, “memória”, entre tantas outras, são desafiadas e ressignificadas pela era digital.⁹

As dinâmicas informacionais há muito tempo são objeto de regulação do Direito, que opera por meio das normas definidoras da liberdade de expressão, da privacidade, do acesso à informação, da educação e do funcionamento da imprensa. No entanto, a era digital colocou a informação como um interesse de destaque. As estruturas informacionais foram ampliadas e, atualmente, estão difundidas no cotidiano de quase todas as sociedades e seus indivíduos. Tal ubiquidade dessas estruturas transpõe até mesmo os limites transfronteiriços. Ainda não existe clareza de como esse conjunto de fatos altera as políticas e a litigância no campo da liberdade de expressão e poucas análises foram feitas pela literatura brasileira.

Nesse caldeirão em ebulição por fatores sociais e jurídicos, adicionam-se alguns temperos apimentados relacionados aos direitos fundamentais, tais como eficácia horizontal, colisões, limites, discricionariedade e ativismo. O resultado não é nem um pouco surpreendente: uma explosão de incertezas, confusões e desorientação.

A presente pesquisa procura investigar esse cenário e enfrentar alguns de seus problemas. Seu objeto consiste em identificar e analisar os principais desafios ao exercício da liberdade de expressão impostos pela era digital e refletir criticamente sobre as respectivas soluções jurídicas.

⁹ Com considerações nesse sentido, conferir: BRISON, Susan J.; GELBER, Katharine, Introduction, *In*: BRISON, Susan J.; GELBER, Katharine (Eds.), **Free Speech in the Digital Age**. Oxford University Press, 2019, p. 3.

A noção da liberdade de expressão e os problemas por ela suscitados são um dos temas mais debatidos na filosofia moral e política recente.¹⁰ Contudo, sem desconsiderar a pertinência das investigações nos demais campos, a análise será desenvolvida a partir da posição jurídica privilegiada que a liberdade de expressão assume enquanto direito humano e fundamental, considerando também seus reflexos para os processos decisórios no contexto político e legislativo.

Além da escassez literária sobre o tema, não há consolidação jurisprudencial específica.¹¹ É em razão disso que a presente pesquisa ganha importância acadêmica e social, pois um dos problemas centrais apresentados aos operadores e acadêmicos do Direito é a questão da decidibilidade para dirimir conflitos e tensões sociais de forma normativamente consistente, ou seja, como um problema jurídico-dogmático.¹²

Considerando as características da internet e a existência de materiais já produzidos no Direito estrangeiro, o recurso ao direito comparado e aos parâmetros internacionais são essenciais para esta pesquisa. Serão analisadas, portanto, algumas diretrizes normativas do ordenamento jurídico estadunidense e do europeu, especificamente o germânico.¹³

A análise do sistema jurídico dos Estados Unidos da América é pertinente por três motivos. Primeiro, pela influência que a tradição da Primeira Emenda - por meio de sua jurisprudência, bem como suas teorias e doutrina - exerce nos demais sistemas da liberdade de expressão, especialmente para fins comparativos. Com bons fundamentos se afirma, por isso, que o ordenamento jurídico norte-americano confere maior grau de proteção à liberdade de expressão.¹⁴ Por conta disso, a literatura jurídica estadunidense é abundante na temática, inclusive em sua relação com as novas tecnologias da informação. Por fim, e especialmente relevante para o problema aqui abordado, há o fato de este país ser a sede da maioria dos

¹⁰ Nesse campo, para a colocação da problemática e um panorama geral dos debates e teorias, conferir: VAN Mill, David. Freedom of Speech. *In*: ZALTA, Edward N. (Org.), **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Summer 2018. Metaphysics Research Lab: Stanford University, 2018.

¹¹ Para um mapeamento nesse sentido, conferir: ARTIGO 19, **Teses jurídicas sobre liberdade de expressão na internet**, São Paulo: Artigo 19 Brasil, 2018.

¹² Isso é identificado por Tércio Sampaio como o principal problema da ciência do Direito. Isso não exclui, contudo, a enorme importância dos estudos multidisciplinares no campo jurídico. Conferir: FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1980. p. 20-22. A exposição detalhada da proposta de trabalho desta obra, seus aspectos metodológicos e procedimentais estão em seção própria.

¹³ Essas reflexões no âmbito da cooperação internacional e do Direito Comparado justificam o enquadramento do trabalho na linha de pesquisa “Cooperação Internacional e Direitos Humanos”, vinculada à área de concentração “Direitos Humanos e Desenvolvimento Social”.

¹⁴ Nesse sentido, ver: SCHAUER, Frederick, Freedom of expression adjudication in Europe and the United States: a case study in comparative constitutional architecture. *In*: NOLTE, Georg (Org.), **European and US Constitutionalism**. Cambridge University Press, 2005, p. 49–69.

provedores de conteúdo online, do que se extrai que esses atores devem responder juridicamente perante suas autoridades estadunidenses, nos termos das normas vigentes neste país.

O sistema europeu, por outro lado, é colocado em contraposição ao norte-americano tanto em termos da configuração normativa da liberdade de expressão, como também das políticas legislativa que regulam a matéria. O ordenamento alemão particularmente se destaca como antagonista do modelo estadunidense,¹⁵ mas também influencia a adjudicação no campo dos direitos humanos e fundamentais em diversos sistemas jurídicos internacionais e nacionais, incluindo o brasileiro. Por isso, também foi selecionado como modelo comparativo.

O presente trabalho busca principalmente contribuir para a operacionalização do controle jurisdicional de constitucionalidade brasileiro frente aos novos desafios. Ao desenvolver reflexões para a dogmática especial dos direitos fundamentais, espera-se orientar os juristas e os demais atores envolvidos no enfrentamento de problemas colocados pela era digital. Assim, indiretamente os resultados expostos podem ser de alguma utilidade para o desenho e implementação de política públicas na área informacional e celebração de acordos ou tratados em sede de cooperação jurídica internacional.

Tais reflexões no âmbito da cooperação internacional e do direito comparado justificam o enquadramento do trabalho na linha de pesquisa “Cooperação Internacional e Direitos Humanos”, vinculada à área de concentração “Direitos Humanos e Desenvolvimento Social” do Programa de Mestrado em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas.

Longe de aspirar enfrentar todos os inúmeros e complexos problemas apresentados à liberdade de expressão pela conjugação da internet com as tecnologias da informação, o presente trabalho pretende ressaltar os pontos estruturais que envolvem a questão e analisar criticamente algumas das respostas normativas apresentadas até o momento. Se conseguir chamar a atenção para a delicadeza da questão e, assim, permitir o desenvolvimento de pesquisas futuras, já terá cumprido sua tarefa.

Para tanto, o trabalho está organizado em três partes, com a ordem de exposição apresentada a seguir. A primeira parte é dedicada à identificação e análise estrutural dos desafios apresentados pela era digital ao exercício da liberdade de expressão. Além de condicionar os exames normativos posteriores, essa investigação permitirá compreender o

¹⁵ Ilustrando analiticamente essa situação, especialmente na esfera digital, conferir: TIMOFEEVA, Yulia A. Hate Speech Online: Restricted or Protected? Comparison of Regulations in The United States and Germany. **Journal of Transnational Law & Policy**, vol.12, nº 2, p.253-286, 2003.

contexto fático e as instituições que permeiam e qualificam a produção, troca e acesso de informações.

A segunda parte desenvolve as análises do direito comparado com a investigação das perspectivas norte-americana e a europeia dos problemas enfrentados em razão da era digital e seus modelos normativos. Por fim, a terceira parte busca fornecer resposta dogmáticas aos problemas brasileiros, com a análise tanto dos parâmetros constitucionais envolvidos como das possíveis interferências ao exercício da liberdade de expressão na era digital.

II) Proposta de trabalho e aspectos metodológicos

a. Trabalho juridicamente dogmático: pressupostos, características e funções

O Direito apresenta muitas dificuldades teóricas enquanto objeto de estudos. Inúmeras são as definições atribuídas ao termo e são igualmente vastas as formas de abordá-lo. É preciso, portanto, reconhecer alguns traços conceituais comuns que permitam sua apreensão e manuseio. Os elementos gerais considerados, conscientemente ou não, pelos trabalhos que adotam o Direito como seu objeto de reflexão são três.¹⁶

Primeiro, o Direito é dotado de relatividade história, ou seja, sua natureza e as características das abordagens desenvolvidas para seu estudo e aplicação dependem das circunstâncias de tempo e lugar. Em segundo lugar, ele envolve regramentos sociais mais ou menos complexos. Por fim, existe um mecanismo de causalidade na estrutura das normas de conduta envolvidas, pois elas tendem a disciplinar o que se deve fazer, bem como as consequências em caso de desconformidade com suas prescrições, as chamadas sanções.

Dessa forma, considerando as estruturas e elementos jurídicos atuais, pode-se considerar que a questão fundamental – talvez a principal – colocada ao Direito é a decidibilidade. O ser humano é a peça central dos ordenamentos jurídicos, pois é criador das normas e ao mesmo tempo deve observá-las. Na medida em que os comportamentos dos diferentes indivíduos na sociedade entram em conflito e normas jurídicas são criadas,

¹⁶ Dimitri Dimoulis apresenta dezoito definições distintas para o termo. Os elementos descritos e analisados a seguir são aqueles que o autor identifica como comuns a todas elas. Ver: DIMOULIS, Dimitri, **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**, 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 21–44.

modificadas e revogadas para solucioná-los, a decisão que perpassa esses momentos, suas motivações, processos e consequências assumem um aspecto central.¹⁷

Este problema é abordado por diferentes áreas técnicas e do conhecimento. Investigações sobre a natureza social do fenômeno jurídico, dos impactos econômicos das regulações jurídicas e decisões judiciais, da influência cultural, econômica ou política na produção normativa, das motivações e causas subjetivas do indivíduo ao descumprir determinada norma, dentre muitas outras, são recorrentes no universo acadêmico.

Em razão de sua complexidade e importância social, a preocupação em conhecer e ampliar as dimensões do fenômeno jurídico e seus reflexos sociais é tarefa contínua e necessária. Isso faz do Direito um objeto de análise específica em diversos ramos no conhecimento (Sociologia Jurídica, Filosofia do Direito, Psicologia Jurídica, Análise Econômica do Direito, entre outros). No entanto, também é preciso compreender e refletir o Direito de maneira a possibilitar a superação imediata do problema da decidibilidade exigida para dirimir os conflitos sociais.

Sendo assim, as investigações jurídicas podem ser puramente zetéticas quando buscam análise mais profunda do fenômeno, sem preocupação com a viabilidade dos processos decisórios – o enfoque aqui é para as perguntas, não para as respostas. Por outro lado, quando as investigações objetivam o regular funcionamento do ordenamento jurídico e possibilitar a tomada de uma decisão, orientando, portanto, a ação, elas se enquadram como dogmáticas – caso em que o aspecto das respostas é acentuado.¹⁸

Este trabalho será desenvolvido sobre a perspectiva da dogmática jurídica. Isso não significa uma abdicação de reflexões críticas, de análises estruturais e das evidências oferecidas pelos diferentes campos científicos. Todas as investigações jurídicas possuem características de ambos os enfoques, não existindo uma linha divisória intransponível.¹⁹

No entanto, esta pesquisa buscará contribuir para a viabilidade decisória e orientação da ação das autoridades públicas e demais atores envolvidos nos conflitos sociais regulados pelo ordenamento jurídico. Seu enfoque será dogmático, portanto. Nesta tarefa, os resultados e

¹⁷ Para o desenvolvimento da relação entre o ser humano e suas ações na colocação da questão da decidibilidade como o principal problema das investigações jurídicas, conferir: FERRAZ JR., Tercio Sampaio, **A ciência do direito**, 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980, p. 22 e seguintes.

¹⁸ Para uma definição, contextualização e defesa da importância da distinção, com base no pensamento do jurista alemão Theodor Viehweg, ver: FERRAZ JR., Tercio Sampaio, **Introdução Ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**, 10. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 19–29.

¹⁹ *Ibid.*, p. 19.

análises zetéticas terão importância fundamental na medida que indicarem “consequências para solução normativa dos conflitos”.²⁰

Embora existam debates e incertezas sobre o estatuto epistemológico e os instrumentos metodológicos da dogmática jurídica, é certo que seu desenvolvimento serve à aplicação do Direito, voltada especialmente à atividade jurisdicional. Sendo assim, na busca de também qualificar criticamente a pesquisa, é preciso esclarecer seus pressupostos, características e funções.²¹

A dogmática jurídica é construída no contexto de determinado ordenamento jurídico. Da necessidade de seu correto funcionamento sistêmico ela retira seu fundamento e pertinência. Assim, alguns pressupostos permeiam os trabalhos nessa área. Dois são basilares. Primeiro, conflitos sociais existem e precisam ser dirimidos. Segundo, existem normas vinculantes que podem ser postas de diferentes maneiras para regular a composição dos conflitos. A dogmática surge, portanto, da necessidade “socialmente fundada de um instrumento estabilizador dessa dupla contingência, na forma de critérios de relacionamento da relação de aplicação”.²²

A pressão para decidir e a vinculação a determinadas normas levam a um terceiro pressuposto. Deve existir uma organização interna formal e funcional que permita a decisão de modo vinculante sobre as questões jurídicas.²³ O sistema jurisdicional é que se ocupa dessa tarefa. É por meio dele que os conflitos concretos e fáticos são decididos com base nas normas aplicáveis e, quando existente um modelo de controle jurisdicional de constitucionalidade, também são compostos os principais conflitos normativos de determinado ordenamento jurídico. É por isso que a dogmática jurídica é construída e direcionada para a atividade jurisdicional.

Devida a composição do Estado brasileiro e da maioria dos países ocidentais da família continental (*civil law*), a dogmática deve se desenvolver em alinhamento com a força vinculante

²⁰ *Ibid.*, p. 24.

²¹ Sobre o reconhecimento do contexto, pressupostos e limites da pesquisa como elementos para um trabalho crítico, conferir: HORKHEIMER, Max, Teoria Tradicional e Teoria Crítica. In: **Os Pensadores**, v. XLVIII. São Paulo: Victor Civita, 1975.

²² FERRAZ JR., Tercio Sampaio, **Função Social da Dogmática Jurídica**, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 96–97.

²³ *Ibid.*, p. 96.

das normas postas, inclusive de regulações internacionais e da Constituição,²⁴ bem como da noção de democracia e o sistema de separação de poderes.

O trabalho dogmático possui cinco características majoritariamente reconhecidas pela literatura especializada.²⁵ Primeiro, as reflexões dessa modalidade não pretendem identificar uma verdade, mas viabilizar uma decisão normativamente consistente. Com efeito, a dogmática também é compreendida como um instrumento ou conhecimento tecnológico. Isso significa que ela necessita transformar o conhecimento em uma técnica aplicável, o que condiciona seu desenvolvimento e resultados à relevância prática. Essa é a segunda característica do trabalho dogmático.²⁶

Em terceiro lugar, o trabalho dogmático é pautado pelo postulado da inegabilidade dos pontos de partida. Essa característica é derivada do pressuposto da existência de normas para dirimir conflitos sociais. Por lidar com experiências vinculantes, a dogmática jurídica não questiona determinados elementos, tais como o texto normativo ou a jurisprudência em conformidade com eles, devendo trabalhar com a “organização de considerações, fundamentos, relações, com os quais o material normativo, sobretudo, se torna controlável e aplicável”.²⁷ Ela possui, portanto, premissas fixas que servem de parâmetro para conformar os problemas.²⁸

Isso, contudo, não a torna uma investigação impedida de questionar, mas exige disciplina das incertezas. Essa é a quarta característica e o ponto no qual a dogmática jurídica se abre à reflexão crítica. A dogmática séria e bem elaborada reflete criticamente sobre determinada norma em face da exigência da decidibilidade e do contexto do ordenamento jurídico.

Quando uma norma jurídica é posta para regular um problema, a dogmática apresenta a necessidade de reconhecer que o “problema envolve incertezas ainda maiores que rompem o

²⁴ Para uma defesa da importância da busca e construção da força normativa da Constituição pelos operadores do Direito e, em última análise da própria sociedade, apresentando alguns mecanismos para seu reconhecimento, por todos, conferir: HESSE, Konrad, **A força normativa da constituição**, Porto Alegre: S.A. Fabris Editor, 1991.

²⁵ Considerando a dogmática como um subsistema de técnicas da comunicação no universo jurídico, Friedrich Müller resume bem seu campo de atuação. Na palavras do autor: “Tradição, comunicação, formação de escolas, crítica e controle, tentativas de ‘construção’ que interliga diferentes tendências, tentativas de ‘sistematização’ expansiva, além disso também a conversão em técnicas de solução, a reflexão teórica e o aperfeiçoamento em termos de política jurídica são espécies de discussão ‘dogmática’ de problemas jurídicos” (MÜLLER, Friedrich, **Métodos de trabalho do direito constitucional**, Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 78).

²⁶ Para reforçar esse ponto, vale pontuar que Canotilho também reconhece a dogmática também como instrumental voltado para a prática jurídica, ver: GOMES CANOTILHO, José Joaquim, **Direito constitucional e teoria da constituição**, 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 16.

²⁷ FERRAZ JR., **Função Social da Dogmática Jurídica**, p. 93.

²⁸ FERRAZ JR., **Introdução Ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**, p. 20.

sentido estreito do dogma que deverá, então, prever o que não previu, dizer o que não disse, regular o que não regulou”.²⁹ Além disso, considerando o campo muitas vezes amplo de significados de determinado texto posto e a dinâmica social da realidade a qual seus preceitos se referem, identifica-se que o sentido prescritivo das normas e o próprio sistema dogmático não é estático.³⁰ A dogmática de qualidade deve promover revisões e modificações em seus modelos, institutos e conceitos quando exigidas pela prática jurídica.³¹

A quinta característica consiste na busca por neutralidade em seus processos argumentativos e de avaliação normativa. Esse elemento surge devido ao fato de a dogmática se desenvolver voltada para a prática decisória das autoridades, especialmente a atividade jurisdicional.

A ideia norteadora, nesse ponto, é que o juiz atua como um terceiro neutro em relação às partes e aos interesses diretamente em envolvidos no conflito. Ela se diferencia, portanto, dos trabalhos desenvolvidos por advogados, terceiros interessados e até mesmo o legislador em suas atividades decisórias, pois muitas vezes se constroem legitimamente com base em interesses específicos e declarados.³² Embora todas essas atividades componham o trabalho dogmático, seus resultados e argumentos precisam sempre se justificar em termos de realização da maior neutralidade possível, mesmo que sua completa realização seja impossível.

Analisados seus pressupostos e identificadas suas principais características, é possível compreender as funcionalidades sociais centrais da dogmática jurídica. Talvez a sua função mais importante seja contribuir para o adequado funcionamento do ordenamento jurídico. Em um sistema que se configure pelas noções de Estado constitucional de direito, democracia, separação de poderes e a defesa de direitos humanos e fundamentais, pode-se afirmar que a dogmática jurídica é um instrumento à promoção desses valores e objetivos. Além disso, ela

²⁹ FERRAZ JR., **Função Social da Dogmática Jurídica**, p. 95.

³⁰ Refletindo sobre a importância da pesquisa e análise críticas das ciências humanas, enquanto modelos vinculados com a *práxis* e a possibilidade de sua mudança, ver: HORKHEIMER, **Teoria Tradicional e Teoria Crítica**, p. 129.

³¹ Nesse sentido, conferir: LAURENTIIS, Lucas Catib de, **A proporcionalidade no direito constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática**. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 39; FERRAZ JR., **Função Social da Dogmática Jurídica**, p. 85. Constatando o aspecto crítico da dogmática, Tércio Sampaio Ferraz Jr conclui que: “os enunciados dogmáticos, caracteristicamente, põem-se a serviço da problemática da realizabilidade de modelos de comportamento, como são as normas jurídicas, e das consequências da sua realização para a vida social, e que também lhes dá um certo sentido crítico” (p.88).

³² Para uma explicação dessa característica e identificação de suas raízes históricas modernas, ver: FERRAZ JR., **Função Social da Dogmática Jurídica**, p.37 e 79–80.

atua para cumprir um dos principais escopos de qualquer atividade regulatória: a estabilização de práticas e expectativas sociais.³³

Tecnicamente, ela funciona como um “instrumento mediador entre a generalidade das normas e a singularidade dos casos concretos”.³⁴ É possível compreender, assim, seu papel em relação à prática e à teoria, bem como na coordenação de ambas.

Em relação à prática, ela possui três funções. Primeiro, a dogmática funciona como um facilitador, uma vez que desonera os aplicadores do Direito da tarefa rotineira de rever e avaliar seus conceitos, argumentos e orientações.³⁵ Em segundo lugar, ela serve como qualificador da prática jurídica, pois a boa dogmática permite a autocompreensão da realidade empírica do Direito, contribuindo, portanto, para o seu desenvolvimento. Ambas as funções são exercidas na medida em que o trabalho dogmático promove a identificação e sistematização de padrões normativos.³⁶ Apoiada no texto normativo e na catalogação de decisões, ela constrói conceitos gerais e aponta linhas decisórias convergentes, criando condições para a decisão.³⁷

Por fim, a dogmática também serve como instrumento de controle social da atividade jurisdicional e como sistema para sua correção. Considerando que o exercício de resolução de conflitos concretos ocorre por meio da judicialização, existe o risco de o ordenamento jurídico e toda a complexa relação de direitos e deveres jurídicos se reduzirem àquilo que os tribunais dizem que são. A probabilidade ainda maior dessa ocorrência se verifica em tribunais de última instância e cortes constitucionais.³⁸ A Constituição seria, nessa perspectiva, apenas aquilo que a Suprema Corte diz ser.³⁹ Nesse contexto, a dogmática jurídica, fundamentada nos parâmetros do direito positivo, serve para apontar desvios, incoerências e abusos decisórios, servindo à função de controle social da prática judicial e construção de modelos corretivos.⁴⁰

³³ Para a consideração desse elemento como a função primordial da dogmática, conferir: LAURENTIIS, **A proporcionalidade no direito constitucional**, p. 38. Sobre o tema e sua importância, ver: FERRAZ JR., **Função Social da Dogmática Jurídica**, p. 97–115.

³⁴ FERRAZ JR., **Função Social da Dogmática Jurídica**, p. 95.

³⁵ LAURENTIIS, **A proporcionalidade no direito constitucional**, p. 38.

³⁶ FERRAZ JR., **Introdução Ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**, p. 208.

³⁷ LAURENTIIS, **A proporcionalidade no direito constitucional**, p. 39; FERRAZ JR., **Introdução Ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**, p. 270–271.

³⁸ Sobre o problema de decisões “fora da moldura do Direito” e suas implicações nos tribunais de última instância, conferir: KELSEN, Hans, **Teoria pura do Direito**, São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 394–395.

³⁹ Sobre a dogmática como meio de tutelar essa situação, ver: LAURENTIIS, **A proporcionalidade no direito constitucional**, p. 40–41.

⁴⁰ Não necessariamente a dogmática jurídica precisa considerar as normas postas como parâmetro inicial para solucionar os conflitos. Contudo, essa consideração fornece instrumentos úteis para o desenvolvimento da dogmática dada suas características e importância no contexto democrático, de sociedade complexas, plurais e que instituem mecanismos de separação de poderes. Para uma pertinente defesa do positivismo jurídico nas análises

A relação entre a dogmática jurídica e aparatos teóricos é complexa. A própria noção do que se designa por teoria é muitas vezes imprecisa, mas o termo trata de modelos de conhecimento e reflexão que relacionam pressupostos, elementos descritivos, análises, objetivos e hipóteses de forma logicamente coordenada.⁴¹ As teorias, assim, podem ser realizadas no campo descritivo (evidências das ciências naturais, por exemplo) como também no normativo (reflexões morais, religiosas ou mesmo jurídicas).

Embora a produção dogmática se diferencie da zetética devido ao seu direcionamento prático, ocorre com certa regularidade a tentativa de incorporação de teorias morais e científicas nas reflexões jurídicas. Os debates teóricos podem ser incorporados às reflexões jurídico-dogmáticas, mas é tarefa central daqueles que trabalham com o instrumental jurídico, elaborar padrões genuínos de validação e aplicação ao observar os métodos que são próprios ao Direito, que respeitem a história e o contexto de determinada tradição jurídica e que levem em conta os instrumentos institucionais específicos voltados à decidibilidade.⁴²

Portanto, teorias devem ser elaboradas e utilizadas à medida em que auxiliem na compreensão e aplicação dos materiais normativos. É nesse ponto que teorias extrajurídicas possuem pertinência dogmática.⁴³

No contexto da teoria e prática jurídica, a dogmática funciona também como meio de relacionamento entre os dois campos. Ela seria uma ponte de comunicação entre ambos,⁴⁴ possibilitando identificar, justificar e orientar o momento em que conceitos e prescrições teóricas devem ser aplicadas na prática.⁴⁵

dogmáticas e na realização de suas funções de controle e orientação, ver: RAMOS, Elival da Silva, **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 37–66. Sobre a importância de reconhecer o espaço para a positivação, o qual permite a própria mutabilidade do Direito, ver: FERRAZ JR., **A ciência do direito**, p. 22–25.

⁴¹ Sobre a noção genérica de teoria como descrição e explicação de determinado objeto ou realidade, conferir: HESSE, Johannes, **Teoria do conhecimento**, 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 20–28. Sobre diferentes espécies e perspectivas teóricas, bem como da exposição dos elementos constitutivos de um modelo teórico nas investigações naturais, sociais ou computadorizadas, ver: GREGOR, The Nature of Theory in Information Systems, **MIS Quarterly**, v. 30, n. 3, p. 611, 2006.

⁴² Nesse sentido, conferir: POSCHER, Ralf, The Hand of Midas: When Concepts Turn Legal, or Deflating the Hart-Dworkin Debate, *In*: HAGE, Jaap C.; VON DER PFORDTEN, Dietmar (Orgs.), **Concepts in Law**, Dordrecht: Springer Netherlands, 2009, v. 88, p. 99–115.

⁴³ Por outro lado, os recursos teóricos sem relação imediata com a prática jurídica também são importantes para uma análise mais ampla dos sistemas jurídicos na medida em que o Direito só pode se distanciar das concepções morais e científicas até certo ponto, sob pena de ineficácia. Nesse sentido, conferir: POSCHER, Ralf, **The Hand of Midas**, p. 113–114. A importância de uma eficácia global e mínima é reconhecida até mesmo por Kelsen, ver: KELSEN, **Teoria pura do Direito**, p. 235 - 238.

⁴⁴ LAURENTIIS, **A proporcionalidade no direito constitucional**, p. 40.

⁴⁵ Nesse sentido, conferir: KRELL, Andreas J., Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica, **Revista Direito GV**, v. 10, n. 1, p. 295–320, 2014.

Por fim, ressalta-se que as investigações científicas podem ser categorizadas em abordagens descritivas ou normativas. A primeira serve para compreender os fatos, a realidade tal como ela é. Por outro lado, uma abordagem normativa é desenvolvida com vistas àquilo que deve ser, são valorativas e, por isso, argumentativas. Nessa linha, os trabalhos dogmáticos são normativos e preponderantemente qualitativos. Não excluem, contudo, aspectos descritivos e quantitativos.

Processos descritivos são necessários, no mínimo, para compreensão das normas e decisões judiciais. Levantamentos quantitativos podem auxiliar a compreensão de aplicações de determinados preceitos e categorias, bem como avaliar a eficácia de determinada legislação.

b. Dogmática dos direitos fundamentais: categorias e métodos

Os direitos fundamentais são espécies normativas que apresentam consideráveis dificuldades para a teoria e a prática do Direito. A complexidade dogmática dessa categoria de normas decorre de três motivos: sua própria estrutura, a delimitação do espaço institucional de sua tutela e dos conteúdos veiculados por ela. Nesse último ponto, as matérias tuteladas por essas normas remetem diretamente aos valores e interesses sociais centrais como a liberdade e a igualdade. Além de agirem sobre as emoções e convicções particulares de cada indivíduo,⁴⁶ esses conteúdos são objetos de estudo de diversas outras áreas de disputa ou conhecimento, como a política e a moral.⁴⁷ Os processos de racionalização, generalização de padrões e neutralização de posições se tornam, portanto, mais árduos.

Em segundo lugar, a formulação textual das normas que compõem essa categoria na maioria das vezes não segue a formulação clássica de subsunção e incidência, pois são caracterizadas por alto grau de abstração e generalidade. Assim, sua interpretação e aplicação dependem ainda mais dos pressupostos relativos à sua função, aos modos, à extensão, direção e intensidade de seu efeito do que outros segmentos temáticos do Direito.⁴⁸ Na prática, isso

⁴⁶ Sobre as distintas reações emocionais e intelectuais geradas pelos direitos humanos e fundamentais, conferir: DEMBOUR, Marie-Bénédicte, What Are Human Rights? Four Schools of Thought, **Human Rights Quarterly**, v. 32, n. 1, p. 1–20, 2010.

⁴⁷ Com argumentos de que a importância da relação entre direito e moral ganha relevância dogmática na medida em que os conceitos centrais da Moral também o são para o Direito, o que ocorre especialmente no âmbito dos direitos humanos e fundamentais, ver: POSCHER, **The Hand of Midas**, p. 113.

⁴⁸ Para uma identificação precisa de que as normas de direitos fundamentais não são estruturadas na formulação clássica “se... então...”, ver: GRIMM, Dieter, The role of fundamental rights after sixty-five years of constitutional jurisprudence in Germany, **ICON**, v. 13, n. 1, p. 9–29, 2015, p. 16–18.

significa que a dogmática e mesmo a jurisprudência, conscientemente ou não, utilizam alguma teoria dos direitos fundamentais para aplicá-los.⁴⁹

Por fim, a tutela protetiva dessas normas ocorre tanto internamente, denominando-se direitos fundamentais, como internacionalmente, quando são classificados como direitos humanos, o que aumenta as complexidades de operacionalização. Não raras vezes existem diferenças não só entre os textos normativos das constituições e os tratados internacionais, mas também principalmente entre as interpretações dos tribunais competentes que estabelecem o sentido e a extensão desses direitos.⁵⁰

Por tudo isso, compreender as alterações trazidas pela era digital e prescrever orientações dogmáticas para a tutela do exercício da liberdade de expressão nesse contexto, exige enfrentar algumas dessas complexidades. Apesar de tais questões serem desenvolvidas ao longo do trabalho, é preciso apontar seus reflexos metodológicos que, conseqüentemente, condicionaram os procedimentos utilizados para a realização da pesquisa e estruturação do trabalho.

Inicialmente, destaca-se que o recurso a modelos teóricos será inevitável. Suas utilizações, contudo, ficarão restritas ao papel desempenhado para operacionalizar os instrumentos dogmáticos exigidos pela prática jurídica. As teorias expostas, avaliadas e eventualmente utilizadas neste trabalho serão aquelas que auxiliem os processos de decidibilidade nos termos expostos anteriormente. Em resumo, as análises teóricas serão realizadas com base em teorias do direito, e não teorias sobre o direito.⁵¹

É imprescindível, ainda, compreender o impacto da realidade fática para a determinação do sentido e extensão dos direitos humanos e fundamentais. Para compreensão desse aspecto, são profícuas as contribuições de Friedrich Müller para a teoria do direito, em especial do direito constitucional.

⁴⁹ Para uma fundamentação da importância dos modelos teóricos para a operacionalização dos direitos fundamentais, demonstrando seus reflexos práticos para a interpretação e aplicação normativa no contexto alemão, conferir: BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Fundamental Rights: Theory and Interpretation*, In: KÜNKLER, Mirjam; STEIN, Tine (Orgs.), **Constitutional and Political Theory**. Oxford: University Press, 2017, p. 266–290.

⁵⁰ Para uma análise desse ponto no contexto do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, conferir: FERREIRA, Felipe Grizotto; CABRAL, Guilherme Perez; LAURENTIIS, Lucas Catib de, O exercício da jurisdição interamericana de direitos humanos: legitimidade, problemas e possíveis soluções, **Revista de Direito Internacional**, v. 16, n. 2, p. 243–268, 2019.

⁵¹ Sobre a distinção, ver: MÜLLER, **Métodos de trabalho do direito constitucional**, p. 41–42. Para a pertinência prática de teorias do direito, as quais possuem o caráter diretivo, ver: FERRAZ JR., **Introdução Ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**, p. 18.

Müller, ao analisar a realidade empírica do Direito e a dinâmica de suas normas, constata que as normas jurídicas não se confundem com o texto da norma. Ao contrário, antes seria necessário o reconhecimento de uma normatividade que perpassa os elementos textuais para obtenção da norma em si. Essa normatividade indica os elementos extralinguísticos que envolvem determinado texto normativo.⁵² A normatividade, para ele, opera em um processo estruturado entre a realidade material e o texto normativo a qual ela se refere.⁵³ Por isso, seu modelo explicativo ficou conhecido como teoria estruturante do direito e o processo de aplicação do direito consiste no que ele chama de concretização, que é diferente e mais complexo do que as demais atividades de interpretação.⁵⁴

Nessa perspectiva, Müller afirma que as normas jurídicas são compostas pelo binômio programa normativo e âmbito normativo. O primeiro é identificado pelo tratamento do texto da norma, ou seja, pela extração de uma ou mais prescrições contidas no texto positivado. É nesse campo que a interpretação e seus métodos atuam. Por sua vez, o âmbito da norma consiste na realidade fática, jurídica ou ambas a qual o programa se refere. Ela pode ser composta pelo contexto social, pela história do país, pela natureza das relações sociais, jurisprudência, literatura especializada ou situações juridicamente concebidas, como institutos jurídico-processuais.⁵⁵ É preciso determinar e interpretar a realidade na qual o texto se refere antes de aplicá-lo. Com isso, ocorre um filtro prévio nos argumentos e análises jurídicas, pois somente as circunstâncias existentes no âmbito da norma irão constituir a norma jurídica.⁵⁶

Nesse panorama epistemológico, a consideração do âmbito normativo enriquece os trabalhos jurídicos, pois permite compreender melhor a dinâmica do Direito, revelando muitas vezes os motivos pelos quais um sentido foi escolhido dentre vários possíveis, bem como os casos em que tribunais atuam fora dos limites do Direito e por motivos exclusivamente políticos.⁵⁷ Auxilia, portanto, na descrição da prática e das normas do Direito, como propunha Hans Kelsen.⁵⁸

⁵² MÜLLER, Friedrich, **Teoria Estruturante do Direito**, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 55–82.

⁵³ *Ibid.*, p. 192–221.

⁵⁴ Sobre a interpretação como um dos elementos mais importantes para a concretização normativa, mas apenas um dentre outros, ver: MÜLLER, **Métodos de trabalho do direito constitucional**, p. 52–53.

⁵⁵ MÜLLER, **Teoria Estruturante do Direito**, p. 244–268.

⁵⁶ Reconhecendo essa característica da teoria de Müller, ver: ALEXY, Robert, **Teoria dos direitos fundamentais**, 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 82.

⁵⁷ Exemplificando isso com a sentença de Kehl e, mais tarde, mencionando hipóteses que transcendem os limites do Direito como “poder histórico de fato”, ver: MÜLLER, **Métodos de trabalho do direito constitucional**, p. 24–25 e 53.

⁵⁸ KELSEN, **Teoria pura do Direito**, p. 79–120.

Em uma relação mais estreita com a abordagem da presente pesquisa, a concepção de Müller sobre a norma apresenta consequências metodológicas úteis à dogmática jurídica, o que permite desenvolver com maior racionalidade e transparência os modelos decisórios. Embora este trabalho não adote os métodos e procedimentos utilizados pelo autor para a elaboração de sua teoria estruturante do direito, a sua concepção da norma jurídica e sua proposta de integração da realidade no domínio jurídico-social interfere em sua composição, e ainda auxiliam a operacionalização dogmática dos direitos humanos e fundamentais frente a mencionada complexidade dessa categoria normativa. Permite, por exemplo, a restrição do suporte fático relacionado ao âmbito normativo de cada direito fundamental.⁵⁹

Além dessa concepção da norma, a pesquisa se apoiará na estrutura racional e nas categorias básicas instrumentais oferecidos pela dogmática alemã dos direitos fundamentais, a qual se apresenta como importante referencial ao caminho que será seguido.⁶⁰

O âmbito de proteção (ou objeto de proteção) consiste na configuração protetiva que o constituinte atribuiu à determinada temática da realidade social, a qual se apresenta como uma primeira etapa para identificar se o titular de um direito fundamental está protegido.⁶¹ Em seguida, cabe aferir se existe uma interferência no âmbito protetivo de determinado direito fundamental, o qual pode ocorrer por uma ação ou omissão do Estado que impossibilite ou limite o respectivo exercício.⁶²

Apesar de configurada a intervenção restritiva no âmbito de proteção, o ato do Poder Público ainda poderá ser considerado constitucional, pois este ato restritivo poderá ser justificado com base em critérios controlados em termos procedimentais e metodológicos. Entre os vários aspectos passíveis de abordagem sobre esse tema (p.ex. reserva legal, circunstâncias excepcionais), para fins desta parte introdutória, cabe pontuar sobre aquilo que se convencionou chamar proporcionalidade.⁶³

⁵⁹ Para algumas consequências dogmáticas da consideração da realidade fática, ver: SILVA, Virgílio Afonso, O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais, **Revista de Direito do Estado**, p. 23–51, n. 4, 2006, p. 28–35.

⁶⁰ O trabalho se apoiará, portanto, na abordagem e contribuições oferecidas ao Brasil por Dimitri e Martins na obra: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo, **Teoria geral dos direitos fundamentais**, São Paulo: Ed. Atlas, 2014, p. 132–150.

⁶¹ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard, **Direitos Fundamentais**, 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 120–123.

⁶² *Ibid.*, p. 129–131.

⁶³ Sobre a importância e os aspectos gerais da técnica, conferir: *Ibid.*, p. 176–194; Para a origem da proporcionalidade como "limite dos limites" e sua transição para o direito constitucional, conferir: LAURENTIIS, **A proporcionalidade no direito constitucional**, p. 53–66.

A proporcionalidade é um critério para aferição do cumprimento do ônus argumentativo imposto ao Poder Público ao intervir nos direitos fundamentais. De forma sumária, o critério avalia se o objetivo almejado com a restrição e se o meio escolhido para o alcançar são lícitos.

É necessário, em seguida, avaliar a adequação da medida em análise, ou seja, se o meio restritivo do direito fundamental de fato promove o propósito buscado. Por fim, verifica-se a necessidade de tal restrição.⁶⁴ Deve-se comparar a medida restritiva com outros meios adequados de fomento e, assim, avaliar se existe outra medida que promova igualmente o objetivo almejado, mas restringindo em menor intensidade o direito fundamental. Se não passar por todos os subcritérios, existirá uma violação do direito e a restrição será inconstitucional.

Outra categoria dogmática importante para esta pesquisa é a concorrência entre direitos fundamentais. Concorrência é a incidência de dois ou mais direitos fundamentais em um mesmo fato ou circunstância.⁶⁵ Ou seja, quando o indivíduo pode evocar ao menos dois direitos fundamentais contra uma mesma intervenção do Estado, existe um caso de concorrência.

Uma concorrência pode ser apenas aparente e, por isso, será resolvida com uma análise mais rigorosa dos dispositivos envolvidos, aplicando-se apenas um deles. No entanto, a concorrência pode ser real, o que significa que as normas protetivas incidirão concomitantemente. A consequência dogmática dessa segunda hipótese consiste em um ônus argumentativo maior para o Poder Público, pois precisará justificar sua limitação perante todos os direitos.⁶⁶ Basta existir violação de um único direito fundamental para que a norma interventiva seja inconstitucional.

Na análise da perspectiva brasileira, após uma completa descrição e interpretação do panorama normativo envolvido (âmbito de proteção e a norma possivelmente restritiva), utiliza-se um método lógico-dedutivo para o desenvolvimento do trabalho dogmático.⁶⁷

⁶⁴ É possível adicionar mais um subcritério de avaliação, a proporcionalidade em sentido estrito. No entanto, tal teste não auxilia em respostas dogmaticamente consistentes, o que dificulta o controle da argumentação e abre um caminho para a discricionariedade. Não será, por isso, utilizado. Nesse sentido, ver: *Ibid.*, p. 218–230; Para uma crítica complementar, mas concebendo a possibilidade de reconstrução da proporcionalidade em sentido estrito, conferir: LAURENTIIS, **A proporcionalidade no direito constitucional**, p. 131–170.

⁶⁵ PIEROTH; SCHLINK, **Direitos Fundamentais**, p. 161–162.

⁶⁶ Sobre as consequências dogmáticas da concorrência, conferir: DIMOULIS; MARTINS, **Teoria geral dos direitos fundamentais**, p. 169–175.

⁶⁷ É o que ensinam Dimitri e Martins sobre os pareceres jurídicos de natureza dogmática-constitucional, afirmando que: “O método de desenvolvimento do parecer é lógico-dedutivo. Parte-se da hipótese, fixam-se as premissas de sua verificação (ou falsificação, dependendo do método cognitivo adotado), procede-se às subsunções cabíveis (adequação típica ao caso concreto à norma abstrata) de acordo com esquemas argumentativos desenvolvidos em

Feitas essas considerações sobre a proposta de trabalho e a respeito dos aspectos metodológicos, serão expostos os critérios e procedimentos realizados para identificação do problema e os limites da análise.

c. Procedimentos de pesquisa e a ordem de exposição

O presente trabalho é qualitativo e não pretende, portanto, abarcar todos os problemas e decisões que envolvem o exercício da liberdade de expressão online e nos demais meios informacionais. Seria impossível cumprir essa tarefa nos limites de uma exposição monográfica e em um período tão curto de pesquisa.⁶⁸ Apesar de suas contribuições normativas, o trabalho constrói uma etapa descritiva extensa a fim de compreender o contexto social relacionado com o direito fundamental e retirar lições das perspectivas estrangeiras e internacionais.

A delimitação da análise e seleção de material foram realizadas com base em dois critérios. Primeiro, a pesquisa ficou restrita ao exercício da liberdade de expressão pelos meios digitais, ou seja, às formas de comunicação e de acesso à informação, vinculados a sistemas computadorizados e às tecnologias da informação desenvolvidas desde os anos 90, recorte temporal de início da difusão da internet.

A partir desse critério, procurou-se identificar os desafios estruturais ao exercício da dita liberdade. Assim, o objetivo não é analisar tensões comunicativas apenas pelo fato de ocorrerem pelos meios digitais, mas identificar quais são as regulações do Estado que surgem como resposta a esses fenômenos e potencialmente limitam a liberdade de expressão. Por exemplo, não se enquadra no recorte aplicado um discurso racista de um indivíduo a outro simplesmente pelo fato de ter ocorrido pelo Facebook. Ao contrário, o que foi considerado na pesquisa foi a responsabilização civil dessa plataforma como possível resposta do Poder Público para acontecimentos como esse.

Em segundo lugar, o parâmetro jurídico utilizado para filtrar os conteúdos buscados e acessados foi a noção ampla de liberdade de expressão configurada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu artigo XIX. O dispositivo abarca a procura, o recebimento e a transmissão de informações e ideias. Assim, engloba tanto a concepção individual (manifestação do pensamento ou expressão em sentido estrito) como a institucional (liberdade

consonância com uma interpretação sistemática da Constituição e sua relação com o resto do ordenamento jurídico para chegar-se às conclusões” (*Ibid.*, p. 234).

⁶⁸ O presente trabalho é fruto da pesquisa realizada no âmbito de um mestrado acadêmico no período de dois anos, dos quais apenas o último ano foi dedicado exclusivamente à pesquisa.

de imprensa). O dispositivo permite delimitar um parâmetro conceitual mínimo para viabilizar o trabalho de direito comparado, uma vez que diferentes jurisdições e sistemas possuem distintos dispositivos e sentidos para a liberdade de expressão.

Com base nesses critérios, procurou-se por materiais das agências internacionais de monitoramento dos direitos humanos que explorem o problema da liberdade de expressão no contexto da internet e tecnologias da informação. Buscou-se também os bancos de dados de outras organizações internacionais especializadas no tema, como a organização não governamental “Artigo 19”. Essa primeira etapa foi importante para identificar as principais tensões que circundam o exercício da liberdade de expressão na era digital. A neutralidade de rede, a responsabilidade civil por danos de terceiros, o acesso à internet, a questão da vigilância governamental e a proteção da privacidade, o pluralismo de ideias e a censura por mecanismos de filtragem e bloqueio foram as preocupações identificadas.⁶⁹

A pesquisa prosseguiu com a investigação de litígios nas jurisdições selecionadas como objeto do trabalho. O banco de dados da *Columbia Global Freedom of Expression* foi de grande auxílio nessa tarefa, pois a plataforma tem um acervo extenso e oferece um filtro de buscas com o critério “*electronic /internet-based communication*” – comunicação por meios eletrônicos e/ou conectados à internet. Além disso, mais dados foram coletados da literatura jurídica especializada que analisam os documentos normativos oficiais, bem como por meio da consulta direta aos bancos de dados e documentos oficiais.

O levantamento de literatura privilegiou os trabalhos de caráter dogmático e qualitativos, tecendo comentários críticos e análises normativas do tema. Para a compreensão do contexto fático e jurídico do exercício da liberdade de expressão na era digital, recorreu-se às pesquisas no campo da sociologia do direito, psicologia, ciências comportamentais e informática. No entanto, mesmo nessas áreas, privilegiou-se as literaturas voltadas para as questões jurídicas e regulatórias, conforme a proposta de trabalho exposta.

Eventualmente trabalhos com investigações empíricas de caráter quantitativos foram selecionados e utilizados, mas o presente trabalho não adota o método quantitativo e não possui a pretensão de abarcar todos os problemas apresentados pela era digital. O seu foco incide sobre

⁶⁹ MARINO, Catalina Botero, **Freedom of Expression and the Internet**, [s.l.]: Organização dos Estados Americanos, 2013; MIJATOVIĆ, Dunja. **Freedom of Expression on the Internet**. OSCE, 2010; ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **The right to privacy in the digital age**. Annual report of the United Nations High Commissioner for Human Rights and reports of the Office of the High Commissioner and the Secretary-General. A/HRC/27/37, 2014.

temas e questões jurídicas que têm reflexos regulatórios imediatos e aqueles problemas normativos estruturais diretamente ligados à governança digital. Em outras palavras, interessa ao trabalho identificar e analisar quais são as legislações e políticas promovidas no contexto digital que potencialmente interferem no exercício da liberdade de expressão.

Por fim, embora o sistema norte-americano não esteja familiarizado com as categorias jurídico-dogmáticas propriamente ditas, sua literatura jurídica é desenvolvida por meio de análises qualitativas e argumentativas que possuem muitas características da sistematização dogmática.⁷⁰ Assim, além da já apontada pertinência da investigação desse ordenamento, critérios decisórios e argumentos jurídicos nele desenvolvidos podem ter pertinência para os trabalhos dogmáticos.

Depois de encerrada o levantamento e a análise do material, a presente exposição foi construída de forma lógica e concatenada com as premissas metodológicas estabelecidas e os objetivos definidos. O primeiro capítulo possui as finalidades de promover distinções conceituais importantes e expor as bases fáticas nas quais as discussões jurídicas são desenvolvidas. O capítulo também tem a função de demonstrar a origem e as características gerais dos desafios regulatórios impostas ao exercício da liberdade de expressão na era digital.

O capítulo segundo afunila as questões, pois investiga os problemas e elementos normativos expostos no capítulo anterior no âmbito do direito comparado. Apesar de envolver eventuais análises fáticas, o enfoque é jurídico-dogmático. Por fim, o terceiro e último capítulo não apenas descreve o cenário brasileiro, como o analisa de forma crítica e oferece soluções aos problemas jurídicos identificados. As considerações e os parâmetros analisados nos dois capítulos antecessores servem como qualificadores para as reflexões desse último capítulo.

⁷⁰ No campo da liberdade de expressão, essa pertinência fica clara com a relação entre as “doutrinas jurídicas” e as teorias da Primeira Emenda. Robert Post identifica a função da “doutrina jurídica” como mecanismo de implementação dos objetivos de uma teoria ao passo que oferece também um campo de fundamentação para as decisões particulares. O conceito de doutrina utilizado e suas funções é semelhante ao que as tradições do *civil law*, em especial a germânica, chama de “dogmática jurídica”. Ver: POST, Robert, Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence, **California Law Review**, v. 88, p. 2353–2374, 2000, p. 2355–2356.

1. Desafios

1.1. Ponto de partida: as teorias da liberdade de expressão e seus aspectos normativos

Os desafios da investigação, regulação e aplicação da liberdade de expressão começam com a própria locução. Não há uniformidade sobre o seu significado e seus fundamentos. Não há concordância nem mesmo sobre suas denominações.⁷¹

Os norte-americanos trabalham com uma “liberdade de fala” (*free speech*). Os germânicos, por sua vez, preferem uma “liberdade de comunicação” (*Kommunikationsfreiheit*). A Declaração Universal dos Direitos Humanos consagra uma “liberdade de pensamento e expressão”. O sistema europeu de proteção dos direitos humanos utiliza apenas o termo “liberdade de expressão”. O sistema interamericano de direitos humanos vai na mesma linha da Declaração Universal.

A Constituição Federal brasileira complica a situação. Em dispositivos separados, menciona liberdade de “manifestação do pensamento” e a liberdade para exercício de “atividade intelectual, artística, científica e de comunicação”. Por fim, ainda dedica um capítulo inteiro para a “comunicação social”, o qual é separado da seção dedicada à proteção dos direitos e garantias fundamentais. Em meio a essa heterogeneidade de parâmetros, alguns ainda colocam sob o manto da liberdade de expressão até mesmo o direito fundamental às liberdades de consciência e de crença.⁷²

A presente pesquisa, conforme já delimitado, utiliza como denominador comum os parâmetros conceituais e normativos da Declaração Universal. Portanto, o objeto será as interações comunicativas da perspectiva do livre acesso e manifestação de opiniões e informações, bem como dos meios e instituições de comunicação social. Não serão exploradas as particularidades normativas inerentes às proteções especiais de manifestações artísticas e científicas, embora algumas observações sejam inevitáveis em razão de constituírem uma subárea das dinâmicas sociais de comunicação e expressão.

De maneira a simplificar o desenvolvimento do trabalho, será utilizado o consagrado termo liberdade de expressão para se referir ao sistema constitucional de proteção dessa

⁷¹ Conferir o segundo capítulo do trabalho, onde são exploradas as perspectivas normativas e conceituais no direito comparado.

⁷² Nesse sentido, conferir: FARIAS, Edilsom Pereira de, **Liberdade de Expressão e Comunicação: Teoria e Proteção Constitucional**, Tese de Doutorado, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001, p. 140.

realidade social e suas respectivas regulações. As aplicações e os contornos dogmáticos dessa liberdade serão, contudo, sempre explorados com base no teor textual e sistemático dos dispositivos constitucionais e convencionais.

Apesar da natureza dogmática dessa pesquisa, revisitar sucintamente os fundamentos dessa liberdade, bem como as teorias que os forjaram, auxilia no delineamento conceitual e na compreensão dos parâmetros normativos. Argumentos e remissões às teorias da liberdade de expressão frequentemente aparecem nas fundamentações das decisões judiciais e nos debates políticos. Nessa perspectiva, são três as principais teorias que perpassam o controle judicial da liberdade de expressão.⁷³

1.1.1. Teoria da verdade e o mercado de ideias

A teoria da verdade, seus argumentos e pressupostos foram construídos sob forte influência do pensamento de John Stuart Mill.⁷⁴ A razão pública é a peça central desse modelo. Na visão de Mill, a verdade só pode ser alcançada em uma sociedade quando seus indivíduos podem acessar, receber e discutir todas as visões existentes sobre as mais variadas coisas e temas, mesmo que muitas sejam falsas ou imprecisas.

A censura impediria o desenvolvimento social, pois, mesmo quando atuarem de maneira bem intencionada, os indivíduos em comunidade, em especial por meio do Estado, irão cometer erros e suprimir parcelas da verdade.

Nesse sentido, assim como a ideologia econômica e política do “Estado mínimo” advoga que o mercado e os assuntos econômicos devem ser livres para alcançar a máxima eficiência econômica, as comunicações sociais devem ser livres para alcançar, com maior precisão, a verdade. Surge, assim, a metáfora do “livre mercado de ideias”. Ideias e fatos são combatidos com mais ideias e fatos e, assim, a verdade é alcançada.

Baseados nos argumentos de Mill, a categoria do mercado de ideias surge onde o liberalismo econômico é forte e influente: em terras estadunidenses. Essa teoria estende a proteção constitucional para todas as expressões que auxiliam na compreensão adequada do mundo e da realidade, não importa se são comunicações de natureza política ou não. Nessa

⁷³ Dentre os vários argumentos políticos, sociais e morais para a proteção da liberdade de expressão, todos focam, separadamente ou em conjunto, em três principais pontos e valores: verdade, democracia e autonomia. Nesse sentido, conferir: MOON, Richard, **The constitutional protection of freedom of expression**, Toronto: University of Toronto Press, 2000, p. 8–31.

⁷⁴ Sobre os principais pontos: *Ibid.*, p. 9–14.

linha, a teoria produziu resultados práticos e dogmáticos significativos para a liberdade de expressão na jurisdição deste país.

No fim da primeira década do século XX, houve uma série de casos difíceis sobre censura política de dissidentes. Em uma dessas oportunidades, no caso *Abrams v. United States*,⁷⁵ o juiz Holmes da Suprema Corte explica o motivo do crime de difamação do governo ser inconstitucional. Holmes fundamentou seu voto nas lições de Mill e criou a metáfora do “livre mercado de ideias”, onde a troca de argumentos seria a melhor maneira de atingir a verdade. Um dos pontos defendidos por Holmes era de que a liberdade de expressão ganha relevo e pertinência quando usada por aqueles com quem não concordamos ou odiamos.⁷⁶

O *Spence test* talvez seja o maior exemplo dos efeitos jurídicos e decisórios da teoria. Tal critério significa que a proteção da liberdade de expressão incidirá sempre que exista a intenção de transmitir determinada mensagem e, considerando o contexto, seja desejável que a informação seja entendida por aqueles que seriam seus destinatários.⁷⁷

Assim, nessa perspectiva teórica, exige-se do Estado uma neutralidade em relação ao funcionamento do mercado de ideias a respeito de todos os tipos de expressões e ideias.⁷⁸ A teoria da verdade está, assim, nas origens de um dos sistemas mais robustos e polêmicos de proteção constitucional da liberdade de expressão.

A principal linha crítica a essa teoria está em argumentos que apontam para a desconsideração das desigualdades sociais e econômicas existentes. Em um sistema de liberdade discursiva ampla, as verdades são definidas pelas vozes daqueles detentores do poder econômico.⁷⁹

Além disso, outra fragilidade consiste nas exigências reais da busca da verdade. A teoria exige uma deliberação racional das controvérsias e uma cooperação entre as partes interessadas, as quais precisam escutar e serem ouvidas simultaneamente. Todavia, como será

⁷⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte. **Abrams v. United States**, 1919.

⁷⁶ Robert Post critica o fato de que Holmes trabalha a ideia de busca pela verdade geral, sendo que no contexto do caso se tratava mais de uma verdade política. O autor também salienta que essa teoria consiste em uma visão econômica dos valores da Primeira Emenda (POST, Robert, Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence, **California Law Review**, v. 88, p. 2353–2374, 2000, p.2360).

⁷⁷ Sobre a aplicação do teste, conferir: ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte. **Texas v. Johnson**, 1989. e *Spence v. Washington* (1974). Para uma visão crítica, ver: POST, Robert. Recuperating First Amendment Doctrine. **Stanford Law Review**, vol. 47. p. 1249–1281, 1995.

⁷⁸ Para Robert Post, uma das práticas sociais que mais concretizam e ilustram os objetivos teóricos do mercado de ideias são aquelas que ocorrem na academia por meio do método científico.

⁷⁹ MOON, **The constitutional protection of freedom of expression**, p. 13.

adiante explorado, a natureza psicológica e cognitiva dos seres humanos nem sempre funcionam racionalmente.

1.1.2. Teoria democrática e legitimidade política

A teoria democrática é, talvez, a mais intuitiva e a mais citada em decisões judiciais. Ao contrário do mercado de ideias, essa teoria não sofre do “mal” do “misticismo e abstração”.⁸⁰ Nessa perspectiva, a liberdade de expressão protege apenas informações, ideias e contextos comunicativos pertinentes para promoção da autodeterminação política do povo em uma sociedade.

Existe certo consenso de que democracia significa um sistema de autogoverno, mas o que esse termo significa no cotidiano para as instituições e a esfera pública é alvo de controvérsias históricas.⁸¹ Por isso, compreender essa teoria e seu impacto para o exercício da liberdade de expressão exige a identificação de algumas características constitutivas do regime democrático e da ideia de autodeterminação política de um povo.⁸² Existem dois principais caminhos possíveis,⁸³ e cada qual atribui, na prática, alcances distintos a liberdade de expressão.

O primeiro sentido possível é sistematizado por Alexander Meiklejohn. A democracia é um sistema de autogoverno na medida em que o poder político e social vem do povo, o qual impõe regras e limites para si mesmo. No entanto, o povo não pode se negar a cumprir as leis e demais normas com as quais não concorda, pois isso tornaria insustentável a vida em sociedade. Para dirimir esse suposto paradoxo existe uma válvula de escape: a liberdade de expressão.⁸⁴ Com a possibilidade de criticar o governo e o *status quo*, somada com a oportunidade de convencimento dos demais cidadãos da possibilidade e necessidade de mudança, seguir as “regras do jogo” passa a fazer sentido.

Nessa linha, o cerne da democracia consiste nos processos deliberativos e de votação que conduzam a decisões sensatas e apropriadas aos fins sociais. A proteção da liberdade de

⁸⁰ POST, Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence, p. 2365–2369.

⁸¹ MARKOFF, John, Democracia: transformações passadas, desafios presentes e perspectivas futura, **Sociologias**, v. 32, p. 18–50, 2013.

⁸² Para a demonstração da necessidade de identificação desse pressuposto, conferir: LAURENTIIS, Lucas Catib de; THOMAZINI, Fernanda Alonso, Liberdade de Expressão: Teorias, Fundamentos e Análise de Casos, **Revista Direito e Práxis**, v. 11, n. 4, p. 2260–2301, 2020, p.2272.

⁸³ BARBABELA, Eduardo, Liberdade de Expressão e Teoria Democrática: Conceitos e Perspectivas, **Mediações**, v. 24, n. 2, p. 83–107, 2019.

⁸⁴ Para uma análise do modelo desenvolvido por Meiklejohn, ver: MOON, **The constitutional protection of freedom of expression**, p. 14–19.

expressão recai, portanto, sobre as comunicações necessárias para disseminar informações e ideias que possibilitem os indivíduos votarem de forma inteligente, ao mesmo tempo que legitima o sistema. Isso não quer dizer que todos devam necessariamente falar, mas sim que tudo de valioso e importante seja dito. A metáfora, nesse caso, indica que o Estado seria uma arena para o discurso e debates públicos, ocupando o papel de um moderador neutro.

Por outro lado, existe um segundo caminho traçado por outra subteoria da democrática, a “teoria participativa”. Essa perspectiva afirma que democracia é a possibilidade de os indivíduos experimentarem o Estado como um exemplo autêntico de autodeterminação. É necessário, para isso, um processo que permita uma identificação direta dos indivíduos com o governo.

A liberdade de expressão é um dos principais mecanismos desse processo. O Estado está impedido por esse direito fundamental de impossibilitar os indivíduos de participarem no processo de formação da opinião pública por meio de restrições ao discurso. Regulações estatais podem ser inconsistentes com essa perspectiva de duas formas distintas: retirando determinados cidadãos da participação nas discussões públicas ou regulando o discurso público de forma a refletir os valores e prioridades de uma parcela da coletividade.⁸⁵

Em resumo, as vertentes da teoria democrática concebem a liberdade de expressão como uma ferramenta de funcionamento do sistema de autogoverno. Os dois grandes dilemas de ambas as teorias consistem em saber e especificar quais comunicações são necessárias para a autodeterminação e, assim, detentoras de proteção constitucional, bem como traçar os contornos das regulações permitidas.

Como brevemente pontuado, as teorias implicam em diferenças dogmáticas na aplicação da liberdade de expressão. Robert Post, após uma análise da vasta jurisprudência da Primeira Emenda nos EUA, constata que os tribunais estadunidenses geralmente optam por proteger a autonomia individual de participação contra regulações do discurso público a fim de manter a integridade do processo democrático e coletivo de pensamento.

Isso significa que a regra é a adoção da teoria participativa, focando na proteção individual de participação no processo de governo. Essa prevalência possui algumas consequências práticas notáveis. Expressões irracionais ou abusivas podem permitir a construção da legitimidade democrática e, nesse contexto, possuem proteção constitucional.

⁸⁵ Judicialmente, trabalhando nessa perspectiva teórica, ver: *Rosenberger v. University of Virginia* (1995).

Existem, todavia, algumas exceções, como as expressões comerciais.⁸⁶ Post afirma que constatada o conflito de diferentes teorias, os tribunais adotam o sentido da teoria participativa. No entanto, a teoria de Meiklejohn e do mercado de ideias possuem influência prática na medida em que os parâmetros dogmáticos não contradizem os objetivos da teoria participativa.⁸⁷

1.1.3. Teoria da autonomia individual

Tanto a teoria da verdade quanto a democrática e suas variações colocam a liberdade de expressão como um direito instrumental. O último modelo teórico, por outro lado, identifica a liberdade de expressão como um direito humano e fundamental valioso por si mesmo na medida em que consiste em um imperativo da própria condição humana.⁸⁸ Um dos grandes expoentes dessa teoria é Ronald Dworkin.⁸⁹

Enquanto seres racionais e, por isso, distintos de outras criaturas vivas do planeta, o exercício dessa faculdade se materializa por meio da linguagem e das comunicações. A liberdade de expressão é, nesse sentido, uma forma de assegurar socialmente a realização dessa faculdade de ação essencial dos seres humanos.

Ao realizar um dos principais valores da experiência humana, a garantia da liberdade de expressão é também uma forma de igualdade civil. Não há nem mesmo como promover e

⁸⁶ Na jurisprudência predominante da Suprema Corte dos EUA, as propagandas possuem alguma proteção constitucional, mas em grau muito reduzido. Isso porque possuem uma função informal, não contribuindo com o debate democrático diretamente, embora auxiliem na formação dos cidadãos por meio do acesso à informação. Além dessa exceção, pelo menos mais duas chamam a atenção. A primeira consiste na regulação das ondas eletromagnéticas da mídia de rádio e TV. As regulações nessa seara foram construídas em bases *Meiklejohnianas*, mas ao enfrentar a questão, a Suprema Corte reconheceu a validade dessas normas. O argumento foi que essas regras não restringiam a autonomia dos participantes e, portanto, era também compatível com a teoria participativa. Uma segunda exceção pode ser encontrada no enquadramento constitucional do papel das universidades e a liberdade científica, a qual é guiado pelos objetivos do mercado de ideias.

⁸⁷ POST, *Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence*, p. 2373.

⁸⁸ SIMAO, José Luiz de Almeida; RODOVALHO, Thiago, *A Fundamentalidade Do Direito À Liberdade De Expressão: As Justificativas Instrumental E Constitutiva Para A Inclusão No Catálogo Dos Direitos E Garantias Fundamentais Na Constituição Federal De 1988*, **Cadernos do Programa de Pós-Graduação Direito UFRGS**, v. 12, n. 1, p. 203–229, 2017.

⁸⁹ MOON, **The constitutional protection of freedom of expression**, p. 19. Para uma análise pontual de suas ideias no campo da liberdade de expressão e algumas de suas consequências, conferir: VAN Mill, David. *Freedom of Speech*. In: ZALTA, Edward N. (Org.), **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Summer 2018. Metaphysics Research Lab: Stanford University, 2018 e LAURENTIIS; THOMAZINI, *Liberdade de Expressão*, p. 2266 e ss.

assegurar os princípios de igualdade e o funcionamento da democracia se os indivíduos não podem participar e contribuir para a formação moral da sociedade.⁹⁰

Se, na visão da teoria democrática, a liberdade se justifica como meio de manutenção desse sistema específico de governo, na perspectiva da teoria da autonomia, essa liberdade se justifica por razões ainda mais básicas da sociabilidade humana e não está restrita apenas a uma forma de governo e organização estatal. Por meio da comunicação, as pessoas interagem e influenciam umas às outras nas mais diversas áreas sociais, o que as permite, portanto, participarem da formação cultural da comunidade.

Normativamente, essa teoria produz um resultado semelhante a teoria participativa. A proteção jurídica não deve ser apenas para as informações e ideias de valor político, mas à totalidade das comunicações na medida em que permitem os indivíduos contribuírem para a formação cultural e moral da comunidade.⁹¹ Trata-se, portanto, de uma proteção muito mais abrangente.⁹²

1.2. A expressão na era digital

Apesar das diferenças de pressupostos e finalidades entre as teorias, um ponto em comum entre elas é a importância atribuída às interações comunicativas para os indivíduos e toda a sociedade.⁹³ É preciso, assim, iniciar pela identificação de como essas interações ocorrem na era digital.

1.2.1. Natureza e estrutura da internet

O surgimento do computador, uma máquina capaz de operacionalizar o tratamento automático dos mais diversos dados e informações, certamente foi um marco na linha temporal do desenvolvimento tecnológico. Esse instrumento resolveu inúmeros problemas, bem como auxiliou e potencializou a elucidação de tantos outros.⁹⁴

⁹⁰ MOON, **The constitutional protection of freedom of expression**, p. 20.

⁹¹ Para uma variação dessa teoria com base na teoria democrática, com foco nos aspectos culturais, conferir: BALKIN, Jack M., *Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society*, **New York University Law Review**, v. 79, p. 1–55, 2004, p. 26 e ss.

⁹² LAURENTIIS; THOMAZINI, *Liberdade de Expressão*, p. 2268.

⁹³ MOON, **The constitutional protection of freedom of expression**, p. 8–9.

⁹⁴ Para noções gerais de aplicação dos algoritmos e dos sistemas computacionais para a resolução de problemas, conferir: CORMEN, Thomas H., **Algoritmos: teoria e prática**, 3. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2012, p. 17–27.

Sozinho, no entanto, seu impacto para as dinâmicas sociais de comunicação e para o desenvolvimento da esfera pública seria limitado, para não dizer insignificante.⁹⁵ É com a internet que as ferramentas computacionais revolucionaram o âmbito das comunicações sociais e, portanto, da liberdade de expressão.

As origens da internet remontam a uma série de estudos e experimentos para melhoria da conexão em rede de computadores aliados a uma iniciativa governamental da década de sessenta.⁹⁶ A Agência de Projetos de Pesquisa Avançada de Defesa dos EUA (*US Defense Advanced Research Projects*) criou, com ajuda de algumas universidades e seus pesquisadores, uma rede de computadores denominada ARPANET.⁹⁷ O objetivo era viabilizar que computadores interagissem entre si para permitir que os pesquisadores de várias universidades compartilhassem recursos de computação.

Com essa iniciativa, serviços e protocolos de comunicação começaram a crescer, a exemplo dos serviços de correspondência eletrônica, que se consolidaram mais tarde como os “e-mails”.⁹⁸ A estrutura de rede da ARPANET foi transferida localmente para todo o país em 1989.⁹⁹

Ocorreu, um ano depois, um avanço importante para o desenvolvimento da internet nos moldes atuais com a criação da *World Wide Web* (“WWW” ou “Web”) por pesquisadores da Organização Europeia para Pesquisa Nuclear (CERN). Os pesquisadores buscaram apoio do setor privado empresarial para o projeto, mas sem sucesso. Tim Berners-Lee, conhecido por muitos como o “pai” da internet, liderou e executou o projeto por conta própria.¹⁰⁰

Apenas no início da década de 90 surgiram os primeiros serviços privados de acesso à internet e os serviços de rede começaram a ser largamente comercializados. A transição para a difusão e comercialização da internet ocorreu com a instalação dos *backbones* (estrutura física de operacionalização das redes de computadores, considerada a espinha dorsal da internet).¹⁰¹

⁹⁵ Sobre os impactos sociais possíveis com o desenvolvimento isolado das tecnologias informacionais, conferir: POSTMAN, Neil, **Technopoly: the surrender of culture to technology**. Vintage Books ed. New York, NY: Vintage Books, 1993, p. 107–122.

⁹⁶ LEINER, Barry M. *et al*, A brief history of the internet, **ACM SIGCOMM Computer Communication Review**, v. 39, n. 5, p. 22–31, 2009, p. 23.

⁹⁷ Ver as notas técnicas no caso: ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte. **Reno v. American Civil Liberties Union**, 1997, p. 849–850.

⁹⁸ LEINER *et al*, A brief history of the internet, p. 27.

⁹⁹ SUNSTEIN, Cass R., **#Republic: divided democracy in the age of social media**, Princeton: Princeton University Press, 2017, p. 168.

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ LEINER *et al*, A brief history of the internet, p. 28.

A internet foi projetada para conectar redes independentes de maneira diversificada. Sua especificidade tecnológica e informacional está justamente em sua arquitetura aberta de comunicação. Por meio de um protocolo padrão de funcionamento (TCP/IP), a internet conecta redes menores, tanto dos setores privados quanto públicos, de diversas formas e serviços, utilizando diversas tecnologias (cabos, rádio, wireless etc.).¹⁰²

Cada vez mais a infraestrutura e os mecanismos de software subjacentes à internet foram aprimorados e, conseqüentemente, a escala da conexão aumentou, assim como os serviços de online. Imagens, textos, sons e vídeos podem ser compartilhados de diversas formas. Além dos serviços de e-mail, a Web é a mais popular categoria de comunicações online.

Em termos práticos, o sistema WWW consiste em “um grande número de documentos armazenados em diferentes computadores em todo o mundo”,¹⁰³ acessíveis por um terminal de conexão à internet e utilizados para os mais diversos fins, inclusive para o desenvolvimento das redes sociais e das plataformas de busca. A internet é, portanto, uma complexa e multinível rede de computadores de escala mundial.

1.2.2. Características das comunicações online

“Camelos e varas versus celulares e Twitter. Século XVII, encontra o século XXI”.¹⁰⁴ Ao comentar os intensos protestos ocorridos na Tahrir Square no contexto vivenciado pelo Egito durante a Primavera Árabe, Zeynep Tufekci utiliza essa frase para sintetizar como as tecnologias digitais transformaram o cenário das manifestações políticas.

A conjunção do avanço tecnológico dos computadores com o progresso da internet descrita na última seção gerou intensas modificações para os processos de comunicações sociais e o exercício da liberdade de expressão. Zeynep afirma que os protestos online têm pontos fortes e fracos que se combinam de formas inovadoras e, por isso, não se adaptam perfeitamente às categorias e parâmetros tradicionais de compreensão.¹⁰⁵ Tais transformações são complexas e ainda não há clareza analítica sobre elas. No entanto, é necessário pontuar suas principais características.

¹⁰² *Ibid.*, p. 24.

¹⁰³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, *Reno v. American Civil Liberties Union*. 1997, p. 852.

¹⁰⁴ Tradução livre de: “*Camels and sticks versus satellite phones and Twitter. Seventeenth century, meet twenty-first century*”(TUFEKCI, Zeynep, **Twitter and Tear Gas: The Power and Fragility of Networked Protest**, New Haven: Yale University Press, 2017, p. xxii).

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. xxiii.

Mais de 4,66 bilhões de pessoas são usuários da internet, o que significa 59% da população global.¹⁰⁶ Em 2019, existia aproximadamente 4,4 zettabytes de informações online. Se essa quantidade de DVDs for reunida, é possível circundar o planeta Terra 222 vezes. A cada minuto, 200 milhões de e-mails são enviados e 480.000 novos tweets são publicados.¹⁰⁷ Nesse pequeno intervalo de tempo, 4.2 milhões de pesquisas são feitas apenas no Google e 60.000 imagens são compartilhadas na internet.

Uma primeira característica pode, então, ser identificada: a exuberância informacional. Um oceano de fatos, dados e opiniões foram facilitados, criados e disseminados pela internet. E muitos deles estão disponíveis para os inúmeros usuários com acesso ao ciberespaço. Mas nem sempre é fácil se localizar e utilizar tais informações. Por isso, *Big Data* é um termo frequente atualmente. O termo se refere às tecnologias e ao ramo de conhecimento que busca selecionar, analisar e utilizar volumes massivos de dados e informações.¹⁰⁸

A maior disponibilidade de informações e ideias não é algo superficial. “Conhecimento é poder”, diz um ditado muito difundido. A ampliação do acesso aos meios de informação modifica as estruturas de poder de uma sociedade.¹⁰⁹ Governos e demais detentores do poder social realizam consideráveis esforços para controlar a esfera pública e o direcionamento das comunicações, porque isso garante a eles a manutenção ou ampliação de suas prerrogativas e poder.¹¹⁰

Os impactos foram enormes da perspectiva da liberdade de expressão e da esfera pública. Por exemplo, para os adeptos radicais do mercado de ideias, a era digital construiu um verdadeiro paraíso. Nunca tantas ideias e informações diferentes estiveram disponíveis de uma vez para um número amplo de pessoas. A verdade nunca esteve tão próxima.

Mas essa nova realidade informacional não é tão colorida assim, mesmo para os adeptos dessa orientação teórica e filosófica. O mercado de ideias funciona se seus atores

¹⁰⁶ Para números atualizados em outubro de 2020, conferir: <https://www.statista.com/statistics/617136/digital-population-worldwide/> Acesso em: 25/11/2019.

¹⁰⁷ Para verificar os números de utilização mencionados, ver: <https://www.nodegraph.se/how-much-data-is-on-the-internet/> Acesso em: 21/11/2020.

¹⁰⁸ Sobre o termo e seus usos, ver: BIONI, Bruno Ricardo, **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**, Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 58 - 59.

¹⁰⁹ RODOTÀ, Stefano, **A vida na sociedade da vigilância: A privacidade hoje**, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 45–48.

¹¹⁰ TUFEKCI, **Twitter and Tear Gas: The Power and Fragility of Networked Protest**, p. 7–8.

participarem de forma qualitativa da troca de ideias e informações. Também é preciso certa racionalidade no processo.

O acesso formal é, por isso, apenas uma primeira condição para o regular funcionamento do mercado de ideias. É preciso interpretar, digerir e utilizar as informações. Em uma sociedade informativamente carregada, é preciso selecionar. Todavia, alguns estudos das ciências comportamentais e da psicologia social sugerem que os indivíduos não são tão racionais quanto essa teoria pressupõe,¹¹¹ e a imensidão informacional propiciada pela era digital não facilita tais processos intelectuais. Inúmeros problemas pessoais e de saúde mental também são gerados pela sobrecarga informacional. Conhecimento é poder, mas, as vezes, a “ignorância é uma bem aventurança”.¹¹²

Essa “riqueza” de informações e ideias não é restrita a um povo ou uma nação. Outra característica das ações comunicativas na era digital consiste em sua transnacionalidade. A internet permite comunicações sem fronteiras.¹¹³ Por exemplo, quando os protestos locais ocorridos na Tahrir Square contra o sistema político do Egito foram deflagrados, o mundo todo acompanhou, comentou e, por vezes, apoiou o movimento. A internet e as mídias sociais foram essenciais para as comunicações internas que permitiram a formação do movimento político, bem como para os diálogos internacionais que os apoiaram.

Atualmente, diversos movimentos sociais são conhecidos pelas hashtags envolvidas e são acompanhados simultaneamente, ou muito próximo disso, pelo mundo todo. *#BlackLivesMatter*, *#VemPraRua*, *#MeToo*, *#TudospelaAmazônia* são alguns exemplos notórios e recentes.

Os meios de comunicação em massa e suas tecnologias são fundamentais para a consolidação da esfera pública e construção de uma língua nacional. É algo recente a possibilidade das pessoas se entenderem e possuírem tópicos de discussão em comum, mesmo dentro de uma mesma nação. O fato de muitos indivíduos conseguirem estabelecer processos

¹¹¹ Para uma descrição de experimentos e análises que contestaram a visão clássica que predominou durante muito tempo nas teorias filosóficas e econômicas de que a mente humana é racional e lógica, ver: KAHNEMAN, Daniel, **Rápido e Devagar: duas formas de pensar**, Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 16 e ss.

¹¹² Para uma compilação de estudos e evidências nesse sentido, bem como para as consequências pessoais e políticas da imensidão informacional, conferir: SUNSTEIN, Cass R., **Too much information: understanding what you dont want to know**, Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 2020.

¹¹³ BALKIN, Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society, p. 7.

de interlocução é uma marca da modernidade.¹¹⁴ A era digital acelerou esse fenômeno e fez dele algo internacional. A interlocução ocorre entre uma mesma nação, uma região inteira, todo o planeta. O espaço público, cada vez mais, está mundial.

Outro elemento distintivo da era digital consiste na ubiquidade informacional. A tecnologia informática e eletrônica está evoluindo a cada dia e alcançando mais áreas do cotidiano. Os mais variados objetos com funcionalidades eletrônicas estão cada vez mais conectados uns com os outros e todos com a internet, constituindo a chamada “internet das coisas” (*Internet of Things* – IoT).¹¹⁵ As empresas de comunicação e de tecnologia da informação também integram diversas funcionalidades de mídia (televisão, jornal, telefone, cinema etc.) em um único software ou dispositivo. Esse fenômeno ficou conhecido como “convergência das mídias”.¹¹⁶

O representante mais notório dessa característica são os smartphones. Celulares, câmeras, processadores, reproduzidor de vídeos, rádio, porta de acesso para as mais diversas plataformas digitais, incluindo as mídias sociais. Tudo isso em apenas um lugar e com portabilidade: seja no trabalho, em casa, com os amigos ou na academia, o acesso a vastidão de informações e opiniões existentes disponíveis na internet estão nas palmas das mãos e a um clique de distância.

A produção e o compartilhamento de conteúdos estão igualmente facilitados. É muito mais simples alcançar diretamente o público desejado. Um artista ainda não descoberto ou um novato político não precisam mais procurar apoio de instituições e grandes conglomerados econômicos para divulgar seu nome, trabalho e propostas. Com uma conta no Twitter, um canal do YouTube ou mesmo um blog é possível alcançar o público desejado em questão de segundos e com um baixo custo quando comparado às dinâmicas semelhantes do século passado.

Da mesma forma, a cobertura de algum acontecimento social ou político extremamente relevante não depende mais exclusivamente de investigadores e repórteres para serem noticiados à população. Uma briga de rua ou abusos físicos nas relações familiares são gravados pelo público próximo e, muitas vezes, transmitidos simultaneamente para a população da

¹¹⁴ Com essas considerações, ver: TUFEKCI, **Twitter and Tear Gas: The Power and Fragility of Networked Protest**, p. 4-6.

¹¹⁵ Sobre o tema e algumas de suas implicações, conferir: BIONI, **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**, p. 120–121.

¹¹⁶ GASHER, Mike. Media Convergence. **The Canadian Encyclopedia** (11 September 2019). Disponível em: <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/media-convergence> . Acesso em: 07/12/2020.

internet. Por isso, fala-se hoje em “*clicktivismo*” ou “*hashtivism*”,¹¹⁷ novas formas de engajamento político facilitado pela era digital.

Nesse contexto, outra característica importante das comunicações online consiste no esvaziamento conceitual e prático da divisão entre produtores e consumidores informacionais. Antes do século XXI, a produção e divulgação de conteúdo dependiam da formação de um grupo social especializado, como os jornalistas, que atuassem de forma independente pelos meios de comunicação existentes e em cooperação com poucas organizações.¹¹⁸

Em parte, essa lógica foi modificada. Hoje, uma pessoa sem formação especializada e sem experiência na área da comunicação social pode produzir conteúdos que eventualmente alcancem milhares de pessoas em todo o mundo. Essa realidade pode ser vista como positiva de diversas formas na perspectiva política, como, por exemplo, impulsionadora de princípios democráticos e do mercado de ideias. Existem, contudo, possíveis aspectos negativos como diminuição da qualidade das coberturas e o excesso informacional,¹¹⁹ além de outras que serão exploradas mais à frente.

Outra característica importante consiste na perpetuidade dos conteúdos publicados na internet e nas plataformas digitais. “Vivemos nus na Internet ... em um admirável mundo novo onde nossos dados vivem para sempre”.¹²⁰ As tecnologias da informação aumentam exponencialmente a capacidade de armazenamento de dados e informações no meio digital.

Existe um potencial elevado de que os conteúdos sobrevivam para eternidade. Nem tudo é público e acessível na internet. Existem diversos servidores e computadores que não estão conectados a rede mundial de computadores, pelo menos não o tempo todo e não integralmente. Mesmo que determinada informação - ou parte dela - seja excluída, sempre existe a possibilidade de alguém ter salvado o conteúdo e republicá-lo no futuro. Com a

¹¹⁷ TUFEKCI, **Twitter and Tear Gas: The Power and Fragility of Networked Protest**, p. xxvi.

¹¹⁸ Sobre uma maior democratização da produção informacional, a qual não está mais restrita a segmentos da população, conferir: BALKIN, *Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society*, p. 8.

¹¹⁹ Para uma análise desse contexto, com ênfase nos impactos para a prática do jornalismo e de seus profissionais, conferir: BOSSIO, Diana, **Journalism and Social Media**, Cham: Springer International Publishing, 2017, p. 113–149.

¹²⁰ É a leitura de John Hendel sobre as implicações e características da sociedade da informação. Disponível em: <https://www.theatlantic.com/technology/archive/2011/02/in-europe-a-right-to-be-forgotten-trumps-the-memory-of-the-internet/70643/>. Acesso em: 16.06.2019. Tradução livre.

possibilidade de digitalização de documentos e informações, existe uma tendência em eternizar até mesmo materiais da era analógica.¹²¹

Por fim, um ponto marcante das comunicações online e polêmico em relação ao exercício da liberdade de expressão é a questão do anonimato e dos pseudônimos. Algumas iniciativas jurídicas têm buscado combater tais práticas, seja por meio da exigência expressa de identificação para uso de serviços online ou pela responsabilização das plataformas quando permitam expressões dessa natureza. Portanto, é necessário compreender alguns aspectos desse tema de uma perspectiva estrutural.

O anonimato e os pseudônimos são importantes estratégias de participação política, mas servem também a outras finalidades. Em primeiro lugar, a identificação, em especial do nome e o *status* social, podem significar mais do que o conteúdo da mensagem em si. Produções medíocres podem ser exaltadas em razão de seu criador, enquanto materiais revolucionários podem ser socialmente natimortos pelo mesmo motivo. Ocultar o criador é chamar a atenção para a criatura. É nessa linha, por exemplo, que as revistas científicas qualificadas realizam avaliações “às cegas” dos manuscritos recebidos (“*double blind review*”).

Da perspectiva política e em segundo lugar, as manifestações geralmente possuem caráter contestatório. Se o objetivo é criticar o governo e suas práticas, é de bom alvitre que tais indivíduos queriam se ocultar para não entrarem na mira do poder coercitivo do Estado. Um bom exemplo consiste em um artigo ácido ao presidente dos EUA publicado pelo *The New York Times* em 2018, por meio do qual foram revelados supostos acontecimentos dos bastidores da Casa Branca.

O autor se identificava apenas como um “alto funcionário” do governo.¹²² Em resposta, Donald Trump afirmou em suas redes sociais que o jornal deveria revelar a identidade do autor como medida de segurança nacional,¹²³ remetendo, mais uma vez, ao poder estatal como instrumento de silenciar seus opositores.

¹²¹ Para análise desse aspecto e com considerações semelhantes, conferir: MAYER - SCHÖNBERGER, Viktor. **Delete: The virtue of forgetting in the digital age**. Princeton: Princeton University Press, 2009, p.50-91.

¹²² Opnion. “I Am Part of the Resistance Inside the Trump Administration”. **The New York Times** (05/09/2018). Disponível em: <https://www.nytimes.com/2018/09/05/opinion/trump-white-house-anonymous-resistance.html> Acesso em: 11/10/2020.

¹²³ Diamond, Jeremy; Sullivan, Kate. Trump slams damning New York Times op-ed as 'gutless'. **CNN Politics** (September 5, 2018). Disponível em: <https://edition.cnn.com/2018/09/05/politics/nyt-trump-resistance-op-ed/index.html> Acesso em: 11/10/2020.

O exercício da liberdade de expressão e a efetiva participação política é algo facilmente coibido socialmente, situação que juridicamente ficou conhecido como *chilling effect* (efeito inibidor ou desencorajador). A ideia central é de que esse efeito se verifica quando uma pessoa é dissuadida de participar de uma atividade comunicativa legítima em decorrência de uma ameaça sancionatória.¹²⁴ O anonimato é uma das importantes ferramentas de atenuação desse efeito e, portanto, de participação política e democrática.

Em terceiro lugar, os pseudônimos e o anonimato são importantes no âmbito comunitário e civil. As normas sociais e a necessidade de aprovação da comunidade desempenham grande impacto nas condutas das pessoas, especialmente nas sociedades contemporâneas em que grupos e indivíduos taxados como “desviantes” sofrem intensas sanções do Estado e da própria comunidade.¹²⁵

Cultura e costumes, mesmo quando não institucionalizados, são fontes de controle social. Os mecanismos de conformidade são particularmente eficazes para a manifestação de opiniões e os demais processos comunicativos diários, nos quais as pessoas falsificam suas próprias ideias e reprimem suas dúvidas em razão das visões da comunidade.¹²⁶

Algumas evidências científicas indicam que muitas pessoas ficam mais à vontade para conversar com estranhos em situações efêmeras do cotidiano - tais quais no elevador ou no assento ao lado em uma viagem de ônibus - do que com os indivíduos que sejam efetivos membros de sua comunidade, onde o controle social é mais intenso.¹²⁷ Por isso, a depender do tema e do contexto em que se discute, o anonimato é fator essencial para permitir a devida participação nesse processo.

As mídias sociais e as plataformas digitais oferecem diversos materiais para reflexão nesse sentido. O fórum online *YouBeMom* é voltado especialmente para a discussão da maternidade. Nele mães – e pais também - podem discutir anonimamente os desafios desse

¹²⁴ Para uma visão geral do *chilling effect* e suas consequências jurídicas, ver: SCHAUER, Frederick, Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect, **Boston University Law Review**, v. 58, p. 685–732, 1978. Para as utilidades dogmáticas e consequências práticas da consideração desse efeito, conferir o capítulo segundo deste trabalho.

¹²⁵ Nesse sentido, com considerações sociológicas e definições pertinentes: BECKER, Howard S. **Outsiders: studies in the sociology of deviance**. Nova Iorque: The Free Press, 1997, p. 10 e ss.

¹²⁶ Sobre as cascatas de conformidade e as evidências das ciências comportamentais que as fundamentam, conferir: SUNSTEIN, Cass R. **On rumors: how falsehoods spread, why we believe them, and what can be done**, First Princeton edition. Princeton: Princeton University Press, 2014, p. 25–27.

¹²⁷ Esse fenômeno ficou conhecido na literatura das ciências sociais e comportamentais como “*stranger-on-a-train effect*”. Sobre, conferir: RUBIN, Zick, Disclosing oneself to a stranger: Reciprocity and its limits. **Journal of Experimental Social Psychology**, v. 11, n. 3, p. 233–260, 1975.

momento da vida. Discussões que no ambiente analógico e no seio da comunidade poderiam ser tabus, encontram um terreno fértil nesta plataforma, variando desde temas como aborto e arrependimento pela maternidade até práticas de favorecimento de uma criança em detrimento de outra. Isso não só fortalece a ideia de espaço público, como também melhora a autodeterminação dos indivíduos.

Em contrapartida, a mesma lógica serve para processos mais escusos. No *Reddit*, mídia social que também é muito amigável ao uso de pseudônimos e anonimato, comunidades destinadas ao assédio infantil eram muito comuns. Os membros de tais grupos tiravam fotos de crianças e adolescentes em posições ou situações do cotidiano passíveis de sugestões sexuais para postar online.¹²⁸ Conexões e atuações semelhantes ocorrem com movimentos contemporâneos de supremacia branca e neonazistas que ameaçam pessoas e grupos pelo Twitter.¹²⁹

A conjugação das tecnologias da informação com a internet não apenas multiplica os exemplos, mas também amplia os contornos da discussão acerca do anonimato. É preciso repensar o elementar: o próprio conceito de anonimato.

Se os processos comunicativos e informacionais atingiram patamares nunca imaginados, os mecanismos de vigilância cresceram na mesma proporção. Por meio dos cruzamentos de dados coletados online, é possível traçar perfis inteiros de indivíduos e até de grupos.¹³⁰ Assim, a essência do anonimato deve ser recuperada para entendê-lo no ciberespaço.

O valor do anonimato nunca residiu apenas na prerrogativa individual de não ser imediatamente identificado, mas na possibilidade de agir ou participar socialmente e, ainda assim, permanecer inalcançável.¹³¹ Seu objetivo é contribuir para o debate público sem ser taxado, classificado e segregado; é discutir anseios e pesadelos íntimos, desenvolvendo livremente sua personalidade, sem sofrer duras retaliações da comunidade.

¹²⁸ Para uma comparação entre as plataformas e os respectivos usos do anonimato no contexto da dinâmica do espaço público, conferir: TUFEEKCI, **Twitter and Tear Gas: The Power and Fragility of Networked Protest**, p. 164–171.

¹²⁹ Sobre tais movimentos e as tensões sociais geradas, ver: ASCHER, Diana L.; UMOJA NOBLE, Safiya, Unmasking Hate on Twitter: Disrupting Anonymity by Tracking Trolls, *in*: ASCHER, Diana L.; UMOJA NOBLE, Safiya (Eds.), **Free Speech in the Digital Age**. Oxford University Press, 2019, p. 170–188.

¹³⁰ Exemplo de como operacionalizar um processo de identificação de discursos de ódio de neonazistas, conferir: *Ibid.*, p. 177–187.

¹³¹ Nesse sentido, de longa data, conferir: NISSENBAUM, Helen, The Meaning of Anonymity in an Information Age. **The Information Society**, v. 15, n. 2, p. 141–144, 1999.

Apesar das comunicações na internet aparentemente serem marcadas pelo uso generalizado de pseudônimos e do anonimato, tais modalidades nem sempre são verdadeiramente efetivas. O anonimato online se verifica em níveis. A utilização de um pseudônimo no Twitter ou navegar pela internet no modo privativo oferecem um baixo grau de ocultamento. Por outro lado, navegar com a utilização de softwares com múltiplas camadas de criptografia, como o *Tor*, permitem dinâmicas comunicativas que dificilmente são rastreáveis.¹³²

Além desses graus, existem diferentes perspectivas de anonimato online. Uma coisa é anonimato para interagir ativamente em comunicações e protestos pelas mídias sociais. Outra, é a garantia do anonimato para simples navegação pela internet, situação na qual sua ausência assemelha-se muito mais a necessidade de registro para ingresso em uma biblioteca do que com um artigo de jornal não assinado.

Por fim, anonimato e a privacidade se aproximam na era digital, pois possuem uma missão em comum: evitar a vigilância constante e o controle sem limites do Estado e da própria sociedade. Parte da literatura especializada há algum tempo já alertava que o avanço das tecnologias da informação e a internet iriam deixar os indivíduos vulneráveis de maneiras inimagináveis.¹³³

Os processos de vigilância em massa como os revelados por Edward Snowden apenas vieram coroar tais prelúdios, o que gerou alegações e análises no sentido de que nunca a sociedade esteve tão perto de viver em um grande panóptico ou em um mundo distópico *orwelliano*.¹³⁴ Com efeito, a privacidade e o anonimato estão no topo das reivindicações políticas contemporâneas.¹³⁵ Por isso, na era digital, o anonimato figura como uma espada: pode ser usado para ferir, mas é ainda melhor para se defender.¹³⁶

¹³² Para uma explicação dos meios de atuação anônima online, bem como algum de seus limites, ver: SARDÁ, Thais *et al.* Understanding online anonymity. **Media, Culture & Society**, v. 41, n. 4, p. 557–564, 2019, p. 558-559.

¹³³ RODOTÀ, **A vida na sociedade da vigilância: A privacidade hoje**, p.73-75; 97-99.

¹³⁴ HOROWITZ, Sarah, Foucault's Panopticon: A Model for NSA Surveillance?, *In*: MILLER, Russell A. (Org.), **Privacy and Power**, Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 39–62.

¹³⁵ COLEMAN, Gabriella, How has the fight for anonymity and privacy advanced since Snowden's whistleblowing?, **Media, Culture & Society**, v. 41, n. 4, p. 565–571, 2019, p. 567–571.

¹³⁶ SARDÁ *et al.*, Understanding online anonymity, p. 561.

1.3. Os intermediários na era digital

“Criaremos uma civilização da mente no ciberespaço”.¹³⁷ A frase faz parte da já considerada clássica “declaração de independência do ciberespaço” e resume a euforia e as expectativas sociais para com o advento da internet.

O ideário subjacente a essa afirmação é de que a circulação de opiniões e informações finalmente estaria liberta de toda e quaisquer amarras, pois a era dos intermediários e controladores informacionais (*gatekeepers*),¹³⁸ em especial os governos, havia terminado. As pessoas poderiam, enfim, envolver-se em atos comunicativos livres e diretamente umas com as outras. Contudo, não demorou muito para que esse prelúdio se mostrasse equivocado.¹³⁹

Os atores econômicos envolvidos mudaram, bem como parte de suas funções e da dinâmica de atuação. Mas ainda são figuras quase onipresentes no contexto das interações comunicativas e da esfera pública. Por isso, o exercício da liberdade de expressão online continua a depender largamente de instituições sociais e outros atores que não integram, ao menos diretamente, os polos dos atos de comunicações. Provedores de conexão, Google, Facebook, aplicativos, Twitter, YouTube, WhatsApp, Netflix e a lista só aumenta. É importante, portanto, revisitar o papel desempenhado pela infraestrutura social para o exercício da liberdade de expressão.

1.3.1. O papel fundamental da infraestrutura para a liberdade de expressão

Os direitos humanos e fundamentais não existem fora do tempo e do espaço. Eles são historicamente determinados e construídos para disciplinar a proteção de determinadas áreas da

¹³⁷ John Perry Barlow, **A Declaration of the Independence of Cyberspace** (Feb. 8, 1996), p.2. No original: “We will create a civilization of the Mind in Cyberspace”.

¹³⁸ Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto explicam que os *gatekeepers* “são os agentes econômicos que controlam gargalos do mercado de comunicações”(ver a nota de tradução em: FISS, Owen M., **A Ironia da Liberdade de Expressão: Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública**, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 123). Em alguns casos podem ser os próprios Estados, mas nas sociedades capitalistas contemporâneas geralmente consistem nos atores privados do mercado de comunicação social.

¹³⁹ Nesse sentido e para um resumo da efemeridade da empolgação gerada com o advento da era digital, ver: BAMBAUER, Derek E. Middlemen. *Florida Law Review Forum*, vol. 65, p.1-4, 2013.

vida social. Por isso, a garantia desses direitos, em maior ou menor grau, demandam gastos financeiros e envolvem instituições sociais.¹⁴⁰

Mesmo quando formulados categoricamente como direitos subjetivos, ainda assim dependerão, na prática, de uma complexa infraestrutura. Os reflexos dessa realidade para os parâmetros e os limites dogmáticos desses direitos é uma história – e um problema - a parte. Para a maioria dos direitos humanos e fundamentais, compreender parte da infraestrutura é essencial para sua análise e aplicação, bem como de suas regulações. A situação não é diferente com a liberdade de expressão.¹⁴¹

A infraestrutura da liberdade de expressão consiste nos meios e nas instituições necessárias ou úteis para acessar, criar e disseminar conteúdo, bem como na oportunidade de desenvolvimento dessas tecnologias e entidades.¹⁴² Livrarias, bancas de jornal, a imprensa, as empresas de telefone, a TV, as universidades, os correios, poderiam ser citados como exemplos dessa infraestrutura.

Os próprios textos normativos reconhecem expressamente essa realidade ao garantir, por exemplo, especificamente a liberdade de imprensa. A Constituição brasileira, ademais, vai além das garantias individuais da imprensa e consagra um complexo sistema normativo para disciplinar a comunicação social e suas instituições em seus artigos 220 a 224.

Mesmo a proteção exclusiva do direito fundamental exige considerações de infraestrutura. A proteção da liberdade de imprensa pode ser garantida de forma ampla em relação ao funcionamento das companhias jornalísticas, mas terá pouca utilidade prática se as empresas de distribuição ou os jornais forem proibidos de vender os jornais. Como se verá, diversos precedentes já enfrentaram diretamente esse aspecto.

Por isso, a liberdade de expressão pode ser atacada e controlada quando o Poder Público direcionar as regulações para as infraestruturas.¹⁴³ Por outro lado, a liberdade poderá

¹⁴⁰ Sobre o tema e seus desafios, conferir: HOLMES, Stephen; SUSNTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

¹⁴¹ Dentre outros, Jónatas Machado salienta a importância da compreensão dos elementos institucionais para o trabalho dogmático no campo da liberdade de expressão ao considerar perigosa uma dicotomia em relação ao que ele chamou de dimensão substantiva e dimensão estrutural dessa liberdade (MACHADO, Jónatas E.M., **Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema constitucional**, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 869).

¹⁴² BALKIN, Jack M., The Future of Free Expression in a Digital Age, **Pepperdine Law Review**, v. 36, p. 427–444, 2009, p. 432.

¹⁴³ BALKIN, Jack M., Old-School/New-School Speech Regulation, **Harvard Law Review**, v. 127, p. 2296–2342, 2014, p. 2303 e sobre as arquiteturas de controle no context da internet, ver: LESSIG, Lawrence, **Code version 2.0**, New York: Basic Books, 2006, p.38-60.

ser promovida por meio de outros direitos fundamentais, como a liberdade profissional ou direito de propriedade.

A principal marca da era digital para a liberdade de expressão é a transformação de suas infraestruturas.¹⁴⁴ Hoje, compõem essa categoria as diversas plataformas e provedores online, as mídias sociais, os softwares, as empresas de tecnologia e os hardwares que permitem criar, publicar, compartilhar e difundir as mais variadas informações e opiniões.¹⁴⁵ Essa infraestrutura é torna possível o funcionamento do atual sistema digital de comunicações.¹⁴⁶

Por isso, os *gatekeepers* e os intermediários não sumiram, mas apenas se transformaram. Ocorreu a substituição de uma infraestrutura por outra. Essas mudanças, no entanto, dificultam a regulação da liberdade de expressão, a identificação de suas limitações e, por vezes, a própria definição de seu sentido e alcance.

Muitas das instituições e tecnologias da era digital possuem atividades complexas e diferentes das existentes até então. As mídias sociais, por exemplo, não foram concebidas para criação e publicação de conteúdos criados por seus donos e funcionários. Apesar de exercerem atividades de moderação, sua atuação na esfera pública é primeiramente a criação de oportunidades comunicativas para seus usuários. Por isso, a troca dos editores por plataformas desafiam o sistema protetivo da liberdade de expressão.¹⁴⁷

Nesse contexto, é necessário clarificar a distinção entre controladores e meros intermediários. Embora a ideia de intermediação seja muito utilizada para caracterizar as plataformas digitais no geral, especialmente no período de infância da internet, existem fortes evidências de que esse termo é inadequado.¹⁴⁸

O termo “intermediários” é adequado para designar aquelas instituições que constituem a esfera pública de forma secundária, apenas transmitindo passivamente as comunicações de fatos e ideias. Sua finalidade social – e, na maioria das vezes, comercial – consiste em permitir o fluxo informacional, não agir sobre seu conteúdo. Nesses casos, fala-se em “meros conduítes” para a produção de outros.¹⁴⁹

¹⁴⁴ BALKIN, The Future of Free Expression in a Digital Age, p. 427–428.

¹⁴⁵ LESSIG, Lawrence, **Code version 2.0**, p. 40 e ss.

¹⁴⁶ BALKIN, Jack M., Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and New School Speech Regulation, **University of California Davis Law Review**, v. 51, p. 1149–1210, 2018, p. 1174.

¹⁴⁷ BALKIN, Old-School/New-School Speech Regulation, p. 2304.

¹⁴⁸ Para um compilado dos principais argumentos e evidências nesse sentido, conferir: GILLESPIE, Tarleton, Platforms are not intermediaries, **Georgetown Law Technology Review**, v. 2, n. 2, p. 198–216, 2018.

¹⁴⁹ MARINO, **Freedom of Expression and the Internet**, p. 42.

Alguns serviços de internet podem ser caracterizados como intermediários. Nesse sentido, as empresas de acesso e conexão à internet, ainda mais quando existe um regime de neutralidade de rede vigente, são intermediários. É possível que até mesmo os serviços de mensagens privadas como o WhatsApp sejam meros intermediários. Mas as plataformas digitais no geral, desde os blogs até as mídias sociais, não são.

A moderação e controle de conteúdo estão longe de serem tidos por práticas ocasionais e pontuais. Hoje, essas práticas são constitutivas desse modelo de negócio e, por isso, as plataformas digitais podem ser socialmente caracterizadas não por aquilo que permitem, mas sim aquilo que censuram e controlam.¹⁵⁰ Identificar e classificar, por isso, as principais funções das instituições que compõe a infraestrutura contemporânea da liberdade de expressão auxilia na investigação e no enfrentamento de seus desafios.

1.3.2. Funções e classificações

A infraestrutura da liberdade de expressão na era digital é composta por diversas instituições e serviços online. A análise de uma série de documentos internacionais permite identificar os principais atores, mundialmente denominados “provedores”, e suas funções no contexto dos serviços informacionais ligados à internet.¹⁵¹

Os serviços mais elementares são aqueles de acesso à internet, nos quais empresas gerenciam a infraestrutura física que permite pessoas e organizações acessarem a rede mundial de computadores, bem como promovem a distribuição desses serviços. Nesse caso, fala-se em Provedores de Serviços da Internet (ISPs).¹⁵²

Existem também os provedores de hospedagem ou hosts. Trata-se de empresas que fornecem e alugam espaços em servidores conectados à internet, geralmente à Web, para que os interessados criem e gerenciem seus próprios sites e serviços. Recentemente o termo adquiriu um sentido mais amplo e com frequência é utilizado para se referir também a todos aqueles que possuam um website próprio.¹⁵³ Blogs, sites de compras e até algumas modalidades de fóruns geralmente são enquadradas nessa categoria.

¹⁵⁰ GILLESPIE, Platforms are not intermediaries, p. 202.

¹⁵¹ Para um paralelo entre 5 importantes parâmetros internacionais, conferir: ARTIGO 19, **Freedom of expression and the private sector in the digital age**, 2016.

¹⁵² ARTIGO 19, **Provedores de Internet: O Dilema da Responsabilidade Civil**, São Paulo: Artigo 19 Brasil, 2013, p.7.

¹⁵³ *Ibid.*

Os serviços e as plataformas mais conhecidos atualmente são, sem dúvidas, as chamadas mídias sociais. A natureza desses serviços ainda é uma incógnita. Em razão dos impactos sociais e da popularidade imensa dessas plataformas, o poder econômico que alcançaram é muito elevado. Assim, existe uma tendência de concentração e dominação de mercado, bem como de expansão de seus serviços.¹⁵⁴ Os conglomerados do Google e do Facebook são bons representantes dessa realidade.

Do ponto de vista dos atos comunicativos, um ponto distintivo das mídias sociais consiste nos incentivos criados para que os usuários interajam, produzam e compartilhem conteúdo. Tais incentivos podem ocorrer de diversas formas, inclusive por meio de práticas de moderação. Quando comparadas com as instituições tradicionais da comunicação social, as mídias sociais possuem natureza híbrida entre “meros conduítes” e editores.¹⁵⁵ Por isso, algumas vezes elas são classificadas como uma modalidade específica, em outras ocasiões, no entanto, são enquadradas como provedores de hospedagem.¹⁵⁶

Uma última espécie de plataformas online são os serviços de busca na internet, como o Google, Yahoo! ou Bing. Esses serviços utilizam algoritmos avançados para, com base nos termos colocados pelo próprio usuário, vasculhar as páginas e os conteúdos disponíveis na internet, em especial da World Wide Web, e disponibilizá-los em forma de lista composta por inúmeros hiperlinks para acesso direto ao conteúdo.¹⁵⁷ Nesses casos, a referência é feita como provedores ou plataformas de pesquisa.

Apesar da complexidade conceitual e funcional dos provedores,¹⁵⁸ todos se diferenciam dos “produtores de conteúdo”, os quais são os consumidores finais dos serviços e aqueles que diretamente produzem e publicam os conteúdos, sejam indivíduos ou organizações.¹⁵⁹ De forma genérica e quando não envolver uma legislação específica, o trabalho

¹⁵⁴ Sobre a complexidade dos serviços prestados pelas plataformas digitais e algumas tendências econômicas recentes, conferir: WORLD ECONOMIC FORUM, Competition Policy in a Globalized, Digitalized Economy, **White Paper**, p. 1–23, 2019.

¹⁵⁵ GILLESPIE, Platforms are not intermediaries, p. 210.

¹⁵⁶ ARTIGO 19, **Provedores de Internet: O Dilema da Responsabilidade Civil**, p. 7.

¹⁵⁷ Sobre aspectos do funcionamento técnico das plataformas de pesquisa e seus efeitos políticos, de longa data, conferir: LUCAS D. INTRONA, HELEN NISSENBAUM, Shaping the Web: Why the Politics of Search Engines Matters, **The Information Society**, v. 16, n. 3, p. 169–185, 2000.

¹⁵⁸ Para um inventário complementar e mais analítico da infraestrutura digital e os provedores que a compõe, com a inclusão até mesmo das plataformas de pagamento, conferir: Free Speech: Only as Strong as the Weakest Link, **ELECTRONIC FRONTIER FOUND**. Disponível em: <https://www EFF.ORG/free-speech-weak-link#home> Acesso em: 07/12/2020.

¹⁵⁹ BALKIN, Old-School/New-School Speech Regulation, p. 2304; ARTIGO 19, **Provedores de Internet: O Dilema da Responsabilidade Civil**, p. 7.

utilizará essas classificações. O termo “plataformas digitais” será usado como sinônimo geral¹⁶⁰ para referência às mídias sociais, aos provedores de busca ou mesmo aos provedores de hospedagem.

Todavia, essas classificações não são vinculantes ou as únicas possíveis, mas apenas as principais que aparecem na literatura especializada e em instrumentos internacionais sobre o tema. Os ordenamentos jurídicos, no entanto, podem adotar inúmeras outras classificações e critérios de diferenciação.

No Brasil, por exemplo, o Marco Civil da Internet e parte da jurisprudência distingue apenas duas categorias de provedores.¹⁶¹ A primeira são os provedores de conexão, que equivalem aos ISPs. A segunda denomina-se provedores de aplicação e engloba todos os demais serviços e aplicações existentes na internet, desde os blogs até as mídias sociais.

Independente da classificação, a realidade é que as plataformas digitais interferem nas comunicações públicas online. Isso ocorre por meio de mecanismos amplos de moderação de conteúdo ou mesmo quando apenas os disseminam, seja de forma “pura” ou seletiva. Essa interferência será explorada nos próximos tópicos, a começar por alguns de seus efeitos considerados socialmente negativos.

1.4. O impacto da internet na consolidação de rumores, discurso de ódio e ofensas

A internet e o progresso das tecnologias da informação revolucionaram o debate público e a participação política, mas também potencializaram as tensões comunicativas. Os discursos extremistas, os boatos, as ofensas, enfim, todos os possíveis abusos discursivos de qualquer natureza foram ampliados na era digital.

O impacto do mundo online nos processos cognitivos, nas dinâmicas informacionais e, conseqüentemente, na própria cultura, ameaça, na visão de alguns, os pressupostos iluministas que sustentam a democracia e a ciência.¹⁶² Por isso, é necessário analisar, mesmo

¹⁶⁰ WORLD ECONOMIC FORUM, *Competition Policy in a Globalized, Digitalized Economy*, p. 8.

¹⁶¹ SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo, **Marco civil da internet: construção e aplicação**, Juiz de Fora: Editar Editora Associada Ltda, 2016, p. 68–69. A jurisprudência do STJ anterior ao MCI utilizava mais categorias, que eram semelhantes as listadas nessa secção.

¹⁶² Dentre muitos, por condensar diversos argumentos sobre os riscos da era digital tanto para a democracia quanto para a ciência, conferir: KAKUTANI, Michiko. **A morte da verdade**: notas sobre a mentira na Era Trump. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2018.

que brevemente, alguns pontos dessa repercussão, o que será feito com auxílio de evidências da psicologia social e das ciências comportamentais.

1.4.1. Os propagadores e as causas

Os fatos inverídicos, as opiniões extremistas e as ofensas são frequentemente disseminadas por propagadores conscientes e de forma intencional, os quais podem ou não acreditar naquilo que publicam e compartilham.¹⁶³ É possível enquadrar os disseminadores em três categorias a depender das finalidades almejadas. Em primeiro lugar, existem os “egoístas”, aqueles que buscam promover seus próprios interesses ou auferir alguma vantagem particular com a disseminação de um conteúdo ofensivo a uma pessoa, grupo ou instituição.

Também existem os “altruístas”, assim classificados por terem o objetivo de promover determinada causa que acreditam, o que fazem com a dissipação de boatos ou exageros. Por fim, os “maliciosos” são aqueles que criam e compartilham um conteúdo com o objetivo claro e específico de causar danos a algo ou alguém, sejam grupos, indivíduos ou instituições.

Se os propagadores possuem intenções direcionadas e, muitas vezes, conscientes, a internet e as plataformas digitais são apenas mais um meio para alcançarem seus objetivos. A questão chave, portanto, consiste em identificar as razões pelas quais os indivíduos no geral aceitam e disseminam tais conteúdos, mesmo quando eles são evidentemente falsos ou exagerados, para, então, compreender o impacto da era digital nesse processo.

Existem três causas principais. A primeira consiste na falta de conhecimento pessoal e direto sobre os fatos que estão sob nosso julgamento.¹⁶⁴ Na ausência de conhecimento próprio, as pessoas aceitam mais facilmente os pontos de vista alheios. Hoje, o mundo é complexo e os indivíduos não conhecem ou vivenciaram diretamente muitos fatos e experiências. Por isso, se alguém próximo ou uma fonte supostamente confiável faz um juízo fático ou valorativo sobre determinado tema, o indivíduo tende a aceitar como verdadeiro. Basta qualquer indício de veracidade para aceitar - e até mesmo disseminar - a informação.

Por exemplo, os brasileiros que discutem sobre uma religião oriental ou sobre um regime ditatorial no oriente médio podem não saber sobre a história da região e os costumes do

¹⁶³ As definições e classificações dos propagadores foram retiradas de: SUNSTEIN, **On rumors**, p. 15–17.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 11 e 22. Com base em evidências, Cass Sunstein explica o impacto da falta de conhecimento direto e pessoal, mas não considera tal realidade como um fator independente de aceitação de conteúdo.

respectivo povo e, na maioria das vezes, nem mesmo passaram perto do local. Por isso, se forem informados que se alimentam de determinada forma ou possuem certa característica antropológica e cultural, existe uma maior probabilidade de aceitação.

Mesmo quando o assunto não envolve longas distâncias geográficas, é comum a falta de conhecimento pessoal e direto. A luta contra um vírus, invisível aos olhos humanos, é propícia para a disseminação de boatos. Muitas pessoas não sabem o que é um vírus, muito menos como ele atua sobre o organismo humano e o que deve ser feito para combatê-lo. Mesmo dentre aqueles com conhecimento prévio sobre o assunto – quem, por exemplo, estudou sobre o tema no ensino médio – pode não ter segurança em seu conhecimento dada a tecnicidade envolvida. A recente pandemia do COVID-19 serve como ilustração dessa evidência.

Em segundo lugar, os preconceitos, as concepções e as experiências passadas das pessoas consistem em um importante motivo de aceitação de fatos, ideias e opiniões.¹⁶⁵ Nesse caso, o sujeito já considera que o conteúdo é verdadeiro e, assim, a sua aceitação reduz a diferença entre as crenças mais profundas do indivíduo com a realidade. Existe uma tendência humana em refutar argumentos que contradizem as crenças e valores íntimos das pessoas. A psicologia e as ciências comportamentais chamam esse processo de “redução da dissonância cognitiva”¹⁶⁶ e “viés de desconfirmação”.¹⁶⁷

O estado psicológico de confiança também é importante nesse processo. Apesar de contrário a falta de conhecimento pessoal e direto, os resultados são parecidos. Quando uma pessoa possui um elevado conhecimento – ou pelo menos acredita que possui – sobre determinado assunto ou objeto, ela dificilmente aceitará uma visão que contradiga esse entendimento.¹⁶⁸ Um especialista sobre determinado assunto pode ter, por isso, mais dificuldade em aceitar um novo estudo contrário as suas concepções do que um leigo. Assim, as concepções e a confiança contribuem muito para a recusa ou aceitação de determinado conteúdo.

¹⁶⁵ Para uma análise e uma revisão ampla da literatura da psicologia de como o sistema intuitivo do cérebro opera e influencia os processos cognitivos gerais, inclusive o sistema racional, conferir: KAHNEMAN, **Rápido e Devagar: duas formas de pensar**.

¹⁶⁶ Sobre o fenômeno psicológico e alguma de suas causas, conferir: McLeod, S. A. *Cognitive dissonance*. **Simply Psychology** (2018, February 05). Disponível em: <https://www.simplypsychology.org/cognitive-dissonance.html> Acesso em: 07/12/2020.

¹⁶⁷ SUNSTEIN, **On rumors**, p. 40.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 43–45.

A questão da confiança serve de ponte para a terceira causa: as emoções. Para além dos motivos estritamente cognitivos ou racionais, os conteúdos, inclusive os falsos ou extremistas, são mais propensos a aceitação e disseminação se envolverem as emoções das pessoas.¹⁶⁹ A raiva e o medo podem, por isso, serem elementos definitivos para a aceitação de determinado fato. Os efeitos psicológicos de uma pandemia, ou uma grave crise econômica, geram um ambiente favorável para a disseminação de discursos de ódio e desinformação.¹⁷⁰

Os mecanismos de disseminação também influenciam no processo de aceitação de determinado fato ou ponto de vista, como ocorre, por exemplo, com as câmaras de eco e bolhas informacionais. Por isso, as causas e tais mecanismos se confundem na prática. Em termos epistemológicos, no entanto, é útil a distinção. Identificados as principais causas é possível, agora, explorar os mecanismos no contexto da era digital.

1.4.2. Mecanismos de disseminação e a era digital

Cass Sunstein, com base em diversos estudos e evidências científicas, identifica a existência de dois processos centrais de propagação de fatos e opiniões, os quais são complementares.¹⁷¹ O primeiro é classificado como “cascatas sociais” e sua lógica é relativamente simples.

A partir do momento que um certo número de pessoas acredita – ou aparenta acreditar – em determinado conteúdo, outras também tendem a aceitá-lo, a menos que possuam boas razões para compreender de forma diversa. Como para a maior parte dos assuntos do cotidiano disponíveis nos noticiários ou na internet falta um conhecimento direto ou pessoal por parte dos indivíduos, uma boa deles dedica-se à opinião da multidão.

Um estudo relacionado com as preferências musicais fornece alguns indicativos interessantes.¹⁷² A experiência forjou os indicadores de popularidade de algumas músicas em determinado mercado digital e o resultado foi o aumento artificial da popularidade das obras.

¹⁶⁹ KAHNEMAN, **Rápido e Devagar: duas formas de pensar**, p. 83–92 e 154–165.

¹⁷⁰ Os conteúdos e expressões negativas possivelmente possuem mais peso para os processos psicológicos e cognoscitivos do que os positivos, fenômeno conhecido como “viés da negatividade” (“*negativity bias*”). Nesse sentido, conferir a revisão e o panorama de: BAUMEISTER, Roy F. *et al*, Bad is Stronger than Good, **Review of General Psychology**, v. 5, n. 4, p. 323–370, 2001.

¹⁷¹ SUNSTEIN, **#Republic: divided democracy in the age of social media**, p. 61–128.

¹⁷² SALGANIK, Matthew J.; WATTS, Duncan J., Leading the Herd Astray: An Experimental Study of Self-fulfilling Prophecies in an Artificial Cultural Market, **Social Psychology Quarterly**, v. 71, n. 4, p. 338–355, 2008.

Quando os indivíduos pensaram que as músicas eram populares, elas realmente se tornam populares, pelo menos em um curto lapso temporal.

A internet facilita essas cascatas. As ferramentas de copiar, colar, o envio instantâneo, o compartilhamento em grande escala, curtidas, algoritmos e assim por diante, permitem a construção de cascatas instantâneas. No YouTube, por exemplo, quanto mais visualizações um vídeo adquire, maiores serão chances alcançar mais pessoas e aumentar consideravelmente suas visualizações.¹⁷³

O que ocorre em muitos casos é o fato de muitas pessoas se autocensurarem para se manterem em conformidade com o grupo ou multidão, especialmente naqueles casos em que os indivíduos não possuem convicção firmada de suas posições. Se fossem questionadas sobre o assunto individualmente, longe da pressão do grupo, suas opiniões seriam diferentes. Nesses casos, fala-se em “cascatas de conformidade”.¹⁷⁴

O segundo processo está relacionado com o fenômeno da polarização. Em 2007, foi feita uma experiência social em duas cidades do Colorado nos Estados Unidos (Boulder e Colorado Springs).¹⁷⁵ As cidades possuíam perfis políticos distintos: uma liberal e outra conservadora. Foram reunidas sessenta e três pessoas selecionadas aleatoriamente entre os cidadãos das duas cidades, o que gerou um grupo de perfil heterogêneo.

Os participantes foram divididos em 10 grupos de aproximadamente 6 pessoas, todas da mesma cidade. Os grupos tiveram 45 minutos para deliberarem sobre três questões muito controversas nos EUA à época: (i) a assinatura de um tratado internacional sobre aquecimento global, (ii) adoção de ações afirmativas e (iii) possibilidade de casamento de pessoas do mesmo sexo. O objetivo era obter um consenso em cada tópico. Os resultados indicaram que os indivíduos que antes possuíam uma tendência a certa posição, após a deliberação firmaram uma posição extrema, o que gerou também uniformização do grupo.

Em termos gerais, o experimento sugere que quando pessoas com opiniões semelhantes deliberam, elas geralmente acabam adotando uma posição mais extrema do que possuíam antes, o que dificulta ainda mais a mudança futura de opinião e, conseqüentemente,

¹⁷³ Para uma análise completa desse fenômeno no âmbito da internet, em especial das mídias sociais, conferir: SUNSTEIN, **#Republic: divided democracy in the age of social media**, p. 95–128. Cass Sunstein chama, nesses casos, de *cybercascades*.

¹⁷⁴ Conferir: SUNSTEIN, **On rumors**, p. 25 e ss. Existem evidências de que as próprias memórias de longa duração podem ser afetadas pelas cascatas de conformidade.

¹⁷⁵ CLARK, David D.; SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid, What Happened on Deliberation Day? **California Law Review**, v. 95, p. 915–940, 2007.

o resultado útil de deliberações políticas posteriores ou a aceitação de “correções informativas” (pelo direito de resposta, por exemplo).

Uma das explicações para o resultado da experiência consiste na preocupação com a reputação. Em busca de aprovação social, o ser humano tende a adotar posições mais extremas. As opiniões muitas vezes são resultado de como os indivíduos querem se apresentar para o grupo.¹⁷⁶

Outro fator consiste na variedade de argumentos. Quando pessoas com posições prévias semelhantes deliberam, existe uma maior probabilidade de os argumentos serem semelhantes e indicarem para a mesma direção. As linhas de raciocínio irão se complementar e isso gerará um indicativo aparente de veracidade. Mesmo que existam outros bons argumentos contrários não colocados na discussão, os membros do grupo terão a falsa impressão de terem escutados todos os argumentos.¹⁷⁷

Mais um elemento – talvez o mais significativo - que justifica o resultado da experiência do Colorado é a produção da confiança.¹⁷⁸ Aqueles que não possuíam convicção sobre determinado conteúdo ou posição irão alcançar esse estado cognitivo pelo simples fato de verificarem que outros compartilham de seu mesmo entendimento. Apoio produz confiança, a qual, por sua vez, gera extremismo.

A procura e a associação do ser humano por pessoas com características morais, culturais e psicológicas semelhantes a fim de obterem suporte mútuo (homofilia) não é algo novo. No entanto, a internet e as mídias sociais ampliaram essa possibilidade, pois pessoas semelhantes de diversas parte do mundo podem se conectar de maneiras inimagináveis há meio século.¹⁷⁹ A transnacionalidade, a possibilidade de anonimato e o baixo custo das comunicações são fatores decisivos oferecido pela era digital. Minorias e grupos desviantes locais podem se reunir em grandes comunidades globais online.

Isso pode gerar resultados positivos ou negativos. Do ponto de vista da experiência do Colorado, no entanto, as mídias sociais podem funcionar como “máquinas de polarização, porque ajudam a confirmar e, assim, amplificar as visões antecedentes das pessoas”.¹⁸⁰ Muitas

¹⁷⁶ CLARK et al. What Happened on Deliberation Day?, p.930.

¹⁷⁷ *Ibid.*

¹⁷⁸ SUNSTEIN, *On rumors*, p. 43–45.

¹⁷⁹ TUFEKCI, *Twitter and Tear Gas: The Power and Fragility of Networked Protest*, p. 167.

¹⁸⁰ SUNSTEIN, *On rumors*, p. 32.

das plataformas digitais não são meros meios de conexão entre indivíduos e grupos. Faz parte de seus serviços a criação de um ambiente personalizado e “confortável” para os usuários.

Os algoritmos dessas plataformas são, por isso, estruturados para oferecer a melhor experiência possível. O feed de plataformas como o Facebook são, em grande parte, resultado de escolhas do próprio indivíduo. Os algoritmos conhecem as preferências artísticas e musicais, mas também as políticas. Além da rede de amigos, cada página pessoal e as recomendações de conteúdos irão refletir o perfil e a vontade do indivíduo.¹⁸¹

Os impactos nos processos de polarização são evidentes. As mídias sociais funcionam como câmeras de eco ou bolhas para as ideias e informações dos usuários, os quais só terão contatos com o mesmo viés ideológico e receberam notícias, muitas vezes falsas ou descontextualizadas, do mesmo direcionamento político. E quanto maior o extremismo, menor a possibilidade de deliberações sociais e, portanto, mais fraca fica a própria democracia.¹⁸²

No entanto, não só as mídias sociais contribuem para esses problemas. As plataformas digitais no geral podem aumentar os danos oriundos de conteúdos pela simples disseminação. Apesar da possibilidade de compartilhamento dos próprios usuários ter aumento exponencialmente, as próprias plataformas entram nessa dança.

Existem três formas de disseminação.¹⁸³ As plataformas podem compartilhar os conteúdos integralmente. Nessa hipótese, caso a informação disseminada – ou parte dela – seja danosa, a plataforma terá contribuído com sua difusão, mas não terá causado prejuízos adicionais. O compartilhamento de links de acesso ao conteúdo é um exemplo desse mecanismo técnico.

Em segundo lugar, as plataformas podem realizar um compartilhamento seletivo. Nesse caso, a plataforma compartilha apenas parte do conteúdo original ou destaca uma parte específica. Essa prática pode ser mais prejudicial do que o compartilhamento completo, pois apresenta uma informação fora do contexto original ou induz o público ao erro. Também pode direcionar apenas para trechos ofensivos, como em sites de notícias sensacionalistas ou plataformas de avaliação do consumidor. Isso pode ocorrer de diversas formas, tais como os

¹⁸¹ Sobre essa lógica e seus fundamentos, conferir: SUNSTEIN, **#Republic: divided democracy in the age of social media**, p. 13 e ss.

¹⁸² KAKUTANI, **A morte da verdade**, p.129-146 e SUNSTEIN, **#Republic: divided democracy in the age of social media**, p.73.

¹⁸³ Para um *roadmap* das modalidades de disseminação, conferir: LAVI, Michal, Taking Out of Context, **Harvard Journal of Law & Technology**, 31. ed. p. 146–215, 2017, p. 152–157.

“likes” nas plataformas, que servem de sinalizador para a disseminação ou recebimento seletivos por meio de algoritmos, ou a técnica do *deep linking*, que direciona o usuário para uma parte específica do conteúdo.¹⁸⁴

Por fim, as plataformas podem disseminar de formas qualitativas apenas o conteúdo ofensivo. Determinadas informações e opiniões são tratadas para destacar ou mostrar apenas os aspectos negativos e ofensivos. Ocorre, nesses casos, uma mistura da ação direcionada da própria plataforma com o conteúdo ofensivo disponível por terceiros. É o caso em que um site de avaliação de hotéis realize uma lista com apenas as piores instituições do ramo. A plataforma é, nesses casos, também autora do conteúdo. Além de retirarem os conteúdos do contexto, os provedores atuam para majorar o teor negativo dos comentários, fatos ou opiniões.¹⁸⁵

1.5. Moderação: um pouco de teoria e prática

1.5.1. A teoria: os motivos

“O Facebook tem mais poder para determinar quem pode falar e quem pode ser ouvido em todo o mundo do que qualquer juiz da Suprema Corte, qualquer rei ou presidente”, afirmou Jeffrey Rosen ao comentar sobre a liberdade de expressão na internet.¹⁸⁶ A afirmação salienta a importância das mídias sociais e das plataformas para as comunicações e a construção da esfera pública atualmente.

Mas a frase instiga a revelação de outro aspecto importante das comunicações online: as plataformas não só podem, como estão realizando tal controle. Essa prática geralmente é designada como “moderação de conteúdo”. Tecnicamente, o termo não é algo exclusivo das comunicações online e designa “mecanismos de governança que estruturam a participação em uma comunidade com a finalidade de facilitar a cooperação e prevenir abusos”.¹⁸⁷

Essa é, contudo, uma definição um tanto quanto otimista. É verdade que a moderação, assim como o próprio controle social em geral, pode promover a coesão social, bem como a

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 153–156.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 156.

¹⁸⁶ HELFT, Miguel. *Facebook Wrestles With Free Speech and Civility*. **The New York Times** (12/12/2010). Disponível em: <https://www.nytimes.com/2010/12/13/technology/13facebook.html> Acesso em: 01/12/2019. Tradução livre. No original: “Facebook has more power in determining who can speak and who can be heard around the globe than any Supreme Court justice, any king or any president”.

¹⁸⁷ GRIMMELMANN, James, The Virtues of Moderation, **The Yale Journal of Law & Technology**, v. 17, n. 1, p. 42–109, 2015, p. 47.

cordialidade e a produtividade de discussões e, em última análise, os próprios valores democráticos.¹⁸⁸ No entanto, como a experiência e a própria história da liberdade de expressão ensinam, essas práticas também podem gerar perseguições e repressão dos dissidentes sociais,¹⁸⁹ bem como distorcer o debate público.¹⁹⁰

A questão da moderação no contexto das plataformas digitais, em especial das mídias sociais, é um objeto crescente de estudos em diversas áreas e muitos materiais científicos já foram produzidos a esse respeito.¹⁹¹ Apesar de não ser o objeto dessa pesquisa, em razão de sua proximidade com o exercício da liberdade de expressão na era digital, é útil a breve exposição de alguns dos principais aspectos inerentes a moderação de conteúdo nas plataformas digitais.

Além da definição, a identificação dos principais objetivos almejados com práticas adequadas de moderação é um bom começo. James Grimmelmann seleciona três principais.¹⁹² O primeiro é a produtividade de uma comunidade, ou seja, informações e ideias valiosas poderão ser identificadas, produzidas e compartilhadas em um dinâmico processo criativo. É uma lógica baseada no postulado democrático *meiklejohniano* de que não é preciso que todos falem, mas que tudo de valioso seja dito.

Em segundo lugar, existe a necessidade de abertura da comunidade, a qual produzirá eficiência na medida em que existe uma maior participação. E, por fim, o autor afirma que a moderação frequentemente busca diminuir os custos de transação e evitar abusos comunicativos.¹⁹³

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 45-50-51.

¹⁸⁹ Do ponto de vista do controle social, para uma análise baseada no consenso social, ver: PARK, Robert E.; BURGUESS, Ernest W. **The city**: suggestions for investigation of human behavior in the urban environment. Chicago; London: University of Chicago, 1925. p. 1 a 46. Para uma análise mais crítica, ver: BECKER, **Outsiders**, p. 1-18.

¹⁹⁰ A atuação dos grandes conglomerados da TV brasileira oferece inúmeros exemplos. Para uma análise nesse sentido, ver: MIGUEL, Luis Felipe, Mídia e eleições: a campanha de 1998 na Rede Globo, **Dados**, v. 42, n. 2, p. 253-276, 1999.

¹⁹¹ Embora as plataformas digitais estejam no centro das atenções sociais e acadêmicas, as práticas de autoregulação das empresas e instituições de comunicação social – e da sociedade civil de forma geral, não são novas. A “mídia tradicional” sempre controlou internamente a expressão de seus colaboradores e atuou no estabelecimento de regras de conduta para as comunicações. Para análise nesse sentido, com reflexões sobre os reflexos jurídicos dessas práticas, conferir: JACOBSON, Arthur; SCHLINK, Bernhard. Hate Speech and Self-Restraint. In: HERZ, Michael and MOLNAR, Peter (Eds.) **The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p.217- 241.

¹⁹² GRIMMELMANN, The Virtues of Moderation, p. 50-51.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 53-55.

Em uma recente e extensa pesquisa, Kate Klonick lançou novas luzes à questão.¹⁹⁴ Para explorar as indagações de “por que” e de “como” moderar, Klonick avaliou diversos materiais produzidos sobre o tema e inovou ao realizar entrevistas com os executivos responsáveis por conduzirem as políticas de moderação do Facebook e do YouTube. A maioria das considerações que serão feitas nesta secção se referem aos resultados da pesquisa dessa autora.

Assim como as observações gerais de Grimmelmann, Klonick também identificou três motivos principais que impulsionam as mídias sociais a moderarem os conteúdos. Embora se relacionem com aspectos teóricos gerais sobre as moderações, esses motivos são mais concretos e específicos.

O primeiro consiste na crença nos valores e normas da liberdade de expressão. Apesar das organizações tradicionais de mídia e os jornalistas migrarem para a internet (por exemplo, a maioria dos grandes jornais está no ciberespaço e alguns outros só existem em versão eletrônica), as mídias sociais logo perceberam que elas não eram apenas empresas de software.¹⁹⁵ Em alguma medida, elas também eram editoras e contribuía para a dinâmica da comunicação social.

Por isso, a criação das políticas de uso e de controle de conteúdo incorporavam alguns dos princípios da liberdade de expressão, especialmente os norte-americanos, pois este país é a sede da maioria das empresas de tecnologia. A equipe de moderação do YouTube, por exemplo, realiza um esforço cotidiano enorme para garantir que as regras corporativas e suas aplicações não gerem uma censura generalizada para os usuários.¹⁹⁶

Vídeos extremamente violentos e/ou repugnantes, como decapitações ou imagens de pessoas que perderam membros, geralmente são contrários a política da plataforma e, por isso, são excluídos. No entanto, existem exceções. Após a morte de Saddam Hussein, alguns vídeos violentos foram mantidos, assim como outros repugnantes de mortes a tiro em protestos. Nesses casos, existiam valores históricos e políticos que justificaram a manutenção do conteúdo, diziam os executivos. Motivos como esses justificam também o retorno de vídeos eventualmente retirados da plataforma.¹⁹⁷

¹⁹⁴ KLONICK, Kate, *The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech*, **Harvard Law Review**, v. 131, p. 1598–1670, 2018.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 1618.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 1619.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 1620.

Nessa linha, outro ponto de intensa avaliação recai sobre os pedidos e pressões governamentais para retirada de conteúdo. Existe um trabalho constante de verificação dos pedidos de retirada de conteúdos que serão atendidos e nesse ponto, muitas vezes, as plataformas resistem às investidas do Estados.¹⁹⁸ Existem vários exemplos de governos ditatoriais que tentaram pressionar as mídias sociais a silenciar seus opositores. Algumas vezes as plataformas retiravam conteúdo, mas os colocavam online novamente depois de perceberem a natureza política da questão.¹⁹⁹

O caráter transnacional das comunidades online também dificulta o trabalho de moderação. Balançar diferentes ideologias oriundas de diversas culturas com os princípios da liberdade de expressão é extremamente delicado para as plataformas. Um exemplo disso, é verificado no contexto do Facebook, onde expressões como “eu odeio o islamismo” serão mantidas, mas “eu odeio os muçulmanos” não.²⁰⁰

O corpo executivo e funcional que disciplina o tema nas grandes mídias sociais foram largamente compostos por advogados experientes em litigância no campo da liberdade de expressão.²⁰¹ Isso justifica como, na prática, o pano de fundo normativo da liberdade de expressão adentrou no cotiadio na moderação.

Em segundo lugar, as plataformas acabam por desenvolver um “senso de responsabilidade corporativa” em relação aos discursos ofensivos ou perigosos. Mesmo plataformas mais favoráveis à garantia do exercício amplo da liberdade de expressão, como o Twitter, começou a mudar sua postura nos últimos anos.²⁰²

A pandemia do COVID-19 oferece exemplos recentes. Diversas plataformas como Facebook, Instagram, Google e Twitter tomaram intensas medidas para combater a desinformação sobre a pandemia do coronavírus. As medidas foram desde as mais ostensivas, como retirada de conteúdo, até as mais brandas, como sinalização de informações duvidosas.²⁰³

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 1622.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 1622–1624.

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 1625.

²⁰¹ *Ibid.*, p. 1621.

²⁰² *Ibid.*, p. 1625–1626.

²⁰³ ROMM, Tony. Facebook, Google and Twitter scramble to stop misinformation about coronavirus. **The Washington Post** (27/01/2020). Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/technology/2020/01/27/facebook-google-twitter-scramble-stop-misinformation-about-coronavirus/> Acesso em: 07/12/2020.

Setores mais conservadores responderam a essas investidas como o início de uma nova era de censura e vigilância.²⁰⁴

Por fim, os motivos econômicos desempenham forte influência naquilo que é mantido online. Conteúdos obscenos, discursos de ódio e violência gratuita são exemplos de expressões que frequentemente são automaticamente retiradas para não prejudicar os lucros das organizações que administram as plataformas.²⁰⁵

Quanto mais as plataformas oferecem um ambiente que atenda as expectativas dos usuários, mais eles passarão tempo nelas e, portanto, maior será o lucro com propagandas e outros serviços. Um exemplo recente dessas motivações é o caso do vazamento da política interna de moderação do TikTok, a famosa plataforma de vídeos curtos. Segundo o documento, a plataforma instruiu seus moderadores a retirarem ou restringirem a disseminação de vídeos com pessoas consideradas “feias” ou “deficientes”, bem como de cenários “pobres”, como as favelas. Até mesmo alguns discursos políticos também foram proibidos.²⁰⁶

Esses são os principais motivos. Agora, é preciso compreender os principais processos e instrumentos técnicos utilizados nessa prática.

1.5.2. A prática: os processos

A moderação e o controle de conteúdo podem ocorrer em diferentes momentos e por distintas medidas. Ela pode ocorrer antes (*ex ante*) ou depois (*ex post*) da publicação do conteúdo.²⁰⁷ Além disso, as moderações podem ocorrer de forma reativa, quando o moderador é informado por terceiros sobre o material, ou proativa, situação na qual as plataformas procuram por informações e ideias que devem ser removidas.²⁰⁸ Esses atos podem ocorrer de forma automática, por softwares e algoritmos, ou manualmente, por uma equipe especializada ou por indivíduos incumbidos.²⁰⁹

²⁰⁴ LAWS, Michael. The First Gag is the Deepest: Freedom of Expression after Corona Censorship. **Daily Maverick** (23/03/2020). Disponível em: <https://www.dailymaverick.co.za/article/2020-03-23-the-first-gag-is-the-deepest-freedom-of-expression-after-corona-censorship/> Acesso em: 07/12/2020.

²⁰⁵ KLONICK, The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech, p. 1627.

²⁰⁶ Sam Biddle, Paulo Victor Ribeiro, Tatiana Dias. Censura Invisível: TikTok escondeu “feios” e favelas para atrair novos usuários e censurou post políticos. **The Intercept Brasil** (16/03/2020). Disponível em: <https://theintercept.com/2020/03/16/tiktok-censurou-rostos-feios-e-favelas-para-atrair-novos-usuarios/> Acesso em: 07/12/2020.

²⁰⁷ GRIMMELMANN, The Virtues of Moderation, p. 67–68.

²⁰⁸ KLONICK, The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech, p. 1635.

²⁰⁹ GRIMMELMANN, The Virtues of Moderation, p. 63–64.

Quatro espécies de medidas técnicas podem ser adotadas pelas plataformas contra um conteúdo indesejado.²¹⁰ A primeira diligência possível é o “bloqueio” do conteúdo, o qual consiste na obstrução do material indesejado. O conteúdo ainda permanece, mas o acesso a ele foi cortado. Outra ação possível é a “remoção”, ou seja, a retirada efetiva e definitiva do material. Em ambas as categorias, o material objeto da sanção foi identificado pelo interessado ou por um terceiro, não envolvendo uma fiscalização ostensiva das plataformas.²¹¹ São, portanto, reativos.

As medidas de bloqueio e remoção geralmente integram os sistemas de “notificação e retirada” (*notice and takedown*), os quais consistem na disponibilização aos usuários de ferramentas para denúncia de conteúdo pela própria plataforma. Tais medidas de denúncia também são conhecidas como “*flagging*”.²¹² Assim, os interessados ou terceiros notificam a plataforma sobre algum conteúdo, o qual será avaliado e possivelmente bloqueado ou retirado em determinado prazo. O comum é a avaliação ocorrer entre 24 ou 48 horas.

A prática de “monitoramento”, por sua vez, significa a fiscalização ostensiva de conteúdo. Seu exercício pode ocorrer por meio de diversas técnicas e em diferentes graus, considerando fatores como área geográfica, perfil dos usuários, IP do conteúdo e palavras-chave envolvidas.²¹³ O monitoramento requer um software capaz de interceptar e interpretar os conteúdos.

Em quarto lugar, a medida conhecida como “filtragem” consiste no bloqueio ou remoção de conteúdos indesejados após a identificação por meio do monitoramento.²¹⁴ A filtragem não necessariamente ocorre só por algoritmos, pois também pode ser executada por seres humanos capacitados, após a identificação com auxílio de softwares. Filtragem e monitoramento são, por isso, medidas proativas de moderação.

²¹⁰ Para uma classificação utilizando as mesmas categorias que foram apresentadas, mas com menor rigor para com os elementos conceituais de cada uma, ver: ARTIGO 19. *Freedom of Expression Unfiltered: How blocking and filtering affect free speech*, Londres, 2016, p. 7-8. Uma classificação mais criteriosa foi adotada, pois auxilia nos futuros manuseios jurídicos das categorias.

²¹¹ ANGELOPOULOS, C., BRODY, A., HINS, W., HUGENHOLTZ, B., LEERSSEN, P., MARGONI, T., MCGONAGLE, T., VAN DAALLEN, O., and VAN HOBOKEN, J. *Study of Fundamental Rights Limitations for Online Enforcement through Self-Regulation*. Amsterdam: Institute for Information Law (IViR), 2015, p.7.

²¹² KLONICK, *The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech*, p. 1638.

²¹³ ANGELOPOULOS, C. *et al*, **Study of Fundamental Rights Limitations for Online Enforcement through Self-Regulation.**, Amesterdã: Institute for Information Law (IViR), 2015, p. 8.

²¹⁴ *Ibidem*, p.9.

Ambos são muito usados para moderação prévia. No período entre o upload e a efetiva publicação, algoritmos avaliam a regularidade do conteúdo. O Facebook utiliza, por exemplo, um programa chamado *PhotoDNA* para a repressão de pornografia infantil.²¹⁵

A maior parte da moderação é feita automaticamente. Processos proativos e por humanos ocorrem em casos delicados, como os de terrorismo. O Facebook tem, desde 2016, equipes destinadas exclusivamente à remoção de páginas e links relacionados ao terrorismo.²¹⁶ Além disso, apesar da semelhança entre as medidas, a distinção conceitual é dogmaticamente importante.

Se utilizadas ou incentivadas pelo Estado, cada técnica pode afetar diferentes direitos fundamentais e, por isso, a classificação é pertinente para avaliação das concorrências entre direitos fundamentais. Enquanto o bloqueio e a exclusão restringem a liberdade de expressão dos usuários e profissional das plataformas, o monitoramento pode significar uma ingerência na privacidade.²¹⁷

Por fim, as maiores plataformas possuem procedimentos complexos de avaliação. Existem diversas instâncias internas para decisão, as quais são organizadas conforme a complexidade dos conteúdos e os momentos, como em caso de recursos. Nessa linha, algumas plataformas estabelecem a possibilidade de recurso e existe, como no caso do Facebook, um sistema para uniformidade de julgamento. Por isso, a moderação, em especial a realizada pelas mídias sociais, são cada vez mais semelhantes aos processos judiciais, embora ainda falte muita transparência sobre as especificidades dos métodos e diretrizes internas.²¹⁸

1.6. Governança digital da informação

1.6.1. Ascensão

A primeira geração de desenvolvimento da internet foi feita por atores não comerciais, como os hackers e os pesquisadores. O segundo passo foi dado pelas empresas e todo o setor

²¹⁵ KLONICK, *The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech*, p. 1636.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 1638.

²¹⁷ ANGELOPOULOS *et al*, **Study of Fundamental Rights Limitations for Online Enforcement through Self-Regulation.**, p. 6.

²¹⁸ Essas observações são um resumo da análise de: KLONICK, *The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech*, p. 1639–1648.

econômico. Em terceiro lugar, finalmente é chegada a vez de os Estados moldarem a arquitetura da internet por meio de complexos processos regulatórios.²¹⁹

A questão da censura e controle de conteúdo está inserida nesse contexto. Apesar de ter sido considerada tecnicamente impossível na infância da internet, não demorou muito para que os Estados alcançarem essa possibilidade e praticar esse controle, mesmo aqueles democráticos.²²⁰

Em muitos casos de atuação no ciberespaço, o Estado persegue objetivos sociais legítimos e politicamente bem definidos, tais como o combate de ofensas e outras ilegalidades online. O controle dos fluxos informacionais nos países democráticos, a exemplo do próprio Estados Unidos e sua a tendência de liberdade ampla, tiveram início com a necessidade de proteção da propriedade intelectual.²²¹

No entanto, outras vezes seus objetivos são mais escusos e, em meio à complexidade técnica e o caos informacional da era digital, busca vigiar e punir seus opositores. O sistema de vigilância global promovido pelos EUA e denunciado por Edward Snowden em 2013 ilustra essas iniciativas pouco democráticas de controle, as quais são possíveis em razão da quase onipresença da internet e o controle de sua arquitetura pelo Estado.²²²

Fato é que apesar da euforia libertarianista com o advento da internet, ilustrada pela declaração de Barlow, o Estado esteve envolvido desde o nascimento desse meio. A criação da internet foi uma iniciativa do Poder Público norte-americano,²²³ não do setor privado. Assim como em relação à demais áreas sociais, a regulação da internet é – e provavelmente continuará – uma realidade.

Liberdade de expressão, direitos de propriedade, direitos autorais, privacidade, proteção de dados, direitos de acesso à internet, proteção da criança e da juventude,

²¹⁹ Nesse sentido, ver: LESSIG, **Code version 2.0**, p. 7. Lawrence Lessig sugere, em 2006, a possibilidade de regulação pelos Estados, hipótese comprovada atualmente.

²²⁰ No geral, também são identificados três momentos de evolução do controle informacional e a censura online: BAMBAUER, Derek E., *Censorship V 3.1.*, **Arizona Legal Studies**, v. Discussion Paper N° 12-28, p. 1–19, 2012.

²²¹ *Ibid.*, p. 3.

²²² Para algumas observações técnicas da operacionalização dessa forma de controle por meio da infraestrutura da internet, conferir: CLEMENT, Andrew, *NSA Surveillance: Exploring the Geographies of Internet Interception*, in: **iConference 2014 Proceedings**, [s.l.]: iSchools, 2014.

²²³ Exatamente por isso é que Cass Sunstein crítica a hipocrisia e inveracidade de argumentos como de Barlow em sua “Declaração de Independência do Ciberespaço” (SUNSTEIN, **#Republic: divided democracy in the age of social media**, p. 167–169).

transparência e a lista contínua.²²⁴ Todos esses são direitos e interesses sociais que já são alcançados pela regulação estatal. A questão é saber como conciliar esses interesses antigos com as peculiaridades da realidade da era digital e os novos métodos de regulação.

1.6.2. As tendências de regulação da liberdade de expressão na era digital

Monopólio estatal dos meios de comunicação social, necessidade de licença para exercício do jornalismo, autorização para a abertura de uma organização vinculada a cadeia produtiva da comunicação social, ordens judiciais proibitivas de publicação de informações governamentais “sensíveis”, prisão de comunicadores e dissidentes, a proibição de chamadas a boicotes. Todas essas situações são exemplos de regulações tradicionais e históricas da liberdade de expressão.

Todas ocorreram – na maioria das vezes – por meios diretos. Também eram permeadas por uma forte dicotomia entre o público e o privado: o Poder Público contra os indivíduos e as organizações. Portanto, o cerne da discussão jurídica incidia sobre o sentido e a extensão dessa liberdade. Embora os desafios clássicos ainda permaneçam, novos elementos de tensão foram adicionados.

A era digital trouxe uma “nova escola” de regulações da liberdade de expressão.²²⁵ Quando, no Reino Unido, o Poder Público exigiu que o *The Guardian* destruísse unidades de disco de computadores que continham materiais sensíveis,²²⁶ a memória de um passado sombrio veio à tona: essa deve ser a queima de livros do século XXI.²²⁷

Apesar do contraste entre o “velho” e o “novo”, esse fato tem muitas das características do controle antigo da liberdade de expressão. A internet permite a manutenção perene das informações e ideias. A destruição de discos rígidos não significa a retirada do conteúdo da internet. Outros usuários podem promover novamente o upload desses arquivos. Por isso, as novas formas de regulação são mais indiretas e menos alarmistas. Elas são, em sua maioria, direcionadas à infraestrutura da liberdade de expressão. Jack Balkin identifica três principais

²²⁴ LEX; REDEKER; GASSER, Towards Digital Constitutionalism? Mapping Attempts to Craft an Internet Bill of Rights.

²²⁵ BALKIN, Old-School/New-School Speech Regulation, p. 2306–2307.

²²⁶ BORGER, Julian. NSA files: why the Guardian in London destroyed hard drives of leaked files, **The Guardian** 20/08/2013). Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2013/aug/20/nsa-snowden-files-drives-destroyed-london> Acesso em: 07/12/2020.

²²⁷ BALKIN, Old-School/New-School Speech Regulation, p. 2307.

tendências regulatórias da expressão na era digital, que ele chamou de “*New-School*” (nova escola).

A primeira delas consiste na passagem do controle direto para uma censura colateral. O termo foi criado por Michael Meyerson para designar o silenciamento de comunicações por um ator privado, geralmente incentivado pelo Poder Público, e não consiste em uma prática nova.²²⁸ A análise de Meyerson é de 1995, mas essa prática alcança uma utilização preponderante no novo contexto regulatório. A censura colateral na era digital consiste na pressão imposta pelo Poder Público aos particulares, em especial as plataformas digitais, para bloquear, filtrar, retirar ou ocultar conteúdo.²²⁹

A segunda tendência consiste na utilização da censura prévia por uma série de mecanismos técnicos e pressões indiretas. Em razão das especificidades da internet e das tecnologias digitais da informação, não é sempre possível enquadrar os controles técnicos de conteúdo no conceito tradicional de censura prévia. No entanto, uma análise dos efeitos de diversas técnicas de controle e moderação de conteúdo online, como a filtragem, indicam uma semelhança prática com as restrições tradicionais da censura prévia.²³⁰

Dois desses efeitos e semelhanças são centrais. Primeiro, com um controle prévio de conteúdo, a avaliação da restrição ao exercício da liberdade de expressão é feita por burocratas e, na era digital, por algoritmos e softwares.²³¹ Em segundo lugar, ocorre uma inversão do ônus da prova, pois o titular precisa justificar o exercício do direito fundamental. A regra é a restrição, não a liberdade.²³²

Por fim, a última tendência regulatória permeia as demais e consiste na cooperação – ou cooptação – das instituições privadas com os atores públicos.²³³ Dessa forma, o Estado não apenas não atua diretamente, como também não atua sozinho. Como a infraestrutura na era digital é quase inteiramente privada e envolve conceitos e dimensões extremamente técnicas, o Poder Público desenha e executa suas políticas regulatórias através do setor privado. O

²²⁸ Sobre os delineamentos do conceito e suas implicações práticas, ver: MEYERSON, Michael I., Authors, Editors, and Uncommon Carriers: Identifying the Speaker within the New Media, *Notre Dame Law Review*, v. 71, p. 79–125, 1995, p. 79–125.

²²⁹ BALKIN, Old-School/New-School Speech Regulation, p. 2307-2314.

²³⁰ Jack Balkin identifica seis semelhanças práticas e normativas (*Ibid.*, p. 2314–2318).

²³¹ BALKIN, Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and New School Speech Regulation, p. 1177.

²³² BALKIN, Old-School/New-School Speech Regulation, p. 2316.

²³³ *Ibid.*, p. 2324.

escândalo da NSA em 2013 escancarou essa realidade, pois as principais empresas de telecomunicações e informática dos EUA estavam envolvidas e cooperando com o governo.²³⁴

Essa tendência se verifica por meios indiretos, como a incentivo estatal para criação de um “código de boas práticas”, com adoção de medidas autorregulatórias dos próprios provedores que combatam discursos perigosos ou de ódio, como terrorismo e o racismo. É o caso dos debates de 2016 iniciado pela Comissão Europeia sobre o Código europeu de conduta online que envolveu diretamente as organizações do Facebook, Twitter, YouTube e Microsoft.²³⁵ Consequentemente, tais organizações anunciaram que iriam criar um servidor de dados compartilhados para identificar vídeos, imagens e memes promotores de propaganda terrorista.²³⁶

Essas práticas de moderação realizadas sem a intervenção estatal são denominadas na literatura especializada de autorregulação.²³⁷ Sua execução geralmente se fundamenta nos termos de serviço e uso da própria companhia²³⁸ ou nas diretrizes normativas de determinado ordenamento jurídico, essa última caracteriza uma forma de aplicação privada da legislação (“*privatized enforcement*”).²³⁹

Nesse contexto, essas tendências regulatórias podem tomar forma jurídica e aplicabilidade de diversas maneiras possíveis e com base dos mais variados institutos. São duas as principais questões jurídicas que materializam essas características atualmente: a responsabilização das plataformas ou intermediários por danos de terceiros e o direito ao

²³⁴ Sobre uma breve exposição do caso e a dissolução entre o público e o privado para fins de proteção dos direitos fundamentais na era digital, ver: BAPTISTA, David. F. F.; FERREIRA, Felipe. G.; LAURENTIIS, Lucas. C. Passado, presente e futuro da proteção de dados contra a Administração Pública. In: Augusto Neves Dal Pozzo; Ricardo Marcondes Martins. (Org.). **LGPD e administração pública: uma análise ampla dos impactos**. São Paulo: Thomson Reuters - Revista dos Tribunais, 2020, p. 931-944.

²³⁵ Cf. *The EU Code of conduct on countering illegal hate speech online*. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/racism-and-xenophobia/eu-code-conduct-countering-illegal-hate-speech-online_en Acesso em: 07/12/2020.

²³⁶ FROSIO, Giancarlo F, Why keep a dog and bark yourself? From intermediary liability to responsibility, **International Journal of Law and Information Technology**, v. 26, n. 1, p. 1–33, 2018, p. 24–25.

²³⁷ ANGELOPOULOS, C., BRODY, A., HINS, W., HUGENHOLTZ, B., LEERSSEN, P., MARGONI, T., MCGONAGLE, T., VAN DAALEN, O., and VAN HOBOKEN, J. **Study of Fundamental Rights Limitations for Online Enforcement through Self-Regulation**, p.5.

²³⁸ HEINS, Marjorie. The Brave New World of Social Media Censorship. *Havard Law Review Forum*, vol.127, p.325-340, 2014, p.325-326.

²³⁹ ANGELOPOULOS, C., BRODY, A., HINS, W., HUGENHOLTZ, B., LEERSSEN, P., MARGONI, T., MCGONAGLE, T., VAN DAALEN, O., and VAN HOBOKEN, J. **Study of Fundamental Rights Limitations for Online Enforcement through Self-Regulation**, p.6.

esquecimento.²⁴⁰ Ambas consistem nos principais desafios jurídicos impostos atualmente ao exercício da liberdade de expressão na era digital.

Existem ao menos outros três importantes desafios jurídicos atualmente, mas que não serão examinados no presente trabalho. O primeiro consiste no princípio da neutralidade de rede. A ideia central dessa diretriz consiste no dever dos provedores de serviço de tratarem de forma igualitária os pacotes e dados que transitam pela internet.²⁴¹

Muito embora discipline o tratamento de conteúdo, esse princípio não será analisado por três motivos. Primeiro, sua análise envolve sobretudo aspectos econômicos e discussões de modelos regulatórios; não problemas dogmáticos. Por conta disso, os casos judiciais que discutem a constitucionalidade da configuração normativa desse princípio são escassos.²⁴² Fora isso, o princípio está mais próximo de uma concretização da liberdade de expressão do que de uma restrição.²⁴³

As práticas de vigilância e controle social informacional por parte do Poder Público, especialmente quando ocultas e sem transparência, consistem em outro desafio. Todavia, para esse problema servem as considerações feitas à neutralidade de rede. Trata-se de um desafio estrutural e político; não jurídico.

No momento atual, poucos argumentos analíticos e dogmáticos podem ser retirados do tema. A discussão dogmática é fraca mesmo nos EUA²⁴⁴ e, no Brasil, não possui sentido prático, pois não existe, ao menos até o momento, um sistema de vigilância governamental nos moldes da NSA.

No entanto, esse tema oferece algumas reflexões jurídicas interessantes, como a alteração da dinâmica entre a liberdade de expressão e a privacidade na era digital. Ambos os

²⁴⁰ BALKIN, Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and New School Speech Regulation, p. 1172–1173.

²⁴¹ PINHEIRO, Guilherme Pereira, **Liberdade de Expressão e Neutralidade de Rede na Internet**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 6.

²⁴² Para um panorama geral do princípio e sua relação com os aspectos de direito econômico e regulatório, ver: *Ibid.*, p. 11–68. Apesar de se propor a fazer uma análise da relação entre liberdade de expressão e a neutralidade de rede, o autor se detém muito mais aos aspectos regulatórios e econômicos do que os dogmáticos. O próprio autor não explora casos específicos sobre o tema, apesar de comentar sobre os modelos dos EUA, Portugal e Brasil, o que demonstra a ausência de pertinência atualmente para as análises dogmáticas.

²⁴³ Nesse sentido, mas sem utilizar essa categoria dogmática, ver: *Ibid.*, p. 76–92. Jack Balkin considera que o princípio faz dos ISP's meros conduítes, mas argumenta que a neutralidade de rede nem sequer é um problema no âmbito da liberdade de expressão (BALKIN, The Future of Free Expression in a Digital Age, p. 429–450).

²⁴⁴ Nos EUA, essas práticas podem gerar embates dogmáticos no âmbito do *chilling effect*. Sobre essa relação e alguns casos, ver: Jon Penney, Chilling Effects: Online Surveillance and Wikipedia Use, **Berkeley Tech. L. J.** Vol. 31, Nº. 1, p. 117 – 182, 2016.

direitos não estão apenas em rota constante de colisão, mas também em concorrência. Em um ambiente de vigilância constante, a privacidade passa ser condição para o acesso às informações por meio de pesquisas seguras online. Nesse contexto, também a importância do anonimato online fica em evidência.

Por fim, a proteção da propriedade intelectual e dos direitos autorais é um fator de constante tensão com a liberdade de expressão. A natureza da internet e as funcionalidades computacionais permitem a cópia, compartilhamento e o acesso às produções autorais com muito mais facilidade. Em face dos grandes interesses econômicos envolvidos, não é surpresa que as primeiras normas de controle de conteúdo online tenham nascido nessa área e exista, ainda hoje, uma maior aceitação em relação à inexistência de neutralidade estatal para regulação dos conteúdos que violem essas normas de proteção.²⁴⁵

Apesar disso, esse desafio não será explorado por três motivos. Em primeiro lugar, em que pese o fato de a proteção na internet da propriedade intelectual envolver mecanismos semelhantes a outras áreas, como sistemas de *notice and takedown* e de responsabilidade civil das plataformas, as particularidades desses problemas já serão enfrentadas em relação a outras espécies de danos discursivos. Além disso, existe uma lacuna prévia, pois o tema ainda precisa ser mais bem explorado pela dogmática geral da liberdade de expressão. Por fim, as restrições aos atos comunicativos em razão desses direitos de propriedade não envolvem, a princípio, controle e supressão direta de conteúdo, mas sim de condições financeiras de uso.²⁴⁶

1.6.3. As principais concretizações normativas restritivas da liberdade de expressão

1.6.3.1. A responsabilidade civil de provedores por danos de terceiros

Dois lados da mesma moeda. Obrigações e responsabilidades andam juntas. Não há responsabilidade civil sem obrigação, seja ela genérica ou específica, expressa ou presumida.²⁴⁷

²⁴⁵ Sobre o tema, conferir: BEER, Jeremy de; CLEMMER, Christopher D. Global Trends in Online Copyright Enforcement: A Non-Neutral Role for Network Intermediaries? *Jurimetrics*, vol. 49, n.º. 4, p.375-409, 2009.

²⁴⁶ Em sentido contrário, com argumentos de que o tema é uma das grandes contradições da era digital, ver: BALKIN, Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society, p. 15–16.

²⁴⁷ A responsabilidade civil geralmente está relacionada com a ideia de “dano”. No entanto, “dano” só ocorre quando existe um dever, norma e/ou obrigação que foi violada. No caso da responsabilidade por danos de terceiros, está em cena as obrigações de cautela, cuidado e controle por parte do terceiro. Sobre o tema e suas definições, no Brasil, ver: PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Responsabilidade Civil**, 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 26–

Por isso, o tema da responsabilidade civil dos provedores por conteúdo de terceiros muitas vezes oculta a pergunta principal: quais são os deveres e as obrigações dos provedores na esfera pública contemporânea?

Essa é a verdadeira questão subjacente ao conturbado debate sobre a responsabilidade civil por danos de terceiros na era digital. Todavia, ela se subdivide em outras difíceis questões. O que são as plataformas digitais? Qual sua natureza no sistema de comunicação social? Editores? Meios? Ambos?

Diferentes respostas serão fornecidas pelos diversos Estados e ordenamentos jurídicos. Do ponto de vista valorativo, a responsabilização civil dos provedores é uma contrapartida necessária em razão dos benefícios econômicos auferidos com a publicação e disseminação de conteúdos de terceiros. Essas instituições devem oferecer respostas adequadas para os problemas e litígios que suas atividades geram.²⁴⁸

Ademais, como as comunicações online são massivas, transnacionais e permeadas pelo anonimato, o controle direto é muito difícil e ineficiente quando exercido pelo Poder Público. Por isso, é interessante envolver quem lida diretamente com essas comunicações e possui capacidade técnica para promover um controle efetivo.²⁴⁹ Com o dever de monitoramento e controle, vem também a responsabilidade.

Três são os modelos atualmente.²⁵⁰ Existe o modelo de responsabilidade civil simples, utilizado em países como a China, no qual os provedores devem monitorar e filtrar todo conteúdo com o escopo de garantir a eficácia da legislação, sob pena de severas sanções. Em casos como o chinês, até mesmo os provedores de acesso à internet possuem a obrigação de monitoramento e assumem responsabilidade, caso falhem no controle de conteúdos contrários ao interesse do Estado.²⁵¹

O modelo “porto seguro” consiste na concessão de imunidade, desde que obedecidos uma série de requisitos legais. É o mais utilizado pelos países, mas possui diversas subdivisões marcadas por distintas obrigações e procedimentos. Existem procedimentos de “*notice-to-notice*” (notificação e notificação), “*notice and takedown*” (notificação e retirada), sistemas

27 e 120-125. Nos *common law*, conferir: HOLMES, O.W. Wendell JR. **The Common Law**. Barnes&Noble: New York, 2004, p.48-90.

²⁴⁸ ARTIGO 19, **Provedores de Internet: O Dilema da Responsabilidade Civil**, p. 16.

²⁴⁹ BALKIN, Old-School/New-School Speech Regulation, p. 2308.

²⁵⁰ Sobre os modelos, conferir: ARTIGO 19. *Provedores de Internet: O Dilema da Responsabilidade Civil*, São Paulo, 2013, p.8-9.

²⁵¹ BAMBAUER, *Censorship V 3.1.*, p. 2-3 e 7-8.

baseados em cláusulas de reserva de jurisdição, com responsabilidade apenas quando ocorrer descumprimento de ordem judicial,²⁵² e deveres de proatividade²⁵³ que devem ser obedecidos para não ocorrer responsabilização.

Por fim, o modelo classificado como “imunidade abrangente”,²⁵⁴ utilizado pelo Estados Unidos, isenta os provedores de quaisquer obrigações de monitoramento genérico, pois são considerados apenas disseminadores da informação.

O desafio da responsabilização das plataformas por danos de terceiros é um caso típico de cesura colateral. Essa modalidade de censura não é sempre problemática. É historicamente – e logicamente – aceitável que determinada instituição ou indivíduo seja responsável por atos de seus subordinados e daqueles que integram o mesmo corpo burocrático. Os editores de um jornal podem ser responsáveis pelos atos de seus redatores. Do ponto de vista constitucional, ambos integram a mesma instituição, a qual é a comunicadora e a titular da liberdade de expressão.²⁵⁵

A questão é diferente com as plataformas digitais, em especial as mídias sociais. As comunicações publicadas e divulgadas pelos usuários não são da plataforma. São distintos comunicadores e, possivelmente, ambos titulares do direito fundamental. Assim, o problema mais comentado para a liberdade de expressão consiste no *chilling effect* e o *overblocking* (retirada generalizada) de informações e ideias que seriam constitucionalmente protegidas. Com a responsabilidade civil e obrigações gerais de controle, o Estado incentiva restrições constantes à liberdade de expressão dos usuários. Como as comunicações controladas não são das próprias plataformas, elas não possuem, como regra, motivos sólidos para proteger expressões com potencial lesivo.²⁵⁶

Uma dificuldade fundamental é que expressões não são consideradas perigosas e ilegais de forma genérica para fins constitucionais. Esse enquadramento depende de uma análise contextual e concreta, o que ficará claro com a análise das perspectivas jurídicas do próximo capítulo. Por isso, é muito difícil distinguir previamente a natureza do conteúdo e se

²⁵² IGLESIAS KELLER, Clara, Policy by judicialisation: the institutional framework for intermediary liability in Brazil, *International Review of Law, Computers & Technology*, p. 1–19, 2020, p. 2.

²⁵³ FROSIO, Why keep a dog and bark yourself?, p. 26. É o caso de algumas obrigações impostas pela nova lei alemã, a *NetzDG*.

²⁵⁴ ARTIGO 19, **Provedores de Internet: O Dilema da Responsabilidade Civil**, p. 9.

²⁵⁵ BALKIN, Old-School/New-School Speech Regulation, p. 2310.

²⁵⁶ BALKIN, Old-School/New-School Speech Regulation, p. 2309–2310; ARTIGO 19, **Provedores de Internet: O Dilema da Responsabilidade Civil**, p. 16–17; FROSIO, Why keep a dog and bark yourself?, p. 23 e 33.

ele será considerado ilegal no futuro em eventual embate judicial, o que pode fazer com que as plataformas retirem tais expressões de forma preventiva.

O tema provavelmente é o desafio à proteção e promoção da liberdade de expressão mais representativo da era digital. Os casos envolvendo discursos de ódio, *fake news* e difamações no ciberespaço quase sempre envolvem também o problema da configuração da responsabilidade civil das plataformas. E, cada vez mais, os Estados exploram essa possibilidade, saindo de modelos pautados em negligência para outros mais ostensivos, nos quais uma atitude proativa das plataformas é exigida.²⁵⁷

1.6.3.2. O direito ao esquecimento

O direito ao esquecimento não é um problema novo.²⁵⁸ Ele foi reconhecido, por exemplo, na Alemanha desde 1973 nos casos de presidiários que já cumpriram sua pena e estão em processo de reinserção social. Nesses casos, o Estado e a sociedade não poderiam utilizar esse fato para embasar atitudes discriminatórias ou danosas ao sujeito.²⁵⁹ O objetivo é impedir que esse fato volte à público e gere danos ao indivíduo, especialmente para seu enquadramento no mercado de trabalho.

A vinculação dessa prerrogativa jurídica com o direito ao esquecimento exige uma concepção ampla do termo, a qual gera alguns problemas que serão explorados em seguida, mas serve como ponto de partida para a reflexão. Genericamente, portanto, pode-se definir esse direito como uma prerrogativa jurídica do indivíduo em apagar ou ocultar determinadas informações pessoais ou mesmo exigir de terceiros o seu não compartilhamento e divulgação com o escopo de assegurar sua autonomia informacional ou o autogoverno da própria memória.²⁶⁰

²⁵⁷ FROSIO, Why keep a dog and bark yourself?, p. 20 e ss.

²⁵⁸ Nesse sentido, conferir: SARLET, Ingo Wolfgang, Proteção da personalidade no ambiente digital: uma análise à luz do caso do assim chamado direito ao esquecimento no Brasil, **Espaço Jurídico Journal of Law**, v. 19, n. 2, p. 491–530, 2018, p. 492.

²⁵⁹ Trata-se do caso Lebach (*BVerfGE* 35, 202). Sobre o caso, ver: BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Boletim de Jurisprudência Internacional: Direito ao Esquecimento**, Brasília: [s.n.], 2018, p. 7.

²⁶⁰ Para identificação dos elementos gerais delineadores do conceito jurídico do direito ao esquecimento, ver MEG LETA AMBROSE; JEF AUSLOOS, The Right to Be Forgotten Across the Pond, **Journal of Information Policy**, v. 3, p. 1–23, 2013, p. 1–2 e SARLET, Ingo Wolfgang. Proteção da personalidade no ambiente digital: uma análise à luz do caso do assim chamado direito ao esquecimento no Brasil. **Espaço Jurídico Journal of Law**, v.19, n° 2, p.491-530, 2018, p.496-497.

A era digital oxigena os debates jurídicos, políticos e filosóficos sobre o tema. O atual estágio de perpetuação informacional tem legitimado a “virtude do esquecimento” no debate público e na literatura especializada. Assustadas com a sombra do passado, as pessoas procuram meios técnicos e jurídicos de promover a remoção de conteúdo na internet.²⁶¹ O direito ao esquecimento se apresenta como um meio apto a cumprir essa missão. As plataformas de busca entram em cena como instituição estratégica para atribuir eficácia às pretensões jurídicas

A tema ganhou substância jurídica em 2014 com a decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia no caso *Google Spain v. González*, no qual foi reconhecida a possibilidade jurídica e técnica de operacionalizar a desindexação de determinadas páginas da web com base nas buscas de determinados dados pessoais do indivíduo interessado.

O direito ao esquecimento online é mais um exemplo das novas formas de regulação da liberdade de expressão. Sua efetivação consiste em uma espécie de censura colateral, pois o Estado obriga uma instituição privada que compõe a infraestrutura da internet a restringir a circulação de conteúdo de terceiros.²⁶² Além disso, é uma forma de cooptar uma plataforma privada para que exerça atividades de competência do Estado.²⁶³ Por meio de ambas as estratégias, o objetivo é, nesse caso, combater a eternidade das informações e ideias na internet.

Agora, com as malas feitas e o mapa em mãos, é possível viajar para investigar como esse turbilhão de caos social, político e jurídico tem sido enfrentado pelos modelos normativos mais influentes e notórios da liberdade de expressão.

²⁶¹ Refletindo sobre as virtudes do esquecimento na era digital e delineando seus aspectos sociais e jurídicos, ver: MAYER - SCHÖNBERGER, Viktor. **Delete**: The virtue of forgetting in the digital age. Princeton: Princeton University Press, 2009.

²⁶² BALKIN, Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and New School Speech Regulation, p. 1203–1204. Trata-se, no entanto, de uma censura parcial, pois o conteúdo original ainda poderá ser acessado de alguma outra forma. Apesar disso, Balkin sustenta que o impacto é o mesmo dada a função e importância dos provedores de busca para o uso da internet.

²⁶³ *Ibid.*, p. 1206–1207.

2. As perspectivas no direito comparado

2.1.O Sistema Estadunidense

2.1.1. A Primeira Emenda e a liberdade de expressão: um panorama

“O Congresso não deverá fazer nenhuma lei restringindo a liberdade de fala, ou da imprensa”. Essa enfática e direta afirmação é parte do que assegura o texto da Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América.²⁶⁴ Apesar do dispositivo indicar uma proteção ampla a essa liberdade, o texto possui um significado muito mais complexo do que aparenta.

O teor normativo do dispositivo literalmente considerado não indica parâmetros sólidos de resolução dos conflitos no campo desse direito fundamental, em especial nos casos difíceis.²⁶⁵ No século XX, durante a construção do robusto sistema protetivo da liberdade de expressão, a jurisprudência, em especial da Suprema Corte, logo percebeu essa complexidade.²⁶⁶ O objetivo dessa secção é explorar os principais critérios de utilidade dogmática desenvolvidos pela jurisdição constitucional norte americana e, a partir daí, investigar os desafios gerados pela era digital.

É preciso, contudo, fazer uma consideração prévia. Em razão da lógica do sistema jurídico do *common law* e da natureza do controle de constitucionalidade, que é o modelo difuso originário, os aparatos teóricos e os raciocínios filosóficos possuem notável relevância para a construção e revisão dos critérios decisórios. Apesar de argumentos dessa natureza também adentrarem às fundamentações decisórias dos tribunais mais próximos às tradições do *civil law*, eles são dotados, no presente caso, de um maior efeito vinculante, pois a fundamentação das

²⁶⁴ Tradução livre de: "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances." O restante do texto do dispositivo que menciona os demais direitos fundamentais foi omitido sem marcações de forma proposital por uma questão estilística e de clareza.

²⁶⁵ Nesse sentido, conferir: SUNSTEIN, Cass R., **Democracy and the problem of free speech**, New York: Free Press, 1995, p.xiv e xv.

²⁶⁶ Para uma visão geral, mas completa do papel da Suprema Corte na concretização do dispositivo constitucional, conferir: STONE, Geoffrey R, *Free Speech in the Twenty-First Century: Ten Lessons from the Twentieth Century*, **Pepperdine Law Review**, v. 36, p. 273–299, 2009.

decisões são, na maioria das vezes, essenciais para a aplicação ou afastamento de um precedente.²⁶⁷

Nesse sentido, as mencionadas teorias normativas da liberdade de expressão²⁶⁸ estão presentes nos debates acadêmicos e jurisprudenciais e, não raras vezes, a incompatibilidade entre sistemas teóricos e critérios dogmáticos geram dificuldades práticas.²⁶⁹ Apesar disso, o sentido e o alcance atuais da proteção da Primeira Emenda são, em grande parte, frutos da “experiência prática, ao invés do raciocínio filosófico”.²⁷⁰

O enfoque, no contexto da presente pesquisa, incide sobre os critérios normativos construídos por meio da experiência, restringindo apenas ao necessário as análises das justificativas teóricas. Essas, no entanto, serão particularmente pertinentes no momento das observações críticas em face das alterações impulsionadas pelas transformações tecnológicas informacionais.

Apesar de a Primeira Emenda estar em vigor desde 1791, no âmbito da liberdade de expressão ela tinha pouca força até o início do século XX. Existiam pouquíssimos casos e, no geral, apenas as restrições de natureza prévia (*prior restraints*) eram vedadas, as quais consistem em censura prévia e ordens judiciais específicas e impeditivas da reprodução de determinada informação (como a proibição ou cassação da produção e divulgação de panfletos políticos).²⁷¹ Tal abordagem é conhecida como “doutrina da tendência nociva”²⁷² e, por meio dela, o governo conseguiu restringir uma vastidão de discursos, incluindo críticas dirigidas ao Estado em tempos de guerra e movimentos de esquerda.²⁷³

Foi a partir de 1919 que o atual sistema robusto de proteção da liberdade de expressão teve início. Aproximadamente de 1925 a 1970 foi o período no qual ocorreram as maiores

²⁶⁷ Sobre a importância e utilidade de modelos teóricos para controle e revisão de parâmetros dogmáticos da Primeira Emenda, conferir: POST, Robert. Recovering First Amendment Doctrine, *Stanford Law Review*, vol 47, p. 1249–1281, 1995.

²⁶⁸ Conferir o item 1.1 deste trabalho.

²⁶⁹ POST, Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence, p. 2363–2369.

²⁷⁰ STONE, Free Speech in the Twenty-First Century: Ten Lessons from the Twentieth Century, p. 276.

²⁷¹ SUNSTEIN, Cass R., **Democracy and the problem of free speech**. New York: Free Press, 1995, p. 4.

²⁷² Sobre a doutrina e suas raízes, conferir: RABBAN, David. The First Amendment in Its Forgotten Years. *The Yale Law Journal*, v.90, p.514- 595, 1981.

²⁷³ Sobre os casos paradigmáticos de restrições de dissidentes em face de perigos nacionais, ver: SCHAUER, Frederick, Review: The Wily Agitator and the American Free Speech Tradition, *Stanford Law Review*, v. 57, n. 6, p. 2157–2170, 2005, p. 2157–2162.

discussões sobre os contornos e limites da liberdade de expressão,²⁷⁴ as quais contribuíram para aprofundar o texto constitucional e delimitar sua configuração normativa atual.

Ao selecionar as dez principais lições normativas aprendidas durante esse período, Geoffrey R. Stone indica que a primeira e a mais intuitiva é de que o termo “Congresso” não significa o Congresso nacional, pelo menos não apenas essa instituição, mas sim todo o Poder Público federal. Ou seja, o legislativo, o executivo e o próprio judiciário estão sujeitos aos limites colocados pela norma constitucional.²⁷⁵ Mas não só. Com a aprovação da Décima Quarta Emenda e a criação da “doutrina da incorporação”, a Suprema Corte decidiu que as autoridades públicas dos Estados da federação também devem respeitar as garantias da Primeira Emenda.²⁷⁶

Apesar disso, a vinculação da proteção constitucional se mostrou ainda mais ampla. Como o comando constitucional é direcionado ao Congresso, não surpreende que a doutrina do *state action* (ação estatal) tenha se consolidado neste campo. Essa doutrina não disciplina nada além do óbvio: apenas as ações do Poder Público são restringidas pela Primeira Emenda, pois o Estado é o destinatário por excelência dessa categoria de norma.

Surpreendente, por outro lado, foi o raciocínio de que as instituições privadas podem agir como o Estado e, portanto, também estão vinculadas à diretriz constitucional. Isso pode ocorrer de três formas.²⁷⁷ Primeiro e mais importante, quando exercem funções que são tradicionalmente atribuições estatais. Em *Marsh v. Alabama*,²⁷⁸ o litígio ocorreu porque uma Testemunha de Jeová foi presa com base na legislação criminal do Alabama por pregar nas calçadas de uma empresa. A Suprema Corte, no entanto, considerou que, exceto pela natureza privada da propriedade, o local possuía todas as características de uma praça pública norte-americana,²⁷⁹ inclusive sua abertura ao público no geral. Por isso, a empresa foi vinculada à proteção constitucional da Primeira Emenda.

Segundo, se o particular exerce uma atividade em uma situação de interdependência com o Estado, também estará sujeito aos parâmetros da liberdade de expressão.²⁸⁰ Por fim,

²⁷⁴ SUNSTEIN, *Democracy and the problem of free speech*, p. 5.

²⁷⁵ STONE, *Free Speech in the Twenty-First Century: Ten Lessons from the Twentieth Century*, p. 274.

²⁷⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte, *Gitlow v. New York*, 1925.

²⁷⁷ Sobre o conceito e a evolução da doutrina, conferir: STEPHAN, Jaggi, *State Action Doctrine*, *In*: STEPHAN, Jaggi (Ed.), *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, [s.l.]: Oxford University Press, 2017.

²⁷⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte, *Marsh v. Alabama*, 1946.

²⁷⁹ *Ibid.*, p. 502.

²⁸⁰ Sobre o “emaranhado” de funções entre os atores privados e públicos, ver: ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte, *Burton v Wilmington Parking Authority*, 1961.

quando o Poder Público autorizou, incentivou ou facilitou a conduta ou atividade do ator privado, mesmo que indiretamente, ele estará vinculado.²⁸¹

As condições e os pressupostos que permitem enquadrar as funções de uma instituição privada na categoria de ação estatal não são facilmente identificados nos casos concretos, e, por isso, o tema é sempre acompanhado de muitas discussões, o que fica especialmente evidente no caso dos *shoppings centers*.²⁸² A Suprema Corte chegou a reconhecer que os *shoppings* são como a empresa no caso *Marsh* e, por isso, foram vinculados às diretrizes da liberdade de expressão,²⁸³ mas logo após restringiu a aplicação dessa analogia, pois considerou que a mera abertura ao público não é suficiente para a aplicação da doutrina da *state action*.²⁸⁴ Seja como for, o critério de aferição para o reconhecimento da vinculação do particular aos parâmetros da Primeira Emenda é a natureza da atividade ou função que ele exerce.

Além dos destinatários da Primeira Emenda, o conteúdo ou objeto da proteção é extremamente relevante. Apesar de não oferecer uma proteção absoluta, o sistema constitucional impõe um elevado ônus ao Estado para interferir e regular o direito fundamental. Por isso, identificar as atividades sociais que estão cobertas pelo dispositivo constitucional é de elevada importância (*free speech coverage*),²⁸⁵ muito embora a jurisprudência e a literatura especializada muitas vezes não definam com rigor esse aspecto em suas fundamentações.

Nesse ponto, a literalidade do texto constitucional também não ajuda muito. A definição de “fala” para fins constitucionais é muito mais delicada e desafiadora do que a definição do objeto protetivo de outros direitos fundamentais. Respalhada em modelos teóricos e em necessidades práticas, a jurisprudência constitucional norte-americana já enquadrou nessa categoria, por exemplo, diversas manifestações de arte, degradação de bandeiras e apologias a movimentos militares.²⁸⁶

²⁸¹ Nesse sentido, conferir: ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte Distrital do Oeste de Missouri. **Knights of the Ku Klux Klan v. Kansas City**, 1989.

²⁸² Um bom exemplo das discussões é verificado em: ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte, **Lloyd Corporation v Tanner**, 1972. Na ocasião, foi definido que a Primeira Emenda deve ser aplicada caso não existam outros meios de comunicação).

²⁸³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Amalgamated Food Employees Union Local 590 v. Logan Valley Plaza**, 1968.

²⁸⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Hudgens v. NLRB**, 1976.

²⁸⁵ Sobre essa categoria e sua importância para o sistema da Primeira Emenda, conferir: SCHAUER, Frederick, *The Politics and Incentives of First Amendment Coverage*, **William & Mary Law Review**, p. 1613–1636, 2015. Embora a dogmática alemã e suas derivações possuam consideráveis diferenças com o modelo norte-americano de proteção dos direitos fundamentais, é interessante notar a convergência de diversas categorias de aplicação tal qual a mencionada. A ideia de *free speech coverage* é muito similar a definição do âmbito de proteção.

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 1619–1624.

Literalmente considerada, nenhuma dessas ações seriam espécies de “fala”. Muitas ações²⁸⁷ e demais formas de expressão do pensamento também são protegidas pelo sistema constitucional. A proteção constitucional passa, portanto, de uma tímida “liberdade de fala” para uma profusa “liberdade de expressão”.

Uma vez que o ato comunicativo está enquadrado no âmbito da Primeira Emenda, é necessário identificar os efeitos decorrentes dessa proteção. Nessa seara, três tendências foram afastadas do sistema de proteção da liberdade de expressão.²⁸⁸

O absolutismo, corrente que defendia a proteção absoluta contra quaisquer regulações ou restrições, foi afastado em razão da falta de flexibilidade para lidar com os complexos problemas gerados no campo desse direito fundamental. Por outro lado, uma abordagem “caso a caso”, pautada no sopesamento dos benefícios e ônus de determinada regulação, também foi contundentemente rejeitada em razão das incertezas, discricionariedade e falta de previsibilidade inerente a esse método. Por fim, a ideia de que um único parâmetro ou critério deveria orientar todos os casos foi rejeitada. Se um sistema de ponderação seria flexível demais, um único critério seria demasiadamente rígido.

A rejeição dessas abordagens permitiu que uma multiplicidade de critérios dogmáticos para avaliação e controle das restrições à liberdade de expressão fossem concebidos e testados tanto pela jurisprudência quanto pela literatura jurídica. Depois de identificada a incidência do direito fundamental, é necessário avaliar a legitimidade constitucional da justificativa regulatória.²⁸⁹

As expressões não possuem o mesmo valor. Algumas estão no centro da proteção constitucional da liberdade de expressão, e são, portanto, de alto valor. Já expressões consideradas de baixo valor podem ser mais extensivamente reguladas e, apesar de o governo precisar apresentar uma justificativa para sua ação, ela é avaliada de maneira menos rigorosa.²⁹⁰ Tal constatação é o primeiro elemento para avaliar as regulações e restrições à liberdade de expressão.

²⁸⁷ SILVA, Júlio César Casarin Barroso, LIBERDADE DE EXPRESSÃO E EXPRESSÕES DE ÓDIO, *Revista Direito GV*, v. 11, n. 1, p. 37–63, 2015, p. 46–47.

²⁸⁸ Para uma análise objetiva dessas correntes, ver: STONE, *Free Speech in the Twenty-First Century: Ten Lessons from the Twentieth Century*, p. 275–276.

²⁸⁹ SCHAUER, *The Politics and Incentives of First Amendment Coverage*, p. 1624–1630.

²⁹⁰ STONE, *Free Speech in the Twenty-First Century: Ten Lessons from the Twentieth Century*, p. 283.

Discursos políticos estão no centro da proteção. Nesse sentido é que teve início a ampliação do sistema protetivo da liberdade de expressão em 1919, quando a Suprema Corte definiu que um discurso político só poderia ser proibido quando consistir em um “perigo claro e iminente”.²⁹¹ Discursos e ideias de ódio enquanto abordagem política, geralmente estão protegidas. O remédio tradicional utilizado consiste em mais debate.²⁹² Do outro lado, o governo pode regular comerciais, se falsos ou enganadores (proteção do consumidor ou mesmo da infância).²⁹³

A legislação da difamação oferece bons exemplos dos diferentes tipos de discursos e seus critérios de aferição. Geralmente a proteção é menor para figuras públicas. A classificação é estruturada de maneira ampla e alcança os funcionários públicos, aqueles indivíduos de extrema notoriedade perante a comunidade, bem como aqueles que se envolveram em alguma controvérsia com o objetivo de contribuir com sua resolução.²⁹⁴ Deve existir, nesses casos, um motivo extremo para a penalização de expressões contra essas pessoas, como uma falsidade deliberada.

Nessa linha, um dos precedentes mais notáveis, com diversas consequências normativas para o controle de constitucionalidade da liberdade de expressão, foi *New York Times Co. v. Sullivan*.²⁹⁵ Na década de sessenta, durante as batalhas por direitos civis nos Estados Unidos da América, grupos do movimento afro-americano, incluindo os apoiadores de Martin Luther King Jr., resolveram publicar um manifesto em forma de anúncio no *New York Times*.

O documento abordava diversos pontos e, entre eles, havia denúncias de supostos eventos opressivos sofridos pelos afro-americanos.²⁹⁶ Uma atenção especial foi dada afirmando que órgãos governamentais, como a polícia, não respeitaram os direitos civis desse grupo social, especialmente em Montgomery no Alabama. Contudo, constatou-se que muitas das declarações no anúncio eram falsas, enganosas ou exageradas.²⁹⁷

²⁹¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Brandenburg v. Ohio**, 1969. Em inglês: “*clear and presente danger*”.

²⁹² SILVA, LIBERDADE DE EXPRESSÃO E EXPRESSÕES DE ÓDIO, p. 41–47.

²⁹³ SUNSTEIN, **Democracy and the problem of free speech**, p. 9–10.

²⁹⁴ *Ibid.*, p. 10.

²⁹⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte, *New York Times Co. v. Sullivan*, 1964.

²⁹⁶ *Ibid.*, p. 254.

²⁹⁷ *Ibid.*, p. 261.

Sullivan, um dos comissários públicos eleitos e responsáveis pelo departamento de polícia de Montgomery, sentiu-se ofendido e resolveu processar o jornal por difamação, requerendo o pagamento de quantia monetária. Perdendo nas duas primeiras instâncias, o New York Times recorreu à Suprema Corte. A jurisdição estadual entendeu que o ato era "*libel per se*", uma definição ampla de difamação. Os danos foram, assim, presumidos ao identificar a inveracidade das alegações.²⁹⁸

Em primeiro lugar, o precedente é importante para refletir sobre os diferentes valores de discursos e expressões. O caso debatia a tese de que não existiria proteção constitucional contra a responsabilização do jornal, pois o conteúdo difamador foi publicado por meio de uma propaganda comercial (anúncio).²⁹⁹

Contudo, a Corte reconheceu que a publicação não se tratava de um anúncio nos termos tradicionais. Por meio dessa modalidade de expressão, o grupo político "expressou opinião, recitou queixas, protestou contra abusos e procurou apoio financeiro em nome de um movimento cuja existência e objetivos são assuntos de maior interesse e preocupação pública".³⁰⁰

Nessa linha, uma conclusão importante do caso foi a constatação de que restrições de juízos e informações de baixo valor, como declarações falsas, podem afetar as comunicações sobre conteúdos de alto valor, como reivindicações políticas.³⁰¹ A decisão, por isso, exemplifica que a diferença entre expressões políticas, de alto valor, e expressões de baixo valor é, na prática, nebulosa e depende largamente do contexto.³⁰²

Outro critério importante definido nesse caso objetiva regular a responsabilização por boatos e desinformações em geral. Foi estabelecido que para as leis de responsabilidade civil por difamação serem válidas nos termos da Primeira Emenda, é preciso que o interessado demonstre a "malícia atual" – ter o conhecimento de que era falso ou agir com total indiferença ou negligência quanto sua natureza - dos veículos de comunicação.³⁰³

²⁹⁸ *Ibid.*, p. 267.

²⁹⁹ *Ibid.*, p. 265.

³⁰⁰ *Ibid.*, p. 266. Tradução literal de: "*It communicated information, expressed opinion, recited grievances, protested claimed abuses, and sought financial support on behalf of a movement whose existence and objectives are matters of the highest public interest and concern*".

³⁰¹ STONE, *Free Speech in the Twenty-First Century: Ten Lessons from the Twentieth Century*, p. 285.

³⁰² Sobre essa dificuldade e sua dependência do contexto para aplicação dogmática, conferir: SUNSTEIN, **Democracy and the problem of free speech**, p. 124–137.

³⁰³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, *New York Times Co. V. Sullivan*, 1964., p. 280.

No campo das leis penais, a responsabilidade criminal já era afastada quando envolvesse autoridades públicas. No caso *Sullivan*, não houve evidências claras e precisas de uma malícia atual. O jornal não checava as fontes dos anúncios, por isso não sabia da falsidade. Contudo, não agiu com negligência, pois confiaram na boa reputação dos nomes que assinaram o anúncio.³⁰⁴

Por fim, *Sullivan* foi um importante caso para a incorporação jurídica da tese do *chilling effect* (efeito inibidor ou desencorajador) do discurso. A lógica subjacente a essa categoria é de que os indivíduos possuem, como regra geral, mais a perder do que a ganhar quando exercem seu direito à liberdade de expressão. Portanto, mesmo que não censurados diretamente, a mera ameaça de alguma espécie de sanção é suficiente para desencorajar os indivíduos a se engajarem em atividades comunicativas, especialmente aquelas de natureza política.³⁰⁵

Em *Sullivan*, além de o efeito desencorajador ter sido constatado no âmbito da legislação civil, sua lógica foi aplicada em proveito de uma instituição de comunicação social, o New York Times. Assim como ocorre com as legislações penais, o *chilling effect* gerado pela responsabilidade civil pode ser igual ou até mesmo pior para o exercício da liberdade de expressão. Isso porque o regime cível possui menos garantias jurídicas para sua imposição e as condenações são quantias maiores que as penas pecuniárias.³⁰⁶ Além disso, pessoas jurídicas são especialmente afetadas pela responsabilidade civil.

Garantir salvaguardas ao jornal equivale, neste caso, assegurar sua independência funcional e, conseqüentemente, também a promoção da livre circulação de ideias também dos indivíduos que publicam anúncios de alta relevância política nesse veículo. A moral da história para fins dogmáticos é de que o *chilling effect*, apesar de nem sempre ser acompanhado por uma evidência empírica real,³⁰⁷ consiste em uma categoria que norteia a criação de parâmetros

³⁰⁴ *Ibid.*, p. 287.

³⁰⁵ Sobre o conceito, pressupostos e utilidades normativas do *chilling effect*, conferir: SCHAUER, Frederick. Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect, *Boston University Law Review*, v. 58, p. 685–732, 1978.

³⁰⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, New York Times Co. V. Sullivan, 1964., p. 278.

³⁰⁷ SCHAUER, Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect, p. 687–689. Frederick Schauer indica que a fundamentação desse efeito está em pressupostos lógicos gerados pela natureza da Liberdade de expressão aplicada ao funcionamento do próprio sistema judicial e, portanto, afirma que “*the chilling effect doctrine recognizes the fact that the legal system is imperfect and mandates the formulation of legal rules that reflect our preference for errors made in favor of free speech*” (p.688). Em tradução livre: “*a doutrina do efeito inibidor reconhece o fato de que o sistema jurídico é imperfeito e exige a formulação de regras legais que reflitam nossa preferência por erros cometidos em favor da liberdade de expressão*”.

para controle da liberdade de expressão.³⁰⁸ No caso, o critério da “malícia atual” foi a técnica elaborada para contrabalancear esse efeito.

Além do valor da expressão, é necessário avaliar o método utilizado para promover a restrição ao direito à liberdade de expressão.³⁰⁹ Deve-se analisar, portanto, a natureza da linha que o Estado traça para definir o que é ou não permitido. Três são as categorias de restrições. A principal dificuldade em trabalhar com as categorias são as linhas distintivas entre elas.

Em primeiro lugar, existem as restrições ou regulações neutras quanto ao conteúdo. Nesse caso, o conteúdo das expressões é irrelevante para determinar se a comunicação será englobada pela restrição. Exemplos são a proibição de *outdoors* ou o dever de silêncio em certa localidade.³¹⁰

Trata-se de restrições de modo, tempo e lugar. Não importa quem nem mesmo o que, tudo e todos serão atingidos pela restrição. Nessa categoria, os tribunais muitas vezes avaliam a extensão dos efeitos da expressão em face da natureza e força dos interesses governamentais, mas geralmente são restrições que acabam se mantendo como válidas.³¹¹ Apesar da baixa ingerência no direito fundamental, regulações dessa natureza podem significar uma restrição elevada para as oportunidades de comunicação e possuírem efeitos sobre o conteúdo das comunicações,³¹² o que justificaria uma análise mais rigorosa.

Em segundo lugar, existem as restrições baseadas no conteúdo, as quais são qualificadas por recaírem sobre a matéria da mensagem. É preciso saber o significado da expressão para saber se ela poderá ou não ser regulada. Nesses casos, o tema em si é proibido pela legislação, não importando o juízo de valor e as visões particulares sobre ele.³¹³ Por isso, essas restrições possuem um certo grau de neutralidade.³¹⁴ A impossibilidade de debate sobre cotas raciais, aborto ou participação em uma guerra são exemplos dessas restrições.

³⁰⁸ STONE, Free Speech in the Twenty-First Century: Ten Lessons from the Twentieth Century, p. 277.

³⁰⁹ Sobre a noção de métodos restritivos, conferir: SUNSTEIN, **Democracy and the problem of free speech**, p. 11.

³¹⁰ Sobre a categoria e suas aplicações, conferir: STONE, Geoffrey R. Content-Neutral Restrictions, **University of Chicago Law Review**, v. 54, p. 46–118, 1987.

³¹¹ SUNSTEIN, **Democracy and the problem of free speech**, p. 13.

³¹² STONE, Content-Neutral Restrictions, p. 99–114.

³¹³ STONE, Free Speech in the Twenty-First Century: Ten Lessons from the Twentieth Century, p. 279.

³¹⁴ SUNSTEIN, **Democracy and the problem of free speech**, p. 12.

Essa categoria de restrições possui grande tendência de serem declaradas inconstitucionais.³¹⁵ O teste do “perigo claro e iminente” é um critério legitimador desse tipo de restrição. Isso porque, a presente modalidade de restrição estabelece uma relação mais próxima com o valor das expressões. Mas, quando a regulação abarca áreas bem definidas e envolve expressões enquadradas como baixo valor, restrições dessa espécie podem ser aceitáveis, tais como: obscenidade; difamação de pessoa privadas ou comercial enganador.

Por fim, existem as restrições baseadas no ponto de vista, as quais são um desdobramento das restrições baseadas no conteúdo.³¹⁶ O juízo de valor expressado pelo comunicador é o ponto essencial para a incidência dessa restrição. O Estado, nesse caso, toma partido em um dos lados do debate ao banir o outro ponto de vista e, por isso, essas restrições são quase que automaticamente inconstitucionais.³¹⁷ Proibição da defesa da homossexualidade, impossibilidade de ser favorável ao aborto e eventual criminalização de criticar determinada guerra são exemplos dessa categoria.

A qualificação dos métodos de restrição possui certa independência do valor da expressão. Por isso, é possível que a restrição de discursos ou panfletagem política em determinada localidade seja declarada constitucional, vez que o indivíduo possui outros meios igualmente acessíveis de comunicar sua mensagem.³¹⁸

Disso tudo, após identificada a inserção da comunicação no âmbito da proteção da Primeira Emenda, conclui-se que para a avaliação das restrições são necessárias duas perguntas centrais: (i) a expressão é qualificada na categoria “baixo valor”? (ii) E o Estado regulou uma expressão relevante de forma suficientemente neutra? Ambas são perguntas transversais e se complementam na análise dos casos.³¹⁹

Ainda sobre as restrições, a tradição norte-americana sedimentou outros dois elementos - que são identificados como efeitos - importantes para a presente análise. O primeiro exige uma precaução do controle das motivações do Poder Público, pois as restrições

³¹⁵ Stone explica que tais restrições possuem uma “presunção de inconstitucionalidade” (STONE, *Free Speech in the Twenty-First Century: Ten Lessons from the Twentieth Century*, p. 281).

³¹⁶ Geoffrey R. Stone explica que essa categoria surgiu da necessidade de aplicação das restrições baseadas no conteúdo em “circunstâncias especiais”. Sobre suas aplicações e elementos, ver: *Ibid.*, p. 285–288.

³¹⁷ SUNSTEIN, **Democracy and the problem of free speech**, p. 12.

³¹⁸ *Ibid.*, p. 13.

³¹⁹ *Ibid.*, p. 8.

geralmente são justificadas por razões que não condizem com as suas verdadeiras intenções restritivas (*pretext effect*).³²⁰

Além disso, deve-se considerar que em momentos de crises sociais, reais ou imaginárias, as ingerências no livre trânsito das comunicações tendem a aumentar, especialmente no que diz respeito ao Estado (*crisis effect*).³²¹ Juntamente com o *chilling effect*, esses elementos não parecem consistir em critérios decisórios definitivos. Ao contrário, eles figuram mais como postulados de prudência para auxiliar na identificação e no controle das regulações no âmbito da liberdade de expressão.

Os diferentes meios de propagação e os aspectos institucionais da liberdade de expressão são fatores que aumentam ainda mais a complexidade da definição da proteção constitucional e a análise das restrições.

O funcionamento da democracia e a participação ativa dos cidadãos no processo político dependem das instituições, em especial daquelas destinadas a comunicação social. Por isso, a proteção comunicativa da Primeira Emenda alcança diretamente a imprensa. A jurisprudência também consolidou parâmetros destinados a garantir autonomia jurídica e econômica a essas instituições de comunicação.³²²

Uma dessas prerrogativas é a possibilidade de controle editorial. Um jornal, por exemplo, é considerado um titular independente da liberdade de expressão e pode controlar o que e quando publicar com base em seus próprios critérios. Os indivíduos que produzem os conteúdos publicados se expressam em nome da instituição ou ao menos com sua anuência.

Tal autonomia assegurada pela Primeira Emenda foi consolidada de forma extremamente ampla para os jornais. Em *Miami Herald Pub. Co. v. Tornillo*,³²³ a Suprema Corte derrubou uma lei da Flórida que concedia a candidatos políticos a prerrogativa do direito de resposta em instituições jornalísticas. O fundamento foi a manutenção da independência dessas instituições frente ao Poder Público e, nesse sentido, a legislação foi considerada uma intrusão nas funções editoriais.³²⁴

³²⁰ STONE, Free Speech in the Twenty-First Century: Ten Lessons from the Twentieth Century, p. 277.

³²¹ *Ibid.*, p. 278.

³²² FISS, **A Ironia da Liberdade de Expressão: Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública**, p. 99–100.

³²³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte. **Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo**, 1974.

³²⁴ *Ibid.*, p. 258.

A configuração da proteção constitucional é distinta para as empresas de rádio e televisão, contudo. Na busca de ampliar a diversidade comunicativa, especialmente sobre aqueles assuntos que são essenciais para o exercício do autogoverno, mas que não possuem interesse de mercado, a Federal Communications Commission criou a *Fairness Doctrine* (“doutrina da equidade”). Por meio da função alocativa do Estado, a agência pública exigiu que as empresas desse ramo cobrissem assuntos de interesse público e que todas as visões sobre ao assunto fossem expostas de maneira equilibrada.³²⁵ Além disso, a doutrina também disciplinava uma espécie de direito de resposta.

As instituições de imprensa atuantes nesse ramo contestaram energeticamente essa regulação sob a alegação de interferência na prerrogativa de controle editorial. O litígio chegou a Suprema Corte, que reconheceu a constitucionalidade da medida. Em *Red Lion Broadcasting Co., Inc. v. FCC*,³²⁶ a Corte identificou que a finalidade da ingerência na autonomia da imprensa era, nesse caso, para promover os valores da Primeira Emenda.

Foi decidido que as especificidades do meio de transmissão das comunicações influenciam na avaliação da restrição. Nesse caso, a escassez de frequências no espectro de rádio e televisão e o histórico regulatório justificaram a regulação.³²⁷ Um “direito de acesso” foi reconhecido como consistente com a liberdade editorial. Assim, o precedente indicou que uma ampla margem regulatória era possível de ser explorada pelo Poder Público para promover um debate público robusto e amplo. O modelo adotado foi distinto, portanto, da mídia impressa, onde o direito de resposta, que possuía um escopo semelhante, foi vedado.³²⁸

As diferenciações continuaram. Um outro novo paradigma foi criado em relação aos operadores de televisão a cabo vinte e cinco anos depois. No conjunto de duas decisões conhecidas como *Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC* (1994 e 1997),³²⁹ a Suprema Corte entendeu que os operadores de TV a cabo são protegidos pela Primeira Emenda, mas manteve a regulação estatal.

³²⁵ Para um resumo do contexto de implantação da *Fairness Doctrine*, ver: FISS, **A Ironia da Liberdade de Expressão: Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública**, p. 106–107.

³²⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte, **Red Lion Broadcasting Co., Inc. v. FCC**, 1969.

³²⁷ *Ibid.*, p. 400–401.

³²⁸ MEYERSON, Michael I. Authors, Editors, and Uncommon Carriers: Identifying the Speaker within the New Media, **Notre Dame Law Review**, v. 71, p. 79–125, 1995, p. 91.

³²⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte. **Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC**, 1994 e 1997.

O Congresso editou uma lei que obrigava as empresas de TV a cabo destinarem um certo número de canais para a retransmissão de programas de emissoras locais.³³⁰ Apesar de dividida, a Corte entendeu que essa exigência era uma restrição neutra quanto ao conteúdo e ensejava um controle de grau intermediário.³³¹ A avaliação da restrição foi feita com um teste de necessidade,³³² onde se constatou que os pertinentes objetivos almejados pelo Estado não restringiram exageradamente a liberdade.³³³

Uma inspeção mais meticulosa pode constatar que a importância dogmática subjacente a esses dois casos reside no fato de a Suprema Corte ter realizado um esforço para balancear os valores da Primeira Emenda em relação a dois elementos essenciais da estrutura das comunicações: a produção do conteúdo e sua distribuição.³³⁴ Isso porque, uma vez que o operador de cabo define os programas que serão transmitidos, ele passa a figurar como um “conduíte” para a liberdade de expressão de terceiros.³³⁵ Dessa forma, o caso aponta para a necessidade de investigar a relação dos distribuidores com a proteção da liberdade de expressão.

“A liberdade de expressão pressupõe um comunicador intencionado. Mas onde existe um comunicador, como é o caso aqui, a proteção conferida é para a comunicação, à sua fonte e aos seus destinatários”,³³⁶ afirmou a Suprema Corte em um de seus julgamentos históricos. Embora o centro da proteção constitucional da liberdade de expressão seja a comunicação e seus polos, para a efetiva proteção dos atos comunicativos é necessário também garantir a regularidade das respectivas transmissões.

É com base nesse pressuposto que a jurisprudência constitucional estadunidense consolidou a noção de que interromper as transmissões é indistinguível de silenciar os próprios

³³⁰ Para uma análise do embate social e jurídico dos casos, conferir: FISS, **A Ironia da Liberdade de Expressão: Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública**, p. 123.

³³¹ MEYERSON, Authors, Editors, and Uncommon Carriers: Identifying the Speaker within the New Media, p. 96–98.

³³² O teste da necessidade, muito semelhante ao existente no modelo alemão utilizado na aplicação da técnica da proporcionalidade, é classificado, em razão de suas raízes, como *O'Brien test* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte. **United States v. O'Brien**, 1968, onde o termo utilizado foi “essencialidade”, não “necessidade”). Uma melhor estruturação e desenvolvimento do teste foi feito em: ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte. **Ward v. Rock Against Racism**, 1989.

³³³ Para uma análise da avaliação, ver: MEYERSON, Authors, Editors, and Uncommon Carriers: Identifying the Speaker within the New Media, p. 96–97.

³³⁴ *Ibid.*, p. 92–93.

³³⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte. **Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC**, 1994, p. 629 (“Once the cable operator has selected the programming sources, the cable system functions, in essence, as a conduit for the speech of others, transmitting it on a continuous and unedited basis to subscribers”).

³³⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte. **Va. Pharmacy Bd. v. Va. Consumer Council**, 1976, p. 425. Tradução livre de: “*Freedom of speech presupposes a willing speaker. But where a speaker exists, as is the case here, the protection afforded is to the communication, to its source and to its recipients both*”.

comunicadores.³³⁷ Por exemplo, em *Smith v. California*,³³⁸ a Suprema Corte reconheceu a inconstitucionalidade de uma lei que criminalizava os donos de livrarias por possuírem livros e materiais com conteúdo obsceno, inclusive nos casos em que estivesse presente a consciência da existência dessa espécie de conteúdo nas obras.

Uma lei dessa natureza obrigaria os distribuidores, como as livrarias, a monitorarem todos os conteúdos e, na dúvida, os levaria a não permitir a circulação para evitar condenações. Apesar de não serem os titulares por excelência da liberdade de expressão, uma restrição baseada no conteúdo dirigida a essas instituições equivaleria a uma restrição de mesma natureza dirigida diretamente aos comunicadores.³³⁹ Pode-se inferir que é a germinação da lógica reafirmada e expandida cinco anos mais tarde em *Sullivan*.³⁴⁰

As consequências práticas dessa proteção não são insignificantes. Inúmeras livrarias e bancas de jornais e revistas foram imunizadas frente a ações de responsabilidade por conteúdos ofensivos por elas distribuídos como cópias destinadas à venda.³⁴¹

Isso não significa que as livrarias e bancas não possuam uma certa inclinação para determinada linha ideológica. Livrarias religiosas, por exemplo, ilustram bem essa realidade. No entanto, uma boa parte nos negócios nessa área procura oferecer uma grande variedade de conteúdo. Nesse sentido, “embora toda edição exija seleção, nem toda seleção constitui edição”.³⁴² Distinguir concretamente ambas as categorias é tarefa fundamental para determinar o nível de proteção e as responsabilidades incidentes.

Feito o panorama sobre o sistema constitucional de proteção da liberdade de expressão norte-americano, com a apresentação de suas principais categorias e dinâmicas normativas, é possível, agora, investigar suas aplicações e alterações frente aos desafios gerados pela era digital.

³³⁷ Nesse sentido e para um inventário dessas decisões, conferir: MEYERSON, Authors, Editors, and Uncommon Carriers: Identifying the Speaker within the New Media, p. 95.

³³⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte. **Smith v. California**, 1959.

³³⁹ MEYERSON, Authors, Editors, and Uncommon Carriers: Identifying the Speaker within the New Media, p. 86.

³⁴⁰ Para fins da proteção do distribuidor, uma análise dos casos sobre o tema indica que a natureza da mensagem carregada pelo distribuidor determina o nível de proteção aplicado. Se for puramente comercial, o distribuidor terá uma proteção da mesma medida. Se for distribuição de um jornal político, por outro lado, a proteção será ampla. Ver: *Ibid.*, p. 85–86. O problema é como conciliar isso com a ausência de obrigação de identificar a mensagem distribuída.

³⁴¹ *Ibid.*, p. 87.

³⁴² *Ibid.*, p. 84.

2.1.2. A responsabilidade civil dos provedores por conteúdo de terceiros

A norma mais citada e discutida nas reflexões sobre a responsabilidade dos provedores por conteúdo de terceiros e a proteção da liberdade de expressão provavelmente é a secção 230 do Ato de Comunicações Decente (*Communications Decency Act – CDA*).³⁴³ Isso não se deve apenas a sua antiguidade.

O dispositivo assegura uma generosa autonomia para as plataformas digitais desenvolverem seus negócios juntamente com a implementação das “regras da casa” para controlar os conteúdos que circulam em suas redes. Nessa linha, a compreensão de seu significado normativo e a identificação das consequências práticas por ele geradas são tarefas essenciais para o tema da liberdade de expressão na era digital.

Para isso, no entanto, é preciso dar um passo atrás e explorar o modelo existente antes de sua vigência, o qual foi desenhado jurisprudencialmente. Em seguida, será possível aferir o papel da §230, sua relação com o exercício da liberdade de expressão e algumas de suas consequências práticas.

2.1.2.1. Parâmetros pré-legislativos

O primeiro caso a esse respeito, *Cubby, Inc. v. CompuServe Inc.*,³⁴⁴ envolveu a discussão da responsabilidade civil de um servidor por danos produzidos por usuários independentes em fóruns na internet. A companhia CompuServe desenvolvia uma série de serviços informáticos, dentre os quais serviços de acesso a informações on-line, semelhante a uma “biblioteca eletrônica”.³⁴⁵

O acervo possuía mais de 150 fontes informacionais organizadas na forma de fóruns temáticos. Um desses fóruns era destinado a comentários e discussões da indústria jornalística (*Journalism Forum*).³⁴⁶ Esses fóruns não eram administrados pela própria empresa, mas sim por agências independentes.

³⁴³ Com a constatação de que o modelo da §230 continua a influenciar as formas de pensar a responsabilidade dos intermediários, ver: GILLESPIE, Platforms are not intermediaries, p. 205.

³⁴⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Corte do Distrito Sul de Nova York, **Cubby, Inc. v. CompuServe Inc.**, 1991. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/776/135/2340509/> Acesso em: 07/11/2020. Como não foi possível obter acesso à cópia do documento original e a respectiva numeração de páginas, a referência será feita com base nos tópicos da decisão.

³⁴⁵ *Ibid.*, vide tópico “Background”, primeiro parágrafo.

³⁴⁶ *Ibid.*, vide tópico “Background”, segundo parágrafo.

Em 1990, a empresa Cubby, Inc. desenvolveu o *Skuttlebut*, um banco de dados destinados à produção e distribuição de notícias online, o qual supostamente foi alvo de difamações por parte de uma plataforma concorrente.³⁴⁷ As afirmações consideradas danosas foram veiculadas por um newsletter do fórum direcionado a indústria jornalística, que era sustentado pela CompuServe e, por isso, essa empresa foi processada pela Cubby. O pleito era para o enquadramento da CompuServe como agência responsável pelos conteúdos do fórum,³⁴⁸ a administradora do fórum, no entanto, não foi processada.

A Corte Distrital do Sul de Nova York, ao analisar os termos contratuais envolvidos e as circunstâncias fáticas, entendeu que a CompuServe apenas possibilitava tecnicamente a operacionalização do fórum jornalístico e praticamente não revisava de forma ativa os conteúdos postados em seus fóruns.³⁴⁹

Por isso, a Corte distrital considerou que a empresa atuava mais como distribuidora do que como editora de conteúdo. Nas palavras da Corte, a CompuServe “não tem mais controle editorial sobre tal publicação do que em uma biblioteca pública, livraria ou banca de jornal”.³⁵⁰ Dessa forma, conclui que, assim como para os distribuidores tradicionais de conteúdo, não é viável para a plataforma examinar cada publicação que veicula em busca de declarações potencialmente difamatórias.

É por meio dessa distinção que a proteção da liberdade de expressão adentrou sucintamente ao caso, pois a proteção constitucional desonera os distribuidores do dever de monitoramento dos conteúdos que carregam.³⁵¹ Sem obrigação legal, não poderia ocorrer responsabilização. Interessante notar a relação com *Sullivan*, pois nesse caso a instituição de comunicação social também foi desonerada da obrigação de controle dos conteúdos comerciais.

Além disso, foi considerado que um banco de dados eletrônicos pode desempenhar parte do papel exercido anteriormente pelos meios tradicionais de informação e, assim,

³⁴⁷ *Ibid.* vide tópico “Background”, quinto e sexto parágrafos.

³⁴⁸ No *common law*, a responsabilidade pelos danos ou negligência de outros é denominada *vicarious liability*, geralmente utilizada no caso em que a instituição ou o indivíduo principal responde pelos atos de seus agentes. Sobre, ver: NEYERS, J.W., A Theory of Vicarious Liability, **Alberta Law Review**, v. 43, p. 2–41, 2005.

³⁴⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, **Cubby, Inc. v. CompuServe Inc.**, 1991, vide tópico “Vicarious Liability”, terceiro parágrafo.

³⁵⁰ *Ibid.* vide tópico II (Libel Claim), item A, sexto parágrafo. Tradução livre de: “*CompuServe has no more editorial control over such a publication than does a public library, book store, or newsstand [...]*”.

³⁵¹ *Smith v. California*, o precedente que consolidou esse alcance da proteção constitucional, foi expressamente mencionado.

responsabilizá-los civilmente sem uma análise rigorosa “imporia um ónus indevido ao livre fluxo de informações”.³⁵²

Pouco tempo depois, contudo, um resultado diferente ocorreu em um caso muito semelhante. Em *Stratton Oakmont, Inc v. Prodigy Services Co.*,³⁵³ quatro anos após a decisão de *Cubby*, outra plataforma de administração de fóruns online, a *Stratton Oakmont, Inc.*, foi enquadrada como editora e, portanto, responsável por eventuais conteúdos ofensivos veiculados em seus fóruns e boletins.

Embora as diretrizes normativas de *Cubby* tenham sido consideradas, a Suprema Corte de Nova York entendeu que a situação era distinta pelo fato de a plataforma ativamente deletar alguns conteúdos produzidos pelos usuários dos fóruns. Diferentemente da CompuServe, a *Stratton Oakmont* utilizava algoritmos para moderar as informações publicadas nos fóruns com base em diretrizes corporativas preestabelecidas, o que foi entendido como uma decisão consciente de auferir os benefícios de um controle editorial.

A plataforma estava, nesse caso, mais próxima ao controle editorial exercido por jornais do que da natureza jurídica e social dos distribuidores de informação. Da perspectiva da liberdade de expressão, a Suprema Corte novaiorquina entendeu que a moderação exercida pela empresa significa que seu objetivo era exatamente o de gerar um desencorajamento (*chilling effect*) na liberdade de comunicação no ciberespaço. Apesar disso, as consequências dessa relação não foram exploradas de forma aprofundada e a Corte se restringiu a concluir que o controle dos conteúdos veiculados implicam no dever de suportar as eventuais consequências legais.

O critério dogmático construído pela leitura conjunta dos dois precedentes indica que as plataformas digitais são responsáveis pelos conteúdos gerados por terceiros quando ativamente exercer controle editorial sobre os conteúdos. Contudo, uma crítica notória ao cenário normativo gerado pelas duas decisões argumenta que é impossível fazer tal distinção na prática. Por isso, as decisões teriam gerado desorientação e uma grande instabilidade para a

³⁵² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, *Cubby, Inc. v. CompuServe Inc.*, 1991. Ver item II.A, sétimo parágrafo: “*Technology is rapidly transforming the information industry. A computerized database is the functional equivalent of a more traditional news vendor, and the inconsistent application of a lower standard of liability to an electronic news distributor such as CompuServe than that which is applied to a public library, book store, or newsstand would impose an undue burden on the free flow of information*”.

³⁵³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte de Nova York, *Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Services Co.*, 1995. Disponível em: <https://h2o.law.harvard.edu/cases/4540> Acesso em: 07/11/2020. Como não foi possível obter acesso à cópia do documento original e a respectiva numeração de páginas, a referência será feita com base nos tópicos da decisão.

atividade das plataformas, o que prejudicaria o próprio desenvolvimento dos modelos de negócio online.³⁵⁴

Em que pese a verificação concreta de fatores que distinguem qualitativamente ambos os casos, como a existência de uma política instituída de uso e a utilização de softwares para controle de conteúdo, o Congresso dos Estados Unidos concordou com as críticas e derrubou o critério decisório do controle editorial. Esse é o objeto da próxima secção.

2.1.2.2.A secção 230 do Ato de Comunicações Decentes: ascensão e consolidação

Não só o Judiciário estadunidense percebeu os impactos sociais do desenvolvimento da internet e das novas tecnologias no fim do século XX, mas também o Legislativo. Em 1995, mesmo ano da decisão do caso *Stratton*, o Senador James Exon apresentou o projeto para a aprovação de uma lei com o objetivo de regular conteúdos obscenos online e proteção de menores.

Preocupados diretamente com as possíveis consequências de *Stratton*, parlamentares dos partidos Republicano e Democrata, conjuntamente com empresas de tecnologia e grupos da sociedade civil, uniram forças para aprovar as “26 palavras que criaram a internet”.³⁵⁵ Os congressistas Chris Cox e Ron Wyden apresentaram a emenda ao Projeto de Lei que se tornou, com a aprovação do diploma em 1996, o parágrafo 230 do CDA.

O dispositivo prescreve, como ponto central, que “nenhum provedor ou usuário de um serviço de computador interativo deve ser tratado como editor ou comunicador de qualquer informação fornecida por outro provedor de conteúdo de informação”.³⁵⁶ Ao conceder uma imunidade ampla às plataformas digitais em relação aos conteúdos de terceiros, a norma foi considerada como essencial para o desenvolvimento da internet e dos serviços online na medida em que consagra uma robusta autonomia privada para atuação dos negócios.³⁵⁷

³⁵⁴ Sobre a crítica, conferir: KLONICK, *The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech*, p. 1605.

³⁵⁵ Para uma descrição detalhada de todo o processo legislativo de criação do CDA e do §230, conferir: KOSSEFF, Jeff. **The twenty-six words that created the Internet**. Ithaca: Cornell University Press, 2019, p. 9–76.

³⁵⁶ Tradução livre de: *CDA, §230, (C), (1)*: “No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider”.

³⁵⁷ Sobre a defesa e os respectivos argumentos nesse sentido, conferir: KOSSEFF, **The twenty-six words that created the Internet**, p. 120–164.

Após sua criação, a consolidação do § 230 ocorreu no contexto de precedentes. O primeiro significou a sobrevivência desse dispositivo. Em 1997, na famosa decisão *Reno v. ACLU*,³⁵⁸ a Suprema Corte estadunidense declarou a inconstitucionalidade de dois dispositivos centrais do CDA relativos a “comunicações indecentes”, mas não opinou sobre o §230. Apesar disso, a decisão teceu considerações normativas importantes sobre as comunicações na internet.

No caso, a *American Civil Liberties Union* e mais dezenove demandantes questionaram os dispositivos do CDA com base nos parâmetros da Primeira Emenda. O primeiro ponto desafiado foi a criminalização da transmissão “sabida” de mensagens “obscenas ou indecentes” para qualquer destinatário com menos de 18 anos de idade.³⁵⁹ A segunda disposição questionada foi a proibição de enviar ou exibir de forma conscientemente mensagens evidentemente ofensivas a menores de 18 anos, as quais deveriam ser identificadas com base nos padrões vigentes da comunidade.³⁶⁰

A Corte entendeu que tais dispositivos eram inconstitucionais. Em sua fundamentação, considerou que cada meio utilizado para exercício da liberdade e de expressão possui seus próprios problemas e, nessa linha, a internet e o meio digital são juridicamente distintos tanto dos sistemas televisivos, como dos de rádio. A internet não foi considerada tão invasiva quanto os outros dois, uma vez que o indivíduo possui certo controle sobre o ambiente digital ao poder escolher o que será acessado.³⁶¹ A lógica da televisão, por exemplo, é diferente porque o indivíduo não controla a programação e o conteúdo dos comerciais.

Além disso, a internet não é um meio escasso como o espectro de rádiosfusão. Ela permite, ao contrário, comunicações quase ilimitadas e de baixo custo.³⁶² A conclusão dogmática dessas considerações, no âmbito da liberdade de expressão, é de que o meio influencia no rigor da avaliação da restrição do direito fundamental e, no caso da internet, sua natureza não justifica, em princípio, uma grande intervenção do Estado.

As disposições foram consideradas, no mérito, como restrições gerais sobre o conteúdo e dotadas de considerável vagueza. Elas não definiram ou limitaram adequadamente o material “indecente” ou “manifestamente ofensivo”.³⁶³ Os dispositivos poderiam criminalizar, portanto,

³⁵⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, *Reno v. American Civil Liberties Union*. 1997.

³⁵⁹ *Ibid.*, p. 859.

³⁶⁰ *Ibid.*, p. 859–860.

³⁶¹ *Ibid.*, p. 869.

³⁶² *Ibid.*, p. 870.

³⁶³ *Ibid.*, p. 877.

grandes quantidades de materiais não pornográfico de valor educacional ou outros valores igualmente relevantes.

Ainda, o critério de “padrões da comunidade” aplicado à internet significaria que qualquer site disponível para determinado público seria julgado pelos padrões da comunidade, com maior probabilidade de esta se sentir ofendida, o que provocaria incertezas e poderia significar a criminalização de discussões sérias sobre questões como controle de natalidade, homossexualidade ou as consequências do estupro na prisão.³⁶⁴ A Corte concluiu que a regulamentação governamental de conteúdos possui um maior potencial de restringir as comunicações de ideias do que de encorajá-las.³⁶⁵

A seção 230 sobreviveu ao extenso debate judicial sobre o CDA, mas a discussão de seu significado e seus efeitos no contexto da proteção da liberdade de expressão ainda estavam ocultos. Essa relação foi expressamente estabelecida no caso *Zeran v. America Online, Inc.*,³⁶⁶ o qual consolidou o sentido atual do dispositivo.

A America Online Inc. (AOL) é uma empresa de serviços online e mantenedora de um portal de notícias na web. Em 1995, um dos boletins de anúncios disponíveis no portal continha a oferta de camisetas com slogans ofensivos ao atentado do Alfred P. Murrah Federal Building em Oklahoma City.³⁶⁷ Apesar de não existir a identificação do anunciante, a oferta instruíu os interessados a ligarem para “Ken” através do número de telefone residencial do senhor Kenneth Zeran, o qual recebeu uma grande quantidade de ligações, composta desde mensagens raivosas e depreciativas até ameaças de morte. Uma nova postagem foi feita no dia seguinte e, em certo momento, o senhor Zeran estava recebendo uma chamada telefônica aproximadamente a cada dois minutos.

A AOL demorou para operacionalizar a remoção de mensagens difamatórias, recusou-se a postar retratações dessas mensagens e, por fim, não conseguiu rastrear postagens semelhantes. Zeran processou a empresa, mas não o autor das mensagens.³⁶⁸ O pedido era de reconhecimento do dever da AOL (i) remover a postagem difamatória prontamente após a

³⁶⁴ *Ibid.*, p. 871 e 877–878.

³⁶⁵ *Ibid.*, p. 885.

³⁶⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Corte do 4º Circuito, *Zeran v. America Online*, Inc. 1997.

³⁶⁷ *Ibid.*, p. 328.

³⁶⁸ *Ibid.*, p. 329.

notificação do interessado, (ii) notificar seus assinantes sobre a natureza falsa da mensagem e (iii) examinar efetivamente conteúdos difamatórios futuros.³⁶⁹

A Corte aplicou a §230 e isentou de responsabilidade a empresa. Foi estabelecido que o dispositivo imuniza tanto os editores, os quais podem exercer suas funções autorregulatórias e de controle de conteúdo, quanto os intermediários que atuam como distribuidores online de informações de terceiros.³⁷⁰

Apesar de reconhecer que uma das finalidades da norma é exatamente assegurar a autonomia das plataformas digitais no controle e combate da disseminação de ofensas e desinformação,³⁷¹ a Corte extrai outra finalidade do texto da §230: a promoção da liberdade de expressão online. Nessa linha, o argumento é de que a o Congresso reconheceu, ao aprovar o dispositivo, que a imposição de responsabilidade civil aos provedores de conteúdo e serviços na internet consiste em mais uma intrusão governamental na liberdade de expressão.³⁷²

Foi nessa ocasião que em que uma das maiores discussões sobre a liberdade de expressão online tomou forma. A Corte afirmou que o perigo gerado pela possibilidade de responsabilização das plataformas por danos de terceiros faria com que essas instituições promovessem uma restrição exacerbada da quantidade e tipos de conteúdo postados por terceiros, o que configuraria um *chilling effect*.³⁷³ Foi destacado, ainda, que a responsabilidade em razão da simples notificação aumentaria ainda mais o efeito inibidor às comunicações online.³⁷⁴

Foi reconhecido, portanto, que a imunidade concedida pelo § 230 possui duas finalidades: estimular a proatividade no controle de comunicações ofensivas por meio de um sistema de auto regulação e também proteger a liberdade de expressão dos usuários das

³⁶⁹ *Ibid.*, p. 330.

³⁷⁰ *Ibid.*, p. 332.

³⁷¹ A Corte afirma que a “responsabilidade baseada em notificação impediria os prestadores de serviços de regulamentar a disseminação de material ofensivo em seus próprios serviços”. *Ibid.*, p. 331. Tradução livre de: [...] *notice-based liability would deter service providers from regulating the dissemination of offensive material over their own services*.

³⁷² Nos termos da Corte: “O objetivo desta imunidade estatutária não é difícil de discernir. O Congresso reconheceu a ameaça que as ações judiciais baseadas em responsabilidade por atos ilícitos representam para a liberdade de expressão no novo e crescente meio da Internet. A imposição de responsabilidade civil aos prestadores de serviços pelas comunicações de terceiros representava, para o Congresso, simplesmente outra forma de regulamentação governamental intrusiva do discurso”. *Ibid.*, p. 330. Tradução livre de: “*The purpose of this statutory immunity is not difficult to discern. Congress recognized the threat that tort based lawsuits pose to freedom of speech in the new and burgeoning Internet medium. The imposition of tort liability on service providers for the communications of others represented, for Congress, simply another form of intrusive government regulation of speech*”.

³⁷³ *Ibid.*, p. 331.

³⁷⁴ *Ibid.*, p. 333.

plataformas. Contudo, essa conclusão gera um paradoxo³⁷⁵ teórico e dogmático, pois não se sabe em qual direção as plataformas devem se orientar, nem quais valores devem ser promovidos e protegidos.³⁷⁶

No aspecto prático, as plataformas digitais receberam um porto seguro legal qualificado para atuarem e alcançaram um status *sui generis* no contexto normativo das instituições de comunicação, superando até mesmo o modelo diferenciado atribuído aos operadores de TV a cabo. Colhendo o melhor dos dois mundos, as plataformas possuem a proteção destinada aos distribuidores, mas a autonomia dos editores.

2.1.2.3. A responsabilidade civil dos provedores e a liberdade de expressão: dilemas e perspectivas

Os debates acadêmicos e jurisprudenciais acerca do dilema dogmático gerado pela dupla finalidade perseguida pelo §230 não só não terminou, como cresceu desde a decisão em *Zeran*. Ao analisar o cenário dos embates e sua relação com a proteção constitucional da liberdade de expressão, Kate Klonick reconhece que três analogias são aplicadas às plataformas digitais a depender de sua natureza e funções: (i) praças de empresas; (ii) editores ou (iii) instituições de ráiofusão.³⁷⁷

O caso *Packingham v. State of North Carolina*³⁷⁸ não apenas permite estabelecer duas analogias, como também fornece importantes elementos para o desenvolvimento futuro da relação entre a liberdade de expressão e as mídias sociais nos Estados Unidos.

Em 2008, o Estado da Carolina do Norte promulgou uma lei que proibia criminosos sexuais de acessarem diversos sites e plataformas na internet, incluindo mídias sociais populares, como o Facebook e o Twitter. A Suprema Corte, no entanto, declarou

³⁷⁵ KLONICK, The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech, p. 1608.

³⁷⁶ A possibilidade de afastamento da imunidade da § 230 é levantada, por exemplo, quando as plataformas descumprirem os próprios termos de serviço. Nesse sentido: ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte Distrital do Norte da Califórnia. **Darnaa, LLC v. Google, Inc.**, 2016. Contudo, não é uniforme o reconhecimento dessa possibilidade, o que reforça o paradoxo teórico e dogmático. Nesse sentido contrário, ao desconsiderar a “índole” do negócio da plataforma para concessão da imunidade, ver: ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte do Primeiro Circuito dos Estados Unidos. **Doe v. Backpage.com**, 2016, p.29.

³⁷⁷ KLONICK, The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech, p. 1609.

³⁷⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte. **Packingham v. State of North Carolina**, 2017. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/16pdf/15-1194_0811.pdf Acesso em: 19/11/2020.

inconstitucional a norma. A restrição à liberdade de expressão foi considerada neutra quanto ao conteúdo³⁷⁹ e a análise de sua legitimidade foi feita com base em dois principais pontos.

Primeiro, a norma foi desenhada em termos muito amplos. Tal generalidade é incompatível com a Primeira Emenda e, no caso, permitiria o banimento a um número maior de sites para além das mídias sociais.³⁸⁰ Em segundo lugar, a Corte aplicou o teste da necessidade. Embora os interesses governamentais tenham sido considerados relevantes, a norma foi considerada desnecessária para a promoção dos fins estabelecidos.³⁸¹

Em sua fundamentação, a Suprema Corte considerou que as plataformas digitais constituem a “praça pública moderna”³⁸², em analogia direta com as ruas e os parques,³⁸³ e, portanto, a legislação impedia o acesso às principais fontes de informações da atualidade. Essas considerações permitem, da perspectiva dogmática, identificar a existência dos mesmos pressupostos normativos de *Marsh*, o que gera a incidência da doutrina da ação estatal para as mídias sociais. Com efeito, tais plataformas precisariam respeitar os parâmetros constitucionais da Primeira Emenda, o que mudaria a extensão da imunidade concedida pela §230. A liberdade para moderar os conteúdos deverá ser exercida dentro das linhas constitucionais.

Klonick sugere que as considerações feitas pela Corte em *Packingham* podem abrir espaço para enquadrar as plataformas digitais na mesma categoria protetiva do rádio e da TV.³⁸⁴ A Corte afirma que as plataformas fornecem os “mecanismos mais poderosos disponíveis para que um cidadão ou uma cidadã faça sua voz ser ouvida”³⁸⁵. Ao sugerir o enquadramento das plataformas como conduítes, a Suprema Corte pode afastar a proteção ampla destinada aos editores e, portanto, abrir espaço para um maior número de regulações.

Não está claro, no entanto, em qual espécie de distribuidor as plataformas estariam enquadradas. Uma leitura sistemática com *Reno* indica o afastamento das plataformas da categoria de Rádio e TV, pois não consiste em um meio “escasso” como as frequências do

³⁷⁹ *Ibid.*, p. 6.

³⁸⁰ *Ibid.*, p. 7. A Corte, no entanto, não excluiu a possibilidade de uma legislação de mesma natureza eventualmente ser promulgada, desde que seja mais clara e com um escopo mais restrito.

³⁸¹ *Ibid.*, p. 9–10.

³⁸² *Ibid.*, p. 8.

³⁸³ *Ibid.*, p. 4.

³⁸⁴ KLONICK, *The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech*, p. 1611.

³⁸⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, ***Packingham v. State of North Carolina***, 2017, p. 8. Tradução livre de: “*These websites can provide perhaps the most powerful mechanisms available to a private citizen to make his or her voice heard*”

espectro. Por outro lado, a junção das plataformas às demais categorias de distribuidores, em especial da TV a cabo, ainda é uma possibilidade promissora.

Por fim, a última analogia seria consolidar as plataformas como veículos de imprensa e, portanto, detentoras de prerrogativas editoriais amplas. Nessa perspectiva, os parâmetros protetivos definidos em *Tornillo* seriam inteiramente aplicáveis a essas instituições informacionais, o que restringiria consideravelmente qualquer possibilidade regulatória.

Tal analogia seria inadequada, pelo menos para as mídias sociais, ao se considerar dois pontos. Primeiro, o fato de que as plataformas não produzem jornalismo profissional, pois esse não é seu modelo de negócio. Em segundo lugar, os usuários que realizam atos comunicativos nessas plataformas não são vinculados a atuação institucional da empresa. São mais consumidores do que colaboradores, e os termos de uso comprovam essa constatação.

Seja como for, alguns argumentos sobre essa analogia, bem como algumas de suas consequências práticas, ficam evidentes nas reflexões sobre a aplicação online do direito ao esquecimento nos Estados Unidos, que será o objeto do próximo tópico.

2.1.3. Direito ao esquecimento online

A jurisdição norte-americana é mencionada frequentemente como um exemplo de reconhecimento e aplicação do direito ao esquecimento.³⁸⁶ O precedente utilizado como evidência para estabelecer essa relação é o *Melvin v. Reid*,³⁸⁷ caso notadamente conhecido como *Red Kimono*. Trata-se de um julgamento de 1931 realizado pela Suprema Corte da Califórnia.

O caso tratou da reprodução da vida pregressa de uma meretriz em um filme, o qual foi elaborado e divulgado sem o seu consentimento. A interessada considerava que esses fatos não condiziam mais com sua vida atual e, portanto, não deveriam ser indevidamente lembrados. Por esse motivo, ela ingressou com uma ação indenizatória e obteve êxito na Suprema Corte da Califórnia.

Apesar desse precedente, o direito ao esquecimento em sua forma analógica não condiz com a lógica do ordenamento jurídico dos Estados Unidos e de casos semelhantes mais

³⁸⁶ Por todos, conferir o uso na própria jurisprudência brasileira sobre o tema: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial nº 1.335.153 - RJ**, 2013, p. 32.

³⁸⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte da Califórnia. **Melvin v. Reid**, 1931.

atuais, sem nem mesmo ter embasamento no direito à privacidade.³⁸⁸ Por isso, o precedente é utilizado, muitas vezes, de forma seletiva e descontextualizada no direito comparado.

Embora os pressupostos normativos que permitem a aplicação do direito ao esquecimento não existam nesse ordenamento, há indícios de que sua configuração para o ambiente digital possa ocorrer em breve. Não existe uma tendência de uniformidade sobre o tema na sociedade civil (apesar do desejo pelo direito ter crescido), mas alguns Estados, como Nova York, já possuem debates legislativos sobre assegurar um direito à desindexação nos moldes europeu.³⁸⁹

Apesar disso, a aplicação desse direito não é uma realidade para os norte-americanos e qualquer decisão judicial ou produção legislativa nesse sentido certamente será acompanhado de intensos debates jurídicos. Serão analisadas a seguir as principais razões jurídicas que vedam o reconhecimento do direito ao esquecimento online no país, em especial em relação à liberdade de expressão.

2.1.3.1. Alcance da proteção constitucional às plataformas de pesquisa

A extensão da proteção constitucional da Primeira Emenda aos resultados de pesquisa de plataformas como o Google, Yahoo! e Bing, não é uma operação intelectual simples e sugestiva. Apesar da interpretação da liberdade de “fala” ser ampla, ampliar essa proteção a uma plataforma que atua “passivamente”³⁹⁰ e por meio de algoritmos aparenta ser, no mínimo, questionável.

Por isso mesmo, a primeira jogada estratégica em prol da proteção veio da literatura. Os juristas Eugene Volokh e Donald M. Falk defenderam energeticamente essa ampliação em um artigo de 2012 comissionado pelo próprio Google.³⁹¹ Os autores, por meio de uma

³⁸⁸ FRAJHOF, Isabella Z., **O direito ao esquecimento na internet: conceito, aplicação e controvérsias**, São Paulo: Almedina, 2019, p. 68–69.

³⁸⁹ Sobre a opinião pública e as tendências legislativas e jurisprudenciais norte-americanas, conferir: BODE, Leticia; JONES, Meg Leta. Do Americans Want a Right to be Forgotten? Estimating Public Support for Digital Erasure Legislation: Do Americans Want a Right to be Forgotten? **Policy & Internet**, v. 10, n. 3, p. 244–263, 2018.

³⁹⁰ Utiliza-se o termo “passivamente”, porque os resultados apresentados dependem da atuação ativa do usuário de inserir palavras e termos específicos que direcionem a busca. É diferente, portanto, do feed de provedores de aplicações como Facebook ou o Instagram, onde, em situações regulares do cotidiano, a atuação do usuário é mais passiva e a da plataforma mais ativa. Apesar disso, essa classificação é limitada e não reflete perfeitamente a dinâmica das plataformas. Sua utilização foi apenas para auxiliar na compreensão do problema colocado.

³⁹¹ VOLOKH, Eugene; FALK, Donald M., First Amendment Protection for Search Engine Search Results, **Journal of Law, Economics & Policy**, v. 8, p. 883–899, 2012.

metodologia pautada em analogias, equiparam as plataformas de busca online com os jornais e editoras de livros para fins da Primeira Emenda.

O principal argumento considera que, assim como os jornais e demais editoras, essas plataformas também lidam com um grande volume de informações, promovendo atividades de coleta, seleção e direcionamento de conteúdo.³⁹² Portanto, tais plataformas literalmente “falam” para seus usuários,³⁹³ o que justifica a proteção constitucional ampla de suas liberdades editoriais, nos moldes definidos em *Tornillo*.

Pelo menos dois importantes casos já seguiram uma linha semelhante. Em *Zhang v. Baidu*,³⁹⁴ um grupo político autoproclamado como “promotores da democracia na China” processou a empresa chinesa Baidu.com, a qual possui o maior mecanismo de busca da Internet desse país. A alegação era de que a plataforma bloqueava artigos e outras informações sobre movimentos pela democracia na China de seus resultados de pesquisa nos Estados Unidos.

O juiz, no entanto, concluiu que o algoritmo da plataforma consistia em um julgamento editorial sobre quais ideias políticas promover, evocando expressamente o modelo de *Tornillo*.³⁹⁵ Foi decidido, assim, que o Baidu tinha a proteção da Primeira Emenda para filtrar os resultados da pesquisa por razões políticas, uma vez que o direito fundamental garante autonomia para determinar o conteúdo de suas próprias mensagens.³⁹⁶

O segundo caso, *E-Ventures Worldwide, LLC v. Google, Inc.*,³⁹⁷ envolveu uma empresa de otimização de resultados de buscas. Empresas com esse objeto social buscam meios e estratégias para dar visibilidade aos websites de seus clientes nas buscas online e, assim, aumentar o respectivo fluxo de acesso. O problema é que esses negócios concorrem diretamente com as empresas gerenciadoras dos próprios provedores de busca, os quais possuem ferramentas pagas para destaque de páginas na internet. Por isso, é frequente os provedores de busca atuarem para desmontar esses modelos de negócios em um constante jogo de “gato e rato”.³⁹⁸

³⁹² *Ibid.*, p. 887–891.

³⁹³ *Ibid.*, p. 899.

³⁹⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Corte de Primeira Instância. **Zhang v. Baidu**, 2014.

³⁹⁵ *Ibid.*, p.436.

³⁹⁶ *Ibid.*, p.437.

³⁹⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Corte do Distrito Médio da Flórida. **E-Ventures Worldwide, LLC v. Google, Inc.**, 2016.

³⁹⁸ TSOTSIS, Alexia, Google’s Algorithmic Cat and Mouse Game [Infographic], **Techcrunch**, (23/03/2011). Disponível em: <https://techcrunch.com/2011/03/23/googles-algorithmic-cat-and-mouse-game-infographic/> Acesso em: 18/11/2020.

Nesse contexto, o Google manualmente desindexou 231 sites de clientes da E-Ventures dos resultados de buscas realizadas na plataforma, o que gerou o litígio. A demandante alegava que a plataforma do Google, com base em sua própria política de uso, era destinada a refletir, sem censura, a realidade dos conteúdos públicos existentes na internet. O Google, por sua vez, alegou que os resultados de pesquisa são julgamentos editoriais protegidos pela Primeira Emenda.

Ao acolher em parte a defesa do Google, a Corte distrital reconheceu a plausibilidade e utilidade da analogia entre os resultados de buscas online com o controle editorial dos jornais. Foi feita, no entanto, uma consideração adicional.³⁹⁹ No caso, a Corte verificou que as desindexações não foram realizadas por motivos puramente editoriais, mas sim por questões de mercado.⁴⁰⁰ Além disso, a proteção constitucional concedida aos editores pode ser afastada em casos de fatos publicados de má-fé ou com conhecimento de sua falsidade, de forma semelhante ao estabelecido em *Sullivan*.

Apesar dessa tendência, críticas contundentes foram feitas à mencionada analogia. Heather Whitney e Robert Simpson, que defendem a não existência de uma doutrina constitucional sobre o tema até o momento, desenvolveram três argumentos contrários ao enquadramento dos resultados de pesquisa de provedores de busca como controle editorial típico.⁴⁰¹

Os dois primeiros são dirigidos à interpretação analógica em si. Os autores alegam que o exercício editorial exige escolhas conscientes sobre o que será publicado, enquanto as plataformas de busca online utilizam algoritmos para tratar e disponibilizar seus resultados de pesquisa. Apesar da equipe humana responsável por essa atividade programar os algoritmos, inclusive influenciando seu funcionamento, ela não controla os resultados que serão obtidos.⁴⁰² O próprio Google, nesse ponto, apresenta-se como apenas um condutor de conteúdo, o que o distancia qualitativamente da atividade editorial.

Nessa linha, o segundo argumento explora a insuficiência da interpretação analógica para lidar com as plataformas de busca. Devem existir pressupostos e elementos comuns

³⁹⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Corte do Distrito Médio da Flórida. **E-Ventures Worldwide, LLC v. Google, Inc.**, 2016, p.15.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, p.16.

⁴⁰¹ WHITNEY, Heather M.; MARK SIMPSON, Robert, Search Engines and Free Speech Coverage, *In: WHITNEY, Heather M.; MARK SIMPSON, Robert (Eds.), Free Speech in the Digital Age*, Nova York: Oxford University Press, 2019, p. 33–51.

⁴⁰² *Ibid.*, p. 37–38.

suficientes entre as realidades fáticas para a extensão de institutos e regimes jurídicos por meio da interpretação analógica, especialmente sobre assuntos constitucionais.⁴⁰³ Os autores defendem, portanto, que a especificidade e complexidade dessas novas plataformas não permitem a utilização desse método interpretativo, pois não existem precedentes dessa “categoria de práticas comunicativas”.⁴⁰⁴

Por fim, os autores argumentam que eventual enquadramento da atividade exercida pelos buscadores no âmbito de proteção da liberdade de expressão deve ser feito com parcimônia. Uma interpretação nesse sentido deve ocorrer orientada pelos princípios democráticos subjacentes à proteção constitucional, o que enseja, em nível dogmático, uma diferenciação das atividades exercidas por essas plataformas, bem como a natureza dos conteúdos para a definição dos parâmetros de proteção e controle.⁴⁰⁵ Nessa linha, a diferenciação entre os valores das expressões pode ser especialmente útil para guiar eventuais regulações dessas instituições e suas atividades.

Seja como for, a realidade funcional dos provedores de busca e o papel social que desempenham atualmente são fatores suficientes para justificar a extensão da proteção constitucional da Primeira Emenda para essas atividades informacionais. Não é exagero dizer que sem essas plataformas a dinâmica atual de uso da internet não existiria e muitas informações, inclusive aquelas de natureza inteiramente política, não seriam facilmente acessadas. Os provedores de busca são, por isso, peças essenciais para a construção da esfera pública contemporânea.⁴⁰⁶

Apesar disso, a importação para essas instituições da proteção acentuada concedida pela Primeira Emenda aos jornais impressos não parece ser adequada. A natureza dessas plataformas justifica uma configuração protetiva específica, muito mais nos moldes definidos para a TV a cabo em *Turner* do que aos jornais em *Tornillo*. E, nessa linha, se for o caso de apostar em uma interpretação analógica, um modelo muito mais adequado seria equivalente ao

⁴⁰³ Sobre o método e seus usos no sistema do *common law*, conferir: SUNSTEIN, Cass. On Analogical Reasoning, **Harvard Law Review**, vol.106, nº 3, p.741-791, 1992.

⁴⁰⁴ WHITNEY; MARK SIMPSON, Search Engines and Free Speech Coverage, p. 42.

⁴⁰⁵ Os autores tecem essas considerações pautados em duas teorias democráticas da liberdade de expressão, o que os fazem sugerir a diferenciação entre os processos comunicativos políticos dos comerciais como critério para definir quando incide a proteção constitucional (*Ibid.*, p. 44-47).

⁴⁰⁶ Nesse sentido, Robert Post recupera a história de surgimento e consolidação da imprensa moderna para demonstrar que os mesmos pressupostos sociais e jurídicos estão presentes em relação às plataformas de busca online: POST, Robert C., Data Privacy and Dignitary Privacy: Google Spain, the Right To Be Forgotten, and the Construction of the Public Sphere, **Duke Law Journal**, v. 67, p. 981-1072, 2018.

regramento de uma biblioteca e suas regras de acesso e uso de materiais. Os provedores de busca estão muito mais próximos de distribuidores do que editores.

2.1.3.2. Avaliação da restrição e seus parâmetros

O enquadramento das plataformas de busca online na categoria protetiva dos editores gera sérias limitações ao reconhecimento do direito ao esquecimento na internet. Nessa perspectiva, a definição de quaisquer obrigações de retirada, desindexação ou reestruturação de conteúdos direcionada aos buscadores online significaria uma imposição de veicular opiniões – pois a não manifestação de um posicionamento ou compartilhamento de um fato também consiste em formas expressão de opiniões - com as quais não concordam e, por isso, essas exigências seriam manifestamente inconstitucionais.

Contudo, mesmo uma proteção constitucional diferente e mais suscetível de regulações, nos moldes definidos em *Turner* ou *Red Lion*, não permitiria o reconhecimento do direito ao esquecimento destinado a promover desindexações em provedores de pesquisa.

A aplicação do direito ao esquecimento sempre implica uma restrição baseada no conteúdo da expressão e da informação. Afinal, sua materialização nem mesmo significa a desindexação genérica de um tema específico. Seja algo desatualizado ou estritamente pessoal, seu efeito recairá sobre uma informação específica que está em domínio público e, por isso, muitas vezes será uma restrição baseada também no ponto de vista.

O direito ao esquecimento enseja, assim, um controle rigoroso de constitucionalidade (*strict scrutiny*), pelo qual pouquíssimas normas conseguem sobreviver. A declaração de inconstitucionalidade é praticamente certa. Uma rota de fuga desta conclusão existiria quando houvesse um “perigo real e iminente”, o que, no entanto, não integra os casos típicos de aplicação do direito ao esquecimento.

Além da restrição quanto ao conteúdo, existe falta de parâmetros normativos para a fundamentação desse direito. Geralmente essa prerrogativa jurídica encontra bases sólidas nos regimes de privacidade e proteção de dados pessoais. Mas o ordenamento estadunidense não oferece tais fundações.

Não existe uma legislação geral de proteção de dados no país, muito menos um direito fundamental nesse sentido.⁴⁰⁷ Embora exista proteção jurídica da privacidade, ela não alcança as exigências audaciosas do direito ao esquecimento. O direito a privacidade não está expresso na Constituição norte-americana, no entanto, a Suprema Corte reconheceu a existência constitucional implícita desse direito, pois diversas garantias da Declaração de Direitos criam “zonas de privacidade”.⁴⁰⁸

Todavia, a noção de privacidade que permeia o sistema normativo social e jurídico estadunidense não abarca a prerrogativa de controle informacional individual,⁴⁰⁹ o qual é elemento necessário para a construção de uma justificativa de supressão de informações verídicas e de domínio público. Privacidade está muito mais vinculada, nesse país, com a dicotomia entre sociedade e indivíduo e o respectivo direito de “ser deixado só” em relação a comunidade, o que engloba diversas situações e prerrogativas da vida privada, como os dilemas de práticas abortivas,⁴¹⁰ mas não alcança o domínio informacional sobre a esfera pública e os atos comunicativos.

Dogmaticamente, o corpo jurisprudencial da Suprema Corte indica que quando as informações estão em domínio público não existe justificativa para uma restrição à liberdade de expressão, mesmo no caso de fatos privados ou desatualizados.⁴¹¹ O direcionamento é para a promoção de medidas preventivas que impeçam a divulgação da informação, pois se alcançar o domínio público, não existem motivos para sancionar sua utilização.⁴¹² Por tudo isso, o direito ao esquecimento na internet não encontra um terreno fértil nas terras adubadas pelos parâmetros da liberdade de expressão do Tio Sam.

⁴⁰⁷ MEG LETA AMBROSE; JEF AUSLOOS, *The Right to Be Forgotten Across the Pond*, p. 8–9; BODE; JONES, *Do Americans Want a Right to be Forgotten?*, p. 5–6.

⁴⁰⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte. **Griswold v. Connecticut**, 1965.

⁴⁰⁹ Nesse sentido, conferir: WHITMAN, James Q. *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty*. **The Yale Law Journal**, v.113, p. 1151-1221, 2004, p.1160-1164. Sobre as inconsistências da relação entre controle informacional e privacidade, ver: ALLEN, Anita L. *Privacy-as-Data Control: Conceptual, Practical, and Moral Limits of the Paradigm*. **Connecticut Law Review**, vol.32, p.861-875, 2000.

⁴¹⁰ Sobre as práticas sociais englobadas pelo direito à privacidade e seus dilemas conceituais, ver: SOLOVE, Daniel J., **Understanding Privacy**, Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 165–170.

⁴¹¹ Nesse sentido, conferir: ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Oklahoma Publishing v. District Court**, 1977; ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Smith v. Daily Mail**, 1979; ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Florida Star v. B.J.F.**, 1989.

⁴¹² Nesse sentido: ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Cox Broadcasting v. Cohn**, 1975. Para uma crítica em face da era digital, sob o argumento de que os pressupostos que sustentam o precedente estão prejudicados, ver SUNSTEIN, **On rumors**, p. 47–49.

2.2.O Sistema Europeu

2.2.1. Aspectos gerais e níveis de proteção

Ao cruzar o oceano Atlântico, encontra-se um continente composto por culturas muito diferentes da norte-americana e, por isso, com distintas formas de regulação do ciberespaço além de uma estrutura normativa divergente de proteção da liberdade de expressão.⁴¹³ A investigação dessa diversidade propicia valorosas lições sobre os desafios impostos pela era digital ao exercício dessa liberdade.

O regime jurídico europeu é complexo e tem uma estrutura multinível. Para além dos ordenamentos jurídicos particulares dos estados europeus, existem o sistema regional de proteção dos direitos humanos (âmbito do Conselho da Europa) e o regime jurídico da União Europeia. Apesar de usufruírem de certa autonomia normativa formal, existe, na prática, uma influência recíproca entre os sistemas.⁴¹⁴

O Conselho da Europa foi fundado pouco tempo depois do término da Segunda Guerra Mundial, em 05 de maio de 1949. Composto por 47 Estados-membros, é a mais antiga instituição europeia em funcionamento e a principal organização de direitos humanos no continente.⁴¹⁵ Já em 1950, o Conselho adotou a Convenção Europeia de Direitos do Homem (CEDH) e pouco tempo depois também instituiu o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH).⁴¹⁶

Por sua vez, a União Europeia é uma comunidade transnacional de cooperação voltada para a integração econômica e política dos países europeus, a qual foi formalmente estabelecida em 1992 com o Tratado Maastricht. É composta por 27 Estados-membros atualmente e possui uma complexa estrutura institucional e normativa.⁴¹⁷ Dentre suas principais instituições, encontra-se o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), o qual possui competência para

⁴¹³ SCHAUER, Frederick, Freedom of expression adjudication in Europe and the United States: a case study in comparative constitutional architecture, *In: NOLTE, Georg (Org.), European and US Constitutionalism*, 1. ed. [s.l.]: Cambridge University Press, 2005, p. 49–53.

⁴¹⁴ Sobre as influências recíprocas entre os ordenamentos, conferir: MACHADO, Jónatas E.M., **Direito da União Europeia**, 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 43–47 e 76-77.

⁴¹⁵ Ver: Council of Europe: Who we are. Disponível em: <https://www.coe.int/en/web/about-us/who-we-are?desktop=true> Acesso em: 23/11/2020.

⁴¹⁶ Sobre seu funcionamento jurisdicional, conferir especialmente os artigos 19 e 34 da CEDH.

⁴¹⁷ As principais instituições políticas e jurídicas em constitutivas da União Europeia são: Conselho Europeu, Parlamento Europeu, o TJUE, o Conselho, a Comissão Europeia, o Banco Central Europeu e o Tribunal de Contas. Nesse sentido, conferir: MACHADO, **Direito da União Europeia**, p. 116–117.

dirimir os conflitos gerados no âmbito das normas da União, bem como uniformizar a interpretação desses parâmetros.⁴¹⁸

Pelo forte caráter econômico da União, a atuação do TJUE era restrita aos litígios dessa natureza e não decidia, portanto, questões relacionadas diretamente aos direitos humanos e fundamentais. Contudo, atualmente a proteção dessas normas é ponto central no funcionamento da União Europeia, a qual adotou, inclusive, um diploma específico sobre a temática no ano 2000: a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE). Desde a entrada em vigor desse diploma normativo, cada vez mais o TJUE tem julgado casos envolvendo esses direitos e liberdades.⁴¹⁹

Além da proteção no âmbito do Conselho da Europa e da União Europeia, os direitos fundamentais também possuem, como regra, proteção constitucional em nível nacional pelos Estados-membros. Será analisado na presente pesquisa a perspectiva germânica sobre o tema, pois, além de ser um importante contraponto ao modelo estadunidense, é um ordenamento de destaque no contexto mundial e do próprio continente europeu.

O modelo e estrutura dogmática de resolução de conflitos em direitos humanos e fundamentais da Alemanha é estudado e, por vezes, utilizado em diversos outros países e jurisdições.⁴²⁰ No contexto da própria Europa, as interpretações da jurisdição constitucional desse país e as pesquisas especializadas sobre o tema possuem influência e destaque na relação com as instituições europeias.⁴²¹

Diante desse cenário, serão analisados os principais casos e parâmetros sobre o exercício da liberdade de expressão no âmbito da internet e das tecnologias da informação. A ordem de exposição não foi estabelecida por um critério cronológico. A análise iniciará pelo sistema mais amplo, o Conselho da Europa. Depois, será explorado o caso que estabeleceu o direito ao esquecimento online no âmbito da União Europeia. Por fim, a investigação recairá sobre a recente legislação alemã que regulou as comunicações online e algumas de suas implicações.

⁴¹⁸ *Ibid.*, p. 529–532.

⁴¹⁹ *Ibid.*, p. 281–294. A produção de efeitos jurídicos da Carta teve início apenas em 2009.

⁴²⁰ Em relação a técnica constitucional de origem germânica conhecida como proporcionalidade e um panorama de sua incorporação e aplicação por outras jurisdições, conferir: BEATTY, David M., **The Ultimate Rule of Law**, Oxford: Oxford University Press, 2004.

⁴²¹ Sobre a interação entre o TEDH e as jurisdições constitucionais da Alemanha, França e Reino Unido na interpretação e aplicação dos direitos humanos e fundamentais, conferir: BJORGE, Eirik, National supreme courts and the development of ECHR rights, **International Journal of Constitutional Law**, v. 9, n. 1, p. 5–31, 2011.

2.2.2. O Conselho da Europa

2.2.2.1. Âmbito de proteção da liberdade de expressão na Carta Europeia dos Direitos do Homem

“Intervenção”, “prescrita por lei”, para a realização de “objetivos legítimos”, “necessária em uma sociedade democrática” e “margem de apreciação nacional” são locuções e termos corriqueiros utilizados pelo Tribunal de Estrasburgo para designar as etapas seguidas na fundamentação de suas decisões.⁴²²

Em que pese a instituição formalmente seguir uma metodologia decisória específica, os conteúdos de mérito analisado em cada umas das etapas frequentemente se confundem na prática. Isso indica uma estrutura procedimental mais aparente do que real, o que resulta em deficiências dogmáticas contumazes.⁴²³ Nessa linha, nem sempre o Tribunal define o âmbito de proteção do direito humano e fundamental antes de avaliar a intervenção. Essa conclusão é, muitas vezes, constatada pela simples inexistência de controvérsia entre as partes interessadas. Apesar desse cenário, alguns traços particulares do controle do exercício da liberdade de expressão pelo Tribunal serão identificados para permitir a melhor compreensão da análise dos casos decididos no contexto da era digital.

A liberdade de expressão está positivada exatamente com essa nomenclatura no artigo 10 da Convenção europeia. O parágrafo primeiro afirma que toda pessoa possui o direito à liberdade de expressão, o qual inclui a “liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras”.⁴²⁴

⁴²² CONTRERAS, Pablo, National discretion and international deference in the restriction of human rights: a comparison between the jurisprudence of the European and inter-american Court of human rights, **Northwestern journal of international human rights**, v. 11, n. 28, p. 28–82, 2012, p. 38.

⁴²³ Para uma análise da dificuldade do TEDH em delimitar elementos doutrinários sólidos de aplicação dos direitos humanos e de avaliação das respectivas restrições no âmbito da liberdade de expressão, ver: BAKIRCIÖGLU, Onder, The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases, **German Law Journal**, v. 8, n. 7, p. 711–733, 2007, p. 719 e 730. Para uma crítica da aplicação da proporcionalidade pelo TEDH em um caso de liberdade de expressão, conferir: KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. **The constitutional Structure of proportionality**. Oxford: University Press, 2012. p. 149-165

⁴²⁴ Art. 10. 1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os

Por sua vez, o parágrafo segundo abre espaço para a possibilidade de estabelecimento de uma diversidade de limitações ao direito que sejam necessárias para alcançar fins como a segurança nacional, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, bem como para impedir a divulgação de informações confidenciais.⁴²⁵ Vale ressaltar que a Convenção expressamente autoriza os Estados a praticarem censura prévia, na medida em que podem “submeter as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia”.

O Tribunal reafirmou e clarificou os preceitos do artigo 10 em diversas oportunidades. Em um dos primeiros casos sobre a liberdade de expressão, reafirmou-se a relação do alcance de sua proteção jurídica com um de seus principais fundamentos políticos: o funcionamento da democracia. Na mesma oportunidade, o Tribunal considerou que a proteção da liberdade de expressão alcança ideias ou informações que “ofendam, choquem ou perturbem o Estado ou qualquer setor da população”.⁴²⁶

Além disso, a proteção da Convenção engloba dois aspetos importantes. Primeiro, ela não está restrita ao conteúdo divulgado, mas alcança também seus meios de transmissão.⁴²⁷ Em segundo lugar, o artigo 10 engloba, para o Tribunal, o direito de emitir e de receber informações e opiniões, o que protege, conseqüentemente, tanto o polo ativo quanto o passivo das comunicações.⁴²⁸

O Tribunal, em certas circunstâncias específicas do caso concreto, deriva dos direitos humanos obrigações positivas ou deveres de tutela direcionados aos Estados, inclusive no campo da liberdade de expressão. Se, por exemplo, determinado Estado não tomou medidas

Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia.

⁴²⁵ Art. 10. 2. O exercício desta liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.

⁴²⁶ CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos, **Handyside v Reino Unido**, 1976, ambas as relações no parágrafo 48.

⁴²⁷ CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **Autronic v. Switzerland**, 1990, parágrafo 47.

⁴²⁸ CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **Társaság a Szabadságjogokért v. Hungary**, 2009, parágrafo 26.

para proteger jornalistas de ataques constantes, então poderá ter violado a liberdade de expressão.⁴²⁹

Em relação a avaliação das restrições, o Tribunal adota uma postura cautelosa de atuação, especialmente quando todas as instâncias judiciais nacionais decidiram sobre a questão. As fundamentações das decisões nacionais são quase sempre consideradas e, não raras vezes, o Tribunal europeu adota uma posição de deferência para com elas. Os critérios normativos e metodológicos que formalizam essa abordagem jurisprudencial compõem a chamada “doutrina da margem de apreciação”.

Tal abordagem pode ser definida como “uma latitude que um governo desfruta ao avaliar situações factuais e ao aplicar as disposições enumeradas em tratados internacionais de direitos humanos”.⁴³⁰ Para identificação desse espaço, o Tribunal utiliza a técnica da proporcionalidade. Ambas as noções são duas faces de uma mesma moeda, pois o teste da proporcionalidade deve ser caracterizado como um instrumento de “correção e restrição” da margem atribuída aos Estados.⁴³¹

Um dos fatores que influenciam a aplicação da doutrina da margem de apreciação consiste na existência de certa uniformidade no sentido atribuído ao direito fundamental e às categorias restritivas expressas nos dispositivos, como por exemplo os fundamentos da moralidade pública ou da honra.⁴³² Para fins de investigação científica, isso faz da jurisprudência do Tribunal uma fonte formidável para procedimentos descritivos, na medida em que permite vislumbrar as nuances de diversas jurisdições na aplicação de conceitos abstratos dos direitos fundamentais, incluindo a liberdade de expressão.

Banhado pela lógica da doutrina da margem de apreciação, o corpo jurisprudencial do Tribunal indica que a proteção da liberdade de expressão depende de uma série de elementos qualitativos do caso concreto. A espécie do objetivo almejado com a restrição, o conteúdo da

⁴²⁹ Nesse sentido, conferir: CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos, **Gundem v. Turkey**, 2000.

⁴³⁰ TAKAHASHI, Yutaka Arai. **The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR**. Oxford: Intersentia, 2002. p. 2

⁴³¹ *Ibid.*, p. 14.

⁴³² Para um panorama completo das interpretações dos conceitos indeterminados das restrições pela jurisprudência, conferir: CONTRERAS, National discretion and international deference in the restriction of human rights: a comparison between the jurisprudence of the European and inter-american Court of human rights, p. 44-54.

expressão (moral, política, artística ou comercial) e as características das restrições direcionam a análise da proporcionalidade.⁴³³

Os direitos convencionais são dotados de igualdade normativa abstrata para o Tribunal, ou seja, nenhum possui prioridade sobre o outro nos termos da Convenção. Eventuais conflitos, como em relação ao direito de privacidade, devem ser dirimidos concretamente (“caso a caso”). No entanto, algumas tendências podem ser observadas.

Discursos de natureza política são essenciais para os processos democráticos e, por isso, o Tribunal dificilmente concede uma margem de apreciação quando essa categoria entra em cena.⁴³⁴ Por outro lado, discursos de ódio são considerados perigosos para a democracia e seus pressupostos. Os Estados possuem, portanto, uma margem maior para regular essa categoria comunicativa.⁴³⁵ O problema é a diferenciação prática entre os discursos de ódio e os políticos. O próprio Tribunal já considerou atos de cunho informativo relacionados a grupos racistas como discurso político e, portanto, protegidos contra a punição dos Estados-membros.⁴³⁶

A proteção da privacidade e moralidade está naquela zona intermediária, onde parâmetros dogmáticos são ainda mais escassos.⁴³⁷ Os parâmetros morais, por exemplo, são de difícil uniformização e identificação, o que justifica uma flexibilização da proteção da liberdade de expressão. Até mesmo em casos típicos de incidência dessa liberdade, como críticas artísticas ou políticas às religiões dominantes, restrições em nome da moralidade pública foram admitidas pelo Tribunal.⁴³⁸

A conclusão dessa breve análise da proteção concedida em âmbito do Conselho da Europa é de que os parâmetros normativos são flexíveis e refletem mais os pontos nos quais existem uma maior uniformidade entre os países europeus. Por isso, apesar de auxiliar na

⁴³³ BAKIRCIÖGLU, *The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases*, p. 722. Interessante notar que existem categorias semelhantes aquelas utilizadas pela tradição jurídica estadunidense. No entanto, enquanto os norte-americanos se recusam a aceitar um modelo decisório sustentado pela lógica da ponderação, o TEDH utiliza as categorias mencionadas como argumentos e fatores a serem “pesados” na balança da proporcionalidade.

⁴³⁴ CONTRERAS, *National discretion and international deference in the restriction of human rights: a comparison between the jurisprudence of the European and inter-american Court of human rights*, p. 46.

⁴³⁵ BAKIRCIÖGLU, *The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases*, p. 726–727.

⁴³⁶ CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **Jersild v. Denmark**, 1994.

⁴³⁷ CONTRERAS, *National discretion and international deference in the restriction of human rights: a comparison between the jurisprudence of the European and inter-american Court of human rights*, p. 50–51.

⁴³⁸ BAKIRCIÖGLU, *The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases*, p. 727.

compreensão dos problemas gerados no campo da liberdade de expressão, a jurisprudência desse Tribunal deve ser utilizada com cautela nas reflexões dogmáticas e de direito comparado.

2.2.2.2. A responsabilidade civil dos provedores por conteúdo de terceiros

O Tribunal Europeu teve diversas oportunidades de julgar casos sobre a liberdade de expressão e seus limites relacionados com comunicações online.⁴³⁹ Todavia, a definição do sentido e extensão dessa liberdade no ambiente digital e a avaliação dos respectivos limites regulatórios específicos de controle de conteúdo, foram enfrentados em três casos principais.

O primeiro, *Ahmet Yildirim v. Turquia*,⁴⁴⁰ é de 2012. Yildirim possuía um site administrado e hospedado pela plataforma especializada do Google (*Google Sites*) pelo qual compartilhava seus trabalhos acadêmicos e divulgava suas opiniões sobre diversos temas e assuntos. Em 2009, o Poder Judiciário nacional, com base na acusação de que Yildirim constantemente insultava a memória de Atatürk (um ex-presidente do país), emitiu uma ordem de bloqueio do site. No entanto, a medida foi mais ampla e bloqueou o acesso a todos os sites hospedados pelo Google, pois foi considerado o único meio adequado para evitar a disseminação do conteúdo.⁴⁴¹

A segunda seção do Tribunal de Estrasburgo considerou que a Turquia violou o direito à liberdade de expressão. Embora a violação tenha derivado da falta de clareza e previsibilidade da lei nacional, na construção do caminho a essa conclusão, a decisão tece considerações sobre a liberdade de expressão.

Após um inventário de recomendações e parâmetros internacionais sobre a importância dessa liberdade no contexto digital e da necessidade de consolidação de uma e-democracia, o Tribunal concluiu que a internet “se tornou um dos principais meios para os indivíduos exercerem hoje o seu direito à liberdade de expressão”, uma vez que “oferece

⁴³⁹ Dentre outros, em razão da diversidade temática e semelhança com disputas tradicionais, conferir: CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **Neij and Sunde Kolmisoppi v. Sweden**, 2013; CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **Couderc and Hachette Filipacchi Associés v. France**, 2015; CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **Fürst-Pfeifer v Austria**, 2016; CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **M.L. and W.W. v. Germany**, 2018; CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **Catt v. The United Kingdom**, 2019.

⁴⁴⁰ CONSELHO DA EUROPA, Tribunal Europeu de Direitos Humanos, **Ahmet Yildirim v. Turquia**, 2012.

⁴⁴¹ *Ibid.*, parágrafos 7–13.

ferramentas essenciais para a participação em atividades e debates relacionados às questões políticas ou de interesse coletivo”.⁴⁴²

O Poder Público turco bloqueou amplamente o acesso ao Google Sites até que ocorresse uma decisão definitiva de mérito ou o conteúdo fosse retirado, o que configura, no entendimento do Tribunal, uma censura prévia. Apesar dessa modalidade de restrição não ser expressamente vedada pela Convenção, sua avaliação sempre deve ser rigorosa.

A censura prévia, no caso, significou uma ingerência na liberdade de expressão na medida em que interferiu no acesso à internet de forma ampla.⁴⁴³ Não só Yıldırım ficou impossibilitado de acessar seu próprio site, mas também uma quantidade massiva de informações ficaram inacessíveis ao público, o que gerou efeitos colaterais nos direitos dos demais usuários da internet⁴⁴⁴

Além da interferência no exercício da liberdade de expressão, o Tribunal avaliou a qualidade da lei. Identificou-se que a norma nacional era imprecisa e permitiu a responsabilização da plataforma do Google sem nem mesmo uma notificação prévia nesse sentido.⁴⁴⁵ A norma não possibilitava previsibilidade de seus efeitos pelos envolvidos, seja o Google ou Yıldırım.

*Delfi AS v. Estonia*⁴⁴⁶ é o segundo caso. A decisão se tornou um importante precedente na temática não apenas pelo detalhamento de argumentos colocados por terceiros interessados e pelo próprio Tribunal, mas porque foi julgado pelo plenário.⁴⁴⁷ Delfi era uma das maiores plataformas online de notícias da Estônia. Aproximadamente 330 novos artigos de notícias eram publicados por dia, os quais geravam uma média de 10.000 comentários de usuários.⁴⁴⁸

A plataforma mantinha um sistema de moderação dos comentários de usuários.⁴⁴⁹ Existia uma política de boas práticas e um sistema de *notice and takedown*, no qual o ofendido

⁴⁴² *Ibid.*, parágrafo 54. Tradução livre de: “*Nevertheless, the fact that the effects of the restriction in issue were limited does not diminish its significance, especially since the Internet has now become one of the principal means by which individuals exercise their right to freedom of expression and information, providing as it does essential tools for participation in activities and discussions concerning political issues and issues of general interest*”.

⁴⁴³ *Ibid.*, parágrafos 52–53.

⁴⁴⁴ *Ibid.*, parágrafo 66.

⁴⁴⁵ *Ibid.*, parágrafos 62–63.

⁴⁴⁶ CONSELHO DA EUROPA, Tribunal Europeu de Direitos Humanos, **Delfi AS v. Estônia**, 2015.

⁴⁴⁷ O TEDH reconhece ser a primeira vez que o plenário (*Grand Chamber*) julgará um caso envolvendo o impacto das especificidades das novas tecnologias para o exercício da liberdade de expressão (*Ibid.*, parágrafo 111).

⁴⁴⁸ *Ibid.*, parágrafos 11–12.

⁴⁴⁹ *Ibid.*, parágrafos 13–14.

fazia um pedido e rapidamente o respectivo conteúdo era excluído. Além disso, Delfi utilizava um sistema para retirada automática de sentenças inadequadas ou obscenas.

Em 2006, foi publicado um artigo crítico sobre as atividades exercidas por uma empresa de balsas do país. O texto recebeu 185 comentários de leitores. Vinte deles foram direcionados à L., membro do conselho fiscal da SLK e acionista único ou majoritário da empresa, os quais foram considerados ofensivos ou intimidadores. Por isso, L. notificou a plataforma de notícias para que promovesse a retirada dos comentários apontados, bem como para pagamento de uma indenização no valor equivalente a 32.000,00 euros.⁴⁵⁰

Delfi retirou os comentários, mas se recusou a pagar. O empasse foi levado aos tribunais nacionais. Condenada ao pagamento em segunda instância, a plataforma recorreu à Suprema Corte do país, a qual não conheceu do recurso, mas fez comentários em sua decisão de inadmissibilidade.⁴⁵¹ O caso foi levado até o Tribunal de Estrasburgo.

O primeiro aspecto da decisão a ser pontuado é o enquadramento da veiculação de conteúdo de terceiros por uma plataforma como atividade semelhante àquelas exercidas por instituições jornalística e o respectivo controle editorial. Na esteira das considerações da própria Suprema Corte da Estônia, o Tribunal europeu considerou acertado o tratamento jurídico semelhante entre a plataforma digital e a imprensa tradicional na medida em que ambas buscam auferir ganhos econômicos com a produção e divulgação de conteúdo.⁴⁵² Tal aproximação conduziu toda a fundamentação da decisão.

No geral, o Tribunal seguiu sua metodologia decisória consagrada, composta da verificação de interferência no direito, análise da reserva legal, dos interesses perseguidos e, por fim, avaliação da proporcionalidade e da margem de apreciação da medida interventiva. A interferência no direito e a legitimidade dos fins perseguidos foram presumidas, pois não existia controvérsia entre as partes.

A responsabilidade da plataforma foi reconhecida em nível nacional com base na Constituição e na legislação civil da Estônia. Apesar de afirmar ter ciência da tendência global de criação de legislações específicas para tutelar as plataformas e serviços baseados na internet

⁴⁵⁰ *Ibid.*, parágrafo 18.

⁴⁵¹ *Ibid.*, parágrafos 21–31.

⁴⁵² *Ibid.*, parágrafos 112 e 126.

em razão de suas peculiaridades, o Tribunal europeu considerou que a utilização da legislação ordinária do país foi adequada e cumpriu as exigências de clareza e previsibilidade.⁴⁵³

A avaliação da interferência por meio da aplicação da proporcionalidade foi realizada com base em quatro eixos centrais. O primeiro deles foi o contexto da publicação e do litígio. Delfi foi considerada muito mais do que um provedor de serviços passivo e puramente técnico, pois moderava constantemente os conteúdos.⁴⁵⁴ Embora os comentários sejam na maioria equilibrados e ponderados, a plataforma falhou em não deletar o conteúdo prontamente e de ofício.⁴⁵⁵

Em segundo lugar, o Tribunal fez considerações sobre a possibilidade concreta de demandar os próprios ofensores que publicaram comentários em *Delfi*. Depois de fazer considerações sobre a proteção do anonimato online, concluiu que o fato da plataforma permitir comentários anônimos e sua posição econômica privilegiada, pesavam a favor de sua responsabilização por conteúdo de terceiros.⁴⁵⁶

O terceiro ponto se refere ao dever de remoção de ofício de comentários ofensivos. O Tribunal considerou que um sistema eficiente de “notificação e retirada” é, como regra, suficiente para proteção dos direitos de personalidade dos indivíduos. No entanto, como o caso envolvia discursos de ódio e ameaças diretas, os Estados-membros possuem uma margem de apreciação para exigirem das plataformas medidas rápidas e efetivas de remoção, mesmo sem aviso prévio dos interessados.⁴⁵⁷

Por fim, o Tribunal considerou que não houve desproporcionalidade ou abuso na aplicação da indenização por danos imateriais. Em sua análise, considerou-se que a imposição da penalidade é justificada pelo porte econômico da empresa e, nessa linha, casos semelhantes que envolveram empresas menores não ensejaram essa condenação. Além disso, a condenação não teve o condão de afetar o modelo de negócio da plataforma, a qual continuou crescendo e possui, no momento do julgamento, uma equipe especializada para promover as moderações. Com tais considerações, o Tribunal julgou não haver violação à liberdade de expressão.

⁴⁵³ *Ibid.*, parágrafo 128.

⁴⁵⁴ *Ibid.*, parágrafos 144–146.

⁴⁵⁵ *Ibid.*, parágrafos 141 e 144.

⁴⁵⁶ *Ibid.*, parágrafos 147–151.

⁴⁵⁷ *Ibid.*, parágrafos 152–159.

O terceiro precedente, *MTE & Index.hu Zrt v. Hungary*,⁴⁵⁸ foi gerado por um litígio semelhante ao *Delfi* e foi largamente influenciado pelos critérios dogmáticos estabelecidos naquela oportunidade. O caso envolveu duas plataformas digitais húngaras. A primeira estava vinculada a uma instituição privada de autorregulação dos provedores húngaros de conteúdo da internet, enquanto a segunda consistia em um dos maiores portais de notícias do país.

Ambas permitiam comentários de usuários registrados nos sites, os quais não eram editados ou moderados previamente.⁴⁵⁹ Existia também um sistema de notificação e retirada em ambas as plataformas. Em 2010, a primeira instituição (MTE) publicou um artigo criticando dois websites comerciais de agirem antiteticamente. O fato foi noticiado e compartilhado pela plataforma de notícias *Index.hu*, onde um usuário supostamente ofendeu, por meio de um pseudônimo, as empresas criticadas pelo artigo.

A empresa detentora de ambos os sites processou civilmente as duas plataformas digitais (MTE e *Index.hu*) e, apesar dos conteúdos terem sido excluídos, obteve sucesso. A Corte Constitucional húngara não conheceu do recurso e o caso chegou ao Tribunal europeu.⁴⁶⁰ Apesar de ter procedido uma análise sistematicamente semelhante ao estabelecido em *Delfi*, o Tribunal entendeu ser essa uma situação distinta, pois não envolvia discursos de ódio ou ameaça direcionada contra um indivíduo. As questões de natureza comercial, na visão do TEDH, podem ser satisfatoriamente protegidas por um sistema de notificação e retirada de conteúdo.⁴⁶¹

Embora o Tribunal de Estrasburgo caminhe dentro das categorias e parâmetros de flexibilidade de sua jurisprudência e mantenha certa coerência nos casos sobre a responsabilidade das plataformas, alguns pontos críticos devem ser sucintamente levantados. Considerações importantes nesse sentido são feitas nas próprias razões dos votos dissidentes no caso *Delfi*, que inclusive menciona as questões das novas formas de regulação teorizada por Balkin.

Duas são especialmente importantes para o problema da responsabilização dos provedores e a liberdade de expressão. Em primeiro lugar, foi parcialmente levantada pelos votos dissidentes o problema da falta de clareza e previsibilidade da lei interveniente.⁴⁶² Em

⁴⁵⁸ CONSELHO DA EUROPA, Tribunal Europeu de Direitos Humanos, **Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.hu Zrt v. Hungary**, 2016.

⁴⁵⁹ *Ibid.*, parágrafos 5–9.

⁴⁶⁰ *Ibid.*, parágrafos 15–25.

⁴⁶¹ *Ibid.*, parágrafo. 91.

⁴⁶² CONSELHO DA EUROPA, **Delfi AS v. Estônia**, 2015, votos dissidentes, parágrafos. 17–21.

razão do já analisado terreno desconhecido da internet e das tecnologias digitais, é comum que as iniciativas regulatórias sejam específicas e desenhadas para os problemas dessa nova realidade, oportunidade na qual serão definidas e direcionadas uma série de questões como a natureza das plataformas, seus deveres e responsabilidade.⁴⁶³

Nesse aspecto, o que a jurisdição nacional e o TEDH fizeram no contexto do caso *Delfi* foi condenar uma organização de comunicação social por um serviço novo e sem definição legal específica. A decisão foi pautada no regime geral de responsabilidade civil estabelecido no Código Civil da Estônia.

São elucidativos, ainda nessa linha, os apontamentos feitos pelos juízes dissidentes de que as próprias instâncias nacionais não tiveram uniformidade sobre qual modalidade de responsabilidade civil aplicar, bem como o fato de que as livrarias e distribuidores não eram responsáveis como editores pelo regime vigente de responsabilidade (envolveria, mesmo que de forma indireta, uma disputa para saber a natureza dessas plataformas).⁴⁶⁴

Em segundo lugar, a decisão exigiu uma atuação extremamente ostensiva das plataformas, pois, na prática, considerou que deveriam monitorar e prevenir os conteúdos ilícitos antes mesmo da publicação ou de forma rápida por alguma técnica de filtragem, mesmo sem notificação da parte interessada. Essa exigência se torna evidente pelo fato de a plataforma ter retirado os conteúdos prontamente após a notificação e mesmo assim ser responsabilizada.⁴⁶⁵ Em um paralelo com o modelo alemão que será analisado em breve e possui vários problemas em face da liberdade de expressão, a decisão em *Delfi* é ainda mais extrema, pois a norma germânica pelo menos exige uma notificação prévia dos interessados.

⁴⁶³ Para uma ampla investigação nesse sentido, ver: GASSER, Urs; SCHULZ, Wolfgang, *Governance of Online Intermediaries: Observations from a Series of National Case Studies*, **Berkman Center Research**, n. 5, 2015.

⁴⁶⁴ CONSELHO DA EUROPA, **Delfi AS v. Estônia**, 2015, votos dissidentes, parágrafo 20.

⁴⁶⁵ Alguns dos juízes do TEDH a favor da não violação da liberdade de expressão afirmaram que existiam duas possibilidades de interpretação da decisão nacional de responsabilização e aquela razoável e proporcional e, portanto, adotada pelo TEDH é a consideração da negligência em não ter removido em um período razoável. Essas considerações fazem pouco diferença na prática, pois esse entendimento exige prática de filtragem constante da mesma forma. *Ibid.*, votos concorrentes, parágrafo 4-6.

2.2.3. A União Europeia

2.2.3.1. Proteção de dados, desindexação de resultados e o direito ao esquecimento online

Uma das normas elementares da União estabelecida pela CDFUE possui como objeto a proteção de dados pessoais.⁴⁶⁶ Por isso, na seara dos direitos fundamentais, a proteção de dados é uma das matérias mais recorrentes enfrentadas pelo TJUE. Um desses casos teve uma excepcional notoriedade internacional e gerou consequências dogmáticas importantes para a proteção da liberdade de expressão.

Frequentemente apelidado como o “caso que nunca será esquecido”,⁴⁶⁷ *Google Spain v. González*⁴⁶⁸ é o marco normativo da primeira – talvez a mais importante - concretização do direito ao esquecimento específica para o contexto da internet.⁴⁶⁹ Apesar do reconhecimento internacional do caso para o tema, vale notar que o termo “direito ao esquecimento” não é utilizado nenhuma vez pelo Tribunal, mas apenas três vezes nas peças processuais das partes interessadas.⁴⁷⁰

Em 1998, uma das edições do *La Vanguardia Ediciones SL*, um jornal de grande circulação da Catalunha, anunciava a venda de um imóvel em hasta pública para pagamento de dívidas à Seguridade Social espanhola. Dezesesseis anos depois essa notícia chamou muito mais atenção do que quando foi originalmente publicada.

Mario Costeja González, proprietário do imóvel à época e devedor da Seguridade Social, acionou o Google perante o TJUE em um processo diretamente ligado com a notícia de 1998. Ao inserir o nome de González na plataforma de pesquisa do Google, a notícia do *La*

⁴⁶⁶ Artigo 8º. 1. Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito. 2. Esses dados devem ser objeto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respetiva retificação. 3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente.

⁴⁶⁷ POWLES, Julia. The Case that won't be forgotten, *Loyola University Chicago Law Journal*, vol.47, p.583-615, 2015.

⁴⁶⁸ UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça da União Europeia, *Google Spain v. González*, 2014.

⁴⁶⁹ Tribunais de outros países já estabeleceram que o direito ao esquecimento aplicado à internet implica também na retirada e exclusão de conteúdos (FRAJHOF, *O direito ao esquecimento na internet: conceito, aplicação e controvérsias*, p. 32).

⁴⁷⁰ *Ibid.*, p. 36.

Vanguardia aparecia como um dos primeiros resultados. Sob o argumento de que o fato ocorrera há anos e não possuía mais pertinência na atualidade, o senhor Costeja requereu ao Google a desindexação de dois resultados obtidos por meio da busca online por seu nome.⁴⁷¹

O pedido envolvia a aplicação dos artigos 7º e 8º da CDFUE, bem como de dispositivos da Diretiva 95/46/CE, a qual instituiu o principal regime jurídico transnacional de proteção de dados pessoais vigente à época.⁴⁷² O Tribunal enquadrava a plataforma de pesquisa como controladora de dados na medida em que indexa, armazena, organiza e coloca à disposição informações disponíveis na internet⁴⁷³ e, portanto, submetida ao sistema de proteção de dados pessoais em suas atividades corriqueiras. Apesar da atividade de pesquisa do Google envolver o tratamento de outras informações além dos dados pessoais, todas previamente em domínio público, a plataforma ainda está vinculada aos direitos e obrigações da Diretiva.⁴⁷⁴

Embora o Tribunal tenha reconhecido que o Google tratava de forma adequada os dados e informações pessoais, foi estabelecido que em certas circunstâncias o indivíduo pode exigir a desindexação entre seus dados e resultados específicos de busca, mesmo quando envolva informações públicas e lícitas.⁴⁷⁵ O Tribunal considerou que plataformas de pesquisa podem fornecer um perfil “mais ou menos detalhado” dos indivíduos que não poderiam ser obtidos facilmente por outro meio.⁴⁷⁶

Essa capacidade de realizar um perfilamento (*profiling*) foi decisiva para o Tribunal considerar que a atividade exercida pelos provedores de busca pode afetar significativamente os direitos fundamentais à proteção de dados e à privacidade dos indivíduos.⁴⁷⁷ Com efeito, a desindexação foi considerada um mecanismo adequado para tutelar esses direitos sempre que as informações apresentadas como resultados de busca “forem inadequadas, não serem pertinentes ou já não serem pertinentes ou serem excessivas atendendo às finalidades do tratamento em causa realizado pelo operador do motor de busca”.⁴⁷⁸ O fundamento de tal

⁴⁷¹ *Ibid.*, parágrafo 7.

⁴⁷² A Diretiva foi derogada em 2018 pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados (2016/679), o qual possui princípios e diretivas semelhantes à sua antecessora.

⁴⁷³ UNIÃO EUROPEIA, *Google Spain v. González*, 2014, parágrafo 28.

⁴⁷⁴ *Ibid.*, parágrafos 26 e 30.

⁴⁷⁵ *Ibid.*, parágrafos 88 e 89.

⁴⁷⁶ *Ibid.*, parágrafo 80.

⁴⁷⁷ *Ibid.*, parágrafos 37 e 80.

⁴⁷⁸ *Ibid.*, parágrafo 94 (tradução oficial da UE para português).

prerrogativa foi extraído dos direitos de apagar dados pessoais e de objeção ao processamento de dados pessoais.⁴⁷⁹

Embora a Diretiva assegure exceções para fins jornalísticos, artísticos e literários,⁴⁸⁰ o Tribunal entendeu que as plataformas de busca online não são enquadradas nessas categorias comunicativas,⁴⁸¹ salvo quando veiculem algum site com informações dessa natureza. Foi estabelecido que os direitos à privacidade e proteção de dados prevalecem, como regra, em face do direito de acesso à informação dos internautas.⁴⁸² Exceções devem ser pautadas no interesse público envolvido, como a qualidade da informação ou condição do indivíduo na sociedade.

Após o julgamento, o Google criou um formulário online disponível aos domínios da Europa para processar pedidos de desindexação de resultados específicos relacionados com nomes dos indivíduos.⁴⁸³ Nesses casos, o Google irá “avaliar” os direitos de privacidade e o interesse público para determinar se irá promover a desindexação. Em 2018, cerca de 100 funcionários do Google trabalhavam integralmente para avaliar os pedidos.⁴⁸⁴

No relatório de transparência do próprio Google, foram feitas 985.889 solicitações de remoção que envolveram a avaliação de 3.862.531 URLs desde 29 de maio de 2014 até 29 de novembro de 2020. Desse montante de solicitações, 46,7% dos URLs foram removidos de fato.⁴⁸⁵ As solicitações de desindexação podem ser realizadas em face dos resultados de pesquisa do Google de toda Europa. A plataforma, no entanto, utiliza indicadores de geolocalização para restringir o acesso ao URL apenas dos usuários do país solicitante.

⁴⁷⁹ Conferir artigos 12 (b) e 14 (a) da Diretiva. De forma correspondente no GDPR, conferir os artigos 15, 17 (classificado expressamente como “direito a ser esquecido”) e 21.

⁴⁸⁰ Artigo 9º. Os Estados-membros estabelecerão isenções ou derrogações ao disposto no presente capítulo e nos capítulos IV e VI para o tratamento de dados pessoais efetuado para fins exclusivamente jornalísticos ou de expressão artística ou literária, apenas na medida em que sejam necessárias para conciliar o direito à vida privada com as normas que regem a liberdade de expressão.

⁴⁸¹ *Ibid.*, parágrafo 85.

⁴⁸² “Embora seja verdade que, regra geral, os direitos da pessoa em causa protegidos por esses artigos prevalecem também sobre o referido interesse dos internautas, este equilíbrio pode, todavia, depender, em determinados casos particulares, da natureza da informação em questão e da sua sensibilidade para a vida privada da pessoa em causa, bem como do interesse do público em dispor dessa informação, que pode variar, designadamente, em função do papel desempenhado por essa pessoa na vida pública” (*Ibid.*, parágrafo 81).

⁴⁸³ Google, “**Formulário de pedido de remoção de informações pessoais**”. Disponível em: https://www.google.com/webmasters/tools/legal-removal-request?complaint_type=rtbf&visit_id=637202230061146146-20083139&rd=1 Acesso em: 28/11/2020.

⁴⁸⁴ KULK, S.; BORGESIU, F., Freedom of Expression, and the Right to Be Forgotten in Europe. In: **E. Selinger, J. Polonetsky, & O. Tene (Eds.), The Cambridge Handbook of Consumer Privacy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p. 313.

⁴⁸⁵ Google, “**Solicitações de remoção de conteúdo com a lei de privacidade da EU**”. Disponível em: <https://transparencyreport.google.com/eu-privacy/overview> Acesso em: 29/11/2020.

2.2.3.2. Críticas e inconsistências normativas

Em uma análise crítica dos fundamentos e consequências jurídicas do caso *Google Spain*, Stefan Kulk e Frederik Borgesius afirmam que o dever de desindexação de conteúdo imposto às plataformas de busca interfere no exercício da liberdade de expressão de três formas.⁴⁸⁶

Primeiro, como os meios escolhidos para a transmissão de ideias e informações pertencem ao âmbito protetivo europeu da liberdade, os comunicadores terão seu direito restringido na medida em que suas mensagens não serão compartilhadas por um dos mais utilizados mecanismos de divulgação.

No outro lado da mesma moeda, os usuários da internet e da plataforma possuem direito de buscarem informações, o qual será afetado pela desindexação, como o próprio TJUE reconheceu. Existe um problema normativo adicional nesse aspecto. O entendimento se distancia qualitativamente dos parâmetros do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, porque estabelece uma hierarquia em abstrato entre direitos fundamentais quando afirma que a privacidade prevalece, em regra, em face do direito de acesso à informação.

O direito à liberdade de expressão, considerado pilar de funcionamento da democracia, passa ser a exceção sempre que envolver uma norma regulamentadora da privacidade ou da proteção de dados – e, atualmente, essas normas não são poucas. Na prática, o titular da liberdade de expressão passa a ter o ônus de provar a pertinência e necessidade do exercício de sua liberdade. Isso não só contraria a lógica histórica dos direitos fundamentais como prerrogativas jurídicas de resistência ao Estado, como mina a própria essência da liberdade de expressão que é de contestação social do *status quo*.

Por fim, a atividade de indexação exercida pelos buscadores e os respectivos resultados de busca podem ser consideradas uma espécie de expressão. Apesar de não fazer dessa atividade imune a toda e qualquer intervenção, assim como analisado no caso dos EUA, esse enquadramento exigirá justificativas viáveis e consistentes das políticas de controle dos processos que geram esses resultados.

⁴⁸⁶ KULK; BORGESIU, Freedom of Expression, and the Right to Be Forgotten in Europe, p. 315–318.

Em meio aos meandros gerados pelas tensões entre privacidade, proteção de dados e liberdade de expressão, o Tribunal joga a “batata quente” para as plataformas de pesquisa, as quais precisam decidir esses conflitos entre direitos fundamentais. Mas diferentemente da atividade jurisdicional construída pelos pilares do Estado democrático de direito, não se sabe com precisão os critérios e fundamentos utilizados por essas instituições privadas ao dirimir os conflitos.

Apesar de existir uma certa prestação de contas das plataformas e, no caso do Google, os índices apontarem para a inexistência de desindexações massivas e para uma certa razoabilidade nas decisões, ainda falta transparência em relação aos critérios e a natureza dos conteúdos retirados.⁴⁸⁷ É especialmente notável o alcance do caos gerado pela decisão quando até mesmo artigos sobre o direito ao esquecimento são objetos dos pedidos de desindexação.⁴⁸⁸

Uma das mais contundentes críticas ao encaminhamento dado pelo Tribunal à tensão entre os direitos e bens jurídicos presentes no caso *Google Spain* foi feita por Robert C. Post. Sua pesquisa e seus argumentos são direcionados para duas principais linhas críticas. Em primeiro lugar, o TJUE considera as plataformas de pesquisa apenas como manifestação de uma organização econômica voltada ao lucro. Sem desconsiderar isso, Robert Post realiza uma reconstrução histórica do surgimento da mídia tradicional e seu impacto na construção da esfera pública para concluir que os mesmos pressupostos e funções sociais estão presentes na atuação de provedores de pesquisa como o Google.⁴⁸⁹

A esfera pública é construída em cooperação com os espaços privados. O debate de ordem pública ocorre também indiretamente, por aqueles que não participam diretamente das decisões coletivas diárias ou aqueles em evidência nos noticiários, na medida em que notícias são vistas, lidas e, depois, debatidas no ambiente de trabalho, nos cafés, no clube e assim por diante.⁴⁹⁰ No século XIX, isso foi possível com a produção industrial em grande escala dos jornais impressos (*penny press*).⁴⁹¹ A imprensa foi a responsável por levar o espaço público para dentro do âmbito privado. A televisão e o rádio consolidaram esse processo no século XX.

⁴⁸⁷ KULK; BORGESIU, Freedom of Expression, and the Right to Be Forgotten in Europe, p. 314. Sobre um resumo das alegações de ONG’s e demais instituições especializadas, conferir: FRAJHOF, **O direito ao esquecimento na internet: conceito, aplicação e controvérsias**, p. 48–50.

⁴⁸⁸ PEGUERA, Miquel. No more right-to-be-forgotten for Mr. Costeja, says Spanish Data Protection Authority. **Center for Internet and Society** (03/10/2015). Disponível em: <http://cyberlaw.stanford.edu/blog/2015/10/no-more-right-be-forgotten-mr-costeja-says-spanish-data-protection-authority> Acesso em: 29/11/2020.

⁴⁸⁹ POST, Data Privacy and Dignitary Privacy: Google Spain, the Right To Be Forgotten, and the Construction of the Public Sphere, p. 1017–1046.

⁴⁹⁰ *Ibid.*, p. 1022–1024.

⁴⁹¹ *Ibid.*, p. 1018–1019.

Hoje, no século XXI, são as plataformas de pesquisa online que deram mais um passo nesse sentido.⁴⁹²

Identificar, copiar, organizar e listar informações de domínio público. O caráter jornalístico e público faz parte dos serviços prestados pelas plataformas de pesquisa. As empresas que operam e executam essas atividades o fazem para fins econômicos. No entanto, isso não retira, assim como no caso da imprensa e as mídias tradicionais, a função de comunicação social que desempenham. As plataformas devem, com efeito, ser enquadradas na exceção da Diretiva, diferente do que fez o Tribunal. Nesse contexto, Post ainda sugere que a dinâmica de mercado deve, sem dúvidas, ser controlada, mas não a dinâmica da comunicação social.⁴⁹³

Um ponto importante salientado pelo autor diz que o caso *Google Spain* não envolveu dados e informações coletadas diretamente pela organização para fins de oferecimento de serviços a seus usuários. O Google nem mesmo obteve acesso clandestino a outros servidores, privados ou públicos, para revelar informações desconhecidas pela sociedade. A plataforma apenas tratou dados e informações disponíveis no espaço público.⁴⁹⁴ Tal fato não apenas gera problemas normativos de aplicação dos termos da própria Diretiva,⁴⁹⁵ mas também leva à segunda linha argumentativa de Robert Post.

Em uma sociedade cada vez mais tecnológica e marcada pela ubiquidade informacional, na qual as mais diversas organizações burocráticas utilizam os mais variados dados para realizar uma vigilância constante⁴⁹⁶ e alcançar também uma melhor eficiência de mercado, os sistemas jurídicos de proteção de dados pessoais fazem sentido.⁴⁹⁷ No entanto, a lógica é diferente no âmbito da esfera pública. Se a proteção de dados pessoais for estendida para o espaço público por meio da ideia de autocontrole informacional, então o choque com a liberdade de expressão e a própria democracia será estrutural.⁴⁹⁸

⁴⁹² *Ibid.*, p. 1039–1046.

⁴⁹³ *Ibid.*, p. 1045–1046.

⁴⁹⁴ POST, Robert C., Privacy, Speech, and the Digital Imagination. *In*: POST, Robert C. (Ed.), **Free Speech in the Digital Age**, New York: Oxford University Press, 2019, p. 107.

⁴⁹⁵ POST, Data Privacy and Dignitary Privacy: Google Spain, the Right To Be Forgotten, and the Construction of the Public Sphere, p. 998–999.

⁴⁹⁶ *Ibid.*, p. 1003.

⁴⁹⁷ POST, Privacy, Speech, and the Digital Imagination, p. 107.

⁴⁹⁸ POST, Data Privacy and Dignitary Privacy: Google Spain, the Right To Be Forgotten, and the Construction of the Public Sphere, p. 1003–1005.

Um indivíduo que descreve sua experiência no aniversário do amigo ocorrido no dia anterior em seu blog possivelmente processará dados pessoais, mas não por uma finalidade burocrática específica. Afinal, as relações de amizade não são instrumentos burocráticos, assim como o amor e o lazer. Essas categorias são frutos da experiência humana e fazem parte da construção da esfera pública.⁴⁹⁹

Para Post, a ideia de controle informacional pelo qual um indivíduo pode retirar de circulação fatos que lhe dizem respeito quando bem entender é uma categoria normativa incompatível com os pressupostos de uma sociedade democrática.⁵⁰⁰ Trata-se de duas lógicas sociais distintas e, nesse sentido, não há que se falar nem mesmo em ponderação de valores ou bens, como fez o Tribunal, pois ambos são domínios sociais que se excluem mutuamente.⁵⁰¹

Apesar disso, o autor não defende uma liberdade comunicativa irrestrita. A proteção das informações relativas aos indivíduos na esfera pública deve ocorrer pela dinâmica daquilo que ele chamou de “*dignitary privacy*”,⁵⁰² que consiste apenas na concretização dos preceitos normativos e sociais da dignidade humana e do direito fundamental à privacidade.

A proteção historicamente determinada da privacidade não objetiva a tutela dos dados em si, mas sim a verificação se comunicações específicas são consistentes com as regras de civilidade que definem tanto os indivíduos como a própria comunidade.⁵⁰³ O direito ao esquecimento nos moldes aplicado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia é, por tudo isso, incompatível com a garantia da liberdade de expressão e os pressupostos de uma sociedade democrática.

⁴⁹⁹ POST, Privacy, Speech, and the Digital Imagination, p. 107–108.

⁵⁰⁰ POST, Data Privacy and Dignitary Privacy: Google Spain, the Right To Be Forgotten, and the Construction of the Public Sphere, p. 1005–1006.

⁵⁰¹ POST, Privacy, Speech, and the Digital Imagination, p. 110.

⁵⁰² POST, Data Privacy and Dignitary Privacy: Google Spain, the Right To Be Forgotten, and the Construction of the Public Sphere, p. 991–993.

⁵⁰³ POST, Privacy, Speech, and the Digital Imagination, p. 112.

2.2.4. O modelo alemão

2.2.4.1. As liberdades comunicativas e suas configurações normativas

O artigo 5, I da Lei Fundamental alemã assegura a todos o “direito de expressar e divulgar livremente a sua opinião por via oral, por escrito e por imagem”,⁵⁰⁴ bem como o direito de se auto informar livremente em “fontes de acesso geral”. São ainda garantidas a “liberdade de imprensa e a liberdade de informar através da radiodifusão e do filme”. E, por fim, o mesmo dispositivo finaliza com uma afirmação categórica: “não será exercida censura”.⁵⁰⁵

O dispositivo estabelece um sistema constitucional composto por cinco direitos fundamentais que objetivam assegurar a pluralidade de comunicações e a concorrência de conteúdos intelectuais.⁵⁰⁶ Parte da literatura especializada classifica esse conjunto de direitos como uma única “liberdade de comunicação”, sem, no entanto, desencadear efeitos normativos além daqueles assegurados separadamente por cada um deles.⁵⁰⁷ Por isso, a dogmática alemã utiliza o termo “liberdades comunicativas” para designar o conteúdo normativo da denominada “liberdade de expressão” no direito comparado, em especial no direito internacional e no direito constitucional norte-americano.

O inciso segundo do artigo 5º, por sua vez, estabelece uma reserva de lei qualificada para a instituição de restrições às liberdades do primeiro inciso. O dispositivo afirma que as liberdades comunicativas poderão ser limitadas pelas “disposições das leis gerais, os regulamentos legais para a proteção da juventude e o direito da honra pessoal”.⁵⁰⁸ A dogmática alemã dos direitos fundamentais foi construída pela intensa atuação do Tribunal Constitucional Federal (TCF) em diálogos e debates constantes com a literatura especializada.⁵⁰⁹ Nesse

⁵⁰⁴ Será utilizada a tradução de Aachen Assis Mendonça da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, com última atualização de 28 de março de 2019. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Apesar da tradução falar em “pensamento”, e não opinião, o termo alemão original é “*meinung*”, o qual é mais bem traduzido para a língua portuguesa como “opinião”. Por isso, o termo é diferente da expressão utilizada pela Constituição brasileira em seu artigo 5º, IV.

⁵⁰⁵ Artigo 5º, 1. Todos têm o direito de expressar e divulgar livremente a sua opinião por via oral, por escrito e por imagem, bem como de informar-se, sem impedimentos, em fontes de acesso geral. A liberdade de imprensa e a liberdade de informar através da radiodifusão e do filme ficam garantidas. Não será exercida censura.

⁵⁰⁶ MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin, **Direitos Fundamentais**, São Paulo: Saraiva, 2016, p. 203.

⁵⁰⁷ Nesse sentido, conferir as observações de: PIEROTH; SCHLINK, **Direitos Fundamentais**, p. 273–274.

⁵⁰⁸ Artigo 5º, 2. Estes direitos têm por limites as disposições das leis gerais, os regulamentos legais para a proteção da juventude e o direito da honra pessoal.

⁵⁰⁹ Sobre um panorama do papel do TCF na construção do direito constitucional germânico, conferir: MARTINS, Leonardo, **Tribunal Constitucional Federal Alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais**, v.1: Dignidade humana, livre desenvolvimento da personalidade, direito fundamental à vida e à integridade física, igualdade São Paulo: Konrad Adenauer Stiftung, 2016, p. 23–26.

caminho, o exercício da jurisdição constitucional na área das liberdades de comunicação foi especialmente profícuo para o desenvolvimento das categorias dogmáticas gerais discutidas e aplicadas no direito constitucional.

Isso faz do tema ainda mais rico e complexo. O objetivo da presente secção, contudo, não é explorar todos os pormenores que a temática suscita, mas apenas descrever alguns dos parâmetros e conceitos definidos pelo direito constitucional germânico na árdua tarefa de controlar as limitações colocadas às liberdades comunicativas.

É pertinente iniciar com a constatação de que, assim como ocorre nos demais ordenamentos jurídicos investigados nesta pesquisa, é estabelecida uma relação direta com essas liberdades e o funcionamento da democracia, a qual não se esgota nos processos parlamentares, pois exige a formação da opinião pública e crítica de toda a sociedade.⁵¹⁰

Na mundialmente conhecida decisão de *Liith*, o TCF considerou que a liberdade de expressão da opinião é um qualificativo de um “ordenamento estatal democrático-liberal, pois é o primeiro a possibilitar a discussão intelectual permanente, a disputa entre as opiniões, que é o elemento vital daquele ordenamento”.⁵¹¹ Apesar disso, as liberdades comunicativas também desempenham papel fundamental no livre desenvolvimento de cada indivíduo, razão pela qual não se esgota na proteção de assuntos políticos.⁵¹² As teorias democráticas e da autonomia estão presentes, portanto, também no sistema germânico.

O primeiro passo jurídico-dogmático para a aplicação das liberdades é identificar seus âmbitos constitucionais de proteção. O primeiro direito do quinteto é a liberdade de expressão da opinião. A dogmática alemã faz uma distinção conceitual entre juízos de fato, os quais são baseados na veracidade ou falsidade de uma afirmação, e juízos de valor, os quais não são aferidos pelo critério da veracidade e possuem uma relação mais subjetiva.

Nesse sentido, a proteção constitucional seria apenas dirigida para os juízos de valor,⁵¹³ os quais podem recair sobre os mais diversos objetos e temas, sejam de ordem pública ou privada. Nessa perspectiva, delitos de injúria, as fraudes e o direito de resposta não ensejariam,

⁵¹⁰ MICHAEL; MORLOK, **Direitos Fundamentais**, p. 203.

⁵¹¹ MARTINS, Leonardo, **Tribunal Constitucional Federal Alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais**, v. 2: Liberdade de consciência e crença; liberdades de expressão e de comunicação social; liberdades artística e científica São Paulo: Konrad Adenauer Stiftung, 2018, p. 101.

⁵¹² MICHAEL; MORLOK, **Direitos Fundamentais**, p. 205.

⁵¹³ Tal entendimento do TCF e suas consequências práticas e dogmáticas ficam claras no caso: *BVerfGE* 93, 266 (“*Soldaten sind Mörder*”). Ver: MARTINS, **Tribunal Constitucional Federal Alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais**, p. 111 e ss.

portanto, a proteção constitucional, pois juízos de fato estão fora do âmbito de proteção.⁵¹⁴ Todavia, a própria jurisprudência constitucional é vacilante na aplicação dessa distinção e boa parte da literatura jurídica denuncia suas fragilidades dogmáticas.

Quatro são os principais pontos críticos. Em primeiro lugar, os fatos não são menos importantes para a formação da opinião pública e o funcionamento dos processos democráticos. Além disso, o texto da Lei Fundamental pode ser interpretado, nesse caso, em consonância com o artigo 10 da Convenção Europeia, a qual abrange ideias e informações. Em terceiro lugar, as declarações fáticas exigem o funcionamento do intelecto humano.⁵¹⁵ E, nessa linha, a quarta e mais contundente crítica diz que as declarações fáticas pressupõem um juízo de valor na medida em que o indivíduo decide o que, quando, como e onde afirmar ou comunicar algo.⁵¹⁶

A Lei Fundamental assegura algumas formas e meios de expressão: oral, escrita ou imagem. Esse não é, no entanto, um rol exaustivo⁵¹⁷ e não exclui formas implícitas de expressão, tais como os sinais gestuais ou o uso de símbolos.⁵¹⁸ Além disso, a distribuição dos conteúdos e o trâmite até seus destinatários são, assim como nos EUA, alcançados pela proteção constitucional.⁵¹⁹

Um ponto característico da definição constitucional alemã é a proteção de um “intercâmbio objetivo e intelectual” de comunicações.⁵²⁰ Tal característica gera algumas consequências práticas. Primeiro, as informações evidentemente falsas não estão abrangidas pelo âmbito de proteção, as quais, todavia, não podem depender de provas de verdade, pois liberdade de expressão é também “liberdade para errar”.⁵²¹

Além disso, não são protegidas as opiniões que não possuam um fundo objetivo ou promovam discussões dessa natureza, tais como depreciações pessoais deliberadas e a crítica injuriosa.⁵²² A partir do momento em que “se abandona o terreno da discussão intelectual e se

⁵¹⁴ PIEROTH; SCHLINK, **Direitos Fundamentais**, p. 275.

⁵¹⁵ Com esses três argumentos, conferir: MICHAEL; MORLOK, **Direitos Fundamentais**, p. 207.

⁵¹⁶ PIEROTH; SCHLINK, **Direitos Fundamentais**, p. 275.

⁵¹⁷ *Ibid.*, p. 277.

⁵¹⁸ MICHAEL; MORLOK, **Direitos Fundamentais**, p. 208.

⁵¹⁹ PIEROTH; SCHLINK, **Direitos Fundamentais**, p. 278. Isso vale apenas para os emissores, pois o direito de recebimento e acesso dos receptores estão resguardados pela proteção do acesso à informação e o acesso às fontes de acesso geral.

⁵²⁰ MICHAEL; MORLOK, **Direitos Fundamentais**, p. 207.

⁵²¹ PIEROTH; SCHLINK, **Direitos Fundamentais**, p. 276–277.

⁵²² MICHAEL; MORLOK, **Direitos Fundamentais**, p. 209.

empregam meios de pressão em vez de argumentos para a formação de opinião”,⁵²³ então não há proteção constitucional.

Portanto, a liberdade de opinião consiste em juízos de valor e, como regra, de fatos comunicados pacificamente em sociedade, o que abrange a liberdade de pensamento.⁵²⁴ O exercício desse direito fundamental também pode ocorrer de forma negativa. O titular, nessa modalidade, possui seu direito violado tanto quando é obrigado a desvelar ou emitir opiniões como quando é coagido a emitir opiniões alheias como se suas fossem.⁵²⁵

O segundo direito assegurado pelo inciso I do artigo 5º é a liberdade de informação. Esse direito protege as comunicações na perspectiva do receptor,⁵²⁶ pois lhe atribui a prerrogativa de se informar. O âmbito de proteção dessa liberdade está delimitado pela frase “fontes de acesso geral”. O termo fonte possui um caráter dúplice: é todo “suporte possível de informações e, por outro lado, o próprio objeto da informação”.⁵²⁷

Por sua vez, a locução “acesso geral” corresponde àqueles destinados a informar um grupo indeterminado de pessoas, mas o que isso significa nos casos concretos nem sempre é evidente.⁵²⁸ Seja como for, o direito fundamental protege tanto o simples recebimento quanto a busca dessas informações, bem como os pressupostos necessários para realização desses atos.⁵²⁹

O primeiro inciso do artigo 5º ainda assegura mais três direitos constitucionais que compõem as liberdades dos meios de comunicação social, quais sejam: imprensa, radiodifusão e cinematográfica. Os parâmetros normativos dessas liberdades, em especial a de imprensa, não configuram proteção especial da liberdade de opinião, a qual já protege as manifestações de opiniões das organizações.⁵³⁰

Os âmbitos protetivos dessas liberdades alcançam mais os aspectos institucionais dos veículos de comunicação social do que os elementos de controle de conteúdo e, apesar desses

⁵²³ PIEROTH; SCHLINK, **Direitos Fundamentais**, p. 278.

⁵²⁴ MICHAEL; MORLOK, **Direitos Fundamentais**, p. 210.

⁵²⁵ PIEROTH; SCHLINK, **Direitos Fundamentais**, p. 278. Nesse contexto, o direito fundamental de sigilo das comunicações são *lex specialis* da liberdade de expressão, pois protegem a recepção da mensagem apenas por aqueles queridos pelo emissor.

⁵²⁶ MICHAEL; MORLOK, **Direitos Fundamentais**, p. 210.

⁵²⁷ PIEROTH; SCHLINK, **Direitos Fundamentais**, p. 279.

⁵²⁸ MICHAEL; MORLOK, **Direitos Fundamentais**, p. 211–212.

⁵²⁹ PIEROTH; SCHLINK, **Direitos Fundamentais**, p. 281. Exemplo de um pressuposto necessário é a instalação de antenas parabólicas. Nesse sentido, conferir: MARTINS, **Tribunal Constitucional Federal Alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais**, p. 140 e ss.

⁵³⁰ PIEROTH; SCHLINK, **Direitos Fundamentais**, p. 283–284.

direitos não estarem formulados na perspectiva de seus titulares, eles também asseguram direitos subjetivos.⁵³¹ Nessa linha, um ponto distintivo e constitutivo do âmbito de proteção das liberdades de comunicação social consiste na destinação de conteúdo para um número indeterminado de pessoas, bem como a possibilidade de transposição das dimensões de tempo e lugar.⁵³²

A diferença entre as três liberdades é identificada pelo meio inerente a cada uma, e não pelos aspectos materiais ou institucionais.⁵³³ A liberdade de imprensa recai sobre os veículos físicos de divulgação⁵³⁴ e sua proteção tem como objeto a cadeia produtiva de informações e ideias, protegendo a obtenção de informações, criação ou formatação de produtos comunicativos e suas subsequentes difusões.⁵³⁵

Na titularidade estão compreendidas as próprias organizações de comunicação social, bem como os funcionários que nelas trabalham.⁵³⁶ Isso pode gerar questões dogmáticas complexas em caso de conflitos entre os funcionários e a administração da organização, o que envolveria, segundo a opinião de alguns, uma “liberdade interna de imprensa”.⁵³⁷ Um exemplo seria eventual conflito entre os editores de um jornal e seus redatores.

Apesar de não ser considerada uma dimensão especial da liberdade de opinião, a liberdade de imprensa é um desdobramento específico da liberdade de informação na medida em que permite a busca para além das fontes de acesso geral por meio de entrevistas, investigações específicas e direcionadas dentre outros. A liberdade de imprensa ainda assegura ao processo investigatório especializado a proteção do segredo das fontes de informação.⁵³⁸

A liberdade de radiodifusão, por sua vez, protege os suportes imateriais de informações destinadas a grupos indeterminados de pessoas.⁵³⁹ A proteção constitucional alcança tanto os meios de transmissão por eletromagnetismo (rádio e TV) como os à cabo (TV, internet etc.). De forma semelhante a liberdade de imprensa, engloba toda a cadeia de tratamento das informações.⁵⁴⁰ De forma mais firme do que a jurisdição estadunidense, a jurisprudência

⁵³¹ *Ibid.*, p. 274.

⁵³² MICHAEL; MORLOK, **Direitos Fundamentais**, p. 214.

⁵³³ *Ibid.*, p. 216.

⁵³⁴ *Ibid.*

⁵³⁵ PIEROTH; SCHLINK, **Direitos Fundamentais**, p. 282. Atividades auxiliares às empresas de comunicação social que estejam organicamente integradas a elas também fazem parte do âmbito de garantia.

⁵³⁶ *Ibid.*, p. 282–283.

⁵³⁷ MICHAEL; MORLOK, **Direitos Fundamentais**, p. 217.

⁵³⁸ PIEROTH; SCHLINK, **Direitos Fundamentais**, p. 283.

⁵³⁹ MICHAEL; MORLOK, **Direitos Fundamentais**, p. 220.

⁵⁴⁰ PIEROTH; SCHLINK, **Direitos Fundamentais**, p. 284–285.

constitucional germânica considera perfeitamente possível – e até necessária – a regulação desses meios para assegurar a diversidade de opiniões e informações diferentes.⁵⁴¹

Por fim, a liberdade cinematográfica protege os suportes físicos destinados a reprodução de vídeos (imagens móveis), os quais foram produzidos para transmissão a um número indeterminado de pessoas.⁵⁴² A liberdade alcança tanto documentários quanto os demais gêneros cinematográficos.⁵⁴³

No contexto desse sistema constitucional de proteção, as medidas limitadoras tradicionalmente reconhecidas no contexto germânico, de forma semelhante à perspectiva norte-americana, são proibições de manifestar e divulgar opiniões e informações e suas respectivas sanções, sejam de natureza civil, administrativa ou criminal. Elas podem também ser identificadas em obstruções ou impedimentos de fato, bem como o controle dos pressupostos técnicos, orgânicos e institucionais que envolvam os titulares dessas liberdades.⁵⁴⁴

Os limites estão expressos no inciso segundo do artigo 5º e são igualmente aplicáveis a todas as liberdades. Eles devem ser estabelecidos por leis formais que concretizem as hipóteses do inciso.⁵⁴⁵ Por outro lado, tais leis precisam observar os parâmetros gerais e específicos da categoria dos “limites dos limites” aos direitos fundamentais. A dogmática germânica já consolidou sete desses limites: características específicas dos próprios direitos fundamentais afetados, tal como as qualificações da reserva legal; a reserva de parlamento; a proporcionalidade; o conteúdo essencial dos direitos humanos e fundamentais; a proibição de lei restritiva do caso concreto; o dever de citação; o princípio da determinação.⁵⁴⁶

Em específico, o limite estabelecido por leis gerais é complexo em razão de sua generalidade. Dogmaticamente, tal noção implica em determinada qualidade do conteúdo regulado.⁵⁴⁷ Para delimitar esse conceito foram criadas ao menos três teorias ou doutrinas jurídicas. No entanto, a jurisprudência constitucional contemporânea combina essas teorias e

⁵⁴¹ *Ibid.*, p. 286.

⁵⁴² MICHAEL; MORLOK, **Direitos Fundamentais**, p. 219–220.

⁵⁴³ PIEROTH; SCHLINK, **Direitos Fundamentais**, p. 289.

⁵⁴⁴ *Ibid.*, p. 288–289.

⁵⁴⁵ *Ibid.*, p. 291. As leis também podem permitir que os limites sejam traçados por regulamentos jurídicos e regulamentos autônomos.

⁵⁴⁶ Para uma sistematização nesse sentido: *Ibid.*, p. 142–155.

⁵⁴⁷ *Ibid.*, p. 291.

existe uma certa tendência para que o critério preponderante seja definido “pragmaticamente no nível da ponderação”.⁵⁴⁸

Apesar dessa tendência, alguns parâmetros são dignos de nota para fins dogmáticos e de direito comparado. O primeiro consiste na exigência de neutralidade em termos ideológicos das leis gerais. Isso significa que uma lei pode restringir determinados conteúdos, mas não é possível ser formulada para supressão de determinados pontos de vista ou opiniões.⁵⁴⁹ A lei, nesse caso, será considerada inconstitucional.

A dogmática alemã se aproxima da norte-americana nesse aspecto. Por outro lado, os modelos se diferem na medida em que o limite de leis gerais abre a possibilidade de promoção de diversos bens jurídicos, como a integridade física, e não apenas os expressos na reserva legal.

Há, todavia, exceções ao princípio da neutralidade. A mais significativa consiste na vedação de juízos valorativos positivos dos princípios e ideais nazistas.⁵⁵⁰ Isso se justifica em razão do passado traumático recente da nação germânica e, neste mesmo pacote, entram afirmações negacionistas relacionadas, tal como a negação do holocausto judeu.⁵⁵¹

Um outro critério importante afirma que os limites criados por leis gerais devem ser interpretados restritivamente e com base na função primordial dessas liberdades para o Estado Democrático de Direito.⁵⁵² Nesse ponto, fala-se em uma “presunção da admissibilidade do livre discurso”,⁵⁵³ a qual impõe um ônus argumentativo e probatório elevado à restrição dessas liberdades comunicativas e de expressão.

As leis concretizadas para a proteção da juventude e os direitos à honra estão em constante tensão com as liberdades de comunicação e, por isso, o Poder Público necessita cautela para evitar restrições excessivas.⁵⁵⁴ A presunção em prol das liberdades de comunicação desempenha especial papel na interpretação dessas leis.

O *chilling effect* consiste, nesse aspecto, outro balizador imperativo. As disposições de direito civil e penal não podem gerar um ônus que impeça, na prática, o exercício do direito

⁵⁴⁸ MICHAEL; MORLOK, **Direitos Fundamentais**, p. 516.

⁵⁴⁹ PIEROTH; SCHLINK, **Direitos Fundamentais**, p. 293.

⁵⁵⁰ Sobre e com observações críticas, conferir: *Ibid.*, p. 296.

⁵⁵¹ TIMOFEEVA, Yulia A. Hate Speech Online: Restricted or Protected?, p. 259.

⁵⁵² MICHAEL; MORLOK, **Direitos Fundamentais**, p. 517.

⁵⁵³ PIEROTH; SCHLINK, **Direitos Fundamentais**, p. 294.

⁵⁵⁴ *Ibid.*, p. 297.

fundamental.⁵⁵⁵ No mais, o exame de proporcionalidade deverá sempre ser realizado para avaliar a justificativa da restrição.

Por fim, a vedação da censura possui uma conotação preventiva no sistema germânico. O Estado não pode inviabilizar preventivamente a divulgação de uma opinião ou torná-la impossível.⁵⁵⁶ É dada ao titular a possibilidade de enfrentar o risco de punição pela publicação e divulgação de expressões. Igualmente vedadas são as práticas regulatórias nas quais os efeitos materiais são equivalentes a uma censura prévia.⁵⁵⁷

A vedação da censura é uma questão de legitimidade dos meios restritivos e, portanto, prejudica a análise da justificação constitucional por meio da proporcionalidade.⁵⁵⁸ Meio vedado constitucionalmente configura desproporcionalidade e, assim, inconstitucionalidade. Trata-se de um limite dos limites especial e, com efeito, a vedação da censura não está sujeita aos limites do art.5, II, GG.⁵⁵⁹

2.2.4.2. A era digital e a reconfiguração das liberdades comunicativas

Assim como nas demais jurisdições, inclusive a norte-americana, o impacto da era digital para a dogmática dos direitos de liberdade de comunicação não está inteiramente definido e poucos parâmetros de orientação podem ser identificados. Mas algumas observações podem ser registradas.

É certo que o âmbito de proteção da liberdade de opinião vale igualmente para as manifestações online, assim como as legislações que concretizem os limites do art. 5, II, da GG incidem neste meio.⁵⁶⁰ Isso porque os meios elencados pelo inciso primeiro são exemplificativos. É necessário apenas que o ato comunicativo não se restrinja a mera compilação de informações textuais e seja exteriorizado ao público.⁵⁶¹

Em relação a comunicação social, Lothar Michael e Martin Morlok argumentam que os serviços online de comunicação devem ser incluídos “na liberdade de radiodifusão, mesmo

⁵⁵⁵ *Ibid.*, p. 298.

⁵⁵⁶ MICHAEL; MORLOK, **Direitos Fundamentais**, p. 520.

⁵⁵⁷ PIEROTH; SCHLINK, **Direitos Fundamentais**, p. 300.

⁵⁵⁸ MICHAEL; MORLOK, **Direitos Fundamentais**, p. 521.

⁵⁵⁹ PIEROTH; SCHLINK, **Direitos Fundamentais**, p. 300.

⁵⁶⁰ TIMOFEEVA, Yulia A. Hate Speech Online: Restricted or Protected?, p.262-263

⁵⁶¹ PIEROTH; SCHLINK, **Direitos Fundamentais**, p. 277.

que sejam operados por órgãos da imprensa”.⁵⁶² Deve-se, nesse caso, delimitar funcionalmente a incidência da proteção, da mesma forma que ocorre nos meios tradicionais, a apenas as informações e mensagens transmitidas a um grupo indeterminado de pessoas, que também devem “ser especificamente tratadas”.⁵⁶³

Esse enquadramento se verifica devido ao fato de que a diferenciação entre os meios é o que distingue as liberdades de comunicação social. Como a liberdade de radiodifusão protege o suporte não físico de informações, então as comunicações online estão nessa categoria. Além disso, os autores também consideram que a liberdade cinematográfica engloba a proteção dos suportes digitais.⁵⁶⁴

A delimitação conceitual e a construção de parâmetros para distinção dos âmbitos de proteção das liberdades de comunicação, bem como das respectivas formas de intervenção são, como visto, atividades árduas dogmáticamente. Por isso, segundo os autores, é necessário a criação de critérios adicionais, como a restrição da incidência dessas liberdades apenas para as formas de informação redacional ou pelo menos às informações de atividade organizadora e seletora,⁵⁶⁵ típicas da atuação jornalística profissional.

Por outro lado, a criação de critérios adicionais pode significar uma interpretação demasiadamente restritiva e não justificada do texto constitucional. Nessa linha, é necessário se pautar pelos parâmetros da dogmática tradicional das liberdades comunicativas e a aplicá-los à nova realidade. Os parâmetros indicam uma proteção ampla das circunstâncias materiais comunicativas e, por isso, as mais diversas atividades online estarão protegidas.

Em uma linha de raciocínio, a princípio, semelhante, Bodo Pieroth e Bernhard Schlink sugerem, por exemplo, que os algoritmos responsáveis pelos resultados das plataformas de pesquisa são protegidos na medida em que refletem uma posição valorativa.⁵⁶⁶ Nessa perspectiva de interpretação mais firme ao texto constitucional, o grande desafio em relação aos âmbitos de proteção será diferenciá-los nos casos de concorrência. A liberdade de expressão da opinião precisará ser diferenciada do direito de sigilo das comunicações, assim como as liberdades de comunicação social deverão ser diferenciadas da liberdade profissional e dos direitos de propriedade.

⁵⁶² MICHAEL; MORLOK, **Direitos Fundamentais**, p. 216.

⁵⁶³ *Ibid.*, p. 218–219.

⁵⁶⁴ *Ibid.*, p. 220.

⁵⁶⁵ *Ibid.*, p. 215.

⁵⁶⁶ PIEROTH; SCHLINK, **Direitos Fundamentais**, p. 277.

As comunicações de uma mesma plataforma digital, especialmente as funcionalmente complexas como as mídias sociais, poderão ensejar a incidência de vários direitos fundamentais ou, a depender das circunstâncias, apenas alguns deles. A conversa privada ocorrida no “Messenger” do Facebook entre um casal motivará a incidência apenas do direito ao sigilo das comunicações. Por outro lado, uma publicação de algum deles, ou ambos, no perfil, poderá ensejar a incidência da liberdade de opinião, mas não o direito de sigilo.

Uma consequência interessante dos parâmetros dogmáticos alemães é observada no caso de e-mails com vírus e spans. Em um sistema considerado amplo de proteção das comunicações, como o estadunidense, poderia se considerar a proteção dessa modalidade comunicativa.⁵⁶⁷ Contudo, na Alemanha, essa categoria está claramente fora do âmbito de proteção na medida em que não está ligada a juízos de valor e nem são relevantes para a formação de opiniões.⁵⁶⁸

Por fim, a aplicação dos limites também deve ser feita com rigor dogmático frente as mudanças da era digital. Assim, na mesma linha das considerações expostas e com base nas características das comunicações online e do funcionamento das plataformas digitais, as legislações que preencherem a reserva legal do inciso II do artigo 5º deverão considerar as especificidades dos provedores. Uma legislação genérica e aplicável a todos os provedores indistintamente poderá incorrer em inconstitucionalidade pela falta de clareza, previsibilidade e especificidade em relação ao direito fundamental regulado.

Nesse oceano desconhecido, o primeiro passo para seu desbravamento foi dado: a criação de uma polêmica lei de regulação da esfera pública online. A sua análise pode trazer *insights* interessantes a diversos aspectos, especialmente por ser um modelo extremamente diferente do sistema norte-americano da §230.

2.2.4.3.O sistema da *NetzDG*: escopo, procedimentos e sanções

Desenhada pelo Ministério de Justiça alemão e aprovada em 01 de setembro de 2017 pelo Parlamento do país, a *Netzwerkdurchsetzungsgesetz* (Lei de Aplicação na Internet, doravante *NetzDG*) foi uma resposta política à suposta falta de efetividade dos mecanismos de

⁵⁶⁷ Para a formulação da hipótese no contexto normativo dos EUA, bem como críticas contundentes sobre tal possibilidade de proteção, ver: SUNSTEIN, **#Republic: divided democracy in the age of social media**, p. 164 e ss.

⁵⁶⁸ PIEROTH; SCHLINK, **Direitos Fundamentais**, p. 276.

autoregulação das mídias sociais em combater conteúdo ilícito online, como o sistema incentivado pelo Código europeu de 2016.⁵⁶⁹ Em 2017, o Governo declarou publicamente uma grande insatisfação com a performance das plataformas.⁵⁷⁰

Sob influência do cenário político internacional e em razão da própria história do país, a principal motivação que impulsionou a legislação foi o combate às notícias falsas (*fake news*) e aos discursos de ódio online.⁵⁷¹ O objetivo da Lei é possibilitar uma adequada efetividade online do Código Penal nacional com a retirada rápida de conteúdos ilegais. Apesar das deliberações legislativas circundarem por esses motivos, nem a NetzDG nem o Código Penal definem essas categorias discursivas.⁵⁷²

Não são quaisquer provedores de conteúdo que estão sob a incidência da Lei. Os alvos principais são as mídias sociais. O parágrafo primeiro da primeira secção restringe a vinculação legal aos provedores de serviço de comunicação projetados para que os usuários compartilhem conteúdos entre si, garantindo que o material fique disponível publicamente.⁵⁷³ Essa é a regra geral.

O final do parágrafo primeiro e o parágrafo segundo disciplinam as exceções. Plataformas que ofereçam conteúdo jornalístico ou editorial não estão sob a incidência da lei, bem como as plataformas concebidas para promover comunicações individuais ou disseminar materiais específicos.

Enquanto esses podem ser classificados como limites substanciais à incidência da norma, existe também um limite subjetivo. Apenas plataformas com mais de dois milhões de usuários localizados na República Federal da Alemanha são alvos da lei.⁵⁷⁴ Em suma, as mídias

⁵⁶⁹ HELDT, Amélie, Reading between the lines and the numbers: an analysis of the first NetzDG reports, **Internet Policy Review**, v. 8, n. 2, 2019, p. 3.

⁵⁷⁰ SCHULZ, Wolfgang, Regulating Intermediaries to Protect Privacy Online – the Case of the German NetzDG, **HIIG DISCUSSION PAPER SERIES**, v. 1, p. 1–14, 2018, p. 5.

⁵⁷¹ Para os motivos da legislação e sua elaboração, conferir: CLAUSSEN, Victor. Fighting Hate Speech and Fake News. The Network Enforcement Act (*NetzDG*) in Germany in the context of European legislation. **Rivista di diritto dei media**, vol.3, p.110-136, 2018, p.116-117.

⁵⁷² HELDT, Reading between the lines and the numbers, p. 3.

⁵⁷³ Section 1, (1): This Act shall apply to telemedia service providers which, for profit-making purposes, operate internet platforms which are designed to enable users to share any content with other users or to make such content available to the public (social networks). Platforms offering journalistic or editorial content, the responsibility for which lies with the service provider itself, shall not constitute social networks within the meaning of this Act. The same shall apply to platforms which are designed to enable individual communication or the dissemination of specific content.

⁵⁷⁴ Section 1, (2): The provider of a social network shall be exempt from the obligations stipulated in sections 2 and 3 if the social network has fewer than two million registered users in the Federal Republic of Germany.

sociais como Facebook, YouTube, Instagram e Twitter estão vinculadas à lei, enquanto outras como WhatsApp (comunicação particular) e de games estão expressamente excluídas.

Uma vez enquadradas nos requisitos da norma, as plataformas digitais possuem o dever de combater certos “conteúdos ilegais”. Na tentativa de assegurar uma “aplicação exata”, o parágrafo terceiro da primeira secção enumera diversos conteúdos ilegais, com referência direta aos dispositivos do Código Penal germânico.⁵⁷⁵

Incitamento público ao crime, injúria, difamação religiosa, são alguns dos 22 tipos penais elencados. Todavia, nenhum tipo penal novo foi trazido pela NetzDG e os indivíduos responsáveis pela publicação dos conteúdos ainda poderão ser demandados regularmente pelo processo criminal comum.⁵⁷⁶

Para o exercício do dever de retirada de conteúdo, as mídias sociais devem manter um sistema direto, efetivo e transparente de denúncia.⁵⁷⁷ Uma vez notificadas, as plataformas devem avaliar a natureza do material e removê-lo (ou bloqueá-lo) em certo período. Os conteúdos manifestamente ilegais devem ser removidos em 24 horas, enquanto os demais em até uma semana.⁵⁷⁸

A sanção em caso de descumprimento consiste em multa administrativa, a qual poderá chegar ao montante de 50 milhões de euros por pessoa jurídica. Vale pontuar que a condenação da mídia social, nos termos da secção 4 (3), não se restringe ao território alemão (extraterritorialidade).⁵⁷⁹

Uma importante prerrogativa concedida aos usuários é o “direito de divulgação” (*right to disclosure*). Qualquer pessoa que sofreu violações em seus direitos gerais de personalidade

⁵⁷⁵ Section 1, (3): Unlawful content shall be content within the meaning of subsection (1) which fulfils the requirements of the offences described in sections 86, 86a, 89a, 91, 100a, 111, 126, 129 to 129b, 130, 131, 140, 166, 184b in connection with 184d, 185 to 187, 241 or 269 of the Criminal Code and which is not justified.

⁵⁷⁶ HELDT, Reading between the lines and the numbers, p. 3–4.

⁵⁷⁷ Section 3, (1): The provider of a social network shall maintain an effective and transparent procedure for handling complaints about unlawful content in accordance with subsections (2) and (3). The provider shall supply users with an easily recognizable, directly accessible and permanently available procedure for submitting complaints about unlawful content.

⁵⁷⁸ Section 3, (2): The procedure shall ensure that the provider of the social network: 1. takes immediate note of the complaint and checks whether the content reported in the complaint is unlawful and subject to removal or whether access to the content must be blocked, 2. removes or blocks access to content that is manifestly unlawful within 24 hours of receiving the complaint; this shall not apply if the social network has reached agreement with the competent law enforcement authority on a longer period for deleting or blocking any manifestly unlawful content, 3. removes or blocks access to all unlawful content immediately, this generally being within 7 days of receiving the complaint; the 7-day time limit may be exceeded if [...].

⁵⁷⁹ Section 4 (3): The regulatory offence may be sanctioned even if it is not committed in the Federal Republic of Germany.

poderá, como regra, exigir a cooperação das plataformas para identificação do ofensor, que inclusive envolve uma exceção às obrigações do sistema nacional de proteção de dados. Para isso, no entanto, é exigida ordem judicial específica (cláusula de reserva jurisdicional).⁵⁸⁰

Por fim, com o objetivo de promover uma maior transparência sobre as moderações, a segunda secção determina a produção de um relatório bianual a todas as plataformas que receberem mais de 100 notificações por ano. Obrigações como essa foram entendidas como essenciais para controle social das plataformas e para operacionalizar revisões e melhorias da própria Lei.⁵⁸¹

Na esteira dos parâmetros definidos em *Delfi*, tudo isso significa que a NetzDG instituiu um sistema de aplicação privada da lei (ao contrário do sistema de autorregulação incentivado pelo ordenamento norte-americano), no qual empresas são incumbidas de fiscalizar, processar e sancionar práticas que violem o Código Penal. Com efeito, a moderação e o controle de conteúdo não são promovidos com base nos termos e condições de serviços, mas sim nos parâmetros legais.

2.2.4.4. A NetzDG e as liberdades de comunicação: inconstitucionalidade?

Críticas não faltam a essa legislação. Ela foi criticada ao longo de sua elaboração por não envolver juristas especializados no respectivo processo legislativo.⁵⁸² Apesar do TCF ainda não ter enfrentado a questão, contundentes alegações de violações constitucionais e do direito da União Europeia também foram feitas.⁵⁸³

Formalmente, parte da literatura denunciou que o Estado Federal alemão carece de competência legislativa para a instituição de regimes jurídicos dessa natureza.⁵⁸⁴ Além disso, a NetzDG violaria diversos parâmetros materiais da Lei Fundamental, tais como: direito fundamental à liberdade de expressão, princípio da determinação legal, competência federativa

⁵⁸⁰ Sobre esse direito e seu contexto, conferir: SCHULZ, *Regulating Intermediaries to Protect Privacy Online – the Case of the German NetzDG*, p. 6.

⁵⁸¹ HELDT, *Reading between the lines and the numbers*, p. 7–8.

⁵⁸² CLAUSSEN, *Fighting Hate Speech and Fake News*, p.118

⁵⁸³ Para uma análise das principais violações do Direito da União Europeia, bem como para uma tradução da NetzDG ao inglês, conferir: SPINDLER, Gerald, *Internet Intermediary Liability Reloaded – The New German Act on Responsibility of Social Networks and its (In-) Compatibility with European Law*, *JIPITEC*, v. 8, p. 166–179, 2017.

⁵⁸⁴ Com comentários nesse sentido: SCHULZ, *Regulating Intermediaries to Protect Privacy Online – the Case of the German NetzDG*, p. 6.

e igualdade.⁵⁸⁵ No entanto, para os fins deste trabalho, importam pontuar algumas considerações da perspectiva das liberdades comunicativas.

O primeiro e talvez mais evidente ponto crítico consiste no dever de remoção dos conteúdos manifestamente ilícitos em 24 horas. Como visto, o controle de conteúdo significa, como regra, intervenção nos âmbitos de proteção das liberdades de comunicação. Para a validação constitucional dessa intervenção, é necessário a avaliação de sua intensidade e do contexto do conteúdo. Existem dúvidas se isso pode ser feito – e de forma adequada - em um período tão curto.⁵⁸⁶

As preocupações jurisprudenciais e doutrinárias, algumas vezes hipotéticas demais, com o *chilling effect* ganham substância com essa obrigação da NetzDG. Em razão das comentadas dificuldades em promover uma avaliação constitucionalmente adequada da ilicitude dos conteúdos e a necessidade de análise contextual, juntamente com a multa vultuosa que pode ser aplicada em caso de descumprimento, o que pode ocorrer em razão de uma constatação posterior de que a plataforma não avaliou corretamente o material de forma contumaz e sistemática, faz com que se estabeleça uma “ameaça onipresente de remoção”.⁵⁸⁷

Em caso de dúvidas sobre a natureza do conteúdo, as mídias irão retirá-los para evitar futuras sanções. O cálculo passa a ser econômico, ainda mais porque não existe responsabilização no caso de retirada de conteúdo permitido pelo ordenamento. Existe, portanto, um perigo concreto de *overblocking*, ou seja, a retirada de conteúdo sem uma razão substancial.⁵⁸⁸

A ausência de sanção ou salvaguardas contra a retirada equivocada de conteúdo leva a outra crítica constitucional importante à Lei alemã: a inversão do ônus probatório e argumentativo para restrição da liberdade de expressão. Embora o procedimento de notificação e retirada busque proteger os direitos fundamentais e interesses dos usuários online, ele viola, na prática, o critério dogmático da presunção da admissibilidade do livre discurso.⁵⁸⁹ O sistema instituído pela Lei não possui mecanismos adequados para prevenir abusos ou possibilitar uma avaliação adequada do conflito.

⁵⁸⁵ CLAUSSEN, Fighting Hate Speech and Fake News, p.121-126.

⁵⁸⁶ SCHULZ, Regulating Intermediaries to Protect Privacy Online – the Case of the German NetzDG, p. 8.

⁵⁸⁷ CLAUSSEN, Fighting Hate Speech and Fake News, p.122.

⁵⁸⁸ HELDT, Reading between the lines and the numbers, p. 5.

⁵⁸⁹ HONG, Mathias: The German Network Enforcement Act and the Presumption in Favour of Freedom of Speech, *VerfBlog*, (2018/1/22), Disponível em: <https://verfassungsblog.de/the-german-network-enforcement-act-and-the-presumption-in-favour-of-freedom-of-speech/> Acesso em: 11 de dezembro de 2020.

O dispositivo que disciplina a obrigação rápida de retirada ainda possui outros três problemas dogmáticos. O primeiro é a obscuridade do termo “manifestamente ilegal”. Como visto, as normas limitadoras das liberdades de comunicação devem ser elaboradas em termos suficientemente neutros. Não é o caso desse dispositivo.

Em razão de sua abertura textual e indefinição conceitual, as plataformas terão uma ampla margem para concretizar o dispositivo legal. Critérios normativos claros e precisos são necessários para conter a discricionariedade das plataformas, mas o que a Lei faz é exatamente o contrário.⁵⁹⁰ E isso tem dois problemas.

Clareza e determinação legal são elementos necessários para a aplicação dogmaticamente correta da proporcionalidade. Na falta desses fatores, ocorrem mais intervenções do que seria preciso para persecução do fim estabelecido pela norma infraconstitucional. Por isso, de forma sumária, a norma pode falhar no exame da proporcionalidade. Em segundo lugar, é necessário que uma lei restritiva possa ter seus efeitos previstos e avaliados pelos titulares do direito fundamental. É exatamente nisso que consiste o princípio da determinação.⁵⁹¹ A NetzDG é também inconstitucional nesses pontos.

Além disso, o que ocorre aqui é uma privatização não só da aplicação da legislação, mas também dos direitos fundamentais. No primeiro caso, a concretização de termos jurídicos indeterminados é competência judicial, pois é a instituição, a princípio, preparada para essa tarefa. Ainda assim, conforme exposto nos aspectos metodológicos, não deixa de ser uma atividade difícil e largamente problematizada nas teorias e dogmática jurídicas. No segundo, o sistema constitucional não apenas exige reserva de lei para operacionalizar as intervenções, como também avaliação pelo Poder Judiciário das justificativas e eventuais excessos. A NetzDG parece ignorar tudo isso⁵⁹² e, assim, viola postulados básicos do Estado Democrático e Constitucional de Direito.

Os relatórios periódicos de transparência poderiam minimizar tais consequências deletérias ao conceder maior controle social e político à atuação das plataformas. Todavia, essa solução parece não ter funcionado muito bem. Como demonstra Amélie Heldt com sua análise do primeiro relatório enviado pelas principais mídias sociais, as práticas de moderação continuaram a ser realizadas com base nos termos de uso das próprias plataformas, como

⁵⁹⁰ HELDT, Reading between the lines and the numbers, p. 5.

⁵⁹¹ Sobre as utilidades dogmáticas dos elementos “clareza” e “determinação”, ver: PIEROTH; SCHLINK, **Direitos Fundamentais**, p. 155.

⁵⁹² HELDT, Reading between the lines and the numbers, p. 5.

ocorriam antes da Lei. Nesse estado de coisas, é praticamente impossível avaliar o real impacto prático dessa legislação.⁵⁹³ Sem tais evidências, os problemas normativos permanecem.

Em terceiro lugar, o curto período para a retirada do conteúdo questionado beira as características da censura prévia. Nesse ponto, é importante lembrar que o sistema constitucional não proíbe uma censura direta e evidente, mas sim seus efeitos.⁵⁹⁴ Isso abre espaço para a avaliação de medidas que apesar de não aparentarem formalmente esse meio de restrição, produzam suas consequências práticas. A NetzDG é, por isso, um excelente exemplo prático de preocupações teóricas com o exercício da liberdade de expressão na era digital, como as formuladas por Jack Balkin.⁵⁹⁵

Com exceção desse último ponto, a maioria das críticas colocadas valem também para a obrigação de retirada dos demais conteúdos em uma semana. Destaca-se o fato da avaliação de distinções como juízos de fato e juízos de valor serem essenciais para o sistema germânico das liberdades de comunicação e, nesse caso, o período “mais longo” de uma semana pode ainda ser insuficiente.⁵⁹⁶

3. A perspectiva brasileira e suas aplicações

O desenvolvimento da internet e das tecnologias informacionais não está ocorrendo em um ambiente de ampla e irrestrita liberdade como profetizaram alguns dos entusiastas desse processo. As normas e as tentativas regulatórias do Estado são uma realidade diária das pessoas e das instituições na era digital. Os capítulos anteriores compravam isso.

Portanto, a questão central não recai sobre a possibilidade de regulação, mas sim sobre sua qualidade e alcance. Não é “se” regular, mas sim “como”.⁵⁹⁷ Nessa complicada tarefa, é essencial começar pelo mapeamento do sistema constitucional que deve nortear as iniciativas legislativas e administrativas dessa natureza. Os parâmetros da liberdade de expressão desempenham um papel decisivo nesse contexto.

⁵⁹³ *Ibid.*, p. 8–14.

⁵⁹⁴ Ver secção 2.2.4.1 deste trabalho.

⁵⁹⁵ Ver secção 1.6.2 deste trabalho.

⁵⁹⁶ SCHULZ, *Regulating Intermediaries to Protect Privacy Online – the Case of the German NetzDG*, p. 8.

⁵⁹⁷ Exatamente nesse sentido, mas no contexto da regulação da mídia norte-americana: SUNSTEIN, *#Republic: divided democracy in the age of social media*, p. 166.

Depois de uma rápida viagem pelo direito comparado, é possível identificar quais desafios também existem no Brasil e em que medida a experiência estrangeira pode auxiliar nas respectivas soluções.

Primeiro, serão examinadas as normas constitucionais frente as mudanças sociais e tecnológicas para identificar qual é a configuração normativa da liberdade de expressão na era digital. Em relação aos desafios, foram selecionados os casos que estão em evidência nas discussões jurídicas nacionais e tratam do cerne das novas modalidades regulatórias.

Todos eles estão pendentes de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal. Embora tal acervo não esgote a temática, a reflexão realizada com base nesses casos permite demonstrar como enfrentar dogmaticamente os conflitos do exercício da liberdade de expressão atualmente, verificar na prática dificuldades de aplicação do âmbito de proteção, enfim, realizar a avaliação das restrições para, assim, extrair lições para o enfrentamento de problemas futuros.

3.1. Dificuldades preliminares: o texto e a jurisprudência constitucional

Diferentemente de outros ordenamentos jurídicos, inclusive do alemão, a Constituição brasileira possui diversos dispositivos que disciplinam a temática da liberdade de expressão. Quatro deles remetem diretamente ao conteúdo da liberdade de expressão, mas existem outros que, como será desenvolvido, condicionam suas limitações e as análises a seu respeito.

Os dispositivos supostamente concorrentes são os incisos IV, IX, XIV do artigo 5º e o artigo 220 da Constituição Federal. Os preceitos não apenas tratam do mesmo objeto protetivo (comunicações de ideias e informações), como também possuem termos iguais ou muitos semelhantes.

O inciso IV prescreve que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. Por sua vez, o inciso IX assegura a liberdade da “expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. O inciso XIV garante “a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

O artigo 220 inaugura o capítulo quinto da Constituição que disciplina a “comunicação social”. O dispositivo é extenso e complexo, mas para fins de definição constitucional importam o caput e os dois primeiros parágrafos. O caput prescreve que 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”.

O parágrafo primeiro garante que “nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social”, mas deve ser observado “o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”. O segundo complementa e afirma ser “vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”.

Apesar de todos esses dispositivos disciplinarem a realidade social definida como liberdade de expressão nesse trabalho, a melhor maneira de os utilizar como parâmetros dogmáticos não está clara. A própria estrutura topográfica em que se encontram mais dificulta do que auxilia nessa tarefa, pois estão consideravelmente separados um dos outros. Evidentemente que são normas concorrentes entre si. Mas é concorrência ideal ou real? Os dispositivos devem ser interpretados e aplicados de forma unitária ou individual? Quais são seus limites?

A primeira fonte de respostas a essas indagações deveria ser a jurisprudência constitucional. Sob a égide da ordem constitucional vigente, o Supremo Tribunal Federal já julgou importantes casos no campo da liberdade de expressão. Vedação de publicação e divulgação de livros antissemitas e negação do holocausto,⁵⁹⁸ inconstitucionalidade da Lei da Imprensa (oriunda do período da ditadura militar),⁵⁹⁹ proibição da exigência de diploma para exercício da profissão de jornalismo,⁶⁰⁰ bem como a possibilidade da publicação de biografias não autorizadas,⁶⁰¹ são alguns dos casos mais significativos.⁶⁰²

Contudo, apesar de oferecer alguns direcionamentos normativos, especialmente frente aos problemas dos casos em julgamento, esse corpo jurisprudencial não auxilia na clarificação e sistematização no texto constitucional. Em razão da estrutura funcional e institucional no Supremo, a composição dos acórdãos não é coletiva e cada Ministro publica separadamente seu

⁵⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 82.424-RS**, Plenário, 2003.

⁵⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130**, Plenário, 2009.

⁶⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 511.961/SP**, Plenário, 2009.

⁶⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815**, Plenário, 2015.

⁶⁰² Para um inventário de casos, ver: SARMENTO, Daniel, Comentário ao artigo 5º, IV. In: **CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil**, 2. ed. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2018, p. 518–520.

voto com fundamentos próprios.⁶⁰³ Isso dificulta a identificação de uma linha argumentativa comum e de parâmetros dogmáticos sólidos.

Além disso, os votos utilizam preponderantemente argumentações valorativas ou baseadas em argumentos gerais, tal como democracia ou estado de direito, e não descrevem ou sistematizam o texto constitucional e as respectivas intervenções.⁶⁰⁴ Há, inclusive, argumentos que consideram a liberdade de expressão como um direito fundamental preferencial dentro do sistema constitucional brasileiro, como os colocados pelo Ministro Ayres Britto.⁶⁰⁵

No caso das bibliografias não autorizadas, o voto da relatora, a Ministra Carmen Lúcia, faz uma importante distinção entre a liberdade de expressão enquanto princípio político e enquanto direito fundamental.⁶⁰⁶ Os diferentes dispositivos, no entanto, são utilizados conjuntamente para a defesa da linha de argumentação dos Ministros. E, no fim, o caso se resolve especialmente pela vedação constitucional da censura prévia, argumento que poderia ter simplificado as extensas fundamentações doutrinárias e de direito comparado.

Por isso, sem desconsiderar os parâmetros normativos possíveis de se retirar dos resultados dos acórdãos, será necessário construir parâmetros dogmáticos pautados pelo texto constitucional que sejam minimamente consistentes para, assim, enfrentar os desafios da era digital.

Duas considerações preliminares ainda são necessárias em relação a estruturação e categorias dos dispositivos normativos pertinentes. Primeiro, eles serão separados por uma questão de definição precisa dos direitos, conforme as justificativas aduzidas a seguir. Por isso, de forma semelhante com o que ocorre na Alemanha, é tecnicamente mais adequado falar em âmbitos de proteção da liberdade de expressão. Diversos dispositivos constitucionais e, portanto, diferentes direitos fundamentais são responsáveis por definir e proteger a noção da liberdade de expressão no Brasil.

⁶⁰³ Sobre a forma e os procedimentos decisórios do STF, bem como algumas de suas consequências, conferir: SILVA, Virgílio Afonso da, *Deciding without deliberating*, **International Journal of Constitutional Law**, v. 11, n. 3, p. 557–584, 2013.

⁶⁰⁴ Para uma análise dos principais fundamentos da ADPF 130 e do RE 511.961-SP, com a constatação da impossibilidade de se retirar parâmetros dogmáticos dos acórdãos, ver: MARTINS, Leonardo, **Liberdade e Estado constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais**, São Paulo: Atlas, 2012, p. 240–246 e 281-291.

⁶⁰⁵ Para os principais argumentos dessa tese, bem como sua crítica, ver: *Ibid.*, p. 288-290.

⁶⁰⁶ BRASIL, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815, item 18 do voto da relatora.

Em segundo lugar, a adequada diferenciação auxiliará não apenas no controle de suas limitações e da concorrência entre si, mas também em relação a outros direitos fundamentais relacionados, como a liberdade de profissão e o sigilo das comunicações.

3.2. Configuração normativa brasileira

3.2.1. Titulares e destinatários

A determinação dos titulares e destinatários são essenciais para a aplicação de qualquer direito, inclusive os humanos e fundamentais, pois estabelecem os polos da relação jurídica e condicionam a tutela jurídico-processual.

A identificação da titularidade dos direitos à liberdade de expressão não oferece muitas dificuldades. Seguindo o regramento do caput do art. 5º da Constituição, são titulares os brasileiros e os estrangeiros residentes no país. Estão excluídos da proteção constitucional, portanto, os estrangeiros não residentes no Brasil.

Embora consista em uma opção restritiva e sem justificativa política compreensível, essa foi a decisão do constituinte brasileiro. Todavia, vale registrar que isso não significa uma desproteção jurídica aos estrangeiros não residentes. Existem diversos regimes legais e convencionais vigentes, bem como parâmetros de política internacional que oferecem proteção a esse grupo de pessoas.⁶⁰⁷

A questão dos destinatários dos direitos fundamentais é mais complexa tanto em razão do silenciamento da Constituição brasileira como das dificuldades dogmáticas trazidas com eventual vinculação dos particulares a essa categoria normativa. Se determinada norma veiculadora de direito fundamental expressamente indica os particulares como destinatários ou se existe uma cláusula geral nesse sentido,⁶⁰⁸ a discussão fica pacificada quanto ao fundamento normativo, restando apenas saber como operacionalizar a vinculação.

⁶⁰⁷ Para descrição das tentativas de expandir a proteção constitucional e para a os problemas de coerência argumentativa e dogmática dessa tarefa, analisando também a existência de outros níveis de proteção dos não residentes, conferir: DIMOULIS; MARTINS, **Teoria geral dos direitos fundamentais**, p. 70–77.

⁶⁰⁸ A Constituição portuguesa é um exemplo de cláusula geral que expressamente vincula tanto o Poder Público como os particulares. Em seu artigo 18/1, prescreve que os “preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.

Diante da ausência de regramento exposto, como ocorre com a liberdade de expressão e a generalidade dos direitos fundamentais no Brasil, é possível identificar quatro posições na jurisprudência e literatura constitucional. Historicamente os direitos fundamentais surgiram como instrumento de defesa e mecanismo de controle do Poder Público. Por isso, a primeira vertente afirma que essa categoria de normas é destinada apenas ao Estado.⁶⁰⁹

No outro extremo, alega-se que os direitos fundamentais vinculam igualmente as entidades públicas e privadas.⁶¹⁰ O principal argumento que sustenta essa posição é construído devido à constatação de evidente desequilíbrio de forças sociais entre particulares. Nessa linha, a parte mais forte da relação teria um poder semelhante ao estatal e, por isso, estaria vinculada aos direitos fundamentais (eficácia horizontal imediata e direta).

Entre os extremos, existem duas posições: a eficácia horizontal mediata e indireta e a doutrina da ação estatal (*state action*). A primeira é intimamente relacionada com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais (independente da postulação individual do sujeito de direito) e afirma que essas normas produzem efeitos de irradiação para todo o ordenamento jurídico. A manifestação desses efeitos é constatada na atividade jurisdicional, a qual deve operacionalizar uma interpretação orientada pelos direitos fundamentais das cláusulas contratuais e das normas em geral, especialmente quando possuem algum conceito ou termo juridicamente indeterminado (*bons costumes*, *boa-fé*, por exemplo).⁶¹¹

A tese da ação estatal é fruto, como visto, de uma consolidação jurisprudencial da Suprema Corte norte-americana. Em uma primeira aproximação, ela sugere um afastamento absoluto da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Mas se uma instituição privada exerce funções típicas do Estado, então ela também estará vinculada aos direitos fundamentais.

A eficácia horizontal indireta possui também relevância considerável para a dogmática dos direitos à liberdade de expressão. Isso ocorre em razão da relação de tensão constante estabelecida com os direitos de personalidade consagrados pelo inciso X do artigo 5º.⁶¹² Como

⁶⁰⁹ DIMOULIS; MARTINS, **Teoria geral dos direitos fundamentais**, p. 102–103, 109–111.

⁶¹⁰ Para argumentos e críticas nesse sentido, ver: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, **Curso de direito constitucional**, 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 266–268.

⁶¹¹ Sobre, conferir: DIMOULIS; MARTINS, **Teoria geral dos direitos fundamentais**, p. 124–126; MENDES; BRANCO, **Curso de direito constitucional**, p. 268–269.

⁶¹² MARTINS, Leonardo, Direitos Fundamentais à Intimidade, à Vida Privada, à Honra e à Imagem (Art. 5º, X da CF): Alcance e Substrato Fático da norma Constitucional (Intervenção Estatal Potencialmente Violadora), **Ius Gentium**, v. 7, n. 1, p. 105–132, 2016, p. 115.

não existe um meio genérico de resolver abstratamente o embate, muitas colisões precisaram ser concretamente contextualizadas e dogmáticamente justificadas conforme as peculiaridades do caso.⁶¹³

Embora exista uma decisão da segunda turma do STF sobre o reconhecimento da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais e a literatura jurídica brasileira aceite o instituto,⁶¹⁴ não existe um questionamento profundo de suas implicações dogmáticas. Em resumo, seu reconhecimento acrítico gera três ordens de problemas dogmáticos: o aumento dos casos difíceis, uma carência metodológica e de controle normativo e, por fim, uma confusão argumentativa entre critérios morais e jurídicos.⁶¹⁵

Em razão da proposta desse trabalho de direcionar a interpretação e aplicação dos direitos fundamentais conforme sua constituição de direito de resistência, a eficácia horizontal direta será afastada das considerações realizadas.

3.2.2. Liberdade de expressão e manifestação do pensamento

“Penso, logo existo”, concluiu Descartes em 1637.⁶¹⁶ Em sua busca de qualificação das investigações científicas em um contexto de censura e obscurantismo,⁶¹⁷ o filósofo e matemático ofereceu duas contribuições para a presente análise. Primeiro e mais básico, sua obra e o cenário no qual ela se desenvolveu, ilustram a importância do livre questionamento e troca de ideias. Em segundo lugar, ele evidenciou o papel do pensamento para a própria condição da existência humana. A liberdade de expressão dos indivíduos possui, nessa linha, um papel decisivo não só para manutenção dos valores democráticos e políticos, mas para o desenvolvimento pessoal, científico e social.

⁶¹³ MARTINS, leonardo, Direitos Fundamentais à Intimidade, à Vida Privada, à Honra e à Imagem (Art. 5º, X da CF): Dos Seus Limites Constitucionais e Justificação Constitucional de sua Imposição, *Ius Gentium*, v. 7, n. 2, p. 227–251, 2016, p.245-249.

⁶¹⁴ Constatando esse panorama decisório e doutrinário, conferir: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, *Curso de direito constitucional*, 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 323.

⁶¹⁵ Explorando as três deficiências apontadas juntamente com outras, conferir: LEAL, Fernando, Seis Objeções ao Direito Civil Constitucional, *Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 9, p. 123–165, 2015. A questão da eficácia horizontal faz parte de um movimento jurídico mais amplo de constitucionalização das relações privadas. O autor, sistematizando pontos críticos da teoria geral do direito e do controle de constitucionalidade e direcionando para a questão, problematiza acertadamente as fragilidades do instituto.

⁶¹⁶ RENÉ, Descartes, *Discurso do método*, São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 38–39 e 94.

⁶¹⁷ Sobre o contexto de seu pensamento, ver: HATFIELD, Gary. René Descartes. In: ZALTA, Edward N. (Org.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Summer 2018. Metaphysics Research Lab: Stanford University, 2018.

Em perspectiva semelhante, a Constituição brasileira declaradamente assegura uma ampla liberdade de manifestação do pensamento. Diferente da Lei Fundamental alemã, o inciso IV do artigo 5º utilizou como núcleo protetivo o termo “pensamento”. Apesar dos entendimentos divergentes da literatura especializada,⁶¹⁸ a diferença de vocábulo implica em consequências dogmáticas significativas.

Enquanto na Alemanha a palavra “opinião” levou à criação da polêmica distinção entre juízos de fato e juízos de valor, o sistema constitucional brasileiro coloca termo a esse debate. Ao optar pela construção lexical “manifestação do pensamento”, o inciso IV afasta as tentativas de condicionar a liberdade de expressão a determinados juízos morais, ideologias políticas ou formas específicas de exposição fática.

Isso ocorre por um simples motivo: os processos mentais são únicos e particulares a cada pessoa. Embora seja perfeitamente possível discutir a existência e aferição de uma realidade objetiva, a proteção constitucional assegura que os indivíduos exteriorizem suas concepções particulares sobre o mundo e sobre os mais variados fatos, exercendo um processo ativo na compreensão dessa realidade.⁶¹⁹ Nesse sentido, vale lembrar que a crítica mais contundente à distinção dogmática alemã demonstra exatamente que os juízos fáticos dependem de preferências valorativas prévias.

Com efeito, não se justificam as tentativas doutrinárias de retirar do âmbito de proteção algumas categorias discursivas, tais como discursos de ódio ou perigosos. O problema não é, nessa etapa metodológica de interpretação, um problema de justificativa ou validade das regulações desses conteúdos. Na definição do âmbito de proteção dessa liberdade, a retirada de determinados conteúdos será sempre arbitrária em face da amplitude do termo constitucional. Estariam abrangidos pelo núcleo da proteção constitucional deste dispositivo tanto discursos abertamente políticos em praça pública quanto as conversas descompromissadas em uma mesa de bar.

⁶¹⁸ MARTINS, **Liberdade e Estado constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais**, p. 247.

⁶¹⁹ O problema influência do sujeito para a compreensão e posterior explicação sobre determinado objeto é debate profundo da filosofia, em especial dos aspectos epistemológicos e de linguagem. Para a convergência de entendimentos sobre as limitações de conhecimento absoluto sobre objeto e da influência das percepções subjetivas na transmissão do conteúdo, o que impossibilita, portanto, o juízo corretivo por um terceiro: FREGE, Gottlob. **Sobre o sentido e a referência**. In: *Fundamento: revista de pesquisa em filosofia*. V. 01, nº 03, maio-ago. 2011 e WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-Philosophicus**. 3. ed. Tradução de Luiz Henrique Lopes dos Santos. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2017, p. 129-189.

Se o verbo utilizado pela Constituição é extremamente amplo, por outro lado, a incidência desse dispositivo exige um pressuposto importante. A liberdade de expressão e a manutenção dos atos comunicativos sociais implicam em uma certa pluralidade de receptores e uma relação com a construção da esfera pública. Independente das teorias e fundamentos legitimadores da proteção, a liberdade de expressão exige, em maior ou menor medida, esse pressuposto.

Isso produz uma consequência dogmática interessante. Geralmente é afirmado que o direito à liberdade de expressão não alcança atos violentos.⁶²⁰ A afirmação está correta, mas precisa de esclarecimentos. É certo que a proteção constitucional protege tanto condutas como discursos. Condutas estão protegidas na medida que passam uma mensagem e, por exemplo, são comuns no campo artístico.⁶²¹

Queima de bandeiras, produções de quadros e artes plásticas são referências típicas do caráter simbólico – e, portanto, protegidos – de condutas. O que está fora no âmbito protetivo, de forma semelhante a doutrina estadunidense do perigo real e iminente, é o pensamento materializado por condutas de violência direta e real, seja física ou moral. Ofensas puramente individualizadas, feitas em locais mais reservados, ou que não possuam nenhuma relação com a esfera pública e não se destinem a uma pluralidade de receptores, não ensejam a incidência do inciso do art. 5º, IV, CF. Com efeito, em casos como o de chantagem, desde que direcionada, não estão protegidos pelo direito fundamental.⁶²²

No entanto, é necessário cautela no trato da violência relacionada simplesmente com a transmissão de ideias e informações. Isso porque, no limite, toda e qualquer discordância pode ser motivo de frustração e desconforto para determinado indivíduo e, portanto, implicar em algum grau de violência.

Para muitas pessoas o fato de tantas outras não concordarem com sua posição política e criticarem seus candidatos pode ser uma espécie de hostilidade. Comprometidos com a educação dos filhos, os pais muitas vezes limitam o acesso à internet, exigem a prática de

⁶²⁰ SARMENTO, Daniel, Comentário ao artigo 5º, IV, *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**, 2. ed. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2018, p. 522.

⁶²¹ Nesse sentido, conferir: DIMOULIS, Dimitri; CHRISTOPOULOS, Dimitris, O direito de ofender. Sobre os limites da liberdade de expressão artística, **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, v. 3, p. 49–64, 2009.

⁶²² No mesmo sentido, mas por diferentes fundamentos, ver: MARTINS, **Liberdade e Estado constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais**, p. 217.

esportes e cobram dedicação na realização das lições de casa. Esses fatos possivelmente geram frustrações às crianças. Apesar disso, são práticas aceitas e, por vezes, exigidas dos pais pelos sistemas sociais e jurídicos.

Com uma lógica parecida, a produção e disseminação de ideias e informações pode desagradar e incomodar a muitos, mas são atos constitucionalmente protegidos. Foi uma opção valorativa do constituinte na definição das bases da organização política, social e institucional brasileira. E a jurisprudência nacional,⁶²³ regional⁶²⁴ e estrangeira⁶²⁵ já chancelou esse aspecto como um elemento inerente à liberdade de expressão, pois o direito à essa liberdade exerce seu papel fundamental justamente quando está em pauta ideias que chocam, perturbam ou sejam impopulares para a maioria da população.

Além disso, a determinação da pluralidade de receptores é importante para mais uma questão, a qual se sustenta com base em uma interpretação sistemática e pela exigência dogmática de diferenciação entre a liberdade de manifestação do pensamento e o direito ao sigilo das comunicações. Se o caso envolve uma comunicação individualizada, a qual é direcionada a um número determinado e restrito de pessoas, por meio telefônico, de dados ou telegráfica, então a aplicação será do inciso XII do artigo 5º. Esse dispositivo é norma especial em relação ao inciso IV e, por isso, afasta a sua incidência.⁶²⁶

Ainda no campo das concorrências da liberdade de manifestação do pensamento, o art. 5º, XVI (liberdade de reunião) gera outra restrição aos termos amplos do inciso IV. O direito fundamental à liberdade de reunião consiste na materialização coletiva da manifestação do pensamento. É, por isso, norma especial que deve ser aplicada no lugar no inciso IV. No entanto, o inciso XVI fala em reunião pacífica. Consequência direta é que não estão protegidas as manifestações do pensamento caracterizadas pela materialização coletiva de atos destrutivos ou violentos.

⁶²³ Um apanhado da evolução da proteção da liberdade de expressão da jurisprudência constitucional brasileira, afirmando até mesmo consistir em um direito preferencial, ver: SARMENTO, Daniel, *Liberdades Comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira: parecer consultivo*, **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 7, p. 190–232, 2016, p. 206–216.

⁶²⁴ SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS. Corte Interamericana De Derechos Humanos. Caso **Olmedo Bustos e outros v. Chile**, 2001.

⁶²⁵ TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. **Handyside v Reino Unido**, 1976

⁶²⁶ Com a colocação de que as comunicações privadas são protegidas pelo art.5º, XII, CF: MARTINS, Liberdade e Estado constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais, p. No mesmo sentido, mas na literatura alemã: PIEROTH; SCHLINK, **Direitos Fundamentais**, p. 279.

A forma da expressão é outro elemento importante na definição da proteção do art. 5º, IV. A manifestação do pensamento não ocorre diretamente, mas sempre por alguma forma específica, a qual não se confunde com os meios de difusão (TV, rádio, internet, CDs etc.). A Lei Fundamental alemã, como visto, enumera as modalidades “oral, escrita ou imagem”. A Constituição brasileira, por outro lado, não mencionou nenhuma forma específica de manifestação.

Em razão da essencialidade das modalidades para a ocorrência concreta de manifestações, bem como dos termos amplos colocados pelo texto constitucional, as formas também estão protegidas. A própria dogmática alemã, onde o texto normativo é mais contido, entende como exemplificativo o rol de formas, o que indica a mesma possibilidade para o dispositivo brasileiro. Assim, uma interferência na forma da manifestação significa uma interferência no direito fundamental.⁶²⁷

Por mais que seu âmbito de proteção seja robusto, esse direito fundamental tem limites. O seu mais evidente – e talvez mais importante - limite constitucional é o inciso V do artigo 5º, o qual afirma ser “assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”. Trata-se de uma reserva legal qualificada,⁶²⁸ pois define os meios e as finalidades específicas de restrições. Sua principal finalidade é a proteção dos direitos de personalidade assegurados pelo art.5º, X da Constituição.

Dessas hipóteses de restrição, a mais significativa para os fins almejados nesta pesquisa consiste no direito de resposta. Ao mencionar a locução “proporcional ao agravo”, o sistema constitucional indica que a pretensão jurídica desse direito surge com a constatação de um dano. Trata-se da manifestação do pensamento lesiva. Nesse caso, a lei poderá assegurar ao lesado meios e formas de expressão equivalentes para disseminar sua perspectiva sobre o ocorrido perante público ou toda a sociedade.

Se o sistema constitucional norte-americano veda essa possibilidade, o brasileiro expressamente a garante. É necessária, no entanto, uma legislação concretizadora desse limite. A principal delas era a “Lei de Imprensa” (Lei nº 5.250/67), mas que não foi recepcionada segundo o Supremo. Em uma decisão monocrática na Ação Cautelar nº 2.695, o Ministro Celso

⁶²⁷ MARTINS, **Liberdade e Estado constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais**, p. 250.

⁶²⁸ Com a menção de uma “reserva legal implícita”, ver: MARTINS, **Liberdade e Estado constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais**, p.218-219 e 253.

de Mello afirmou a possibilidade do exercício desse direito mesmo sem lei específica. A Constituição, segundo o Ministro, “opera diretamente” na ausência de lei.⁶²⁹

O problema desse entendimento é que uma das regras básicas do Estado Constitucional de Direito é justamente possibilitar a restrição aos direitos fundamentais apenas por lei, por isso o nome “reserva legal”. Aplicar diretamente a Constituição nesse caso significa utilizá-la contra os próprios direitos fundamentais e, portanto, rasgá-la em sua própria essência. À época do julgamento, a concretização vigente do direito de resposta estava no âmbito do direito eleitoral por meio do art. 58 da Lei nº 9.504/97.⁶³⁰ A utilização analógica dessa norma, embora ainda inconsistente, seria melhor do que a criação judicial de uma restrição legal ao direito fundamental. Hoje, existe lei específica concretizando essa disposição constitucional, a Lei nº 13.188/2015.

Problemático é o enquadramento dogmático da vedação do anonimato prevista no final do art.5º, IV, CF. Existem três principais possibilidades de interpretação.⁶³¹ A primeira é entender tal vedação como um elemento de exclusão de expressões anônimas do âmbito de proteção. Embora essas manifestações façam parte da área ou âmbito de regulamentação dessa liberdade constitucional, não compõem o âmbito de proteção.⁶³² A identificação seria, por isso, condição de incidência do direito fundamental.

Existem dois problemas com esse entendimento. Em primeiro lugar, encontra-se uma questão de lógica e operacional. Como a proteção constitucional dos direitos fundamentais dependem do seu exercício por parte de seus titulares e da existência de um óbice a essa ação, manifestações anônimas ou apócrifas não possuem relevância prática e dogmática para o direito constitucional.⁶³³ Sem titulares não há, em princípio, relevância da proteção constitucional. Pode-se cogitar a apreensão do material publicado ou algum reflexo para o controle principal e

⁶²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Cautelar nº 2.695**, 2010, p. 24.

⁶³⁰ Art. 58. A partir da escolha de candidatos em convenção, é assegurado o direito de resposta a candidato, partido ou coligação atingidos, ainda que de forma indireta, por conceito, imagem ou afirmação caluniosa, difamatória, injuriosa ou sabidamente inverídica, difundidos por qualquer veículo de comunicação social.

⁶³¹ FERREIRA, Felipe Grizotto; LAURENTIIS, Lucas Catib de; MARTINS, Leonardo, Regulação das plataformas digitais, anonimato e o sistema constitucional brasileiro: significado jurídico-constitucional da vedação do anonimato no art. 5º, IV CF e suas consequências práticas, **JOTA** (10/08/2020). Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/liberdade-de-expressao/regulacao-das-plataformas-digitais-anonimato-e-o-sistema-constitucional-brasileiro-10082020> Acesso em: 17/12/2020.

⁶³² MARTINS, **Liberdade e Estado constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais**, p. 252.

⁶³³ *Ibid.*

abstrato de constitucionalidade com base nesse parâmetro normativo, mas a relevância da vedação ainda é ínfima.

Em segundo lugar, a exclusão definitiva do âmbito de proteção de expressões anônimas ou apócrifas é uma anomalia não só para a história e os fundamentos da liberdade de expressão, como de todo o direito constitucional. Basta lembrar que o anonimato está presente nos próprios primórdios do constitucionalismo. Os norte-americanos foram convencidos a ratificarem o modelo federativo e a adotarem uma Constituição escrita pela enigmática atuação de *Publius*.

Esse pseudônimo publicou diversos artigos em notórios jornais da época durante os anos de 1787 e 1788, os quais são ainda hoje estudados como os “*Federalist Papers*”. Hoje, sabemos que por trás da histórica atuação do personagem escreviam Alexander Hamilton, John Jay e James Madison.⁶³⁴ Em outras palavras, grande parte do pensamento político democrático e do direito constitucional contemporâneo foi gestado por meio do anonimato. Além desse importante aspecto, como visto, o anonimato e os pseudônimos não só são muito frequentes, como também desempenham importante papel de proteção da era digital. Não é concebível atualmente uma internet sem essas modalidades de comunicação.

É preciso, portanto, reconstruir a função dogmática dessa vedação. Existem tentativas interessantes nesse sentido. Esses aportes argumentativos defendem, em suma, a impossibilidade de uma leitura geral e sistêmica da Constituição que profíba totalmente as expressões anônimas. Prova disso são dispositivos como o sigilo da fonte e de deliberações do júri, o voto é secreto e o fato de que denúncias anônimas são, por vezes, admitidas. A primeira linha argumentativa nesse sentido estrutura esses elementos com a ideia da relatividade das normas constitucionais e com uma interpretação “flexível” dos parâmetros.⁶³⁵ Como “manifestar o pensamento” ocorre das mais diversas formas e a todo momento no cotidiano, sem a necessidade de identificação prévia, então o anonimato não é algo absoluto e tão literal quanto parece.

Uma segunda linha de raciocínio se estrutura pelos argumentos que sustentam que a liberdade de expressão é a regra e seus abusos e restrições a exceção. Por isso, a vedação prévia

⁶³⁴ HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **The Federalist**: a commentary on the Constitution of United States. New York: Random House, 1937.

⁶³⁵ Essa é a posição de Artur Pericles Lima Monteiro. Para um resumo de seus principais argumentos, ver sua entrevista em: SENNA, Carlos de Azevedo. "Proibição do anonimato no Brasil tem sido usada para justificar censura judicial". **Revista Consultor Jurídico** (30/09/2018). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-30/entrevista-artur-monteiro-especialista-liberdade-expressao> Acesso em: 17/12/2020.

ou total do anonimato é inverter essa lógica e presumir que todo discurso é abusivo, contrariando também a regra da presunção de inocência.⁶³⁶ O problema deste entendimento é justificar uma conclusão adequada com fundamentos dogmáticos frágeis, pautados por uma interpretação sem parâmetros sólidos e sem uma metodologia específica. Também o pressuposto social da manifestação do pensamento não é considerado, pois este entendimento coloca até mesmo conversas íntimas no seio familiar e domiciliar como manifestação constitucional do pensamento. A segunda, embora dogmaticamente muito mais consistente, não utiliza parâmetros específicos pautados por uma metodologia geral de aplicação dos direitos fundamentais.

Nessa linha, existem outras duas possibilidades de enquadramento dogmático. Primeiro, a vedação do anonimato pode ser concebida como um dever fundamental. Nesse sentido, como o parágrafo primeiro do artigo 5º da Constituição concede aplicabilidade imediata apenas para as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, os deveres dessa natureza precisam de criação legislativa para serem aplicáveis.⁶³⁷

O problema é que existem diversas categorias de deveres constitucionais. No caso, duas delas são candidatas possíveis. A primeira são os “deveres estatais implícitos e não autônomos”.⁶³⁸ Trata-se, em resumo, dos deveres impostos ao Estado para possibilitar as condições jurídica e materiais necessárias para o regular exercício dos direitos sociais, individuais e políticos. É uma outra classificação para os deveres estatais de tutela, derivados da função jurídico-objetiva dos direitos humanos e fundamentais. Por isso, tal modalidade de deveres carecem de utilidade dogmática, vez que estão intimamente relacionados com a atividade legislativa.

Em segundo lugar, a vedação do anonimato pode ser enquadrada como um “dever estatal explícito e não autônomo”. Ou seja, a Constituição, em alguns casos, exige do Estado a adoção de medidas específicas para tutelar determinada situação social e jurídica. A vedação do inciso IV significaria, nesse sentido, um meio e um dever para fins de proteção dos direitos

⁶³⁶ Nesse sentido, conferir: BUCCI, Eugênio; MARANHÃO, Juliano. Não podemos jogar fora direito ao anonimato para combater fake news. **Jornal Folha de São Paulo** (16/06/2020). Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2020/06/nao-podemos-jogar-fora-direito-ao-anonimato-para-combater-fake-news.shtml?utm_source=whatsapp&utm_medium=social&utm_campaign=compwa Acesso em: 17/12/2020.

⁶³⁷ FERREIRA, LAURENTIIS e MARTINS, Regulação das plataformas digitais, anonimato e o sistema constitucional brasileiro.

⁶³⁸ DIMOULIS; MARTINS, **Teoria geral dos direitos fundamentais**, p. 60.

de personalidade do art. 5º, X, CF, o qual precisa, no entanto, ser concretizado por lei para tutelar situações específicas.

Além da categoria dos deveres fundamentais, a segunda possibilidade de enquadramento da vedação do anonimato é considerá-la como uma reserva legal qualificada, a qual deve ser interpretada de forma sistemática com o inciso V e X da Constituição. Assim, o combate da utilização do anonimato e dos pseudônimos nas manifestações do pensamento é um meio constitucionalmente adequado para tutelar os direitos fundamentais de personalidade. Essas medidas combativas não podem ser, no entanto, irrestritas e generalizadas, pois, por consistirem em uma restrição, ainda estão sujeitas ao processo de justificação de constitucionalidade. O maior problema dogmático desse entendimento é a criação de uma reserva de lei por via interpretativa. Ao possibilitar a inserção de uma reserva de lei onde o constituinte não expressamente autorizou, a dogmática pode abrir uma porta ao legislador para uma relativização geral dos direitos fundamentais.

O fato é que não existe solução dogmática fácil e isenta de deficiências importantes para manuseio jurídico da vedação do anonimato. Apesar disso, um resultado prático comum para ambas as hipóteses de enquadramento é a necessidade de lei específica para aplicação dessa vedação. Por isso, não é possível a aplicação direta pelo Judiciário.

Além dessas hipóteses mais diretas de restrições, existem outras implícitas na Constituição, tais como o dever de combate ao racismo por meio criminalização (art. 5º, XLII, CF).⁶³⁹ Isso é uma ilustração da possibilidade de limitações da liberdade de manifestação do pensamento também por normas do direito penal. No mais, essa liberdade constitucional pode ser restringida de forma negativa quando o Estado obriga o seu exercício para revelar algo que o titular não queira ou aquilo que não concorda. É necessário, agora, compreender as modalidades típicas de intervenção nesse âmbito de proteção.

O direito fundamental pode ser restringido por quaisquer órgãos do Poder Público.⁶⁴⁰ O Legislativo intervém nesse direito sempre que edita uma norma geral e abstrata desestimuladora ou impeditiva da expressão de pensamentos, em especial quando essa norma for baseada no conteúdo das comunicações. O Poder Administrativo restringe tal liberdade quando aplica leis ou quando, ao aplicar uma lei de ofício, atribui-lhe um sentido que impeça

⁶³⁹ MARTINS, *Liberdade e Estado constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais*, p. 218.

⁶⁴⁰ *Ibid.*, p. 252–253.

ou desestimule a manifestação do pensamento. Por fim, o próprio Judiciário pode limitar esse direito ao decidir casos concretos e não considerar o efeito horizontal mediato desse dispositivo em suas interpretações.

Existe uma tendência em considerar o conceito e a natureza das intervenções de forma extremamente ampla e aberta e, por isso, seria a ação interventiva verificada em “todas as ações e omissões que atinjam a liberdade garantida de forma indireta, por exemplo, quando se atinge a liberdade de terceiros e não somente da pessoa a quem se dirige a intervenção imediata e intencional do Estado”.⁶⁴¹

Contudo, esse entendimento gera diversas deficiências dogmáticas dada a sua generalidade e não é compatível com uma metodologia que visa delimitar precisamente os âmbitos de proteção dos direitos fundamentais (ideia de suporte fático restrito). Por isso, adota-se para fins de dogmática geral a concepção clássica de intervenção estatal, a qual deve ser intencional, direta, imperativa e formalizada por um ato jurídico.⁶⁴²

3.2.3. Liberdade de expressão e a comunicação social

3.2.3.1. Distinção entre os parâmetros normativos da manifestação do pensamento e da comunicação social

É comum a confusão entre os diferentes parâmetros que compõe a liberdade de expressão na ordem constitucional brasileira, bem como a aplicação conjunta deles para fundamentar os conflitos jurídicos que envolvem essa liberdade. Os casos citados do Supremo ilustram bem essa tendência na jurisprudência. Na literatura especializada, há quem defenda precisamente a complementariedade entre os dispositivos, especificamente os incisos IV e IX do art. 5º.⁶⁴³ Esse entendimento gera alguns problemas.

Em primeiro lugar, ele leva à confusão de parâmetros e, portanto, de direitos fundamentais. Embora relacionados pelos aspectos da produção do intelecto humano, essas normas possuem características, limites e pressupostos fáticos distintos. A liberdade de

⁶⁴¹ DIMOULIS; MARTINS, **Teoria geral dos direitos fundamentais**, p. 145. Vale ressaltar que os autores não compartilham ou adotam essa concepção ampla de intervenção.

⁶⁴² MARTINS, **Liberdade e Estado constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais**, p. 218.

⁶⁴³ Por exemplo: SARMENTO, Comentário ao artigo 5º, IV, p. 257 e ss.

manifestação do pensamento possui o claro propósito de permitir a exteriorização e a troca tanto de informações quanto de ideias para o desenvolvimento do próprio indivíduo e da vida em sociedade, bem como da construção do espaço público. As atividades artísticas e científicas, por outro lado, contribuem para o desenvolvimento do espaço público e são criações mentais, mas não se resumem a isso.

A liberdade artística é bem característica desse ponto. Ao pintar um quadro ou criar uma escultura, o artista pode não querer divulgar ao público em geral. Ele pode nem mesmo querer divulgar sua criação. Mas ainda assim, ele tem seu direito fundamental à liberdade artística. Em perspectiva semelhante, o cientista que estruturou um grande projeto de pesquisa, mas fracassou em sua empreitada e, por isso, optou por não publicar seus resultados, ainda é titular da liberdade científica. Uma interpretação conjunta geraria ou uma contradição em termos – a manifestação do pensamento não é bem manifestação, pois processos intelectuais não exteriorizados ao público estão protegidos – ou uma restrição indevida das atividades do inciso IX.

O segundo problema consiste na transposição dos limites específicos de um direito ou dispositivo constitucional para outro. Nesse caso, a vedação do anonimato condicionaria também os direitos fundamentais do inciso IX. Uma pintura apócrifa poderia não ser, portanto, protegida pela liberdade artística. Isso gera problemas porque desconsidera a intenção específica do constituinte em disciplinar o direito específico. Também desconsidera a importância da especificidade ou especialidade como critério de orientação no sistema jurídico em geral.⁶⁴⁴ Por esses motivos, é necessário estruturar separadamente os dispositivos, que concedem direitos fundamentais independentes.

Ainda sobre estruturação de dispositivos, o inciso IX mais uma vez encontra um suposto par: o artigo 220 da Constituição. Os termos utilizados são semelhantes e a área de regulamentação também. A finalidade protetiva é a mesma, mas a lógica de tutela é distinta. Enquanto o inciso IX é um direito e, por isso, construído na perspectiva dos particulares, o art.220 é estruturado sob a ótica do Poder Público.

Comunicação é o trânsito de signos, sentidos e significantes entre indivíduos. Por sua vez, comunicação social é manifestação do pensamento dirigida ao público em geral por meios

⁶⁴⁴ Sobre a transposição de limites entre direitos fundamentais, ver: MARTINS, **Liberdade e Estado constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais**, p. 302.

ou processos institucionalizados.⁶⁴⁵ Por isso, a ordem constitucional germânica trabalha com a garantia de proteção que recai sobre as instituições e processos, mas também garante direitos subjetivos aos titulares.

A Constituição brasileira, por sua vez, é mais analítica e complexa, pois separa a proteção constitucional da atividade humana subjacente a realização da comunicação social e dos processos e instituições necessárias para sua efetivação. O artigo 220 incide apenas sobre os processos institucionalizados. O dispositivo do artigo 5º, por outro lado, tutela os atos que compõem a comunicação social. Ambos implicam numa proteção ampla, qualificada e complexa do sistema brasileiro de comunicação social.

3.2.3.2. Aspectos materiais e subjetivos

A proteção dos aspectos materiais e subjetivos das comunicações sociais é função do art. 5º, IX, CF. O objeto dessa proteção são os indivíduos ou empresas que se dedicam especialmente, em regra profissionalmente, à produção e disseminação de ideias e informações. Ou seja, são protegidas as atividades destinadas à produção de um “produto informativo”.⁶⁴⁶

Um aspecto ainda decisivo para a caracterização desse âmbito de proteção consiste na produção de conteúdo destinado ao público indeterminado e a possibilidade de transposição das dimensões de tempo e lugar. Trata-se, portanto, das atividades típicas do jornalismo, embora o texto constitucional não se restrinja a essa categoria profissional. O dispositivo alcança os comunicadores em geral. Jornais, programas de TV, comunicadores independentes, panfletos e cartazes etc. O núcleo dessa proteção é a garantia da liberdade editorial e independência ideológica da organização jornalística, seus repórteres e redatores.

A destinação ao público indeterminado não significa, todavia, a impossibilidade de jornais ou boletins destinados a determinado setor social ou profissional ou até mesmo jornais internos de empresas e outras organizações. Além disso, uma situação social importante que compõe a proteção é a possibilidade de fundação de empresas e organizações de comunicação social.

⁶⁴⁵ SILVA, José Afonso da, **Comentário Contextual à Constituição**, São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 821.

⁶⁴⁶ Nesse sentido, mas com uso do termo “produto de imprensa”, ver: MARTINS, **Liberdade e Estado constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais**, p. 298.

Por isso, uma primeira consideração dogmática importante desse direito é a sua concorrência com a liberdade de profissão (art.5º, XIII).⁶⁴⁷ Apesar de semelhantes, os direitos se distinguem qualitativamente. Não existem, por isso, grandes dificuldades nessa distinção. O inciso IX é norma especial em relação ao XIII. A liberdade de profissão engloba as atividades jornalísticas e dos comunicadores no geral. O inciso IX cria uma disciplina específica para essas categorias profissionais e afasta, portanto, a incidência do inciso XIII.⁶⁴⁸

Consequência direta disso é a não aplicação da reserva legal da liberdade profissional para as atividades de comunicação social. A lei não pode, nesse caso, criar requisitos para o seu regular exercício, tal como decidiu o STF no RE nº 511.961/SP. Além de não possuir reserva de lei, o inciso IX assegura uma garantia especial para os direitos nele previstos: impossibilidade de censura ou licença.

Essa observação do dispositivo, assim como no caso germânico, institui uma ilicitude de meios de restrição, é um “limite dos limites” especial. Em outras palavras, o controle e proibição de conteúdo, juízos e ideias são meios ilícitos para a promoção e proteção de outros bens e valores constitucionais, o que liminarmente invalida a justificação da restrição na análise da proporcionalidade.⁶⁴⁹

Resta saber o que esse termo realmente significa e qual o seu alcance no sistema constitucional brasileiro. De modo geral, a prática consiste em um controle e limitação oficial da produção e circulação de ideias e informações. Pode ocorrer previamente, impedindo a materialização ou produção do material. Nesse sentido, são exemplos a vedação da produção de um livro ou jornal. Por outro lado, pode ser efetivado em momento posterior e consiste no impedimento da circulação e divulgação de um material ou conteúdo. A proibição da venda de um livro já existente e publicado é exemplo dessa modalidade.

Há quem defenda a interpretação da vedação para abranger apenas as censuras prévias, tal como ocorre na Alemanha. O argumento desse entendimento é que a possibilidade de censura posterior está relacionada ao limite do art. 5º, V, o qual permite a repressão da

⁶⁴⁷ Art.5º, XIII, CF: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

⁶⁴⁸ MARTINS, **Liberdade e Estado constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais**, p. 294.

⁶⁴⁹ LAURENTIIS, **A proporcionalidade no direito constitucional**, p. 194.

circulação ou a retirada de determinados conteúdos por lei ou sentença judicial.⁶⁵⁰ Uma interpretação sistemática excluiria, portanto, essa modalidade de censura.

No entanto, esse não é o melhor entendimento. A leitura sistemática é baseada na estruturação dos elementos textuais específicos de cada dispositivo. No caso do inciso IX, fala-se em “censura ou licença”. A menção à “licença” no inciso IX é uma cautela do constituinte, pois afasta expressamente quaisquer tentativas de censura prévia.

O conceito jurídico da “licença” significa a imposição de requisitos e condições pelo Poder Público para o exercício de um direito subjetivo.⁶⁵¹ Licença é, por isso, controle de determinadas atividades, as quais não necessariamente se confundem com o conteúdo e o material protegido. No caso da liberdade científica, um acadêmico pode pesquisar sem licença e pode decidir não divulgar seus resultados. Ele faz uso da proibição de exigência de licença, mas não obrigatoriamente da vedação da censura.

Por outro lado, em atividades sociais e profissionais destinadas à produção e divulgação de conteúdo, como as elencadas no inciso IX, as próprias ações intermediárias que se concatenam para a produção de algum material estão intimamente relacionadas com o seu conteúdo. A possibilidade de um grupo de indivíduos politicamente progressistas fundarem uma organização jornalística, comprarem impressoras gráficas e papel e decidirem a orientação ideológica dos materiais que produzirão, tudo isso sem a necessidade de autorização do Poder Público, é garantia para o conteúdo que irão produzir e divulgar. É tênue, por isso, a distinção entre licença e censura prévia na prática. Essa dificuldade fica ainda mais evidente quando se constata que, muitas vezes, o Estado justifica o controle de conteúdo por motivos e meios indiretos. Assim, como a experiência norte-americana bem ilustra, controlar essas atividades é controlar a produção de conteúdo e, por isso, censura. Com efeito, conclui-se que licença, quando utilizada no campo das atividades de comunicação social, é um termo que engloba a ideia de censura, apesar de ser mais abrangente.

Nessa perspectiva, considerando também a proibição de “toda e qualquer” censura do parágrafo segundo do artigo 220, é consistente o entendimento de que o constituinte buscou a vedação de todas as modalidades de censura ao utilizar o termo “licença”. Assim, essa

⁶⁵⁰ MARTINS, *Liberdade e Estado constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais*, p. 256.

⁶⁵¹ SILVA, *Comentário Contextual à Constituição*, p. 99. Da perspectiva textual, contextual e histórica, José Afonso da Silva evidencia o cuidado do constituinte ao explicar que a menção ao termo “licença” seria desnecessária, pois a ideia já estaria contemplada pela noção de censura, a qual englobaria as modalidades prévia e posterior.

expressão engloba especialmente a censura prévia, e o termo “censura”, o controle da permanência ou circulação dos conteúdos já publicados.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por outros fundamentos, aponta para uma conclusão no mesmo sentido. Em sua decisão na ADI nº 4.815 sobre a inconstitucionalidade da exigência de autorização para produção de biografias, o Tribunal estabeleceu, com menção na própria ementa do acórdão, que “autorização prévia para biografia constitui censura prévia particular”, a qual é vedada assim como o recolhimento de obras, que é “censura judicial, a substituir a administrativa”. Em outros termos, essa segunda hipótese mencionada pelo Supremo consiste em censura posterior. A solução de eventual conflito ou abuso é a reparação de danos e o direito de resposta.⁶⁵²

Em seu voto condutor, a Ministra Cármen Lúcia deixa claro a proibição de toda e qualquer forma de censura no sistema constitucional brasileiro, inclusive a “censura privada”. Nesse ponto, vale esclarecer que apesar do termo sugerir a vinculação direta dos particulares às normas constitucionais, não é o que ficou estabelecido no julgamento. A “censura privada” mencionada é decorrência direta da interpretação e aplicação dos artigos 20 e 21 do Código Civil, não de uma sujeição direta dos particulares ao ditame constitucional.

Assim, os meios limitadores do direito fundamental à liberdade de comunicação social disponíveis para manuseio do Estado são o direito de resposta, a indenização (ambos assegurados pelo art.5º, V) ou, eventualmente, a prisão (injúria, difamação e calúnia). Na prática, a consequência disso é a possibilidade de circulação e produção de qualquer conteúdo que esteja em pauta na sociedade, pois o Poder Público precisará administrar as consequências sempre posteriormente.

O sistema constitucional brasileiro consagra, por isso, uma amplíssima liberdade para execução de atividades de comunicação social. Apesar de englobar todas as modalidades de censura, é necessário restringir o sentido do termo para que não gere resultados sociais extremos. Para isso, as lições da dogmática norte-americana podem auxiliar.

Censura, evidentemente, envolve controle informacional, em especial de ideias impopulares ou contrárias ao interesse governamental. Mas isso não significa que nenhuma interferência nessas áreas ou aspectos sociais seja possível. Uma restrição neutra contra o conteúdo é perfeitamente possível nos termos constitucionais. Regular o número de outdoors

⁶⁵² STF, ADI nº 4.815, 2015, item 6 da ementa.

em determinada localidade certamente limita a liberdade de comunicação, mas é uma medida possível.

Além disso, as regulações baseadas no conteúdo também podem ser permitidas a depender do contexto. Uma lei que proíba os professores de falarem sobre as diferenças entre o nazismo e o marxismo durante uma aula de matemática não é censura. É um meio termo entre a restrição neutra com o conteúdo e a baseada no mesmo. Situação diferente seria proibir o professor de história ou de geografia política de abordar esse mesmo conteúdo. Por fim, a vedação constitucional integral recai sobre as restrições baseadas no ponto de vista. Proibir os professores de história de falarem durante as aulas sobre o nazismo, mas não sobre o marxismo é peremptoriamente inconstitucional por ser meio vedado.

3.2.3.3. Aspectos institucionais e de infraestrutura

Ao refletir sobre o exercício de autogoverno do povo norte-americano, Owen M. Fiss elucida que os cidadãos “dependem de várias instituições para informá-los sobre as posições de vários candidatos a cargos governamentais e para relatar e avaliar políticas em andamento e as práticas do governo”.⁶⁵³ Na época em que escreveu, as principais instituições dessa natureza eram a imprensa e a televisão.

Tais instituições, segundo o autor, precisam tanto de autonomia econômica quanto jurídica em relação ao Estado para cumprir suas funções democráticas em um sistema de produção capitalista. Com o passar do tempo e as mudanças sociais, alguns especialistas começaram questionarem se apenas essa dupla autonomia bastaria. “Poderia o Estado ter um papel na promoção da função democrática impressa?”⁶⁵⁴

A resposta da Constituição brasileira de 1988 a essa pergunta é positiva. Além dos elementos constitucionais tradicionais (direitos fundamentais e organização do Estado), essa Constituição pretende normatizar importantes áreas da sociedade brasileira para promover os mais profundos valores da nação.⁶⁵⁵ Uma dessas áreas é a comunicação social. Importantes

⁶⁵³ FISS, *A Ironia da Liberdade de Expressão: Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública*, p. 99.

⁶⁵⁴ *Ibid.*, p. 101.

⁶⁵⁵ Para um profundo desenvolvimento teórico e normativo de uma das áreas disciplinadas pela Constituição Federal, a econômica, com uma sugestão de desenvolvimento de parâmetros dogmáticos e concessão de eficácia jurídica dessa categoria de normas, inclusive em conformidade com os direitos fundamentais, ver: GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2019, p. 57-86 e 167-342.

parâmetros, deveres e limites para a atuação do Poder Público estão nos artigos 220 a 224 do capítulo V.

Três importantes aspectos estão regulados nesse capítulo da Constituição: (i) o funcionamento das empresas e instituições públicas de comunicação social, (ii) os aspectos institucionais da liberdade de comunicação social e (iii) os meios de comunicação e expressão. Para essa pesquisa importa os dois últimos.

O caput do art. 220 enumera as áreas sociais que compõem os objetos de proteção dos direitos fundamentais à liberdade de expressão e define que “sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição”. A partir daí é possível verificar que os distribuidores das informações, sejam pessoas físicas ou jurídicas, que no ordenamento estadunidense precisaram da atuação da jurisprudência para receberem a proteção constitucional da Primeira Emenda, estão, no Brasil, diretamente protegidos pelo texto constitucional. Além disso, os aspectos institucionais tão caros ao sistema alemão para o exercício da liberdade de imprensa, radiodifusão e cinematográfica, tais como as atividades acessórias e as ferramentas de produção, também receberam tutela específica e analítica na Constituição brasileira. Bancas de jornais, transportadoras que distribuem revistas e livros e as próprias livrarias estão protegidas pelo sistema constitucional.

Leonardo Martins identifica cirurgicamente os dispositivos do capítulo V como manifestação expressa da função jurídico-objetiva da liberdade de comunicação social do art. 5º, IX e, assim, interpreta os longínquos dispositivos conjuntamente. Com o objetivo de uma interpretação integral das normas veiculadoras de direitos fundamentais a partir da teoria clássica, o autor fala em “ressubjetivar” as normas do artigo 220 para, então, operacionalizá-las.⁶⁵⁶

Dogmaticamente, todavia, não é preciso tal esforço para garantir a força normativa desses dispositivos. Isso por dois motivos pontuais. Primeiro, as teorias que condicionam as funções e a interpretação dos direitos fundamentais devem ser identificadas pelo próprio sistema constitucional positivo juntamente com a história constitucional e política do país.⁶⁵⁷ Não é impossível nem improvável, por isso, que um país com uma complexa história política e democrática e com uma Constituição extremamente analítica enseje a utilização de diferentes

⁶⁵⁶ MARTINS, *Liberdade e Estado constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais*, p. 299.

⁶⁵⁷ BÖCKENFÖRDE, *Fundamental Rights: Theory and Interpretation*, p. 268–269 e 287-289.

teorias para distintas categorias de normas. Em segundo lugar, com base na eficácia das normas do capítulo V, pouco importa para a dogmática seus enquadramentos como direitos fundamentais subjetivos na medida em que os efeitos práticos são os mesmos: a contenção da atuação do Poder Público e sua vinculação para a ação.⁶⁵⁸

O parágrafo primeiro do artigo 220 remete aos incisos, IV, V, X, XIII e XIV do artigo 5º. Com isso, a Constituição indica que a plena liberdade de informação jornalística e as instituições de comunicação social, devem obedecer aos limites e diretrizes colocadas nesses dispositivos, o que incluiu as reservas legais da vedação do anonimato e do direito de resposta, bem como a verificação do direito colidente em face direta do inciso X.⁶⁵⁹

Ainda, para a vedação da censura prevista no parágrafo segundo do artigo 220 valem os mesmos comentários do inciso IX, uma vez que o dispositivo fala em “toda e qualquer censura”. O texto é abrangente ao mencionar a natureza “política, ideológica e artística”, o qual incluiu, logicamente, a moral dentro da categoria “ideológica”.⁶⁶⁰ Os demais artigos também consagram uma série de regulações, como controle de propagandas de tabaco, proteção da família, criança e adolescente e controle de propriedade de órgãos e veículos de comunicação.

3.2.4. Liberdade de expressão e o acesso à informação

“É assegurado a todos o acesso à informação”, prescreve o inciso XIV do artigo 5º da Constituição Federal.⁶⁶¹ O dispositivo coloca em evidência a preocupação do constituinte originário de, em uma democracia, não apenas garantir a liberdade de exprimir e promover informações e pensamentos, como também a busca e o desejo de se manter informado. Embora muitos interpretem o dispositivo em sentido amplo,⁶⁶² outros entendem que ele trata apenas da liberdade de informação, sendo diferente do direito ao acesso à informação (art. 5º, XXXIII).⁶⁶³

⁶⁵⁸ O Estado possui o dever constitucional de agir, mas isso não se traduz dogmaticamente em hipóteses nas quais o Judiciário pode obrigar o Legislador a atuar. Mas quando esse poder agir, deverá ser dentro dos rigorosos limites da Constituição.

⁶⁵⁹ MARTINS, **Liberdade e Estado constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais**, p. 301–302.

⁶⁶⁰ *Ibid.*, p. 256.

⁶⁶¹ De forma integral: “Art. 5º, XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

⁶⁶² STEINMETZ, Wilson, Comentário ao artigo 5º, inciso XIV, *in*: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**, v. 2. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2018, p. 629–630.

⁶⁶³ SILVA, **Comentário Contextual à Constituição**, p. 109.

O direito ao acesso à informação como um direito fundamental é reconhecido pela grande maioria dos países democráticos. No entanto, nem sempre ele é expressamente assegurado pelo texto constitucional do respectivo país, sendo geralmente reconhecido por via interpretativa como parte da liberdade de expressão.⁶⁶⁴ No caso brasileiro, o ordenamento assegura uma ampla estrutura, constitucional e legislativa, de acesso à informação.

O âmbito de proteção garante a procura, coleta e análise de informações, a qual deve ser considerada em termos amplos como todo e qualquer juízo de fato ou de valor sobre determinado objeto.⁶⁶⁵ Todavia, é inviável, em uma leitura sistemática com os incisos IV, X e XII, que o acesso seja para qualquer informação. É necessário reconhecer um pressuposto semelhante ao do inciso IV. Nessa linha, o critério desenvolvido pela dogmática alemã pode também ser aplicado para esse dispositivo constitucional. O direito é para as informações de acesso geral, a qual deve ser técnica, não jurídica.

A prerrogativa é concedida a todos, mas geralmente é utilizada e serve aos objetivos daqueles que atuam profissionalmente com os processos informacionais. É um direito complementar ao direito de comunicação social, portanto. Por isso mesmo, o constituinte menciona em seguida o sigilo da fonte, garantia típica da atividade jornalística.

O sigilo da fonte pode ser considerado como um direito autônomo ao acesso à informação, mas que restringe seu âmbito protetivo. Com efeito, a fonte que permitiu a obtenção de determinada informação pode não ser, ela mesma, acessível. Importante constatar que o sigilo da fonte não é incompatível com o anonimato, pois quem é responsável pelas consequências de determinada informação é o indivíduo que a divulgou.⁶⁶⁶

Assim como na manifestação do pensamento, o constituinte brasileiro não restringe os meios utilizados para o acesso às informações. É possível que o titular do direito opte pelo meio que melhor lhe servir, desde que lícito.

⁶⁶⁴ Nesse sentido, ver: MENDEL, Toby. **Liberdade de informação**: um estudo de direito comparado. 2.ed. Brasília: UNESCO, 2009, p.24-26.

⁶⁶⁵ STEINMETZ, **Comentário ao artigo 5º, inciso XIV**, p. 630.

⁶⁶⁶ SILVA, **Comentário Contextual à Constituição**, p. 90.

3.2.5. A proteção constitucional da liberdade de expressão e a era digital

Analisados os programas da norma e reconfigurado seus principais elementos normativos de forma dogmaticamente orientada, resta saber como e em que medida a era digital alterou o âmbito normativo desses direitos fundamentais. Nesse aspecto, a primeira consideração consiste na inclusão dos algoritmos e dos programas computacionais como espécie de linguagem protegida constitucionalmente.

Algoritmos são fórmulas ou procedimentos que transformam, reestruturam e direcionam dados e informações para determinado fim. Apesar de serem mais antigos que os sistemas eletrônicos computacionais da atualidade, os algoritmos ganharam extrema disseminação e relevância prática em razão desses sistemas. Esses procedimentos lógico-matemáticos servem como ferramentas básicas para a resolução de um problema computacional. Basicamente, os procedimentos algoritmos consideram “algum valor ou conjunto de valores como entrada e produz algum valor ou conjunto de valores como saída”.⁶⁶⁷

Enquanto ferramentas lógico-matemáticas, não é preciso muito esforço para identificá-los como resultado da produção mental e, por vezes, da própria manifestação de pensamento. Os algoritmos ainda se enquadram nas áreas discriminadas pelo inciso IX. São, sem dúvidas, expressão da intelectualidade e, quando desenvolvidos institucionalmente por meio do controle de processos de testagem de hipóteses e resultados, também da ciência.⁶⁶⁸ Algoritmos servem de base para o desenvolvimento e funcionamento da internet e dos aplicativos de comunicação e são, em si mesmo, o processo comunicativo.⁶⁶⁹

Quaisquer dúvidas remanescentes no enquadramento da linguagem computacional e matemática como realidade protegida pelo sistema brasileiro da liberdade de expressão é eliminada pela verificação de que os algoritmos atrelados às tecnologias eletrônicas atuais produzem até mesmo arte. Um complexo sistema algorítmico conhecido como *Deep Neural Network* foi aplicado para produzir imagens artísticas de alta qualidade. Em suma, o sistema usa “representações neurais para separar e recombinar conteúdo e estilo de imagens arbitrárias,

⁶⁶⁷ Nesse sentido e analisado o conceito e suas funções básicas, conferir: CORMEN, **Algoritmos**, p. 17–18.

⁶⁶⁸ GREGOR, **The Nature of Theory in Information Systems**, p. 616–618. Considerando sua estrutura, é possível até mesmo conceber que os algoritmos dependem de postulados científicos para sua criação e desenvolvimento. Consistem em uma construção científica por natureza.

⁶⁶⁹ De longa data, conferir: ASHBY, W. Ross, **An Introduction to Cybernetics**, New York: John Wiley & Sons Inc., 1956, p. 140–154.

fornecendo um algoritmo neural para a criação de imagens artísticas”.⁶⁷⁰ O sistema algorítmico, por exemplo, transforma imagens comuns em pinturas no estilo do artista Vincent Willem van Gogh.

Tudo isso significa que essas ferramentas de linguagem matemática podem servir como forma para exercício da manifestação do pensamento e da atividade de comunicação social e, na medida em que servem a esses propósitos, estão também protegidas pelos respectivos âmbitos de proteção. O exemplo mais claro é a utilização de algoritmos para promover a moderação de conteúdo em espaços online ou para realização de atividades editoriais.

Nesses casos, assim como ocorre com as máquinas da imprensa, os algoritmos fazem parte do aspecto de infraestrutura da liberdade de comunicação social. Seja o site de um jornal que os utiliza como ferramenta para moderação e controle dos comentários publicados às notícias e análises de opinião, seja uma plataforma de pesquisa que desenvolve programas com funcionamento específico de seleção e organização de informações e opiniões, estão protegidos pela liberdade de comunicação social. Eles são formas de expressão dessas atividades e processos de apoio para publicação e divulgação.

Em relação às plataformas de busca, é preciso considerá-las como titulares por excelência das atividades de comunicação. Se para algumas plataformas, como por exemplo as mídias sociais, esse enquadramento é nebuloso, não o é para os mecanismos de busca na internet. Além do desenvolvimento do *World Wide Web*, essas plataformas de pesquisa são essenciais para que a internet possa ter as características democráticas e ser minimamente inclusiva atualmente.

Sem esses mecanismos técnicos, os benefícios da internet estariam apenas nas mãos de alguns burocratas ou elites sociais com possibilidade de auferir de uma assessoria especializada para navegação na rede mundial de computadores. Mesmo para aqueles que enxergam na liberdade de comunicação social, em especial o art. 5º, IX, da Constituição, apenas proteção da imprensa e suas atividades, basta lembrar as considerações críticas feitas neste trabalho ao julgamento do *Google Spain*, passagem em que se evidenciou que as plataformas

⁶⁷⁰ Nesse sentido, ver: GATYS, Leon A.; ECKER, Alexander S.; BETHG, Matthias, A Neural Algorithm of Artistic Style, [arXiv:1508.06576v2 \[cs.CV\]](https://arxiv.org/abs/1508.06576v2), 2015. Agradeço à Henrique Noronha Facioli pela indicação do artigo, bem como pelas explicações necessárias sobre o complexo universos da linguagem computacional.

de busca possuem atualmente os mesmos pressupostos e finalidades sociais que a imprensa quando de seu surgimento no início da modernidade.

Também os blogs são atividades de comunicação para fins do art.5º, IX. Existem dúvidas se um blog pode ou não ser considerado uma atividade ou instituição jornalística, mas certamente seus criadores e administradores são comunicadores sociais. Ao produzir conteúdos em formato de blog e disponibilizá-los na *World Wide Web*, os indivíduos realizam atividades de comunicação destinadas ao público indeterminado e, não raras vezes, a produção dos conteúdos é feita em equipe. Isso também vale para os canais e vídeos do YouTube. Canais destinados à divulgação de fatos históricos ou da ciência podem não ser organizações jornalísticas nem seus criadores jornalistas,⁶⁷¹ mas são comunicadores e divulgam importantes conteúdos para um público indeterminado e para além das dimensões de tempo e espaço.⁶⁷²

Nessa linha, vem à tona a questão do direito ao sigilo da fonte previsto no art.5º, XIV. A Constituição fala que o sigilo incidirá “quando necessário ao exercício profissional”. Mas o significa esse exercício e como a era digital modificou isso? Como visto, com o desenvolvimento das tecnologias da informação, especialmente com a portabilidade e centralização de ferramentas comunicativas de registro audiovisual, a divisão entre produtor e consumidor de informação foi relativizada. Hoje todo indivíduo é potencialmente um divulgador de conteúdo constitucionalmente protegido.⁶⁷³

Isso gera duas consequências dogmáticas. Primeiro, para a verificação do exercício profissional deverá ser considerada a finalidade da divulgação do conteúdo. Se for colocado em meio aberto a um público indeterminado, como ocorre com o *Twitter*, os blogs e os vídeos no YouTube, o sigilo da fonte incidirá, pois a divulgação está exercendo o papel de consolidar informação para acesso geral, nos termos do direito de acesso à informação. Segundo, frente a dissolução da linha divisória entre produtores e consumidores de conteúdo, na dúvida de

⁶⁷¹ Um bom exemplo brasileiro de canal do YouTube nesse sentido é o *Nerdologia*, criado e administrado por um biólogo e um historiador e suas equipes que publicam análises científicas toda terça e quinta. A página inclusive possui uma equipe de direção, edição, arte e mesmo de produção. Conferir detalhes em: <https://www.youtube.com/c/nerdologia/about> Acesso em: 19/12/2020.

⁶⁷² Leonardo Martins considera, em sentido contrário, que os “blogs independentes seriam abrangidos, no máximo, pela liberdade de expressão do pensamento e não pela liberdade de imprensa ou comunicação social” (MARTINS, **Liberdade e Estado constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais**, p. 261, nota de rodapé nº 65).

⁶⁷³ Conferir item 1.2.2 deste trabalho (“características das comunicações online”).

aplicação ou não do sigilo da fonte, deve-se adotar um entendimento ampliativo de forma a deixar a escolha do titular se quer evocar a proteção constitucional.⁶⁷⁴

Também existem considerações em relação ao direito de acesso à informação. Assim como na manifestação do pensamento, o constituinte brasileiro não restringe os meios utilizados para o acesso às informações. É possível que o titular do direito opte pelo meio que melhor lhe servir, desde que lícito constitucionalmente. Assim, a internet, as plataformas de busca e os aplicativos em geral estão englobados pela proteção constitucional.

Como os meios de acesso devem ser técnicos e materiais, restrições podem ocorrer quando o Poder Público bloquear relativamente o acesso a determinadas publicações na internet. Isso pode ocorrer, por exemplo quando determinado Estado utiliza geobloqueadores para que usuários de determinada localidade não consigam acessar, por meio dos provedores de serviço à internet, determinados sites ou aplicações. Considerando a natureza da internet e o fato das informações disponíveis no WWW, no Google ou em mídias sociais como YouTube possuírem alcance mundial, existe disponibilidade técnica ao público em geral e, portanto, medidas dessa natureza são intervenções no direito fundamental.

Em relação à liberdade de manifestação do pensamento, existem duas principais considerações. A primeira consiste na ampliação das formas de manifestação. Além dos algoritmos, linguagens simbólicas digitais, tais quais os emoticons e as figurinhas, fazem parte do âmbito de proteção. Por outro lado, um vírus de computador ou spam direcionado por meios de comunicação, como os e-mails, não integram o âmbito de proteção. Falta, nesses casos, o pressuposto de incidência dessa liberdade, pois estas não são manifestações destinadas ao público, mas individualmente direcionadas.

Os meios para disseminação de conteúdos e as instituições de distribuição estão protegidas contra o controle da atuação do Estado pelo artigo 220. No início da era moderna, a função institucional era desempenhada pela imprensa. Logo os jornais e as revistas dividiram lugar com o rádio e a televisão.⁶⁷⁵ Hoje, existe a internet, as mídias sociais e diversas plataformas de comunicação social. A proteção constitucional alcança a comunicação social veiculada por todos esses novos meios e instituições de interlocução.

⁶⁷⁴ Sobre a perda de sentido da definição de jornalista e sua vinculação a requisitos formais, especialmente com o advento da era digital, ver: KUTTAB, Daoud, Who is a journalist?, **Doha Center for Media Freedom**, 2015. Disponível em: <https://www.dc4mf.org/en/news/who-is-a-journalist/>. Acesso em: 2019-09-29.

⁶⁷⁵ Para um breve panorama do desenvolvimento dos sistemas de comunicação social, conferir: MACHADO, **Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema constitucional**, p. 47–55.

Vale lembrar que durante o processo constituinte brasileiro, o artigo 399 do Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos propunha uma redação que discriminava os meios de comunicação social e, por isso, eventualmente poderia abrir para uma interpretação restritiva da proteção constitucional. Segundo a proposta, o sistema de comunicação social compreenderia apenas a imprensa, o rádio e a televisão.⁶⁷⁶ Como não foi essa a redação final do dispositivo, não restam dúvidas que a internet e as plataformas de serviços eletrônicos e aplicações online compõe a dimensão social e institucional da liberdade de expressão no Brasil.

O parágrafo terceiro do artigo 222 expressamente se refere aos “meios de comunicação social eletrônica”, os quais “independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço, deverão observar os princípios enunciados no art. 221, na forma de lei específica, que também garantirá a prioridade de profissionais brasileiros na execução de produções nacionais”.

Isso justifica o enquadramento tanto dos provedores de serviço à internet quanto daqueles de conteúdo e aplicações como atividades protegidas. É essencial apenas que façam parte da cadeia de criação e distribuição de informações, dados e ideias para o público indeterminado. Por exemplo, um eventual litígio jurídico sobre a regulação da infraestrutura da internet e o princípio da neutralidade de rede, ensejaria a incidência dos parâmetros do capítulo V da Constituição, bem como daqueles que definem a ordem econômica e financeira presentes no título VII.

A avaliação e a natureza das intervenções também sofreram mudanças. Se não é possível ampliar o conceito de intervenção a ponto de destituí-lo de qualquer capacidade de orientação e controle, por outro lado, é necessário considerar eventuais especificidades de cada direito fundamental para seus delineamentos. Lucas Catib De Laurentiis, ao considerar a importância da função de defesa para a interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, afirma que esses direitos são, “antes de tudo, regras de distribuição de ônus argumentativos entre o Estado e titulares” e, nessa linha, “os instrumentos de justificação dos atos estatais restritivos de direitos também são variados”.⁶⁷⁷

⁶⁷⁶ O dispositivo dispunha: “Art. 399 – O sistema de comunicação social compreende a imprensa, o rádio e a televisão e será regulado por lei, atendendo à sua função social e ao respeito à verdade, à livre circulação e à difusão universal da informação, à compreensão mútua entre os indivíduos e aos fundamentos éticos da sociedade.” Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/AfonsoArinos.pdf>. Acesso em: 05/05/2020.

⁶⁷⁷ LAURENTIIS, A **proporcionalidade no direito constitucional**, p. 180.

O autor tece essas considerações a fim de justificar como os elementos normativos específicos de cada direito fundamental influenciam na configuração e utilização da proporcionalidade, pois não há uma única forma ou único instrumento para avaliar todas as restrições. Dogmaticamente orientada por cada direito fundamental, a proporcionalidade pode assumir diferentes configurações.⁶⁷⁸ Se isso é certo, então não só a proporcionalidade precisa ser orientada pela natureza normativa específica de cada direito fundamental, mas a avaliação das intervenções como um todo.

No caso dos direitos à liberdade de expressão, exige-se o afastamento parcial dos requisitos “intencional” e “direto” dos atos estatais de intervenção. Tradicionalmente, assim como descrito no caso da ordem constitucional alemã, as restrições à liberdade de expressão do pensamento consistem em condenações civis ou criminais e em penalidades administrativas em razão da manifestação de informações e opiniões. Contudo, como um dos núcleos de significado dessa liberdade é justamente a proteção de ideias subversivas ou impopulares, o Estado pode utilizar meios laterais ou dissimulados de silenciamento, como ensina a experiência norte-americana com o reconhecimento do *pretext effect*.

Como fundamentado na primeira parte deste trabalho, isso é uma tendência das restrições na era digital, que tendem a ser indiretas. Não é o caso de considerar qualquer afetação mínima aos direitos de liberdade de expressão como intervenção. Mas podem existir situações em que, apesar do pretexto de tutelar outras áreas e interesses, o Estado aproveita para estimular o silenciamento de certas ideologias e de opositores. E, por isso, não existe menção direta nas considerações e razões de criação da legislação, nem em seus objetivos, mas ainda assim, seja uma norma forjada para esses fins.

Por exemplo, as legislações de responsabilidade civil das plataformas por danos de terceiros a depender de como forem configuradas, podem incentivar um *overblocking* e, por isso, uma possível violação a manifestação do pensamento. Também mecanismos de “supervisão” e controle das atividades das plataformas podem ser uma abertura para o Poder Público controlar os fluxos informacionais e promover o silenciamento.

A grande lição que se tira dessa complexa gama de parâmetros normativos e da enigmática realidade permeada pelas tecnologias digitais, é a inexistência de soluções únicas e

⁶⁷⁸ De forma semelhante, ao reconsiderar a importância dos elementos hermenêuticos para a aplicação do teste de restrição aos direitos fundamentais, ver: POSCHER, Ralf. Proportionality and the Bindingness of Fundamental Rights. In: Billis/Knust/Rui (org.). **Proportionality in Crime Control and Criminal Justice**. Hart Publishing, 2020 (no prelo).

simplicistas. Não existe uma única regra ou forma de regulação e nem sempre todos os direitos de liberdade de expressão irão incidir nas circunstâncias concretas. É necessário avaliar rigorosamente a situação do caso e a natureza da atividade envolvida, bem como a conjuntura das regulações. Eventualmente vários parâmetros constitucionais incidirão sobre uma mesma plataforma ou distintas plataformas serão tuteladas pelo mesmo direito fundamental.

Por exemplo: as atividades no contexto do Facebook podem não ensejar a incidência de nenhum dos direitos à liberdade de manifestação do pensamento se o conflito envolver comunicações pelo *Messenger*, pois são conversas privadas com destinatários determinados e, por isso, este será um caso de proteção do direito ao sigilo das comunicações (art.5º, XII, CF). Todavia, outras atividades na mesma plataforma ensejam a incidência dos direitos de liberdade de manifestação do pensamento e de comunicação social, como quando os usuários criam uma página pública para protestar contra o prefeito da cidade.

Com isso, terminam as principais observações sobre o sistema constitucional e os âmbitos de proteção da liberdade de expressão na era digital. É possível, portanto, enfrentar os principais desafios ao exercício dessa liberdade.

3.3. O bloqueio de aplicativos de comunicação

3.3.1. O contexto fático e jurídico da discussão

O bloqueio temporário do funcionamento de aplicativos de comunicação online surpreendeu milhões de brasileiros e caminhava para ser uma prática recorrente do judiciário nacional.⁶⁷⁹ O ato de suspensão foi considerado um instrumento de coação da empresa envolvida devido ao descumprimento de ordem judicial prévia de interceptação de mensagens e monitoramento em tempo real.

As decisões concediam liminares requeridas por forças policiais no curso de procedimentos criminais. Apesar de buscarem coagir a plataforma de comunicação (*WhatsApp*), as ordens foram direcionadas às empresas provedoras de serviço de internet, que

⁶⁷⁹ Até a proposição das ações judiciais de controle de constitucionalidade, ocorreram três ordens de bloqueio do aplicativo. Três delas foram efetivamente cumpridas, gerando a suspensão das atividades em todo território nacional. Para um panorama geral, conferir: BARROS, Paula Pécora de. ADPF 403 no STF: Bloqueios do WhatsApp são constitucionais? In: **bloqueios.info**, **InternetLab**, 18.11.2016. Disponível em: <http://bloqueios.info/pt/adpf-403-no-stf-bloqueios-do-whatsapp-sao-constitucionais/>. Acesso em: 05/05/2020.

foram consideradas as detentoras dos meios técnicos para promover a suspensão do serviço. O principal parâmetro utilizado como fundamentação para a decisão de bloqueio foi o art. 12, III, da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet, doravante “MCI” ou “Marco”),⁶⁸⁰ que disciplina a sanção de suspensão temporária de atividades.

Embora revertidas em pouco tempo, decisões dessa natureza foram polêmicas e deram origem a duas ações diretas de controle de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal. A Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 5527 tem como objeto os dispositivos do Marco, em especial o inciso III do artigo 12,⁶⁸¹ enquanto a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 403 questiona a validade das próprias decisões judiciais de bloqueio.⁶⁸² Em ambas as ações, dentre outros parâmetros, é afirmado que os atos de bloqueio violam a liberdade de comunicação assegurada no inciso IX do artigo 5º da Constituição Federal.

O aplicativo atualmente integra uma gama de serviços oferecidos pelo Facebook, empresa de comunicações digitais. A missão do aplicativo, nos termos colocados pela própria plataforma, consiste “no desejo de possibilitar que as pessoas se comuniquem sem barreiras, em qualquer lugar do mundo”.⁶⁸³ A plataforma possibilita uma troca rápida de mensagens entre indivíduos em conversas singulares ou em grupos, exigindo apenas uma conexão à internet.

3.3.2. Análise do texto e contexto das normas supostamente interventoras

O caso apresenta dois atos normativos supostamente limitantes do direito fundamental. O primeiro é de autoria do Poder Legislativo nacional e consiste no inciso III do artigo 12 do Marco.⁶⁸⁴ O segundo ato discutido consiste na ordem de suspensão emitida por qualquer órgão do Poder Judiciário.

Em relação ao dispositivo do MCI, o primeiro esclarecimento necessário diz respeito a sua interpretação e aplicação equivocada pelo Judiciário de primeira instância. Embora o

⁶⁸⁰ Em algumas decisões, além do dispositivo do Marco Civil mencionado, foi utilizado como fundamentação o art. 461, §1.º, do antigo Código de Processo Civil (CPC/73).

⁶⁸¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 5527**. Pendente de julgamento.

⁶⁸² BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 403**. Pendente de julgamento.

⁶⁸³ Disponível em: <https://www.whatsapp.com/about/>. Acesso em: 05/05/2020.

⁶⁸⁴ **Art. 12.** Sem prejuízo das demais sanções cíveis, criminais ou administrativas, as infrações às normas previstas nos arts. 10 e 11 ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções, aplicadas de forma isolada ou cumulativa: III - suspensão temporária das atividades que envolvam os atos previstos no art. 11.

preceito autorize a suspensão de atividades como meio coercitivo, a aplicação dessa sanção é taxativamente condicionada aos atos do artigo 11 do mesmo diploma. Por sua vez, o artigo 11 trata da proteção dos direitos de privacidade e proteção de dados.⁶⁸⁵ Apenas quando ocorrer violação dessa natureza pela plataforma é que a sanção de suspensão poderá ser aplicada.

Nessa linha, as decisões desvirtuam totalmente o sentido do texto legal. Ao estabelecer uma criptografia de ponta a ponta, na qual nem mesmo a própria empresa pode ter acesso às comunicações feitas pelo aplicativo, a plataforma está zelando pela privacidade e os dados pessoais dos indivíduos. O que os mandados judiciais fizeram é utilizar a sanção prevista no caso de descumprimento da lei para penalizar a plataforma por cumprir a lei.

É até possível cogitar um enquadramento legal da plataforma com base no parágrafo primeiro do artigo 10,⁶⁸⁶ o qual exige disponibilização de registros. No entanto, o dispositivo não autoriza a suspensão de atividades como sancionamento. Isso significa que a constitucionalidade do dispositivo nem precisaria ser discutida, podendo o caso ser resolvido por meio da correção interpretativa do inciso (nível legal) ou considerar inconstitucional somente a referida interpretação.

Este caso abre espaço para uma consideração importante que pode servir a outros que tenham o mesmo plano de fundo. O artigo 11 abrange os aplicativos e serviços de comunicação na internet e exige, em seu parágrafo primeiro, o respeito para com a “legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros”. Portanto, no caso de violação dessas normas, poderá não apenas suspender temporariamente as atividades da plataforma de comunicação, como proibir definitivamente seu funcionamento. É preciso avaliar as consequências normativas dessas hipóteses.

⁶⁸⁵ **Art. 11.** Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros.

⁶⁸⁶ **Art. 10.** A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas. § 1º O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no caput, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo, respeitado o disposto no art. 7º.

3.3.3. Um problema de liberdade de expressão?

À parte das inconsistências de interpretação e aplicação dos parâmetros legais, resta saber se o embate consiste em uma questão dos direitos fundamentais de liberdade de expressão. Além do inciso art. 5º, IX mencionado nas ações de controle de constitucionalidade, as circunstâncias fáticas do caso também perpassam os objetos protetivos dos incisos XII e XIII, respectivamente, o direito de sigilo das comunicações e a liberdade de profissão.

Os detalhes das ordens de bloqueio indicam que o objetivo não era sancionar a atividade econômica e social da companhia de comunicação, mas sim a sua falta de cooperação para com as investigações criminais, bem como o descumprimento de ordem judicial. O debate principal recai sobre a questão do sigilo e criptografia das comunicações, não sobre o controle de conteúdo exposto à sociedade.

Não estão em discussão nesses casos de bloqueio, a publicação e divulgação de conteúdos para um público indeterminado ou para setores sociais. Pelo contrário, o que se discute é a identificação e o monitoramento de comunicações privadas, nas quais seus polos não querem divulgar para terceiros o respectivo conteúdo.

Isso tudo indica que o principal problema da perspectiva dos usuários do serviço é o direito ao sigilo das comunicações. Como visto brevemente, ele protege os receptores e emissores determinados e particulares das atividades comunicativas. O dispositivo constitucional fala exatamente em quebra desse sigilo para fins de investigação criminal, como é o caso das ações de controle submetidas ao Supremo.⁶⁸⁷

Da perspectiva da plataforma de comunicação, o principal problema é a liberdade de profissão. Embora os aplicativos dessa natureza sejam extremamente relevantes para as comunicações atualmente, suas atividades empresariais não envolvem a divulgação de conteúdo para um público indeterminado, mas apenas possibilitar essa divulgação. Não existe controle algum do mérito das comunicações. Por outro lado, ao impedir seu funcionamento, mesmo que temporário, ocorre uma intensa ingerência em sua atividade empresarial, inclusive com perdas econômicas.

⁶⁸⁷ O sentido e o alcance desse direito, em especial de sua reserva legal, dividem a jurisprudência e a literatura jurídica. Sobre o tema, ver: STRECK, Lenio L., Comentário ao artigo 5º, XII, *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; _____ (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**, 2. ed. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2018.

Portanto, o problema dos bloqueios dos aplicativos de mensagens privadas é um excelente exemplo tanto de concorrência entre direitos fundamentais quanto de uma aparente incidência dos direitos de liberdade de expressão, a qual é afastada quando se realiza uma verificação criteriosa dos parâmetros envolvidos.

3.4.A responsabilidade civil dos provedores de conteúdo por conteúdo de terceiros

3.4.1. O contexto fático e jurídico da discussão

A questão da responsabilidade civil das plataformas digitais por danos de terceiros é, como visto, uma das maiores tensões trazida pela era digital ao exercício da liberdade de expressão, dividindo a jurisprudência e os pesquisadores de diversos países.⁶⁸⁸

No Brasil, aparentemente havia se atingido um ponto de equilíbrio entre os diversos interesses, pois a questão estaria pacificada com a aprovação do Marco Civil da Internet. A Lei categoricamente assegura a liberdade de expressão e busca evitar abusos no controle dos conteúdos online.

O artigo 19 do diploma garante aos provedores de aplicação imunidade perante conteúdo de terceiros. Ressalvando poucas exceções, a Lei admite que esses provedores apenas serão responsabilizados se não tomarem as providências necessárias para tornar indisponível o conteúdo considerado ilícito por uma decisão judicial específica.

Contudo, parte da literatura brasileira⁶⁸⁹ e certa jurisprudência⁶⁹⁰ consideram que o modelo adotado pelo dispositivo permite violações a outras normas jurídicas, em especial os direitos fundamentais de personalidade. O dispositivo seria, portanto, inconstitucional.⁶⁹¹ O Facebook se insurgiu contra uma dessas decisões ao interpor o Recurso Extraordinário nº 1.037.396-SP,⁶⁹² no qual se discute exatamente a constitucionalidade do artigo 19.

⁶⁸⁸ Conferir item 1.6.3.1. deste trabalho.

⁶⁸⁹ Pioneiro nesse sentido: SCHREIBER, Anderson, Marco Civil da Internet: Avanço ou Retrocesso? A Responsabilidade Civil por dano derivado do conteúdo gerado por terceiro, *in*: **Direito e Internet III – Tomo II: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14)**. Coord. Newton de Lucca e outros., São Paulo: Quartier Latin, 2015.

⁶⁹⁰ Representativo dessa tendência, pois expressamente se embasou nas reflexões de Schreiber, conferir: BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo, **Apelação nº 1011391-95.2015.8.26.0005**, 2016.

⁶⁹¹ Na verdade, o que a literatura e a jurisprudência fazem é aplicar uma interpretação conforme a Constituição como meio de manter a validade do dispositivo.

⁶⁹² BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário nº 1.037.396-SP**. Pendente de julgamento.

Embora esteja mencionado o termo genérico “provedores de internet” nos autos do processo, é certo que a discussão engloba apenas os provedores de aplicação, pois os provedores de conexão são disciplinados pelo artigo 18 do Marco, que é objeto estranho à lide. Os provedores de aplicação, por sua vez, abrangem um conjunto amplo de plataformas e serviços no contexto do MCI,⁶⁹³ tais como: mídias sociais, blogs e até mesmo mecanismos de buscas online. Como visto, todas essas atividades são protegidas constitucionalmente.

3.4.2. Análise do texto e contexto do artigo 19 do Marco Civil da Internet

Uma primeira análise da questão metodologicamente rigorosa poderia levar à conclusão de que a discussão não consiste em um problema dogmático de liberdade de expressão, pois o artigo 19 estaria promovendo a proteção dos direitos à liberdade de expressão (concretização).

Seria, por outro lado, um problema para investigação sob o aspecto dos direitos de personalidade. Estaria, portanto, fora do escopo desta pesquisa. Mas não é isso o que ocorre. Os resultados do controle de constitucionalidade do referido artigo afetarão diretamente a relação normativa do Estado com o exercício da liberdade de expressão online. É o que se buscará demonstrar. Mas antes é preciso entender o texto do dispositivo e seu contexto.

Possui certo caráter intuitivo afirmar que o agente causador de um dano é obrigado a repará-lo. O Direito incorpora esse princípio e estabelece um conjunto de regras que disciplinam essa modalidade obrigacional. Frente à atual complexidade das relações sociais, de seus conflitos e dos diferentes interesses que levam à positividade jurídica, é esperado que o sistema de responsabilização seja igualmente complexo. Dogmaticamente e da perspectiva da teoria normativa, o objetivo é identificar em que circunstâncias e em qual intensidade, quais indivíduos respondem por quais danos.⁶⁹⁴

A responsabilidade dos provedores de aplicações por danos de terceiros é um desses casos complexos. Afinal, é uma discussão de um instituto jurídico antigo aplicado a uma

⁶⁹³ Nos termos do artigo 5º, VII, do MCI, as aplicações de internet englobam o “conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet”.

⁶⁹⁴ Fazendo um balanço histórico das modalidades de responsabilidade civil e as diferentes definições atribuídas ao instituto em sua obra tida como referência nacional sobre o tema, Caio Pereira conclui que: “a responsabilidade civil consiste na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma. Reparação e sujeito passivo compõem o binômio da responsabilidade civil, que então se enuncia como o princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano” (PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Responsabilidade Civil**, 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, item 8, p. 28).

realidade nova, na qual a natureza jurídica das atividades prestadas é incerta e as consequências carentes de prognósticos.

Antes da vigência do Marco Civil da Internet, era possível verificar três tendências jurisprudenciais e doutrinárias brasileiras. O Superior Tribunal de Justiça, em julgamento recente, resumiu bem as diferentes correntes:

No âmbito da jurisprudência dos tribunais brasileiros, conforme exposto pela doutrina, surgiram três entendimentos sobre a responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet por conteúdos gerados por terceiros: (i) a irresponsabilidade pelas condutas de seus usuários; (ii) a responsabilidade civil objetiva; e (iii) a responsabilidade subjetiva, que pode ser subdividido a partir do momento em que o provedor de aplicação seria responsável pelo conteúdo gerado por terceiro. (...) Por fim, há a tese da responsabilidade subjetiva, segundo a qual o provedor de aplicação torna-se responsável solidariamente com aquele que gerou o conteúdo ofensivo se, ao tomar conhecimento da lesão que determinada informação causa, não tomar as providências necessárias para a sua remoção.⁶⁹⁵

A tese da irresponsabilidade pelas condutas dos usuários concebe os provedores estritamente como intermediários entre a conduta danosa e a vítima. Além de considerarem que as plataformas esclarecem aos usuários sua ausência de responsabilidade perante terceiros, a posição entende que não seria possível imputar obrigações aos provedores por eventuais danos futuros. No entanto, é reconhecido o dever de colaboração das plataformas com a vítima para identificação do gerador da ofensa.

O entendimento que afirma a existência de uma responsabilidade objetiva se fundamenta em dois argumentos: a consideração dos eventuais danos como risco inerente à atividade,⁶⁹⁶ e o enquadramento dos eventuais danos como defeito na prestação dos serviços, ensejando, portanto, a incidência das normas protetivas do consumidor. Como colocado anteriormente, só existe responsabilidade civil se houver obrigação. Por isso, parte da literatura especializada bem identificou duas outras questões subjacentes a essa tese.⁶⁹⁷

⁶⁹⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial nº 1642997-/RJ**. 2017, p. 8.

⁶⁹⁶ O Código Civil brasileiro, em seu artigo 927, reconhece a possibilidade de responsabilização sem culpa das pessoas, físicas ou jurídicas, quando executarem uma atividade que naturalmente ofereçam risco para os direitos de outrem. Devido a indeterminação do dispositivo e suas sérias consequências, a prática e a dogmática jurídica reconhecem requisitos e pressupostos para sua aplicação. No geral, conferir: PEREIRA, **Responsabilidade Civil**, p. 43-47 e itens 96-100.

⁶⁹⁷ SOUZA; LEMOS, **Marco civil da internet: construção e aplicação**, p. 75.

A primeira consiste na verificação da existência de um dever jurídico dos provedores de monitorar e controlar os conteúdos transmitidos por seus sistemas. A segunda, considerando que o provedor não possui dever de monitoramento, é necessário aferir se ele é juridicamente obrigado a remover determinado material quando notificado extrajudicialmente pelo interessado. Essas são questões centrais, em especial para a discussão da liberdade de expressão, mas que muitas vezes são ignoradas pela jurisprudência e pela literatura.

O terceiro entendimento trilha o caminho da responsabilidade civil subjetiva dos provedores. No entanto, ele é subdividido em duas teses quanto ao critério para aferição da culpa. A primeira afirma que os provedores seriam responsáveis a partir do momento em que foram notificados pelos usuários do conteúdo danoso ou ilícito. Por sua vez, a segunda tese afirma que a responsabilidade ocorreria após uma notificação judicial exigindo a remoção do conteúdo. Era prevalecente na jurisprudência do STJ a primeira tese.⁶⁹⁸

O artigo 19 do Marco Civil da Internet disciplinou a questão com base nos diferentes interesses envolvidos, as peculiaridades técnicas e a proteção dos direitos humanos e fundamentais. O dispositivo expressamente adota a segunda tese da responsabilidade civil subjetiva, que responsabiliza os provedores apenas após ordem judicial de remoção de conteúdo.

A literatura especializada e os ativistas de direitos humanos⁶⁹⁹ consideram essa modalidade de responsabilidade civil como a mais adequada para proteger a liberdade de expressão online e, de forma concomitante, tutelar seus eventuais abusos. Parte dos motivos já foram exploradas no capítulo 1 deste trabalho, mas, em suma, os defensores do modelo adotado pelo Marco alegam que quaisquer das outras modalidades de responsabilização ocasionariam uma patrulha constante e a retirada sumária de conteúdos. Isso porque elas implicariam naquelas obrigações de monitoramento ou julgamento. Isso afetaria seriamente o livre trânsito de ideias e informações, pois a lógica passa a ser: na dúvida, exclusão.

⁶⁹⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial nº 1193764-SP**, 2010.

⁶⁹⁹ ARTIGO 19, **Freedom of Expression Unfiltered: How blocking and filtering affect free speech**, Londres: [s.n.], 2016.

3.4.3. Análise crítica da questão

Na tríade indivíduo, sociedade e Estado, existem constantes conflitos e tensões. A Constituição assegura diversos mecanismos para equalizar essa relação, dentre os quais estão os direitos fundamentais e a definição de uma série de interesses sociais que o Estado deve promover. Ao buscar ampliar e delinear os próprios direitos ou fomentar os objetivos constitucionais, o Poder Público eventualmente restringe e viola outros direitos. A tarefa principal da dogmática dos direitos fundamentais é investigar a existência de violações e criar parâmetros para sua aferição, não opinar sobre o mérito político das infinitas possibilidades de organização da sociedade e promoção de seus valores.

Nessa linha, não é possível afirmar dogmaticamente que o artigo 19 do Marco restrinja os direitos fundamentais de personalidade, pois não existe intervenção no âmbito protetivo. Esse dispositivo cria uma regra procedimental para a avaliação dos abusos discursivos e responsabilização das plataformas. É uma garantia formal acima de tudo.

Não é o caso de adentrar no mérito do âmbito de proteção dos direitos de personalidade previstos no inciso X do artigo 5º, mas independentemente de seu sentido e extensão, concebido como direito de resistência, não há no artigo 19 uma intervenção a esses direitos. Não existe, no caso, uma intervenção direcionada aos direitos de personalidade que seja direta e finalística.

É possível considerar que o preceito faz pouco para proteger esses direitos, ou então concluir que a norma é consequência de uma decisão legislativa com a finalidade de tutelar a proteção dos direitos à liberdade de expressão e, ao contrário, deixou de tomar medidas equivalentes para a tutela da personalidade.

É possível, também, pensar em propostas legislativas que melhorem a proteção da privacidade na internet, assim como o legislador fez do artigo 19 do MCI um instrumento de promoção da liberdade de expressão. É exatamente isto o que ocorre, por exemplo, com a recente aprovação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Mas em todos esses casos os argumentos são de natureza substancialmente política, não dogmáticas.

Afinal, tanto os regimes de responsabilidade dos provedores como os sistemas de proteção de dados, são exemplos dos complexos processos de governança digital. Ou seja, são exemplos das tentativas políticas de tutelas dos diferentes interesses no contexto da internet. Enfim, o papel da dogmática jurídica e dos juristas, nesse processo, consiste na avaliação tanto de uma limitação real aos direitos fundamentais como da proporcionalidade dessas medidas. E,

nessa linha, não é possível afirmar que o dispositivo analisado viole os direitos de personalidade.⁷⁰⁰

Para além da tentativa de evitar um *chilling effect* no exercício da liberdade de expressão, o que o artigo 19 realmente faz na seara dos direitos humanos e fundamentais é algo elementar: estabelece reserva de jurisdição para a avaliação de eventuais restrições e excessos de direitos.

Como visto, os direitos de liberdade de expressão estão em constante tensão com os direitos de personalidade. Aferir se um discurso é ofensivo a um indivíduo ou grupo e, portanto, gerador do dever de indenizar, é tarefa que deverá ser feita pelo Judiciário. Essa é a instituição pública constituída para a interpretação e aplicação do Direito, a qual deve considerar as peculiaridades do caso concreto, assegurando as garantias processuais legais e constitucionais.⁷⁰¹

Dessa forma, se o artigo 19 for declarado inconstitucional ou “interpretado” como meio de imposição de um sistema de *notice and takedown* para condicionar a responsabilidade civil, ocorrerá uma privatização não só dos conflitos sociais, mas da avaliação das limitações dos direitos fundamentais.⁷⁰² Ou seja: o Estado, por meio do controle de constitucionalidade, transferiria à instituição privada a resolução de conflitos em direitos fundamentais, em especial o conflito entre os direitos de personalidade e os direitos de liberdade de expressão.

Os provedores precisariam assegurar a proteção da personalidade, mas também da liberdade de expressão online. Contudo, sem uma disciplina legal específica a esse respeito, não é claro como isso deve ocorrer. Qualquer abuso ou imprecisão em relação a uma das categorias de normas poderiam conduzir a uma responsabilização futura por ilicitude, e a consequência disso é uma insegurança jurídica enorme para as plataformas.

⁷⁰⁰ Para uma análise suficiente ao caso do sentido e alcance do âmbito protetivo da privacidade no sistema constitucional brasileiro, conferir: MARTINS, *Direitos Fundamentais à Intimidade, à Vida Privada, à Honra e à Imagem (Art. 5º, X da CF): Alcance e Substrato Fático da norma Constitucional (Intervenção Estatal Potencialmente Violadora)*, p. 122–126. O autor coloca que a privacidade consistem em condutas de autopreservação, ou seja, “todas as condutas individuais que sirvam à criação de uma identidade bibliográfica”. Para uma complementação e crítica, ver a análise do direito ao esquecimento da presente pesquisa.

⁷⁰¹ Sobre o tema e a relação constitucional entre as liberdades de expressão e os direitos de personalidade, com a explicação de que as colisões em casos concretos deverão ser realizadas por rigorosa avaliação do Judiciário, aplicando o critério da proporcionalidade conjuntamente com a interpretação dos direitos fundamentais, ver: MARTINS, *Direitos Fundamentais à Intimidade, à Vida Privada, à Honra e à Imagem (Art. 5º, X da CF): Dos Seus Limites Constitucionais e Justificação Constitucional de sua Imposição*, p. 248–250.

⁷⁰² Para uma análise da perspectiva regulatória da importância da cláusula de reserva de jurisdição na avaliação de retirada de conteúdo e da responsabilidade civil dos provedores por danos de terceiros, ver: IGLESIAS KELLER, *Policy by judicialisation*, p. 4–14.

Dogmaticamente, as limitações abstratas aos direitos fundamentais devem ocorrer por meio de lei, o que é uma regra básica de teoria e dogmática dos direitos humanos e fundamentais. As limitações concretas ocorrem por determinação de órgão do Judiciário. A privatização da resolução dessa espécie de conflitos, portanto, nem poderia ocorrer.⁷⁰³

O dismantelamento do sistema do artigo 19 do Marco e sua substituição por um modelo genérico de notificação e retirada de conteúdo, tal como advogam os entusiastas dessa tese,⁷⁰⁴ geraria sérios problemas normativos. Nesse novo sistema, não haveria salvaguardas mínimas exigidas em uma privatização do controle e julgamento de conteúdo online. Sistema de recursos, mecanismos que exijam a observância de diretrizes da liberdade de expressão, obrigações de transparência e regras de devido processo são algumas dessas garantias, que seriam eliminadas neste caso. Nesse ponto, até mesmo a polêmica lei alemã estaria anos luz à frente do sistema brasileiro.

A conclusão inevitável é de que a declaração de inconstitucionalidade pleiteada não se justifica normativamente. Além disso, com base no sistema constitucional brasileiro da liberdade de expressão, seria possível argumentar que toda a discussão jurídica está mal colocada.

Se for dado um passo atrás, com base no limite dos limites da vedação da censura, seria possível constatar que toda a discussão construída nem deveria existir. Se a remoção de conteúdo é vedada no ordenamento brasileiro, pois consiste em um meio ilícito, então o termo “tornar indisponível” faria do artigo inconstitucional.

Não por violar os direitos de personalidade, mas sim o próprio conteúdo jurídico da liberdade de expressão que ele anuncia proteger. A discussão acabaria nesse ponto. Afinal, nem mesmo ordens judiciais poderiam ordenar a remoção de conteúdo, sendo elas mesmas inconstitucionais.

Todavia, o dispositivo não precisa ser declarado inconstitucional. Como a proibição de censura pode ser interpretada restritivamente, no sentido de que ao menos as restrições neutras quanto ao conteúdo podem ser controladas e suprimidas, as ordens de retirada fundamentadas no artigo 19 do Marco podem ocorrer nesses termos. É o caso do adequado

⁷⁰³ DIMOULIS; MARTINS, *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 12–20; PIEROTH; SCHLINK, *Direitos Fundamentais*, p. 137–140.

⁷⁰⁴ SCHREIBER, *Marco Civil da Internet: Avanço ou Retrocesso? A Responsabilidade Civil por dano derivado do conteúdo gerado por terceiro*, p. 26–27.

exercício jurisdicional pautado por interpretações em conformidade com os direitos fundamentais.

3.5.Direito ao esquecimento online

3.5.1. O contexto fático e jurídico da discussão

No Brasil, o direito ao esquecimento era debatido jurisprudencialmente em sua essência, mas foi sempre aplicado em contexto offline. O debate de sua aplicação no contexto das plataformas digitais ocorreu com o Recurso Especial nº 1.660.168-RJ.⁷⁰⁵ Nesse caso, inspirados pelo precedente europeu, o Superior Tribunal de Justiça condenou três provedores de busca a promoverem a desindexação de resultados que relacionavam o nome da requerente e seu envolvimento em uma suposta fraude em um certame público.

Atualmente, o futuro do direito ao esquecimento no Brasil está nas mãos do Supremo Tribunal Federal, pois foi reconhecida a repercussão geral do Recurso Extraordinário nº 1.010.606-RJ. Embora o processo trate de um caso de aplicação offline do direito, existem consideráveis indícios de que o julgamento pela Corte abarcará o tema de maneira ampla.⁷⁰⁶

O objetivo desta seção é demonstrar a impossibilidade normativa do reconhecimento e aplicação do direito ao esquecimento online pelos tribunais, por meio do qual as plataformas de busca seriam colocadas como destinatários da norma garantidora do direito e, portanto, responsáveis pelo controle de conteúdo. Apesar de a análise ficar restrita à abordagem digital desse direito, pontos e argumentos de ordem geral precisarão ser desenvolvidos.

3.5.2. Problemas conceituais, de fundamentação e suas implicações

A indústria hollywoodiana é criativa e o que não faltam são filmes de ficção científica. Um dos roteiros mais populares são aqueles que envolvem extraterrestres e batalhas espaciais. O filme “Homens de Preto” (*Men in Black*) certamente obteve sucesso nessa área e o

⁷⁰⁵ BRASIL, Recurso Especial nº 1.660.168-RJ, 2018.

⁷⁰⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Audiência Pública: Direito ao Esquecimento na Esfera Cível**, 2017.

“neuralizador” está entre as características mais marcantes da trama. Trata-se de um aparelho portátil produtor de um flash que apaga as memórias daqueles expostos ao fenômeno.⁷⁰⁷

Na vida real, é certo que o Direito e as autoridades públicas não possuem capacidade para promover o esquecimento das pessoas.⁷⁰⁸ Por que, então, adjetivar uma prerrogativa jurídica com a palavra “esquecimento”? A explicação talvez esteja nas esperanças e expectativas depositadas no Direito para resolver todos os problemas sociais. Desta vez, o anseio social é possibilitar o controle da quantidade incomensurável de informações coletadas e armazenadas por instituições públicas e privadas que podem gerar danos aos indivíduos. O termo direito ao esquecimento se enquadra bem nesse cenário.⁷⁰⁹

Em meio a escândalos de vigilância governamental, manipulação de eleições, controle de hábitos, entre tantas outras consequências da era digital, sem dúvida alguma a preocupação com a tutela da personalidade é salutar. O problema é que o caráter digital das relações frequentemente desvia a atenção dos pontos realmente cruciais da temática.⁷¹⁰

No caso do direito ao esquecimento, o que realmente se tutela? Quais são as condições de sua aplicação e seus limites? As respostas a essas perguntas são essenciais para a aplicação de qualquer direito e para o controle democrático de suas consequências. Infelizmente, são pontos ainda em aberto em relação ao direito em pauta.

A denominação “direito ao esquecimento” não ajuda na construção de respostas dogmáticas a essas perguntas. Pelo contrário, o termo atrapalha a identificação de seu fundamento jurídico, a determinação de sentido e alcance e, por fim, das suas próprias limitações. Isso ocorre por uma razão elementar: conceitos não são apenas uma questão abstrata

⁷⁰⁷ Para um resumo da trama, conferir: Grand Comic Database (2012). "The Men in Black". comics.org. Disponível em: https://www.comics.org/creator_non_comic_work/348/. Acesso em: 20/05/2020.

⁷⁰⁸ Para a consecução de tal objetivo seriam necessárias intervenções e procedimentos médicos evidentemente ilegítimos, sem resolver o problema da memória coletiva e social. Nesse sentido: SARLET, Proteção da personalidade no ambiente digital: uma análise à luz do caso do assim chamado direito ao esquecimento no Brasil, p. 498.

⁷⁰⁹ Essa expectativa colocada no Direito fica evidente, especialmente em relação ao direito ao esquecimento, quando se identifica essa prerrogativa jurídica como um projeto maior de realização do “direito à felicidade” e um “direito à esperança”. Para uma defesa desse projeto na literatura nacional, conferir: DINIZ, Maria Helena, Uma visão constitucional e civil do novo paradigma da privacidade: o direito a ser esquecido, **Revista Brasileira de Direito**, v. 13, n. 2, p. 7–25, 2017.

⁷¹⁰ POST, Robert C., Privacy, Speech, and the Digital Imagination, *In*: POST, Robert C. (Ed.), **Free Speech in the Digital Age**, New York: Oxford University Press, 2019, p. 110–111.

e filosófica para o Direito, pois condicionam sua interpretação e aplicação, o que gera resultados práticos imediatos.⁷¹¹

As consequências dos problemas conceituais gerados pelo direito ao esquecimento ficam claras com as tentativas dogmáticas de sua fundamentação. Uma procura lexical por tal direito no ordenamento jurídico brasileiro é fadada ao insucesso. O termo não está positivado.

No entanto, quem defende sua existência recorre à dignidade da pessoa humana juntamente com o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos enumerados no inciso X do artigo 5º da Constituição (esferas da personalidade).⁷¹² Alegam que o direito ao esquecimento consiste em um direito fundamental implícito.⁷¹³ Prova disso seriam as normas infraconstitucionais que supostamente corresponderiam a algumas manifestações específicas dos efeitos desse direito. Uma argumentação e listagem completa nesse sentido é feita por Ingo W. Sarlet.⁷¹⁴

Na esfera do direito penal, o artigo 135 do Código Penal, bem como o artigo 74 do Código de Processo Penal e o artigo 202 da Lei de Execuções Penais, são consideradas manifestações do direito ao esquecimento. Os dispositivos disciplinam a proibição da utilização de antecedentes criminais de um indivíduo para fins de ressocialização, controlando sua exposição e divulgação públicas na sociedade.

O mencionado autor considera algumas regras de proteção da criança e do adolescente previstas na Lei nº 8.069/1990 como outro exemplo de manifestação do direito em comento. Nesse sentido, o artigo 143 desta Lei proíbe a divulgação de processos estatais que tratam de atos infracionais cometidos por crianças e adolescentes, vedando expressamente a utilização de fotografias, residência e nome ou apelidos.

No âmbito cível, o Código de Defesa do Consumidor brasileiro exige que o consumidor tenha acesso aos dados e informações pessoais armazenados pelas instituições, o que ocorre por meio de um direito de retificação (art.43). O Código Civil, por sua vez, disciplina

⁷¹¹ Para uma análise das conexões básica entre termos e conceitos normativos com a aplicação do Direito, na literatura nacional, conferir: FERRAZ JR., **Introdução Ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**, p. 212–262; Em sentido semelhante, considerando as implicações inclusive de termos multidisciplinares, ver: POSCHER, **The Hand of Midas**, p. 100–102.

⁷¹² Exemplo dessa tendência, pautando-se também em orientações jurisprudenciais semelhantes: DINIZ, Uma visão constitucional e civil do novo paradigma da privacidade, p. 11–14.

⁷¹³ SARLET, Proteção da personalidade no ambiente digital: uma análise à luz do caso do assim chamado direito ao esquecimento no Brasil, p. 498.

⁷¹⁴ *Ibid.*, p. 498–501.

questões relativas ao nome (artigos 16 a 19) e à vida privada (art.21), e que representam, para Sarlet, aspectos importantes do direito ao esquecimento.

Por fim, especificamente na esfera digital, o autor aponta, entre outros, o artigo 7º do Marco Civil da Internet como dispositivo que leva à conclusão da existência do direito ao esquecimento. O preceito trata de alguns direitos dos usuários da internet. Ao tutelar em certa medida os dados pessoais, a legislação estaria direcionando a possibilidade de aplicação online desse direito. Um exemplo claro dessa linha é o inciso X do artigo, que assegura a prerrogativa de exclusão definitiva dos dados pessoais fornecidos à determinada aplicação de internet.⁷¹⁵

O problema de seguir essa linha de fundamentação é que, no limite, qualquer disciplina jurídica que indique uma superação de um passado pode ser entendida como manifestação do direito ao esquecimento. Assim, um pedido de desculpas entre cônjuges em uma audiência conciliatória em uma vara de família poderá ser considerado como uma ocorrência desse direito. Afinal, o ato de perdoar ou desculpar é compreender e pacificar o passado para possibilitar uma melhor construção do futuro.⁷¹⁶

A lógica utilizada é circular e não oferece resultados sólidos para a aplicação do direito ao esquecimento. O que se faz é utilizar um procedimento indutivo para coletar e sistematizar diferentes normas de distintas áreas para, então, concluir a existência de um direito mais amplo e autônomo.

O direito teria lastro em princípios e diretrizes basilares do ordenamento, o que consolidaria sua existência jurídica. Por sua vez, depois de fundamentado, o direito ao esquecimento estaria pronto para ser aplicado nas mais diversas situações e casos concretos. Ou seja, de realidades concretas se retira uma premissa abstrata e genérica que, a seu turno, é aplicada novamente às situações individuais e específicas.

O problema é que as imprecisões normativas e dificuldades dogmáticas permanecem. A trivialização conceitual combinada com a ausência de parâmetros de aplicação faz do direito

⁷¹⁵ Essa tese foi utilizada pelo STJ, onde o Ministro Sanseverino, em seu derradeiro voto, afirmou que o “legislador tratou também do próprio direito ao esquecimento” ao consagrar no inciso X do artigo 7º a possibilidade de exclusão definitiva de dados pessoais (BRASIL, Recurso Especial nº 1.660.168-RJ, 2018, p. 85).

⁷¹⁶ Constatações pertinentes nesse sentido são desenvolvidas por Hannah Arendt (Cf. ARENDT, Hannah, **A condição humana**, 11. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2010, p.294-303). O ato de perdoar é entendido como uma nova conduta considerada “remédio” a irreversibilidade natural dos processos decorrentes da ação humana. A desculpa e o perdão são liberações do passado para que a vida possa continuar. Nessa perspectiva, é possível até mesmo considerar que o conceito de esquecimento aplicado as relações humanas e sociais é uma busca sem sentido, pois diante da irreversibilidade inerente à vida, deve-se superar e pacificar as condutas passadas, não as ignorar.

ao esquecimento um manto que oculta a discricionariedade decisória na área do controle informacional.⁷¹⁷

Para tratar da fundamentação do direito ao esquecimento e possibilitar sua operacionalização é necessário, no mínimo, refinar os elementos conceituais. Sem romper com a noção protetiva do direito e considerando o contexto histórico e social complexo no qual se desenvolveu, uma melhor classificação subdivide o conceito. O direito comporta, assim, duas concepções.⁷¹⁸

A primeira é tratada como direito ao esquecimento em sentido estrito (“*right to oblivion*”), isto é, a dissociação do indivíduo com um passado ilícito, criminoso. A segunda concepção é do direito de apagar (“*right to erasure*”), a qual indica a faculdade da pessoa em apagar definitivamente informações que lhe dizem respeito de algum banco de dados. As manifestações do direito ao esquecimento se enquadram em uma ou em outra categoria. Apesar disso, a última acepção é que ganha relevância perante as tecnologias da informação e o meio virtual.

A aplicação do direito ao esquecimento na internet está vinculada, portanto, aos regimes jurídicos de proteção de dados pessoais. São essas normas que norteiam e balizam eventuais filtros, retirada e desindexação de informações. Basta perceber que o caso europeu utilizado como paradigma para exercício do direito ao esquecimento – mesmo sem menção ao termo na decisão - foi fundamentado em uma legislação de proteção de dados.

A decisão do Tribunal europeu teve como parâmetro a Diretiva 95/46 do Parlamento Europeu, em especial os artigos 12 (b) e 14 (a).⁷¹⁹ A plataforma de busca online foi enquadrada como controladora de dados e, portanto, vinculada à Diretiva. No entendimento do Tribunal, a legislação garante que dados e informações sejam indexados quando “inadequados, quando não são pertinentes ou já não são pertinentes ou quando são excessivos”.⁷²⁰

Não é possível afirmar precisamente, mas uma hipótese que justifica o Tribunal europeu não mencionar expressamente o “direito ao esquecimento” em sua decisão pode ser

⁷¹⁷ É possível identificar esse problema na própria jurisprudência do STJ existente sobre o tema. O desenvolvimento desse ponto será realizado na secção dos perigos e abusos para a liberdade de expressão. Para um balanço crítico da jurisprudência, ver: SARLET, Proteção da personalidade no ambiente digital: uma análise à luz do caso do assim chamado direito ao esquecimento no Brasil, p. 512–521.

⁷¹⁸ A classificação é utilizada por: MEG LETA AMBROSE; JEF AUSLOOS, The Right to Be Forgotten Across the Pond, p. 1–2.

⁷¹⁹ UNIÃO EUROPEIA, Google Spain v. González, 2014, parágrafo 89.

⁷²⁰ *Ibid* parágrafo 93.

justamente a sua cautela diante da polissemia e imprecisão que o termo ocasiona. Independentemente disso, do ponto de vista normativo, a prerrogativa de desindexação seria apenas um dos instrumentos jurídicos de um amplo regime de proteção de dados.

Diversamente do ordenamento da União Europeia, o Brasil não possuía, até o ano de 2020, uma legislação específica sobre proteção de dados pessoais. À época do julgamento brasileiro que reconheceu a prerrogativa jurídica de desindexação, as únicas disciplinas nesse sentido estão asseguradas no Marco Civil da Internet. O STJ explorou esse ponto.

Inspirados pelo precedente europeu, os votos vencedores extraíram da interpretação conjunta de dois dispositivos do Marco a autorização de desindexação: o artigo 7, X e o artigo 11. Esse último versa sobre proteção de dados e comunicações na esfera digital,⁷²¹ enquanto o inciso X do artigo 7º assegura o direito de exclusão de dados pessoais fornecidos para determinada aplicação na rede.⁷²² Uma vez que o parágrafo terceiro do artigo 11 expressamente prescreve o dever de respeito à privacidade no tratamento dos dados, a obrigação de desindexação como forma de efetivação do direito ao esquecimento na internet estaria normativamente assentada.⁷²³

O inciso X do artigo 7º consagra um direito de exclusão definitiva dos dados pessoais que o usuário “tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei”.

Tal prerrogativa será exercida quando o titular assim quiser, como explicita a expressão “ao seu requerimento” do texto, desde que a relação entre as partes que motivou a coleta dos dados, tenha findado. A exceção legal incidirá quando as circunstâncias específicas do caso concreto implicar a necessidade de guarda obrigatória legalmente discriminada.

O preceito permite uma exclusão dos dados que “tiver fornecido a determinada aplicação de internet”, bem como em “relação entre as partes”.⁷²⁴ A regulamentação incide,

⁷²¹ Art. 11, caput: “Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros”.

⁷²² Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei.

⁷²³ Conferir a ementa do acórdão: BRASIL, Recurso Especial nº 1.660.168-RJ, 2018.

⁷²⁴ [sic]

portanto, sobre uma relação virtual bilateral de prestação de serviços entre o provedor de conteúdo ou aplicação e o usuário. O destinatário do dever jurídico é, nesse sentido, o prestador do serviço online que coletou os dados pessoais do usuário e detinha seu controle.

Com efeito, o dispositivo disciplina situações como aquelas de fornecimento de dados para um serviço de correio eletrônico e o posterior desejo de apagamento dos mesmo em razão de rescisão contratual. Assim, a efetivação do direito ocorrerá simplesmente com o apagamento definitivo dos dados pessoais do banco de dados e seus sistemas vinculados.⁷²⁵

Trata-se, contudo, de uma situação diferente daquela em que o direito ao esquecimento foi concretizado como dever de desindexação específica das plataformas de buscas. Nesse caso, as plataformas não firmaram nenhuma relação bilateral com o detentor dos dados. Não é pactuado uma prestação de serviços direta, na qual o provedor de buscas se compromete a guardar os dados a fim de fornecer determinado serviço. A natureza das plataformas é diferente. O serviço consiste apenas em relacionar informações e dados já disponíveis por outros bancos de dados ou plataformas (por exemplo, blogs, páginas da web e mídias sociais) aos termos de entrada solicitados por determinado interessado.

Não há, portanto, aplicação do referido pelo dispositivo no caso analisado pelo Tribunal brasileiro. A Ministra Andrihgi aparentemente teve ciência deste fato e, acertadamente, pontou a natureza de direito subjetivo veiculado pela norma, mas defendeu que sua incidência “alcança somente as informações que o próprio indivíduo houver fornecido para um determinado provedor de aplicações de Internet”.⁷²⁶

A aplicação do artigo 11 também é problemática. O dispositivo prescreve que em “qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet” devem ser observados, além da legislação brasileira pertinente, os “direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros”. Assim, seu objeto de proteção são as categorias qualificadas no texto.

⁷²⁵ Diferente da hipótese do caso analisado, a incidência do dispositivo é clara no caso de aplicativos como o Snapchat. A lógica do aplicativo é permitir a troca de fotos e vídeos efêmeras, ou seja, os registros duram até a visualização ou por um prazo determinado, depois se torna indisponível. Contudo, em razão de uma invasão em seu sistema, descobriu-se que todas as mídias ficavam salvas. Esse seria um caso no qual após o encerramento do serviço almejado, os dados devem ser excluídos. A respeito, ver: GONÇALVES, Victor Hugo Pereira. **Marco civil da internet comentado**. São Paulo: Atlas, 2017, p. 48.

⁷²⁶ REsp. 1.660.168, p.37

Os destinatários do comando são aqueles que processam os dados pessoais. As interpretações dessas ações de tratamento têm sido abrangentes e, de modo geral, parecem dar substrato à inclusão dos provedores de busca, pois são definidas como qualquer ação de “manejar a informação, relacionando e reelaborando dados, com intuito de se obterem conclusões a partir da aplicação de critérios”.⁷²⁷ Apesar disso, não é possível usar o dispositivo para embasar o dever de desindexação.

Em primeiro lugar, o parágrafo 4º do dispositivo exige a edição de um decreto para disciplinar a aferição e sancionamento das infrações ao artigo. O mencionado decreto não existe até o momento, o que afasta a aplicação do artigo. Essa exigência regulamentar faz sentido ao se considerar a imprecisão e abrangência dos objetos protetivos previstos no *caput*.

Além disso, o artigo não prevê a desindexação como consequência normativa da violação de suas categorias protetivas. As sanções possíveis estão previstas nos incisos do artigo 12 do Marco e consistem em advertência, multa, suspensão ou proibição de exercício das atividades da plataforma. Portanto, evocar o artigo 11 para a solução do caso não faz sentido dogmático algum, e não constitui fundamento válido para impor um dever de desindexação.

As evidências depreendidas da análise do caso brasileiro revelam que os dispositivos legais mencionados não foram de fato considerados. Ao contrário, eles serviram como elementos para justificar a existência e legitimar a aplicação no contexto da internet de um direito não expresso no ordenamento jurídico. Trata-se da mesma lógica argumentativa circular antes explorada, o que revela, em última análise, as consequências da falta de rigor em face do manuseio de conceitos e categorias jurídicas.

3.5.3. Proteção de dados e o direito ao esquecimento: inexistência de fundamento constitucional e suas consequências

Sem fundamento jurídico expresso, o direito ao esquecimento e sua aplicação online poderia se legitimar juridicamente com a atribuição de um sentido e extensão amplos do direito fundamental à proteção de dados. Afinal, o próprio precedente europeu não menciona expressamente o direito ao esquecimento e, para além da denominação, o importante seria a

⁷²⁷ Sobre o conceito do tratamento de dados na literatura e contexto nacional, por todos, conferir: MENDES, Laura Schertel, **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental**, São Paulo: Saraiva, 2014, p. 58.

operacionalização da desindexação, independentemente do parâmetro específico. A norma constitucional poderia servir a esse propósito.

O problema é que em nível constitucional também não se encontra um direito fundamental à proteção de dados. O termo “dados” é mencionado por três dispositivos constitucionais, mas nenhum deles menciona a proteção propriamente dita.

Uma das aparições do termo é encontrada no artigo 162, parágrafo único, no contexto dos critérios de distribuição das receitas entre as unidades da federação e trata da divulgação do montante da arrecadação tributária.⁷²⁸ Tal menção não tem nenhuma ligação com a dogmática da proteção de dados pessoais e, portanto, não abre nenhuma possibilidade de reconhecimento do dito direito fundamental.

O termo também consta no inciso XII do artigo 5º, que trata do sigilo das comunicações e correspondência.⁷²⁹ No entanto, o objeto protetivo, mais uma vez, é distinto dos delineamentos jurídicos elementares que sustentam a noção jurídica de proteção de dados.⁷³⁰ O inciso XII nem mesmo protege os dados em si, mas tão somente sua utilização como meio para os processos comunicativos,⁷³¹ orientação chancelada pelo Supremo Tribunal Federal.⁷³² Portanto, é uma proteção condicionada exclusivamente aos atos comunicativos.⁷³³

Uma última hipótese apresentada pela literatura especializada para o reconhecimento constitucional da proteção de dados pessoais está na disciplina do habeas data. O inciso LXXII do artigo 5º assegura uma garantia constitucional para acesso às informações pessoais em registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público.⁷³⁴ Argumenta-

⁷²⁸ Art. 162. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios divulgarão, até o último dia do mês subsequente ao da arrecadação, os montantes de cada um dos tributos arrecadados, os recursos recebidos, os valores de origem tributária entregues e a entregar e a expressão numérica dos critérios de rateio. Parágrafo único. Os dados divulgados pela União serão discriminados por Estado e por Município; os dos Estados, por Município.

⁷²⁹ Art.5, XII: é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

⁷³⁰ Até mesmo Laura Mendes, defensora da proteção de dados como um direito fundamental, reconhece a impossibilidade de extração dessa proteção do inciso XII. Ver: MENDES, **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental**, p. 163–165.

⁷³¹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio, Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado, **Revista da faculdade de direito da Universidade de São Paulo**, v. 88, p. 439–458, 1993, p. 454.

⁷³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 418.416**, 2006. Considerou-se que a proteção é da comunicação de “dados” e não dos “dados em si mesmos”, mesmo quando armazenados em computador.

⁷³³ Em sentido contrário, sustentando que o inciso XII deve ser interpretado no contexto moderno e juntamente com inciso X para reconhecer o direito fundamental, conferir: DONEDA, Danilo, A proteção de dados pessoais como um direito fundamental, **EJLL**, v. 12, n. 2, p. 91–108, 2001, p. 105.

⁷³⁴ Art.5, inciso LXXII: conceder-se-á habeas data: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter

se que essa garantia, interpretada juntamente com os direitos do inciso X, e em face da sociedade da informação, permitem o reconhecimento da proteção de dados pessoais como direito fundamental.⁷³⁵ No entanto, a derivação desse resultado exige uma interpretação muito expansiva do texto normativo desses dispositivos.

O habeas data é voltado para as informações constantes apenas em banco de dados de caráter público, possibilitando seu acesso e retificação pelo indivíduo.⁷³⁶ Seu objeto protetivo é restrito e não comporta, portanto, o controle multinível dos efeitos das informações pessoais centradas no consentimento do indivíduo, inclusive das ações combinatórias de informações contidas em arquivos. O texto do dispositivo não serve como embasamento do dito direito fundamental, portanto.⁷³⁷

Além disso, o habeas data é instrumento processual (garantia fundamental) de defesa de direitos fundamentais, não um direito constitucional material e autônomo. Criar um direito fundamental com base em um instrumento processual é inversão da lógica constitucional e dogmática. Esse entendimento ainda significa uma porta aberta para a criação desenfreada de outros direitos.

Por sua vez, a tutela da personalidade positivada no inciso X do artigo 5º também não permite o reconhecimento da proteção de dados, mas esse ponto exige uma análise mais profunda.

Em relação à intimidade e a vida privada, o que se sustenta é a extensão da proteção para as mais diversas áreas e situações que o indivíduo se encontra cotidianamente. Considera-se que o “homem médio” está muito mais exposto e sofre muito mais riscos na sociedade da informação.⁷³⁸

Tal vinculação da privacidade, em especial os aspectos da vida privada e da intimidade, com a proteção de dados pessoais é geralmente fundamentada com base em alusões

público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.

⁷³⁵ Nesse sentido, ver: MENDES, **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental**, p. 169–174.

⁷³⁶ O art. 7º, III, da Lei 9.507 assegura uma hipótese adicional que consiste na “anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro, mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável”.

⁷³⁷ Constatando que o dispositivo não comporta a importação da Alemanha do *informationelle Selbstbestimmung*, conferir: DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya, **Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**, 4. ed. São Paulo: Grupo Gen - Atlas, 2016, p. 376.

⁷³⁸ MENDES, **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental**, p. 171.

ao direito norte-americano.⁷³⁹ No entanto, essa correspondência não procede. A privacidade significa, naquele país, o direito de o indivíduo de fazer tudo aquilo que bem entenda com sua vida, principalmente na “sagrada” reclusão em seu domicílio e no que se refere à sua intimidade (*let to be alone*).⁷⁴⁰ Ou seja, trata-se da prerrogativa de “ser deixado só”, subtraído aos olhos e às amarras da sociedade, mas especialmente do Estado. Não envolve controle da informação sobre pessoas e seus efeitos.

Ainda com respaldo no inciso X, há quem defenda que a honra e a imagem compõem a categoria protegida da autoexposição, a qual engloba as escolhas do indivíduo sobre o modo e a forma que ele será apresentado na sociedade. Assim, o que a tradição alemã convencionou chamar de “direito fundamental à autodeterminação informacional” estaria amparado também pelo sistema constitucional brasileiro.⁷⁴¹ Tal aproximação e sua incorporação no sistema constitucional brasileiro, no entanto, devem ser feitas com cautela.

Os alemães, diferente dos norte-americanos, compreendem a tutela da privacidade como instrumento para o desenvolvimento livre e responsável de todo seu potencial como indivíduos. Trata-se de uma noção intimamente ligada à proteção da personalidade e dignidade, que não é restrita apenas ao aspecto da reclusão.⁷⁴² Tais pressupostos, juntamente com as novas adversidades oriundas do progresso das tecnologias da informação e os meios digitais, impulsionaram o reconhecimento da autodeterminação informacional e, portanto, também da proteção de dados como um direito fundamental no sistema germânico.

O reconhecimento da existência da autodeterminação informacional ocorreu no julgamento da constitucionalidade da Lei do Censo de 1983 (*Volkszählungsentscheidung*).⁷⁴³ O Tribunal alemão entendeu que o “direito à autodeterminação da informação” atribui ao indivíduo o poder de “decidir ele mesmo, em princípio, sobre a exibição e o uso de seus dados pessoais”.⁷⁴⁴

⁷³⁹ Nesse sentido, ver: DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006 e MENDES, **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental**, p.27-37.

⁷⁴⁰ Nesse sentido: WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. “The Right to Privacy”. **Harvard Law Review**, v. IV, n. 5, p. 193-220, 1890 e WHITMAN, James Q. The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty. **The Yale Law Journal**, v.113, p. 1151-1221, 2004, ver em especial p.1160-1164 e 1212-1218.

⁷⁴¹ MARTINS, Direitos Fundamentais à Intimidade, à Vida Privada, à Honra e à Imagem (Art. 5º, X da CF): Alcance e Substrato Fático da norma Constitucional (Intervenção Estatal Potencialmente Violadora), p. 124–125.

⁷⁴² Nesse sentido, sobre os pressupostos sociais e jurídicos da tutela da privacidade e da personalidade na cultura alemã, ver: WHITMAN, James Q. The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty, p.1180-1183.

⁷⁴³ ALEMANHA, Tribunal Constitucional Federal Alemão. **BVerfGE, 65, 1 (Volkszählung)**, 1983.

⁷⁴⁴ MARTINS, Leonardo, **Tribunal Constitucional Federal Alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais**, São Paulo: Konrad Adenauer Stiftung, 2016, p. 56.

Contudo, embora baseado em pressupostos sociais e jurídicos semelhantes àqueles legitimadores da proteção da privacidade e da personalidade em geral, a proteção de dados consolidou-se como um direito fundamental dotado de certa autonomia jurídica na Alemanha. Isso é confirmado pela especificidade das legislações e regulações administrativas elaboradas e implementadas com base nesse precedente (ramo temático próprio).⁷⁴⁵

Do ponto de vista estrutural e funcional, enquanto a honra e a privacidade são típicos direitos de resistência, a proteção de dados pessoais exige um dever de proteção estatal para com o compartilhamento das informações que é concretizado por um complexo sistema normativo, disciplinando até mesmo as relações tipicamente privadas.⁷⁴⁶ Em termos conceituais, é possível até mesmo afirmar que no caso do direito à proteção de dados não se trata de um direito subjetivo, sendo concebido mais adequadamente como um regime jurídico específico, o qual distribui diversos direitos e deveres jurídicos.

Essa conclusão encontra respaldo no próprio direito da União Europeia, no qual os parâmetros normativos da privacidade e da proteção de dados pessoais são distintos e, conseqüentemente, os âmbitos de proteção desses direitos também são separados, apesar de muitas vezes se comunicarem frente aos casos concretos, atuando como direitos concorrentes.⁷⁴⁷ Em outros termos, o desenvolvimento e a dinâmica do regime da proteção de dados pessoais não chancelam a tese de sua correspondência à tutela da privacidade e da personalidade.

Tanto o artigo 16 do Tratado de Funcionamento da União Europeia quanto o artigo 8/1 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia asseguram um direito à proteção de dados pessoais. Ambos precisam ser disciplinados por serem fontes primárias do regime transnacional. Por outro lado, a proteção da vida privada e familiar está assegurada no artigo 7º da Carta.

Para disciplina dessas normas, em 1995, foi editada a Diretiva 95/46 que estabeleceu algumas regras e princípios gerais no campo da segurança informacional e da proteção de dados.⁷⁴⁸ Essa Diretiva incentivou e serviu de parâmetro para a criação de diversas legislações

⁷⁴⁵ Sobre tal desenvolvimento normativo, ver: POSCHER, Ralf, *The Right to Data Protection: A No-Right Thesis*. In: **R. Miller (Ed.), Privacy and Power: A Transatlantic Dialogue in the Shadow of the NSA-Affair**, Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 129–130.

⁷⁴⁶ Nesse sentido, conferir: ALBERS, Marion, A complexidade da proteção de dados, **Direitos fundamentais e justiça**, n. 35, p. 19–45, 2016.

⁷⁴⁷ Nesse sentido, conferir: LYNSKEY, Orla, Deconstructing data protection: the added-value of a right to data protection in the EU legal order, **International and Comparative Law Quarterly**, v. 63, n. 3, p. 569–597, 2014.

⁷⁴⁸ As Diretivas são espécies de normas da União Europeia que necessitam de um processo de transposição por parte de cada Estado-membro para produzir seus efeitos. São comumente utilizadas para aquelas matérias que não

nacionais de proteção de dados pessoais. Em 2016, em face da crescente importância do tema e a necessidade de uma maior uniformização, foi promulgado o Regulamento Geral de Proteção de Dados (Regulamento 16/679, doravante GDPR).

Nessa linha, verifica-se que a privacidade e a proteção de dados não possuem total identidade também na Europa. O sistema protetivo de dados pessoais se desenvolveu e consolidou juridicamente de forma relativamente independente.⁷⁴⁹ Na Alemanha, criou-se um direito constitucional que sustenta esse regime jurídico. Na União Europeia, ao menos textual e topologicamente, ele se constrói como um direito autônomo, o qual embasa a construção do regime jurídico que se relaciona intimamente com a proteção da privacidade.

Para as finalidades da presente reflexão, vale pontuar sucintamente mais um ponto. O afastamento normativo entre a privacidade e a proteção de dados talvez se explique pela constatação conceitual e prática de que o controle das informações e dados não são sinônimos da proteção de uma esfera de privacidade. Exemplo: um indivíduo pode ter controle sobre seus dados, mas pode não ter privacidade simplesmente por ter os compartilhado com toda a internet.⁷⁵⁰

De todo o exposto, o que se extrai é a impossibilidade de fundamentar a proteção de dados pessoais na Constituição Federal e mesmo o recurso da literatura brasileira ao direito comparado não resolve essa lacuna normativa. Outra evidência da inexistência do direito fundamental à proteção de dados pessoais é a Proposta de Emenda à Constituição nº 17 de 2019 que pretende incluí-lo no rol do artigo 5º, da CF/1988 (PEC n. 17/2019). Se esse direito já existisse ou fosse pacificamente identificado no sistema constitucional, não haveria essa necessidade.

necessitam de uma alta uniformidade entre os Estados e, por isso, se limitam a diretrizes gerais e recomendações. Por outro lado, os Regulamentos são normas que produzem efeitos diretos nos ordenamentos jurídicos nacionais dos países membros da União. Nesse caso, os direitos e as obrigações da norma vinculam diretamente os particulares dos Estados nacionais. Sobre o tema: MACHADO, Jonatas E. M. **Direito da União Europeia**. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p.213-224.

⁷⁴⁹ É preciso ter cuidado, pois a proteção de dados ainda é uma área jurídica desafiadora não apenas para a prática, mas também para a apreensão conceitual. O seu desenvolvimento em termos de positivação indica que o direito de proteção de dados não coincide com o direito à privacidade. No entanto, isso não significa que seja um direito independente. Existem fortes evidências práticas e dogmáticas de que, enquanto um direito fundamental, a proteção de dados não possui um sentido e extensão autônomo. Sua aplicação é vinculada, nessa linha, ao sentido e extensão de outros direitos fundamentais, incluindo a privacidade, mas não se restringindo a ela. Por isso, o uso da expressão “relativamente independente”. Tecendo considerações semelhantes, conferir: POSCHER, *The Right to Data Protection: A No-Right Thesis*, p. 134–136.

⁷⁵⁰ Precisamente com essas observações e críticas, ver: ALLEN, Anita L. *Privacy-as-Data Control: Conceptual, Practical, and Moral Limits of the Paradigm*. **Connecticut Law Review**, vol.32, p.861-875, 2000, p.866-870.

Mesmo que houvesse tal direito fundamental, não está clara a possibilidade de extração de uma prerrogativa ao esquecimento e o respectivo dever de desindexação. Isso poderia ocorrer com a previsão expressa no texto constitucional. Sem isso, no entanto, os problemas normativos ainda permaneceriam. Afinal, diante da complexidade da proteção de dados pessoais, não existe apenas uma maneira de configurar esse sistema jurídico protetivo.⁷⁵¹ Note-se que no caso *Google Spain*, apesar do direito fundamental à proteção de dados ser mencionado na fundamentação, as reflexões jurídicas do Tribunal são desenvolvidas com base na legislação específica em vigor.⁷⁵²

3.5.4. Limitações e abusos de seu reconhecimento para a liberdade de expressão

O direito ao esquecimento digital implica em uma tensão tríplice ao sistema constitucional brasileiro da liberdade de expressão. Como identificado, as atividades das plataformas de busca estão protegidas pelo art. 5º, IX, CF, na medida em que desempenham uma importante função para as atividades de comunicação atualmente.

Com efeito, ao impor uma obrigação de filtragem, o Judiciário exige uma mudança nos padrões algorítmicos dos sistemas de busca adotados pelas plataformas. Tais padrões são matéria protegida constitucionalmente e uma interferência significa, nesse sentido, uma restrição quanto ao conteúdo – e, no caso, também ao ponto de vista - produzido, o que consiste em censura. Esse ponto será desenvolvido a seguir.

As plataformas de pesquisa são parte da infraestrutura que permite a distribuição e o acesso a diversos conteúdos online, inclusive aqueles de natureza jornalística existentes em sites ou blogs especializados. Os mecanismos e procedimentos secundários e acessórios das atividades de comunicação social são protegidos nos termos do artigo 220. A decisão do STJ, por isso, também interfere no regime constitucional da comunicação social.

⁷⁵¹ Stefano Rodotà, um autor considerado referência no campo da privacidade e da proteção de dados, reconhece os diversos procedimentos da tutela de dados pessoais além da inexistência – e dificuldade - de uniformidade nas distintas jurisdições. O autor também reconhece que a tutela da proteção de dados e da privacidade deve ocorrer em campos particulares, sendo insuficientes e problemáticos os tratamentos genéricos. Cf. RODOTÀ, Stefano, **A vida na sociedade da vigilância: A privacidade hoje**, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 31 e 77.

⁷⁵² KULK; BORGESIU, Freedom of Expression, and the Right to Be Forgotten in Europe, p. 315–318.

Por fim, existe restrição em face do direito de acesso à informação. Os sites e blogs disponíveis na *World Wide Web* são tecnicamente de acesso público e, por isso, a decisão judicial impõe restrições ao acesso das opiniões e informações disponíveis nessas fontes.

Portanto, é necessário avaliar se tais restrições são justificáveis com base no critério da proporcionalidade. A medida restritiva é a própria decisão judicial que cria o direito de desindexação e sua aferição de constitucionalidade deve ocorrer em face dos três parâmetros, pois, como visto, trata-se de um caso de concorrência normativa real.

Embora não existam os direitos fundamentais ao esquecimento e à proteção de dados pessoais, a decisão de desindexação indica também o direito à intimidade como parâmetro constitucional promovido e protegido com a medida.⁷⁵³ Existe, portanto, a busca de um fim lícito e legítimo com a medida, o qual é o mesmo para as três restrições.

Por outro lado, a tutela de um direito subjetivo à desindexação para promover a finalidade almejada é um meio ilícito no sistema constitucional brasileiro. A decisão do STJ não especifica os conteúdos que serão removidos, o que geralmente é feito pela indicação precisa dos *Uniform Resource Locator* (URLs) das matérias e notícias que serão desindexadas do nome do indivíduo interessado.

Na ausência da especificação, para que as plataformas cumpram a decisão será necessária a adoção de um mecanismo de filtragem – monitoramento constatare dos fluxos de conteúdo e bloqueio a alguns deles -, os quais, no caso, consistem em conteúdos relacionando o nome da parte interessada. Como verificado, tal prática configura censura e, portanto, é um meio vedado constitucionalmente. A resposta oferecida pela Constituição brasileira a uma situação como essa consiste no direito de resposta, não o bloqueio de conteúdo.⁷⁵⁴

O aspecto da filtragem é mais um ponto de divergência entre a decisão brasileira e a europeia. A decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia não exige uma prática de filtragem, mas sim a desindexação específica de determinado URL que será ordenado pelo judiciário ou por autoridades administrativas de proteção de dados.⁷⁵⁵ Mesmo nos casos nos quais o Google promoveu a desindexação apenas com o requerimento do interessado, tanto o

⁷⁵³ Ver ementa do acórdão: BRASIL, Recurso Especial nº 1.660.168-RJ, 2018, p. 2.

⁷⁵⁴ Em sentido semelhante, conferir: SARLET, Proteção da personalidade no ambiente digital: uma análise à luz do caso do assim chamado direito ao esquecimento no Brasil, p. 517.

⁷⁵⁵ KULK; BORGES, Freedom of Expression, and the Right to Be Forgotten in Europe, p. 313.

pedido como a efetivação da medida ocorreram em relação a endereços eletrônicos específicos.⁷⁵⁶

Sem essa especificação, a medida restritiva imposta pelo STJ nem mesmo será eficaz, o que a torna também inadequada em face de todos os parâmetros restringidos e ao fim almejado. Isso ocorre por dois motivos. Em primeiro lugar, o Tribunal não deixa claro quais termos devem ser considerados para operacionalização da medida, mas a leitura dos votos vencedores indica que consiste no nome completo da parte interessada.

Assim, é possível que a decisão não promova o fim estabelecido em face da extrema rigidez dos critérios estabelecidos, pois nem sempre uma determinada busca será feita com a inserção do nome completo e, dessa forma, qualquer outra variação levará à associação indesejada pela demandante.⁷⁵⁷

Além disso, é possível que a medida não seja idônea ao seu propósito em razão da natureza transnacional da internet. As plataformas de busca atuam nos mais diferentes países e, por isso, possuem distintos domínios (por exemplo: *google.de* para a Alemanha, *google.fr* para a França). A decisão não especifica, mas o direito à desindexação deve valer para as plataformas em território nacional por questões de limites da jurisdição brasileira e porque outros ordenamentos podem ter outros parâmetros, como os EUA, onde a liberdade de expressão possui uma proteção ampla.⁷⁵⁸ É possível, assim, escapar da restrição ao acesso à informação ao se optar por um domínio de acesso diferente.

Por fim, outro ponto problemático da perspectiva do sistema constitucional da liberdade de expressão, é a imprecisão conceitual do termo. As restrições aos direitos fundamentais devem ser suficientemente claras e precisas para que os indivíduos e organizações titulares dessas normas tenham um mínimo de previsibilidade para direcionamento de suas condutas (princípio da determinação).⁷⁵⁹ Esse aspecto é especialmente importante para a

⁷⁵⁶ *Ibid.*, p. 313–314.

⁷⁵⁷ Por outro lado, caso os parâmetros tenham sido outros, como diversas combinações de elementos nominais da interessada, pode ser que a decisão leve a censura de outras informações relacionadas a outras pessoas com signos nominativos semelhantes, interferindo seriamente no direito ao acesso à informação. Sobre essas considerações dos termos utilizados pelo STJ, conferir: SOUZA, Carlos Affonso, Direito ao esquecimento: 5 pontos sobre a decisão do STJ, **JOTA**, 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/liberdade-de-expressao/direito-ao-esquecimento-decisao-do-stj-13052018>. Acesso em: 20/05/2020.

⁷⁵⁸ No caso europeu, por exemplo, o Google não aceitou desindexações de conteúdo do domínio .com, onde está sua sede, pois consiste em conteúdo protegido nos termos da Primeira Emenda. Por isso, colocou um Sistema de bloqueio geográfico que restringe a desindexação apenas para a Europa. Cf. KULK; BORGESIU, Freedom of Expression, and the Right to Be Forgotten in Europe, p. 319.

⁷⁵⁹ PIEROTH; SCHLINK, **Direitos Fundamentais**, p. 155–156.

liberdade de expressão, em razão da dificuldade de avaliação de suas restrições dada a importância dos elementos contextuais. O ato restritivo precisa, por isso, ser claro, direto e preciso. Não é o que ocorre quando se reconhece um direito ao esquecimento genericamente.

Enfim, a análise da aplicação do direito ao esquecimento online e de sua tensão com a liberdade de expressão é complexa, mas suas conclusões são simples. Além de não possuir respaldo legal, o reconhecimento do direito à desindexação de conteúdo é, como demonstrado, inconstitucional. Tal medida teria de ser inserida na Constituição para se tornar um meio lícito de restrição à liberdade de expressão, configurando-se como uma exceção constitucional expressa à vedação da censura.

Além disso, para ser uma medida restritiva adequada e necessária são precisos parâmetros consistentes de aplicação. Um bom começo é deixar a cargo da legislação determinar as hipóteses e exceções de incidência, bem como regular seus efeitos. A disciplina jurídica de uma realidade tão complexa como a gerada pela era digital não pode ser estabelecida genericamente pelo Poder Judiciário.

Vale, nesse ponto, a advertência de que a definição criativa do sentido e extensão das normas, seus limites interpretativos e a análise correta dos aspectos fáticos nos quais elas irão incidir somente podem ser corretamente avaliados em se considerando as capacidades institucionais dos tribunais.⁷⁶⁰

Diante das especificidades típicas das novas tecnologias e da complexidade do ambiente no qual o conceito de proteção de dados está inserido, os tribunais parecem ter pouca aptidão para enfrentar tais desafios inerentes à matéria. Ainda mais considerando que mesmo as instituições técnicas e legislativas de países desenvolvidos enfrentam dificuldades em lidar com eles, como ocorre na Europa. Especialmente nessa temática, o controle jurisdicional deve ficar restrito à aplicação dos parâmetros normativos previamente determinados aos casos concretos.

Por fim, uma última conclusão que se extrai é que para manter uma solução “juridicamente saudável” em face dos direitos da liberdade de expressão, é preciso romper com a denominação “direito ao esquecimento”, pois ele admite a discricionariedade decisória.

⁷⁶⁰ Sobre a importância das capacidades institucionais do judiciário para enfrentar os casos complexos, ver: SUNSTEIN, Cass R; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. In: **John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper**, nº. 156, 2002.

No próprio caso que reconheceu o dever de desindexação das plataformas de busca, o STJ afirma que essa medida é “excepcionalíssima” e deve ser reconhecida quando não tiver interesse público envolvido, seja pela natureza eminentemente privada do conteúdo ou pelo decurso do tempo.⁷⁶¹ No entanto, o Tribunal aplica o direito em prol de uma funcionária pública (promotora de justiça) envolvida em um escândalo de natureza pública (concurso público para a magistratura).

Melhor do que utilizar a nomenclatura “direito ao esquecimento” é especificar as denominações com base na natureza jurídica dos direitos envolvidos, o que auxilia na prevenção da legitimação de abusos à liberdade de expressão sob o manto incerto e indeterminado do direito ao esquecimento. Por exemplo, o artigo 7º, X do MCI pode ser considerado simplesmente como um direito de apagar dados; a prerrogativa e o respectivo dever de desindexar, como direito de desindexação, e assim por diante. Da perspectiva da liberdade de expressão e seus limites constitucionais, o direito ao esquecimento deve ser, enfim, esquecido.

⁷⁶¹ Ver item 4 da ementa do acórdão (BRASIL, Recurso Especial nº 1.660.168-RJ, 2018, p. 1).

Conclusões

Identificar e analisar os principais desafios ao exercício da liberdade de expressão impostos pela era digital. Esse foi o objeto da pesquisa materializada por este trabalho. Não foi tarefa fácil. Tão antiga e debatida quanto os próprios direitos fundamentais, a liberdade de expressão é objeto de diversos ramos científicos. Não há consenso sobre sua denominação, nem sobre seus fundamentos e, muito menos, sobre seu sentido.

Em meio aos intermináveis debates, a presente pesquisa abordou o tema sob a perspectiva jurídico-dogmática. Muito longe de aspirar resolver tais debates, o objetivo do trabalho foi operacionalizar a liberdade de expressão enquanto um direito humano e fundamental e, por isso, um parâmetro normativo de destaque para a resolução dos conflitos sociais e regulações do Estado.

Os direitos dessa natureza foram originalmente concebidos e positivados para controle do Poder Público. Por isso, compreender as mudanças de interpretação e aplicação dessa liberdade fundamental frente à internet e às novas tecnologias exige, antes de tudo, investigar as formas de atuação do Estado nessa nova realidade e, conseqüentemente, as novas modalidades de regulação desse direito humano e fundamental.

Embora os Estados tenham atuado de forma tímida no alvorecer da internet, não demorou muito para que suas influências alcancem quase um nível de onipresença no ciberespaço. Diversos problemas tradicionais do mundo analógico ganharam forma também no universo digital. No campo da liberdade de expressão e das comunicações sociais, discursos de ódio, boatos, *fake news*, difamação, ofensas, violação da privacidade são tensões comuns que floresceram também na internet, nos blogs e nas plataformas digitais em geral.

Contudo, as tendências regulatórias desses problemas mudaram. Na era digital, os Estados atuam de forma mais indireta, menos alarmista, mas tão intensa quanto antes. A infraestrutura que permite as comunicações online são o grande alvo dos processos regulatórios. Muitas instituições privadas se tornam “agentes” do Poder Público no controle da liberdade de expressão.

Tais tendências regulatórias podem tomar forma jurídica de diversas maneiras. Hoje, duas são as principais: os regimes de responsabilidade civil das plataformas digitais por danos de seus usuários e o direito ao esquecimento. A análise do contexto social e político que gerou essa situação foi o objetivo do primeiro capítulo desse trabalho.

Com os desafios bem definidos, o capítulo segundo se debruçou à investigação de como essas tensões são resolvidas no direito comparado, com enfoque em duas perspectivas jurídicas: a norte-americana e a europeia. Os Estados Unidos da América são reconhecidos por sua ampla proteção constitucional à liberdade de expressão.

Nessa linha liberal, as plataformas digitais e os serviços online no geral ganharam uma considerável autonomia para controle das comunicações ocorridas em seus meios. Apesar das polêmicas que circundam essa normatização, a Suprema Corte ainda não se manifestou sobre seu mérito. Em relação à internet no geral, esse tribunal considera a era digital como uma oportunidade sem igual para o fortalecimento da democracia e o exercício da liberdade de expressão.

Muitos pontos dogmáticos, no entanto, permanecem em aberto. O sistema constitucional estadunidense dessa liberdade possui parâmetros protetivos distintos a depender da natureza dos envolvidos. É importante identificar se as plataformas digitais são editores, distribuidores ou empresas de radiodifusão. Isso ainda não está certo. A Suprema Corte tem atuado de forma cautelosa frente as intensas mudanças tecnológicas e informacionais atuais.

Por outro lado, o continente europeu é bem menos generoso com a proteção dessa liberdade. No âmbito do sistema regional de proteção dos direitos humanos, a liberdade de expressão frequentemente é restringida. O Tribunal de Estrasburgo já enfrentou alguns casos sobre responsabilidade civil das plataformas por danos de terceiros. Embora não exista consolidação jurisprudencial e uniformidade de parâmetros, o principal precedente no tema abre espaço para uma ampla margem de atuação dos Estados europeus na configuração do regime de responsabilidade civil.

Por sua vez, a principal questão jurídica enfrentada sob as normas do ordenamento da União Europeia foi o direito ao esquecimento. Em um controverso caso, o respectivo Tribunal de Justiça impôs um dever às plataformas de busca online de promoverem a desindexação de informações pessoais com os resultados de pesquisa. Diversas inconsistências normativas existem na decisão, mas o principal argumento crítico aponta para a desconsideração da importância que tais plataformas possuem na dinâmica contemporâneas de comunicação social.

Por fim, foi investigado o modelo alemão. Esse ordenamento possui um complexo sistema normativo de direitos fundamentais. Embora a proteção da liberdade de expressão não possua tamanha robustez como no caso norte-americano, o sistema constitucional germânico já

garantiu sua proteção em importantes casos. Em relação à era digital, a principal discussão surgiu com uma nova lei de controle das comunicações online. Embora o Tribunal Federal Alemão ainda não tenha se pronunciado, há bons argumentos que indiquem possíveis inconstitucionalidades dessa legislação.

O terceiro e último capítulo do trabalho foi destinado à análise brasileira. Além do sistema constitucional nacional de proteção da liberdade de expressão, três desafios regulatórios foram analisados: o bloqueio de aplicativos de comunicação privada, o regime de responsabilidade civil das plataformas por danos de terceiros e o direito ao esquecimento. Nessa tarefa, verificou-se que o sistema brasileiro garante uma ampla liberdade de expressão, mas não apenas por meio de um dispositivo. Existem diversos parâmetros espalhados pela Constituição que disciplinam essa liberdade.

No enfrentamento dos casos e reestruturação dogmática das normas constitucionais, evidenciou-se que o sistema brasileiro foi arquitetado a fim de proteger ao máximo a circulação de ideias e informações. Apesar de existirem diversos instrumentos para regulação dessa liberdade, como o direito de resposta, que não é aceito, por exemplo, nos EUA, a retirada, controle e supressão de conteúdo (censura) é muito restrita. Por outro lado, a Constituição brasileira abre muito espaço, inclusive incentiva, para regulação da econômica e dos agentes econômicos. Portanto, para enfrentamento dos abusos das comunicações online, o caminho constitucional é mais o do controle de mercado e das grandes organizações de informação no ciberespaço do que o de controle de conteúdo e silenciamento dos dissidentes.

REFERÊNCIAS

A) Bibliografia

ALBERS, Marion. A complexidade da proteção de dados, **direitos fundamentais e justiça**, n. 35, p. 19–45, 2016.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ALLEN, Anita L. Privacy-as-Data Control: Conceptual, Practical, and Moral Limits of the Paradigm. **Connecticut Law Review**, vol.32, p.861-875, 2000.

AMBROSE, Meg Leta; AUSLOOS, Jef. The right to be forgotten across the pond. **Journal of Information Policy**, vol.3, p.1-23, 2013.

ANGELOPOULOS, C., BRODY, A., HINS, W., HUGENHOLTZ, B., LEERSSEN, P., MARGONI, T., MCGONAGLE, T., VAN DAALEN, O., and VAN HOBOKEN, J. **Study of Fundamental Rights Limitations for Online Enforcement through Self-Regulation**. Amsterdã: Institute for Information Law (IViR), 2015.

ARTIGO 19, **Freedom of expression and the private sector in the digital age**, 2016.

ARTIGO 19, **Provedores de Internet: O Dilema da Responsabilidade Civil**, São Paulo: Artigo 19 Brasil, 2013.

ARTIGO 19. **Provedores de Internet: O Dilema da Responsabilidade Civil**, São Paulo, 2013.

ARTIGO, 19. **Freedom of Expression Unfiltered: How blocking and filtering affect free speech**, Londres: [s.n.], 2016.

ARTIGO, 19. **Teses jurídicas sobre liberdade de expressão na internet**, São Paulo: Artigo 19 Brasil, 2018.

ASHBY, W.Ross. **An Introduction to Cybernetics**, New York: John Wiley & Sons Inc., 1956.

BAKIRCIOGLU, Onder, The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases, **German Law Journal**, v. 8, n. 7, p. 711–733, 2007.

BALKIN, Jack M., Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society, **New York University Law Review**, v. 79, p. 1–55, 2004.

BALKIN, Jack M., Old-School/New-School Speech Regulation, **Harvard Law Review**, v. 127, p. 2296–2342, 2014.

BALKIN, Jack M., The Future of Free Expression in a Digital Age, **Pepperdine Law Review**, v. 36, p. 427–444, 2009.

BAMBAUER, Derek E. Censorship V3.1. **Arizona Legal Studies**, Discussion Paper N°, 12-28, p.1-19, 2012.

BAMBAUER, Derek E. Middlemen. **Florida Law Review Forum**, vol. 65, p.1-4, 2013.

BAPTISTA, D. F. F.; FERREIRA, F. G.; LAURENTIIS, L. C. Passado, presente e futuro da proteção de dados contra a Administração Pública. In: Augusto Neves Dal Pozzo; Ricardo Marcondes Martins. (Org.). **LGPD e administração pública: uma análise ampla dos impactos**. São Paulo: Thomson Reuters - Revista dos Tribunais, 2020.

BARBABELA, Eduardo, Liberdade de Expressão e Teoria Democrática: Conceitos e Perspectivas, **Mediações**, v. 24, n. 2, p. 83–107, 2019.

BARLOW, John Perry. **A Declaration of the Independence of Cyberspace** (Feb. 8, 1996).

BAUMEISTER, Roy F. *et al*, Bad is Stronger than Good, **Review of General Psychology**, v. 5, n. 4, p. 323–370, 2001.

BEATTY, David M., **The Ultimate Rule of Law**, Oxford: Oxford University Press, 2004.

BECKER, Howard S. **Outsiders: studies in the sociology of deviance**. Nova Iorque: The Free Press, 1997.

BEER, Jeremy de; CLEMMER, Christopher D. Global Trends in Online Copyright Enforcement: A Non-Neutral Role for Network Intermediaries? **Jurimetrics**, vol. 49, n°. 4, p.375-409, 2009.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BJORGE, Eirik, National supreme courts and the development of ECHR rights, **International Journal of Constitutional Law**, v. 9, n. 1, p. 5–31, 2011.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Fundamental Rights: Theory and Interpretation, *In*: KÜNKLER, Mirjam; STEIN, Tine (Orgs.), **Constitutional and Political Theory**. Oxford: University Press, 2017.

BODE, Leticia; JONES, Meg Leta. Do Americans Want a Right to be Forgotten? Estimating Public Support for Digital Erasure Legislation: Do Americans Want a Right to be Forgotten? **Policy & Internet**, v. 10, n. 3, p. 244–263, 2018.

BOSSIO, Diana. **Journalism and Social Media**, Cham: Springer International Publishing, 2017.

BRISON, Susan J.; GELBER, Katharine, Introduction. *In*: BRISON, Susan J.; GELBER, Katharine (Eds.), **Free Speech in the Digital Age**. Oxford University Press, 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CLAUSSEN, Victor. Fighting Hate Speech and Fake News. The Network Enforcement Act (NetzDG) in Germany in the context of European legislation. **Rivista di diritto dei media**, vol.3, p.110-136, 2018.

CLEMENT, Andrew, NSA Surveillance: Exploring the Geographies of Internet Interception, *in: iConference 2014 Proceedings*, [s.l.]: iSchools, 2014.

COLEMAN, Gabriella, How has the fight for anonymity and privacy advanced since Snowden's whistle-blowing?, **Media, Culture & Society**, v. 41, n. 4, p. 565–571, 2019.

CONTRERAS, Pablo, National discretion and international deference in the restriction of human rights: a comparison between the jurisprudence of the European and inter-american Court of human rights, **Northwestern journal of international human rights**, v. 11, n. 28, p. 28–82, 2012.

CORMEN, Thomas H. **Algoritmos: teoria e prática**, 3. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2012.

DEMBOUR, Marie-Bénédicte. What Are Human Rights? Four Schools of Thought, **Human Rights Quarterly**, v. 32, n. 1, p. 1–20, 2010.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**, 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DIMOULIS, Dimitri; CHRISTOPOULOS, Dimitris. O direito de ofender. Sobre os limites da liberdade de expressão artística, **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, v. 3, p. 49–64, 2009.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**, 4. ed. São Paulo: Grupo Gen - Atlas, 2016.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 4.ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2014.

DINIZ, Maria Helena. Uma visão constitucional e civil do novo paradigma da privacidade: o direito a ser esquecido, **Revista Brasileira de Direito**, v. 13, n. 2, p. 7–25, 2017.

DONEDA, Danilo. A proteção de dados pessoais como um direito fundamental, **EJLL**, v. 12, n. 2, p. 91–108, 2001.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

EDWARDS, Andrew V., **Digital is destroying everything: what the tech giants won't tell you about how robots, big data, and algorithms are radically remaking your future**, Lanham: Rowman & Littlefield, 2015.

FARIAS, Edilson Pereira de, **Liberdade de Expressão e Comunicação: Teoria e Proteção Constitucional**, Tese de Doutorado, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1980.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio, **Função Social da Dogmática Jurídica**, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio, **Introdução Ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**, 10. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio, Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado, **Revista da faculdade de direito da Universidade de São Paulo**, v. 88, p. 439–458, 1993.

FISS, Owen M., **A Ironia da Liberdade de Expressão: Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública**, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FRAJHOF, Isabella Z., **O direito ao esquecimento na internet: conceito, aplicação e controvérsias**, São Paulo: Almedina, 2019.

FREGGE, Gottlob. **Sobre o sentido e a referência**. In: *Fundamento: revista de pesquisa em filosofia*. V. 01, nº 03, maio-ago. 2011.

FROSIO, Giancarlo F, Why keep a dog and bark yourself? From intermediary liability to responsibility, **International Journal of Law and Information Technology**, v. 26, n. 1, p. 1–33, 2018.

GASSER, Urs; SCHULZ, Wolfgang, Governance of Online Intermediaries: Observations from a Series of National Case Studies, **Berkman Center Research**, n. 5, 2015.

GATYS, Leon A.; ECKER, Alexander S.; BETHG, Matthias, A Neural Algorithm of Artistic Style, **arXiv:1508.06576v2 [cs.CV]**, 2015.

GILLESPIE, Tarleton, Platforms are not intermediaries, **Georgetown Law Technology Review**, v. 2, n. 2, p. 198–216, 2018.

GLESIAS KELLER, Clara, Policy by judicialisation: the institutional framework for intermediary liability in Brazil, **International Review of Law, Computers & Technology**, p. 1–19, 2020.

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

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2019.

GREGOR, Shirley. The Nature of Theory in Information Systems, **MIS Quarterly**, v. 30, n. 3, p. 611-642, 2006.

GRIMM, Dieter, The role of fundamental rights after sixty-five years of constitutional jurisprudence in Germany, **ICON**, v. 13, n. 1, p. 9–29, 2015.

GRIMMELMANN, James, The Virtues of Moderation, **The Yale Journal of Law & Technology**, v. 17, n. 1, p. 42–109, 2015.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **The Federalist**: a commentary on the Constitution of United States. New York: Random House, 1937.

HATFIELD, Gary. René Descartes. *In*: ZALTA, Edward N. (Org.), **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Summer 2018. Metaphysics Research Lab: Stanford University, 2018.

HEINS, Marjorie. The Brave New World of Social Media Censorship. **Harvard Law Review Forum**, vol.127, p.325-340, 2014.

HELDT, Amélie, Reading between the lines and the numbers: an analysis of the first NetzDG reports, **Internet Policy Review**, v. 8, n. 2, 2019.

HESSE, Johannes, **Teoria do conhecimento**, 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HESSE, Konrad, **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: S.A. Fabris Editor, 1991.

HOLMES, O.W. Wendell JR. **The Common Law**. Barnes&Noble: New York, 2004.

HOLMES, Stephen; SUSNTEIN, Cass R. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

HORKHEIMER, Max, Teoria Tradicional e Teoria Crítica. *In*: **Os Pensadores**, v. XLVIII. São Paulo: Victor Civita, 1975.

HOROWITZ, Sarah, Foucault's Panopticon: A Model for NSA Surveillance?, *In*: MILLER, Russell A. (Org.), **Privacy and Power**, Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

JACOBSON, Arthur; SCHLINK, Bernhard. Hate Speech and Self-Restraint. *In*: HERZ, Michael and MOLNAR, Peter (Eds.) **The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

Jon Penney, Chilling Effects: Online Surveillance and Wikipedia Use, **Berkeley Tech. L. J.** Vol. 31, Nº. 1, p. 117 – 182, 2016.

KAHNEMAN, Daniel, **Rápido e Devagar: duas formas de pensar**, Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. **The constitutional Structure of proportionality**. Oxford: University Press, 2012.

KLONICK, Kate, The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech, **Harvard Law Review**, v. 131, p. 1598–1670, 2018.

KRELL, Andreas J., Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica, **Revista Direito GV**, v. 10, n. 1, p. 295–320, 2014.

KULK, S.; BORGESIU, F. Freedom of Expression, and the Right to Be Forgotten in Europe. *In: E. Selinger, J. Polonetsky, & O. Tene (Eds.), The Cambridge Handbook of Consumer Privacy.*, Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

LARK, David D.; SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid, What Happened on Deliberation Day?, **California Law Review**, v. 95, p. 915–940, 2007.

LAURENTIIS, Lucas Catib de. **A proporcionalidade no direito constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática**. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

LAVI, Michal, Taking Out of Context, **Harvard Journal of Law & Technology**, 31. ed. p. 146–215, 2017.

LEAL, Fernando. Seis Objeções ao Direito Civil Constitucional, **Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 9, p. 123–165, 2015.

LEINER, Barry M. *et al*, A brief history of the internet, **ACM SIGCOMM Computer Communication Review**, v. 39, n. 5, p. 22–31, 2009.

LEX, Gill; REDEKER, Dennis; GASSER, Urs, Towards Digital Constitutionalism? Mapping Attempts to Craft an Internet Bill of Rights, **Berkman Klein Center for Internet & Society Research Publication**, p. 1–15, 2015.

LUCAS D. INTRONA, HELEN NISSENBAUM, Shaping the Web: Why the Politics of Search Engines Matters, **The Information Society**, v. 16, n. 3, p. 169–185, 2000.

LYNSKEY, Orla, Deconstructing data protection: the added-value of a right to data protection in the EU legal order, **International and Comparative Law Quarterly**, v. 63, n. 3, p. 569–597, 2014.

MACHADO, Jonatas E. M. **Direito da União Europeia**. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

MACHADO, Jónatas E.M., **Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema constitucional**, Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MARINO, Catalina Botero, **Freedom of Expression and the Internet**, [s.l.]: Organização dos Estados Americanos, 2013.

MARKOFF, John, Democracia: transformações passadas, desafios presentes e perspectivas futura, **Sociologias**, v. 32, p. 18–50, 2013.

MARTINS, Leonardo, **Liberdade e Estado constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2012.

MARTINS, Leonardo, Direitos Fundamentais à Intimidade, à Vida Privada, à Honra e à Imagem (Art. 5º, X da CF): Alcance e Substrato Fático da norma Constitucional (Intervenção Estatal Potencialmente Violadora), **Ius Gentium**, v. 7, n. 1, p. 105–132, 2016.

MARTINS, leonardo, Direitos Fundamentais à Intimidade, à Vida Privada, à Honra e à Imagem (Art. 5º, X da CF): Dos Seus Limites Constitucionais e Justificação Constitucional de sua Imposição, **Ius Gentium**, v. 7, n. 2, p. 227–251, 2016.

MARTINS, Leonardo, **Tribunal Constitucional Federal Alemão**: decisões anotadas sobre direitos fundamentais, v.1: Dignidade humana, livre desenvolvimento da personalidade, direito fundamental à vida e à integridade física, igualdade. São Paulo: Kinrad Adenauer Stiftung, 2016.

MARTINS, Leonardo. **Tribunal Constitucional Federal alemão**: decisões anotadas sobre direitos fundamentais. v. 2: Liberdade de consciência e crença; liberdades de expressão e de comunicação social; liberdades artística e científica. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2018.

MAYER - SCHÖNBERGER, Viktor. **Delete**: The virtue of forgetting in the digital age. Princeton: Princeton University Press, 2009.

MENDEL, Toby. **Liberdade de informação**: um estudo de direito comparado. 2.ed. Brasília: UNESCO, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, **Curso de direito constitucional**, 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MENDES, Laura Schertel, **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental**, São Paulo: Saraiva, 2014.

MEYERSON, Michael I. Authors, Editors, and Uncommon Carriers: Identifying the Speaker within the New Media, **Notre Dame Law Review**, v. 71, p. 79–125, 1995.

MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin, **Direitos Fundamentais**, São Paulo: Saraiva, 2016.

MIGUEL, Luis Felipe, Mídia e eleições: a campanha de 1998 na Rede Globo, **Dados**, v. 42, n. 2, p. 253–276, 1999.

MIJATOVIĆ, Dunja. **Freedom of Expression on the Internet**. OSCE, 2010.

MOON, Richard, **The constitutional protection of freedom of expression**. Toronto: University of Toronto Press, 2000.

MÜLLER, Friedrich, **Métodos de trabalho do direito constitucional**, Porto Alegre: Síntese, 1999.

MÜLLER, Friedrich, **Teoria Estruturante do Direito**, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MURDOCH, Steven J.; ROBERTS, Hal, Internet Censorship and Control [Guest editors' introduction], *IEEE Internet Computing*, v. 17, n. 3, p. 6–9, 2013.

NEYERS, J.W., A Theory of Vicarious Liability, *Alberta Law Review*, v. 43, p. 2–41, 2005.

NISSENBAUM, Helen, The Meaning of Anonymity in an Information Age. *The Information Society*, v. 15, n. 2, p. 141–144, 1999.

PARK, Robert E.; BURGUESS, Ernest W. **The city**: suggestions for investigation of human behavior in the urban environment. Chicago; London: University of Chicago, 1925.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Responsabilidade Civil**, 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard, **Direitos Fundamentais**, 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PINHEIRO, Guilherme Pereira, **Liberdade de Expressão e Neutralidade de Rede na Internet**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

POSCHER, Ralf, The Hand of Midas: When Concepts Turn Legal, or Deflating the Hart-Dworkin Debate, *In*: HAGE, Jaap C.; VON DER PFORDTEN, Dietmar (Orgs.), **Concepts in Law**, v.88. Dordrecht: Springer Netherlands, 2009.

POSCHER, Ralf, The Right to Data Protection: A No-Right Thesis. *In*: R. Miller (Ed.), **Privacy and Power: A Transatlantic Dialogue in the Shadow of the NSA-Affair**, Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

POSCHER, Ralf. Proportionality and the Bindingness of Fundamental Rights. *In*: Billis/Knust/Rui (org.). **Proportionality in Crime Control and Criminal Justice**. Hart Publishing, 2020 (no prelo).

POST, Robert C., Censorship and Silencing, *Bulletin of the American Academy of Arts and Sciences*, v. 51, n. 5, p. 32, 1998.

POST, Robert, Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence, *California Law Review*, v. 88, p. 2353–2374, 2000.

POST, Robert C., Data Privacy and Dignitary Privacy: Google Spain, the Right To Be Forgotten, and the Construction of the Public Sphere, *Duke Law Journal*, v. 67, p. 981–1072, 2018.

POST, Robert C., Privacy, Speech, and the Digital Imagination, *In*: POST, Robert C. (Ed.), **Free Speech in the Digital Age**, New York: Oxford University Press, 2019.

POST, Robert. Hate Speech, *In*: Ivan Hare; James Weinstein (ed.), **Extreme Speech and Democracy**, Oxford University Press, 2009.

POST, Robert. Recuperating First Amendment Doctrine. *Stanford Law Review*, vol. 47. p. 1249–1281, 1995.

POSTMAN, Neil, **Technopoly: the surrender of culture to technology**. Vintage Books ed. New York, NY: Vintage Books, 1993.

POWLES, Julia. The Case that won't be forgotten, **Loyola University Chicago Law Journal**, vol.47, p.583-615, 2015.

RABBAN, David. The First Amendment in Its Forgotten Years. **The Yale Law Journal**, v.90, p.514- 595, 1981.

RAMOS, Elival da Silva, **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RENÉ, Descartes, **Discurso do método**, São Paulo: Martins Fontes, 1996.

RODOTÀ, Stefano, **A vida na sociedade da vigilância: A privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RUBIN, Zick, Disclosing oneself to a stranger: Reciprocity and its limits. **Journal of Experimental Social Psychology**, v. 11, n. 3, p. 233–260, 1975.

SALGANIK, Matthew J.; WATTS, Duncan J., Leading the Herd Astray: An Experimental Study of Self-fulfilling Prophecies in an Artificial Cultural Market, **Social Psychology Quarterly**, v. 71, n. 4, p. 338–355, 2008.

SARDÁ, Thais *et al.* Understanding online anonymity. **Media, Culture & Society**, v. 41, n. 4, p. 557–564, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang, Proteção da personalidade no ambiente digital: uma análise à luz do caso do assim chamado direito ao esquecimento no Brasil, **Espaço Jurídico Journal of Law**, v. 19, n. 2, p. 491–530, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang, Proteção da personalidade no ambiente digital: uma análise à luz do caso do assim chamado direito ao esquecimento no Brasil, **Espaço Jurídico Journal of Law**, v. 19, n. 2, p. 491–530, 2018.

SARMENTO, Daniel, Comentário ao artigo 5º, IV, *In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil*, 2. ed. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2018.

SARMENTO, Daniel, Liberdades Comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira: parecer consultivo, **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 7, p. 190–232, 2016.

SCHAUER, Frederick, Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect, **Boston University Law Review**, v. 58, p. 685–732, 1978.

SCHAUER, Frederick, Review: The Wily Agitator and the American Free Speech Tradition, **Stanford Law Review**, v. 57, n. 6, p. 2157–2170, 2005.

SCHAUER, Frederick. Freedom of expression adjudication in Europe and the United States: a case study in comparative constitutional architecture. *In: NOLTE, Georg (Org.), **European and US Constitutionalism***. Cambridge University Press, 2005.

SCHAUER, Frederick. The Exceptional First Amendment. *In: **American Exceptionalism and Human Rights***. Ed. Michael Ignatieff. Princeton University Press, 2005.

SCHAUER, Frederick. The Politics and Incentives of First Amendment Coverage, **William & Mary Law Review**, p. 1613–1636, 2015.

SCHER, Diana L.; UMOJA NOBLE, Safiya, Unmasking Hate on Twitter: Disrupting Anonymity by Tracking Trolls, *In: ASCHER, Diana L.; UMOJA NOBLE, Safiya (Eds.), **Free Speech in the Digital Age***. Oxford University Press, 2019.

SCHREIBER, Anderson, Marco Civil da Internet: Avanço ou Retrocesso? A Responsabilidade Civil por dano derivado do conteúdo gerado por terceiro, *In: **Direito e Internet III – Tomo II: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14)***. Coord. Newton de Lucca e outros., São Paulo: Quartier Latin, 2015.

SCHULZ, Wolfgang, Regulating Intermediaries to Protect Privacy Online – the Case of the German NetzDG, **HIIG DISCUSSION PAPER SERIES**, v. 1, p. 1–14, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**, São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SILVA, Júlio César Casarin Barroso. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E EXPRESSÕES DE ÓDIO, **Revista Direito GV**, v. 11, n. 1, p. 37–63, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da, Deciding without deliberating, **International Journal of Constitutional Law**, v. 11, n. 3, p. 557–584, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais, **Revista de Direito do Estado**, p. 23–51, n. 4, 2006.

SIMAO, José Luiz de Almeida; RODOVALHO, Thiago, A Fundamentalidade Do Direito À Liberdade De Expressão: As Justificativas Instrumental E Constitutiva Para A Inclusão No Catálogo Dos Direitos E Garantias Fundamentais Na Constituição Federal De 1988, **Cadernos do Programa de Pós-Graduação Direito UFRGS**, v. 12, n. 1, p. 203–229, 2017.

SOLOVE, Daniel J. **Understanding Privacy**, Cambridge: Harvard University Press, 2008.

SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo. **Marco civil da internet: construção e aplicação**, Juiz de Fora: Editar Editora Associada Ltda, 2016.

SPINDLER, Gerald, Internet Intermediary Liability Reloaded – The New German Act on Responsibility of Social Networks and its (In-) Compatibility with European Law, **JIPITEC**, v. 8, p. 166–179, 2017.

STEINMETZ, Wilson, Comentário ao artigo 5^o, inciso XIV, *In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil*, v. 2. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2018.

STEPHAN, Jaggi, State Action Doctrine. *In: STEPHAN, Jaggi (Ed.), Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, [s.l.]: Oxford University Press, 2017.

STONE, Geoffrey R. Content-Neutral Restrictions, *University of Chicago Law Review*, v. 54, p. 46–118, 1987.

STRECK, Lenio L., Comentário ao artigo 5^o, XII, *In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; _____ (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil*, 2. ed. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2018.

SUNSTEIN, Cass R. **#Republic: divided democracy in the age of social media**. Princeton: Princeton University Press, 2017.

SUNSTEIN, Cass R. **Democracy and the problem of free speech**, New York: Free Press, 1995.

SUNSTEIN, Cass R. **On rumors: how falsehoods spread, why we believe them, and what can be done**, First Princeton edition. Princeton: Princeton University Press, 2014.

SUNSTEIN, Cass R., **Too much information: understanding what you dont want to know**, Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 2020.

SUNSTEIN, Cass R; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *In: John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*, n^o. 156, 2002.

SUNSTEIN, Cass. On Analogical Reasoning, *Harvard Law Review*, vol.106, n^o 3, p.741-791, 1992.

TAKAHASHI, Yutaka Arai. **The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR**. Oxford: Intersentia, 2002.

TIMOFEEVA, Yulia A. Hate Speech Online: Restricted or Protected? Comparison of Regulations in The United States and Germany. *Journal of Transnational Law & Policy*, vol.12, n^o 2, p.253-286, 2003.

TUFEKCI, Zeynep, **Twitter and Tear Gas: The Power and Fragility of Networked Protest**, New Haven: Yale University Press, 2017.

VAN Mill, David. Freedom of Speech. *In: ZALTA, Edward N. (Org.), The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Summer 2018. Metaphysics Research Lab: Stanford University, 2018.

VOLOKH, Eugene; FALK, Donald M., First Amendment Protection for Search Engine Search Results, *Journal of Law, Economics & Policy*, v. 8, p. 883–899, 2012.

WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. The Right to Privacy, **Harvard Law Review**, v. IV, n. 5, p. 193-220, 1890.

WHITMAN, James Q. The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty. **The Yale Law Journal**, v.113, p. 1151-1221, 2004.

WHITNEY, Heather M.; MARK SIMPSON, Robert, Search Engines and Free Speech Coverage. In: WHITNEY, Heather M.; MARK SIMPSON, Robert (Eds.), **Free Speech in the Digital Age**, Nova York: Oxford University Press.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-Philosophicus**. 3. ed. Tradução de Luiz Henrique Lopes dos Santos. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2017.

WORLD ECONOMIC FORUM, Competition Policy in a Globalized, Digitalized Economy, **White Paper**, p. 1–23, 2019.

B) Notícias e matérias técnicas

BARROS, Paula Pécora de. ADPF 403 no STF: Bloqueios do WhatsApp são constitucionais? In: **bloqueios.info, InternetLab**, 18.11.2016. Disponível em: <http://bloqueios.info/pt/adpf-403-no-stf-bloqueios-do-whatsapp-sao-constitucionais/>. Acesso em: 05/05/2020.

BIDDLE, Sam; Paulo Victor Ribeiro, Tatiana Dias. Censura Invisível: TikTok escondeu “feios” e favelas para atrair novos usuários e censurou post políticos. **The Intercept Brasil** (16/03/2020). Disponível em: <https://theintercept.com/2020/03/16/tiktok-censurou-rostos-feios-e-favelas-para-atrair-novos-usuarios/> Acesso em: 07/12/2020.

BORGER, Julian. NSA files: why the Guardian in London destroyed hard drives of leaked files, **The Guardian** 20/08/2013). Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2013/aug/20/nsa-snowden-files-drives-destroyed-london> Acesso em: 07/12/2020.

BUCCI, Eugênio; MARANHÃO, Juliano. “Não podemos jogar fora direito ao anonimato para combater fake news”. **Jornal Folha de São Paulo** (16/06/2020). Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2020/06/nao-podemos-jogar-fora-direito-ao-anonimato-para-combater-fake-news.shtml?utm_source=whatsapp&utm_medium=social&utm_campaign=compwa Acesso em: 17/12/2020.

FERREIRA, Felipe Grizotto; LAURENTIIS, Lucas Catib de; MARTINS, Leonardo, Regulação das plataformas digitais, anonimato e o sistema constitucional brasileiro: significado jurídico-constitucional da vedação do anonimato no art. 5º, IV CF e suas consequências práticas, **JOTA** (10/08/2020). Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/liberdade-de-expressao/regulacao-das-plataformas-digitais-anonimato-e-o-sistema-constitucional-brasileiro-10082020> Acesso em: 17/12/2020.

GASHER, Mike. Media Convergence. **The Canadian Encyclopedia** (11 September 2019). Disponível em: <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/media-convergence>. Acesso em: 07/12/2020.

HELFT, Miguel. *Facebook Wrestles with Free Speech and Civility*. **The New York Times** (12/12/2010). Disponível em: <https://www.nytimes.com/2010/12/13/technology/13facebook.html> Acesso em: 01/12/2019.

HELFT, Miguel. *Facebook Wrestles With Free Speech and Civility*. **The New York Times** (12/12/2010). Disponível em: https://www.nytimes.com/2010/12/13/technology/13facebook.html?WT.mc_id=TE-SM-E-FB-SM-LIN-FWW-121310-NYT-NA&WT.mc_ev=click Acesso em: 01/12/2020.

HONG, Mathias: The German Network Enforcement Act and the Presumption in Favour of Freedom of Speech, **VerfBlog**, (2018/1/22), Disponível em: <https://verfassungsblog.de/the-german-network-enforcement-act-and-the-presumption-in-favour-of-freedom-of-speech/> Acesso em 11 de dezembro de 2020.

KUTTAB, Daoud, Who is a journalist?, **Doha Center for Media Freedom**, 2015. Disponível em: <https://www.dc4mf.org/en/news/who-is-a-journalist/>. Acesso em: 2020-09-29.

LAWS, Michael. The First Gag is the Deepest: Freedom of Expression after Corona Censorship. **Daily Maverick** (23/03/2020). Disponível em: <https://www.dailymaverick.co.za/article/2020-03-23-the-first-gag-is-the-deepest-freedom-of-expression-after-corona-censorship/> Acesso em: 07/12/2020.

McLeod, S. A. *Cognitive dissonance*. **Simply Psychology** (2018, February 05). Disponível em: <https://www.simplypsychology.org/cognitive-dissonance.html> Acesso em: 07/12/2020.

PEGUERA, Miquel. No more right-to-be-forgotten for Mr. Costeja, says Spanish Data Protection Authority. **Center for Internet and Society** (03/10/2015). Disponível em: <http://cyberlaw.stanford.edu/blog/2015/10/no-more-right-be-forgotten-mr-costeja-says-spanish-data-protection-authority> Acesso em: 29/11/2020.

ROMM, Tony. Facebook, Google and Twitter scramble to stop misinformation about coronavirus. **The Washington Post** (27/01/2020). Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/technology/2020/01/27/facebook-google-twitter-scramble-stop-misinformation-about-coronavirus/> Acesso em: 07/12/2020.

SENNA, Carlos de Azevedo. "Proibição do anonimato no Brasil tem sido usada para justificar censura judicial": entrevista com Artur Pericles Lima Monteiro. **Revista Consultor Jurídico** (30/09/2018). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-30/entrevista-artur-monteiro-especialista-liberdade-expressao> Acesso em: 17/12/2020.

SOUZA, Carlos Affonso, Direito ao esquecimento: 5 pontos sobre a decisão do STJ, **JOTA**, 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/liberdade-de-expressao/direito-ao-esquecimento-decisao-do-stj-13052018>. Acesso em: 20/05/2020.

TSOTSIS, Alexia, Google's Algorithmic Cat and Mouse Game [Infographic], **Techcrunch**, (23/03/2011). Disponível em: <https://techcrunch.com/2011/03/23/googles-algorithmic-cat-and-mouse-game-infographic/> Acesso em: 18/11/2020.

WASSÉN, Olivia. Big Data facts – How much data is out there? **NodeGraph** (09/2019) Disponível em: <https://www.nodegraph.se/big-data-facts/> Acesso em: 12/12/2010.

C) Jurisprudência

ALEMANHA, Tribunal Constitucional Federal Alemão. **BVerfGE, 65, 1 (Volkszählung)**, 1983.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial nº 1.193.764-SP**, 2010.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial nº 1.335.153 - RJ**, 2013.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial nº 1.660.168-RJ**, 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial no 1642997-RJ**, 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 403**. Pendente de julgamento.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 5527**. Pendente de julgamento.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário nº 1.037.396-SP**. Pendente de julgamento.

BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo, **Apelação nº 1011391-95.2015.8.26.0005**, 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Cautelar nº 2.695**, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130**, Plenário, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815**, Plenário, 2015

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 82.424-RS**, Plenário, 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 418.416**, 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 511.961/SP**, Plenário, 2009.

CONSELHO DA EUROPA, Tribunal Europeu de Direitos Humanos, **Ahmet Yildirim v. Turquia**, 2012.

CONSELHO DA EUROPA, Tribunal Europeu de Direitos Humanos, **Delfi AS v. Estônia**, 2015.

CONSELHO DA EUROPA, Tribunal Europeu de Direitos Humanos, **Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.hu Zrt v. Hungary**, 2016.

CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos, **Handyside v Reino Unido**, 1976.

CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **Catt v. The United Kingdom**, 2019.

CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **Couderc and Hachette Filipacchi Associés v. France**, 2015.

CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **Fürst-Pfeifer v Austria**, 2016.

CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **M.L. and W.W. v. Germany**, 2018.

CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **Neij and Sunde Kolmisoppi v. Sweden**, 2013.

CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. **Handyside v Reino Unido**, 1976.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Corte de Primeira Instância. **Zhang v. Baidu**, 2014.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Corte do 4º Circuito, **Zeran v. America Online, Inc.** 1997.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Corte do Distrito Médio da Flórida. **E-Ventures Worldwide, LLC v. Google, Inc.**, 2016.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Corte do Distrito Sul de Nova York, **Cubby, Inc. v. CompuServe Inc.**, 1991. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/776/135/2340509/> Acesso em: 07/11/2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte da Califórnia. **Melvin v. Reid**, 1931.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte de Nova York, **Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Services Co.**, 1995. Disponível em: <https://h2o.law.harvard.edu/cases/4540> Acesso em: 07/11/2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte, **Burton v Wilmington Parking Authority**, 1961.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte, **Lloyd Corporation v Tanner**, 1972.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte, **Marsh v. Alabama**, 1946.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte, **Reno v. American Civil Liberties Union**. 1997.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte. **Gitlow v. New York**, 1925.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte. **Griswold v. Connecticut**, 1965.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte. **Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo**, 1974.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte. **Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC**, 1994 e 1997.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte. **Va. Pharmacy Bd. v. Va. Consumer Council**, 1976.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte Distrital do Norte da Califórnia. **Darnaa, LLC v. Google, Inc.**, 2016.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte Distrital do Oeste de Missouri. **Knights of the Ku Klux Klan v. Kansas City**, 1989.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte do Primeiro Circuito dos Estados Unidos. **Doe v. Backpage.com**, 2016.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte, **Red Lion Broadcasting Co., Inc. v. FCC**, 1969.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Abrams v. United States**, 1919.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Amalgamated Food Employees Union Local 590 v. Logan Valley Plaza**, 1968.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Brandenburg v. Ohio**, 1969.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Cox Broadcasting v. Cohn**, 1975.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Florida Star v. BJF**, 1989.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Hudgens v. NLRB**, 1976.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Oklahoma Publishing v. District Court**, 1977.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Packingham v. State of North Carolina**, 2017.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Smith v. California**, 1959.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Smith v. Daily Mail**, 1979.

SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Olmedo Bustos e outros v. Chile**, 2001.

SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Lagos del Campo vs. Peru**, 2017.

UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça da União Europeia, **Google Spain v. González**, 2014.

D) Documentos e relatórios oficiais

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Audiência Pública: Direito ao Esquecimento na Esfera Cível**, 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Boletim de Jurisprudência Internacional: Direito ao Esquecimento**, Brasília: [s.n.], 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05/05/2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 05/05/2020.

BRASIL. **Lei nº 12.965**, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 05/05/2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constituição dos Estados Unidos**, de 1787. National Archives. Disponível em: <https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm> Acesso em: 05/05/2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos, de 1791**. National Archives. Disponível em <<https://constitution.congress.gov/constitution/amendment-1/>> Acesso em: 05/05/2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Insitui o Código Penal Brasileiro Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 05/05/2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Insitui o Código de Processo Penal brasileiro Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 05/05/2020

BRASIL. **Lei nº 7.210**, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 05/05/2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **The right to privacy in the digital age**. Annual report of the United Nations High Commissioner for Human Rights and reports of the Office of the High Commissioner and the Secretary-General. A/HRC/27/37, 2014.