Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Centro de Ciências Sociais
Faculdade de Direito

Ivar Alberto Glasherster Martins Lange Hartmann

Manifestação, honra e ódio na internet: A proteção da liberdade de expressão por meio da capacidade comunicativa e da autorregulação

Rio de Janeiro
2018

Ivar Alberto Glasherster Martins Lange Hartmann

Manifestação, honra e ódio na internet:
A proteção da liberdade de expressão por meio da capacidade comunicativa e da autorregulação



Tese apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração Cidadania, Estado e Globalização, linha de pesquisa Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Sarmento

Rio de Janeiro

2018

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

H333 Hartmann, Ivar Alberto Glashers Martins Lange.

Manifestação, honra e ódio na internet: a proteção da liberdade de expressão por meio capacidade comunicativa e da autorregulação / Ivar Alberto Glashers Martins Lange Hartmann. - 2018.
246 f.
Orientador: Prof. Dr. Daniel Sarmento.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1.Liberdade de expressão - Teses. 2.Internet –Teses. 3.Honra – Teses. I.Sarmento, Daniel. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 342.727

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

_____ _____

Assinatura Data

Ivar Alberto Glasherster Martins Lange Hartmann

Manifestação, honra e ódio na internet: A proteção da liberdade de expressão por meio da capacidade comunicativa e da autorregulação

Tese apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração Cidadania, Estado e Globalização,

Aprovada em 23 de fevereiro de 2018.

Banca examinadora:

_____

Prof. Dr. Daniel Sarmento (Orientador)

Faculdade de Direito – UERJ

_____

Prof. Dr. Luís Roberto Barroso

Faculdade de Direito – UERJ

_____

Prof. Dr. Gustavo Binenbojm

Faculdade de Direito – UERJ

_____

Profa. Dra. Caitlin Sampaio Mulholland

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

_____

Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Rio de Janeiro

2018

"*Least of all should an intellectual be there to make his/her audience feel good: the whole point is to be embarrassing, contrary, even unpleasant. (…) But though nothing can make you more unpopular, an intellectual must speak out against that sort of gregariousness, and the personal cost be damned.*"

Edward W. Said, *Representations of the Intellectual*

AGRADECIMENTOS

Meu primeiro e mais importante agradecimento é dedicado ao meu orientador, Prof. Dr. Daniel Sarmento. Além de me proporcionar as condições para a realização do doutorado de maneira sustentável e produtiva, suprindo toda e qualquer necessidade que tive, brindou-me com oportunidades valiosas de reflexão dentro e fora de sala de aula. Fui privilegiado com um orientador cuja obra é uma inspiração, pois focada na promoção da igualdade e liberdade de expressão pluralista, ideais que me são por demais caros. Ao mesmo tempo, sua atuação prática civicamente orientada é um exemplo e baliza para a carreira que busco trilhar. Sou muito agradecido a ele por me mostrar sempre que é preciso e possível servir o Brasil por meio não apenas da produção acadêmica séria, mas também do engajamento intelectual nas demandas mais urgentes de nossa sociedade.

Na pessoa do Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito, Prof. Dr. Gustavo Siqueira, agradeço a Universidade Estadual do Rio de Janeiro por abrir-me as portas mesmo durante os tempos mais difíceis de sua história. Agradeço a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior pela bolsa para realização de estágio doutoral sanduíche. Sem o acesso aos dados de processos do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro a parte mais importante da pesquisa para essa tese não teria sido possível. Sou agradecido ao Tribunal pelo seu compromisso exemplar com a transparência e a constante busca pelo aprimoramento de seus serviços.

Agradeço o Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet pelo auxílio essencial na realização do estágio doutoral e, especialmente, a Profa. Dra. Marion Albers por acolher-me na Universidade de Hamburgo de maneira exemplarmente paciente e generosa, oferecendo não apenas espaço físico excepcional, mas espaço intelectual repleto de oportunidades de debate e amadurecimento.

Essa tese reflete sensivelmente minhas aspirações, crenças e atuação acadêmica em uma trajetória profissional até hoje dedicada quase que inteiramente à Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas. Como pesquisador, a FGV é minha casa. Na pessoa do Diretor da FGV Direito Rio, Prof. Sérgio Guerra, agradeço pela acolhida imediata, pela proteção da

liberdade acadêmica e pela garantia de invejáveis condições materiais e intelectuais para a realização diária do meu trabalho. Ao mesmo tempo, não seria o cientista que sou, nem teria produzido essa tese, sem o diálogo e constante aprendizado, sempre nos limites, que meus colegas Fernando Leal, Diego Werneck Arguelhes, Eduardo Jordão, Leandro Ribeiro e Thomaz Pereira perspicazmente proporcionam.

Coordenar o projeto Supremo em Números ao longo de cinco anos e meio significou dividir com uma equipe brilhante desafios incomparáveis praticando ciência de dados honesta e inteiramente dedicada ao interesse público do país. O reconhecimento e impacto do Supremo em Números é resultado inteiramente do trabalho abnegado dessa equipe, que agradeço na pessoa do amigo Daniel Chada, ao padrão notável de quem, como cientista de dados, continuo sempre tentando me elevar.

Agradeço meus alunos pelo privilégio do aprendizado constante, do intercâmbio sincero e da convivência saudável com jovens juristas sempre ávidos por conhecer e, na mesma medida, criticar.

Minha experiência na FGV Direito Rio e no Supremo em Números, influenciando a maioria das ideias, dados e argumentos apresentados nessa tese começou graças ao Prof. Dr. Joaquim Falcão e foi genuinamente moldada por ele. É, acima de tudo, em razão da visão ímpar e pensamento inovador dele que pude dar minha contribuição à pesquisa jurídica de ponta e à sociedade civil brasileira. A ele devo um agradecimento especial.

Sou incondicionalmente grato a meus pais Beatriz e Ivar por me privilegiarem com condições materiais excepcionais, mas, mais do que isso, por serem pais presentes e amorosos. Essa dádiva recebi também, ao longo desses quatro anos de muitos familiares e amigos, dos quais sou devedor constante pelo carinho especial nos momentos alegres e apoio incansável nos momentos difíceis. Agradeço especialmente Adriana, Gonçalo, Fernanda, Carlos, Patrícia, Gabriel, Lisete e Ewerton.

Por fim, agradeço minha esposa Flávia que é – nunca precisei dizer tão pouco para expressar tanta admiração e orgulho – meu exemplo de mulher.

RESUMO

HARTMANN, I. A. M. *Manifestação, honra e ódio na internet*: A proteção da liberdade de expressão por meio da capacidade comunicativa e da autorregulação. 2018. 246f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2018.

Ao longo da popularização da internet nas últimas duas décadas, a literatura sobre liberdade de expressão, seus limites e restrições avançou de maneira importante em diversas frentes, mas, especialmente no Brasil, é marcada por duas deficiências. Primeiro, há uma escassez aguda de pesquisa empírica que teste a aplicação pelo Judiciário das propostas consolidadas na doutrina de solução de conflitos entre a manifestação do pensamento, honra e imagem, mormente por meio do uso da ponderação e do princípio da proporcionalidade. Segundo, a vasta maioria dos estudos analisa evoluções do conteúdo, impacto, emissores e contexto da expressão, presumindo que os tribunais continuam sendo *locus* capaz e mais eficiente do que outros para a resolução desses conflitos. Adoto essas duas deficiências como perguntas centrais de pesquisa e utilizo método empírico com técnicas predominantemente quantitativas, porém também qualitativas e método indutivo, para responde-las. Os resultados mostram que a teoria majoritária é largamente ignorada pelas sentenças no 1º grau de jurisdição do TJ-RJ, ao passo que nos tribunais superiores as condições procedimentais de qualidade para decidir são altamente precárias no geral e, especialmente, no campo da liberdade de expressão. As decisões que representam 70% das citações a precedente feitas pelo STF nessa área ignoram oportunidades de oferecer balizas necessárias para a atividade judicial na primeira instância. Em paralelo, o ambiente de comunicação descentralizada, ainda que não perfeitamente democrática, da internet proporcionou oportunidades de equilíbrio do poder de alcançar uma audiência de uma forma jamais vista na sociedade tradicional dos meios de comunicação de massa. Essa inserção mais igualitária de uma grande parcela da população no debate público resultou na mobilização de grupos para coibir o discurso de ódio na internet e fora dela. A partir desses resultados, apresento duas propostas. Primeiro, ao avaliar pedidos de indenização por dano moral em razão de ofensa à honra, imagem ou no contexto de discurso de ódio, o magistrado deve proceder à análise do mérito da manifestação somente quando um primeiro teste da capacidade comunicativa das partes ofensora e ofendida revela um desequilíbrio em favor da parte ofensora. Segundo, a moderação da manifestação do pensamento na internet deve ser exercida precipuamente no contexto de uma nova modalidade de autorregulação. Ela é caracterizada pela relação dialógica entre plataformas de conteúdo e usuários munidos de desejo e capacidade de autonomia e auto-governo, com protagonismo na função de determinar quais os tipos de manifestações abusivas, identificar instâncias delas e tomar medidas concretas para inibi-las.

Palavras chave: Liberdade de Expressão. Internet. Honra. Discurso de Ódio. Judiciário.

Supremo Tribunal Federal. Capacidade Comunicativa. Autorregulação.

ABSTRACT

HARTMANN, I. A. M. *Expression, honor and hate online:* The protection of freedom of speech through communicative capacity and self-regulation. 2018. 246f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2018.

During the internet's immense growth in the last two decades, the literature on freedom of expression, its limits and restrictions has made important advancements on several fronts while maintaining two weaknesses, especially in Brazil. First, there is a dearth of empirical research to test whether the Judiciary is in fact applying balancing and the principle of proportionality, the consolidated theoretical models for solving conflicts between free speech, the right to honor and image. Second, the vast majority of studies examines the evolution of elements such as content, impact, speakers and context of expression presuming that courts remain a capable and more efficient arena for solving these cases. I adopt these deficits in scholarship as main research questions and employ predominantly quantitative, but also qualitative methods, in addition to inductive reasoning, in order to answer them. The results show that theory is largely ignored by trial-level judges at the Rio de Janeiro state court, while superior courts suffer with poor procedural conditions of quality to rule in general, and specifically in the field speech. The rulings that represent 70% of all citations to precedent in Brazilian Supreme Court decisions about speech ignore the opportunities to offer useful holdings desperately needed by trial courts. Parallel to this, the decentralized, even if not yet perfectly democratic, communication environment on the internet has afforded opportunities to balance the power to reach an audience in an unprecedented way for the traditional mass-media society. This increasingly egalitarian inclusion of a large share of the population in public debate has resulted in the mobilization of groups against hate speech on and offline. Faced with these results, I make two arguments. First, when evaluating compensation requests for moral damages due to an offense to honor and image or in the context of private law litigation of hate speech, the judge should proceed to review the content of speech only when a first test of the speaker and the offended party's communicative capacity reveals an unbalance favoring the speaker. Second, the moderation of free speech online should be performed predominantly in the context of a new kind of autoregulation. It is characterized by the cooperative relationship between online content platforms and users empowered with a desire and capacity of self-government, leading the task of determining what types of speech are abusive, identifying instances thereof and enforcing their decisions.

Keywords: Freedom of Expression. Internet. Honor. Hate Speech, Judiciary. Brazilian Supreme Court. Communicative Capacity. Autoregulation.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1	Veículo de expressão objeto de litígio em processos de 1a instância sobre Liberdade de Expressão, Honra e Imagem no TJ-RJ, em % do total (2013-2015).....	96
Gráfico 2	Sentenças de 1a instância sobre Liberdade de Expressão, Honra e Imagem no TJ-RJ, em % do total (2013-2015)	10 1
Gráfico 3	Sentenças de 1a instância sobre Liberdade de Expressão, Honra e Imagem no TJ-RJ, em % do total (2013-2015).....	10 2
Gráfico 4	Sentenças de 1a instância sobre Liberdade de Expressão, Honra e Imagem no TJ-RJ, em % do total (2013-2015).....	10 2
Gráfico 5	Processos sobre Liberdade de Expressão, Honra e Imagem nos Tribunais Superiores, em % do Total (1989-2017).....	11 4
Gráfico 6	10 Assuntos Mais Comuns no STF (1988-2017).....	11 5
Gráfico 7	10 Assuntos Mais Comuns no STJ (1988-2017).....	11 5
Gráfico 8	Dias até Trânsito em Julgado de Processos no STF (1990-2017).....	11 6
Gráfico 9	Dias até Trânsito em Julgado de Processos no STJ (2014-2017).....	11 7
Gráfico 10	Dias até Decisão Liminar pelo Plenário no Controle Concentrado do STF (1989-2017).....	11 8

Gráfico 11	Dias até Decisão de Mérito pelo Plenário no Controle Concentrado do STF (1989-2017).....	119
Gráfico 12	10 Dias com o Maior Número de Decisões Publicadas no STF (2008-2017).....	122
Gráfico 13	10 Dias com o Maior Número de Decisões pela Procedência ou Procedência Parcial do pedido Publicadas no STF (2008-2017).....	123
Gráfico 14	10 Dias com o Maior Número de Decisões Publicadas no STJ (2008-2017)	124
Gráfico 15	Decisões Colegiadas no STF, em % do Total (1988-2017).....	126
Gráfico 16	Decisões Colegiadas no STF, em % do Total do Tipo (2000-2017).....	127
Gráfico 17	Decisões Colegiadas no STJ, em % do Total (2001-2015).....	128
Gráfico 18	Julgamentos de Turmas do STF, em % do Total (2008-2017).....	129
Gráfico 19	Julgamentos do Plenário do STF, em % do Total (2008-2017).....	130
Gráfico 20	Julgamentos de Ações do Controle Concentrado de Constitucionalidade no Plenário do STF, em % do Total (2008-2017).....	131
Gráfico 21	Julgamentos no STF, em % do Total (2008-2017).....	132
Gráfico 22	Julgamentos com Composição Completa no STF, em % do Total (2008-2017).....	133
Gráfico 23	Rede de Citações dos Processos contendo termos de Liberdade de Expressão, Honra e Danos Morais.....	136

Gráfico 24 Rede Anterior com foco na ARE 739382..... 13 7

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 12

1 **O CENÁRIO ATUAL DOS CONFLITOS ENTRE LIBERDADE DE EX-PRESSÃO, HONRA E IMAGEM** 16

1.1 **Na doutrina e na jurisprudência** 16

1.2 **Na internet** 33

1.2.1 Da escassez de espaço à escassez de atenção 33

1.2.2 Novos elementos da proteção da honra e do combate ao discurso de ódio 41

1.2.2.1 A proteção da honra 43

1.2.2.2 Judiciário e Discurso de ódio 51

1.2.2.3 O caso específico do revenge porn 63

1.2.3 A vontade de auto-governança dos usuários 75

1.3 **No Judiciário** 83

1.3.1 1ª instância do TJ-RJ 83

1.3.1.1 Metodologia 89

1.3.1.2 Resultados 94

1.3.2 STF e STJ 107

1.3.2.1 Metodologia 109

1.3.2.2 Resultados 112

1.3.2.3 Os precedentes sobre liberdade de expressão, honra e imagem do STF 132

1.4 **Conclusão intermediária** 147

2 **DUAS PROPOSTAS PARA UMA PROTEÇÃO IGUALITÁRIA, EFICIEN-TE E DEMOCRÁTICA DA MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO** 151

2.1 **Um novo critério no Judiciário: capacidade comunicativa** 151

2.1.1 A contribuição das diferentes teorias de justiça 152

2.1.1.1 Teorias com contribuição negativa 152

2.1.1.2 Teorias com contribuição positiva 158

2.1.2 O papel do Estado na proteção e promoção da igualdade na manifestação do pensamento 164

2.1.3 A mudança proporcionada pela internet na relação entre igualdade e manifesta-

ção do pensamento 171
2.1.4 A capacidade comunicativa como teste prévio na decisão judicial sobre liberdade de expressão 173
2.2. **Autorregulação** 187
2.2.1 O papel das plataformas 187
2.2.1.1 Introdução 187
2.2.1.2 A autorregulação clássica e a autorregulação pelo código 190
2.2.1.3 Elementos da autorregulação pelo código e a influência do direito 203
2.2.2 O papel dos usuários 210
2.3. **Conclusão intermediária** 221
CONCLUSÃO 225
REFERÊNCIAS 227

INTRODUÇÃO

Existe uma quantidade significativa de trabalhos acadêmicos no direito brasileiro e estrangeiro sobre a liberdade de expressão e seus conflitos com direitos como a honra, imagem e privacidade. A partir da popularização da internet, desde muito cedo recebida como um meio revolucionário para a comunicação humana, muitas obras dedicaram-se a questões envolvendo a manifestação do pensamento online e seus impactos no direito.

A vasta maioria dessa literatura, no entanto, incorre em duas deficiências.

O primeiro grupo de trabalhos lida com o problema da definição de limites dessa liberdade independentemente do seu exercício *off-line* ou *online*, oferecendo contribuição essencial na elaboração de modelos de solução de tensões entre direitos associados, apontando parâmetros para diferenciar os casos em razão de características do indivíduo ou grupo se manifestando e do perfil do objeto de sua eventual crítica, bem como em função do conteúdo e contexto das manifestações. Ao longo de décadas, a doutrina, especialmente na área do direito constitucional e civil, construiu um quadro de instruções que pode ser utilizado por aqueles na histórica linha de frente da solução desses conflitos envolvendo a liberdade de expressão: os juízes.

O diálogo entre a literatura e o trabalho dos magistrados sempre existiu, supostamente em duas vias: a literatura analisa decisões judiciais, suas fundamentações, compreensões e impactos nos casos concretos e incorpora a contribuição da jurisprudência às suas obras; os magistradosapoiam os argumentos de suas decisões nos ensinamentos da primeira. Não tenho dúvida da existência dessa interação, mas acredito que a academia tenha investido pouco ou nada na avaliação crítica do impacto real de seu *input* nessa relação. Pouquíssimos trabalhos, especialmente no Brasil, dedicaram-se a traçar um retrato fiel e representativo de como o Judiciário decide sobre manifestação do pensamento.

Existem análises qualitativas de conjuntos de decisões selecionados arbitrariamente, mas faltam as análises quantitativas que permitam testar se essas poucas decisões pintam um quadro preciso do todo. Independentemente da qualidade das soluções oferecidas pela doutrina brasileira para a tutela jurídica da expressão, essas proposições são efetivamente adotadas? Com que frequência? Os juízes que fazem aquilo que a academia entende que deveriam fazer ao enfrentar um caso de colisão entre expressão e honra são casos isolados ou

a regra? Essa primeira deficiência está relacionada a uma falta de acompanhamento da aplicação das ideias desenvolvidas em tantos artigos acadêmicos, livros, dissertações e teses. Avaliações com técnicas qualitativas e exame profundo de um conjunto pequeno de decisões têm papel fundamental no conjunto da produção acadêmica sobre liberdade de expressão, mas não podem ser o único tipo estudo. Apenas as técnicas quantitativas permitem dimensionar e descrever o todo, ainda que com menos profundidade.

A segunda deficiência acompanha o outro grupo de trabalhos mencionado há pouco, que avançou muito na revisão e adaptação dos conceitos e ideias tradicionais sobre o tratamento jurídico da manifestação do pensamento para permitir que pudessem ser atualizados diante da nova realidade apresentada pela internet. Esses trabalhos dedicaram-se a descrever mudanças sob o ponto de vista dos veículos de manifestação, sua disseminação e alcance, as novas ameaças, tais como aquela apresentada pelo papel de buscadores online eficientes que afetam a memória natural da sociedade sobre fatos relevantes, e até tendências relacionadas ao conteúdo como o uso de redes sociais para disseminar e fortalecer o terrorismo.

Mas a grande maioria dos trabalhos, com realmente poucas exceções, ignora a possibilidade ou até necessidade de revisão do papel central do Judiciário na diferenciação entre expressão ilegal e protegida e na escolha dos meios de tutela para coibir a expressão considerada ilegal. É dado como pressuposto que os magistrados continuam sendo os mais capazes de desempenhar a função ou até os únicos minimamente aptos a fazerem frente ao discurso de ódio e outros tipos de manifestações consideradas problemáticas.

O objetivo dessa tese é contribuir para que a academia comece a gradualmente suprir essas duas deficiências: i) a falta de pesquisa quantitativa sobre o grau de implementação das teorias de solução de conflitos entre direitos fundamentais envolvendo liberdade de expressão e ii) a rara análise crítica sobre o potencial da solução desses conflitos em outras searas que não a Justiça. A primeira resulta de uma preocupação que (ao menos deveria ser) antiga, já que a necessidade de testar a viabilidade e precisão de suas teorias no mundo exterior é um dever perene dos pesquisadores. Mas a segunda deficiência é nova, pois resulta de uma mudança de paradigma no fluxo da comunicação e nas condições que os diferentes atores sociais possuem de influenciar a opinião pública.

Tenho, portanto, duas perguntas de pesquisa centrais. Como e sob quais condições se dá a aplicação do estado da arte da teoria jurídica sobre conflitos entre liberdade de expressão, honra e imagem por parte do Judiciário? Os diferentes órgãos judiciais desempenham funções diversas e a resposta a essa pergunta exige um exame em diferentes níveis de atuação judicial que leve em conta essas distinções. Para responder a essa pergunta adotarei método empírico com técnica quantitativa. A metodologia envolverá análise por vezes censitária e por vezes amostral, de modo que descreverei posteriormente com maior detalhe os métodos aplicados a cada porção dos levantamentos.

A segunda pergunta de pesquisa está relacionada ao papel do Judiciário. Como as mudanças no perfil da comunicação em sociedade e produção da opinião pública proporcionadas pela internet afetaram o papel tradicionalmente reservado ao Judiciário de identificar e coibir manifestações ilegais? Complementarmente, é necessário indagar se existem outros atores sociais, em contextos diferentes, capazes de exercer essa tarefa com igual ou melhor eficiência. Para responder essa segunda pergunta e seu complemento, adotarei método indutivo. Analisarei qualitativamente dados de segunda mão e descrições apresentadas pela literatura e realizarei breves estudos de caso para chegar a uma conclusão formulada em proposta teórica.

A técnica quantitativa e a análise indutiva serão empreendidas na primeira parte da tese. Ela consiste de capítulos separados tematicamente em função dos pontos de impacto das mudanças causadas pela internet, organizados na mesma ordem seguida pelo direito atinente à liberdade de expressão: teoria, realidade social e respectivos conflitos, conhecimento pelo Judiciário.

Nesse sentido, o primeiro capítulo é dedicado a um breve apanhado com o objetivo de apontar os elementos representativos do perfil do direito sobre liberdade de expressão e seus limites face à proteção da honra e da imagem, conforme a leitura da doutrina nacional, doutrina estrangeira e jurisprudência internacional e estrangeira. O segundo capítulo é dedicado a avaliar algumas dessas ideias já consolidadas diante de novas realidades da manifestação do pensamento em uma sociedade-rede. Ele é dividido também tematicamente em razão de algumas das restrições normalmente impostas ao livre fluxo da informação online: a proteção da honra, o discurso de ódio e o *revenge porn*. O terceiro capítulo fecha o círculo ao analisar quantitativamente o conteúdo e condições de qualidade de decisões

judiciais nos dois extremos do Judiciário, a primeira instância e os tribunais superiores. O objetivo é apresentar dados inéditos sobre como magistrados e ministros usam (ou não) os elementos apresentados no primeiro capítulo sobre a liberdade de expressão e suas limitações pela honra e imagem e os aplicam aos casos e contextos discutidos no segundo capítulo.

A segunda parte da tese usa as respostas encontradas para os dois problemas centrais de pesquisa como ponto de partida para realizar duas propostas. No primeiro capítulo, é sugerida a adoção do critério da capacidade comunicativa pelo Judiciário em casos de proteção da honra e imagem e combate ao discurso de ódio. Trata-se de elemento para auxiliar e orientar a adjudicação da liberdade de expressão. A proposta do primeiro capítulo tem relação direta com o primeiro problema de pesquisa da tese. No segundo capítulo, a nova realidade das dinâmicas de comunicação *online* e *off-line* servem como base para um proposta mais arrojada. A resposta para a segunda pergunta central de pesquisa é a adoção de mecanismos de autorregulação para identificar e coibir manifestações abusivas ou ilegais. Essa autorregulação é inovadora sob o ponto de vista do papel das empresas e dos usuários, motivo pelo qual esse capítulo é, por sua vez, também dividido em dois.

Alguns esclarecimentos quanto ao escopo dessa tese são necessários. Existem diversos temas pontuais de extrema relevância no campo da liberdade de expressão e direitos informacionais relacionados. Assuntos como o direito ao esquecimento, *fake news*, inteligência artificial e outros estão diretamente relacionados não apenas às minhas perguntas centrais de pesquisa, como também às duas propostas que apresento na segunda parte. Por outro lado, já existe uma profusão de trabalhos acadêmicos sobre eles, especialmente o direito ao esquecimento. Entendo que minhas descrições e propostas podem ser úteis para estudos nesses campos. No entanto, escolhi focar minha análise, em termos de problemas específicos, na proteção da honra e imagem, discurso de ódio e *revenge porn*. Entendo que três campos temáticos são suficientes para descrever as propostas na segunda parte desta tese, dado que são majoritariamente transversais em relação ao conteúdo da manifestação. Em outras palavras: esse trabalho não é sobre honra e imagem, discurso de ódio e *revenge porn*, mas sim sobre o desempenho do Judiciário e as alternativas a ele na atividade de definição dos limites da liberdade de expressão frente a qualquer direito fundamental ou interesse estatal.

Por essa razão escolhi o enfoque de direito constitucional e direito civil, sem adentrar na análise do desempenho da justiça criminal em casos de proteção da honra ou racismo.

Tampouco detalho os efeitos da eventual adoção de minhas duas propostas no campo do direito penal, embora reconheça que existiriam mudanças palpáveis. Acredito que a esfera penal demandaria um trabalho em separado, mesmo que informado pelas mesmas preocupações que moveram essa tese.

1 O CENÁRIO ATUAL DOS CONFLITOS ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO, HONRA E IMAGEM

1.1 Na doutrina e na jurisprudência

O objetivo desse capítulo é traçar um quadro da atualidade dos ditames doutrinários e jurisprudenciais considerados representativos daquilo que seria a boa prática em termos de conflitos entre liberdade de expressão, honra e imagem. Esse capítulo é meramente instrumental; a finalidade não é uma fazer aqui revisão exaustiva ou mesmo extensa, mas sim estabelecer um mínimo de características do que seria o estado da arte, especialmente no Brasil, sobre o tema. O quadro traçado servirá de base de comparação com a realidade na internet e no Judiciário nacional, que será apresentada nos capítulos posteriores. A primeira parte desta tese é, portanto, sobre a maneira como tem sido desenvolvida a proteção da liberdade de expressão na prática e esse primeiro capítulo figura como uma referência inicial.

Isso não significa, claro, que ideias, argumentos e discordâncias encontradas na doutrina e jurisprudência ilustrativa não sejam novamente discutidos ou contextualizados nos demais capítulos. Muito pelo contrário: a segunda parte desta tese é dedicada justamente a isso. No entanto, meus argumentos na segunda parte decorrem muito mais de insuficiências e problemas constatados na análise dos demais capítulos da primeira parte do que de discordâncias que eu possa ter *em abstrato* com a doutrina e jurisprudência consideradas majoritárias sobre como devem ser resolvidos os conflitos da liberdade de expressão envolvendo a honra e a imagem. Se eu estivesse de acordo com a descrição das condições fáticas perante as quais são apresentadas as propostas de solução, não haveria nenhuma discordância quanto à escolha e características da solução em si. A contribuição dessa tese, portanto, é com a apresentação de dados empíricos que possam permitir um ajuste no quando da ponderação e da proporcionalidade como critérios de solução desses conflitos. Para isso, resta suficiente uma análise brevíssima daquilo que é representativo na doutrina e jurisprudência sobre essas ideias, já tradicionais, para enfrentar caso de colisão entre liberdade de expressão, honra e imagem.

Com isso também não quero dar a entender que há unanimidade ou total homogeneidade na doutrina e jurisprudência sobre o assunto. É apenas de se reconhecer que existem já muitas e robustas convergências em questões essenciais.

A primeira delas é a ideia de que, em se tratando dos direitos fundamentais à liberdade de expressão e personalidade, o seu âmbito de proteção é definido apenas no caso concreto. Isso porque existem posições fáticas que em abstrato estariam abrangidas por esses direitos, mas acabam cedendo a restrições resultantes da necessidade de proteção de outro direito fundamental. A teoria dos limites externos determina que, em abstrato, já estão em conflito os direitos à liberdade de expressão e direitos da personalidade, como a proteção da imagem e honra.[1] A constatação da exigência do princípio da proporcionalidade ou da realização de ponderação para avaliar, apenas no caso concreto, se sofrerá restrição a manifestação do pensamento ou a proteção da imagem e da honra é decorrência lógica da teoria dos limites externos. Existe ainda quem defenda, nesse tipo de caso, uma teoria de limites internos ou imanentes, com base na doutrina clássica de antinomias; segundo esse entendimento, em abstrato não existe possibilidade de restrição ou conflito entre a liberdade de expressão ou a honra, pois "a colisão entre ambos os direitos em realidade não ocorre."[2]

Mas esse posicionamento é realmente isolado. A maior parte da doutrina defende que o juiz, quando confrontado com um caso de pedido de danos morais por manifestação do

[1] "Dentre tais referidos direitos contrapostos que podem sofrer a incidência da eficácia da interpretação judicial orientada pelos direitos fundamentais do art. 5º, X da CF, destaquem-se os direitos fundamentais de manifestação do pensamento (art. 5º, IV da CF), de comunicação social (art. 5º, IX da CF) e de expressão artística (também protegido pelo art. 5º, IX da CF). Trata-se, também, de direitos fundamentais que, em regra, colidem, no caso concreto, com os direitos fundamentais de personalidade do art. 5º, X da CF, sendo que, no âmbito normativo-abstrato, já se encontram em uma situação ou "relação de tensão", como se diz na discussão comparada germânica (Spannungsverhältnis)." 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**. Curitiba, vol. 7, n. 1, p. 105-132, jan./jun. 2016, p. 115. Sobre as teorias interna e externa, ver especialmente SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 11ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 389.

[2] BEZNOS, Clovis. A liberdade de manifestação do pensamento e de expressão e a proteção da intimidade e da vida privada. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Nº 27 – julho/agosto/setembro de 2011, p. 10.

pensamento, deve produzir sua decisão com uso do princípio da proporcionalidade[3] ou mediante a aplicação da ponderação.[4]

Prega-se a ponderação "transparente, além de muito criteriosa na utilização da técnica", com fixação clara de seus parâmetros, como forma de "reduzir os riscos de erro e arbítrio judicial" e "aumentar a previsibilidade das decisões em favor da segurança jurídica".[5] Essa ponderação pode ser composta por três etapas: i) a identificação dos enunciados normativos em conflito, ii) a identificação dos fatos pertinentes à decisão e iii) a decisão propriamente dita, que deve conter e expressar uma racionalidade viabilizadora de universalização do dispositivo da próprio decisão[6].

Por outro lado, a proporcionalidade, nesse panorama, exerce ao menos duas funções: "i) to manage potentially explosive environments, given the politically sensitive nature of rights review; ii) to establish, and then reinforce, the salience of constitutional deliberation and adjudication within the greater political system."[7]

No caso da ponderação, ela deve ser feita com atenção aos parâmetros constitucionais para resolver conflitos entre esses direitos fundamentais na área cível,[8] o que significa que

---

[3] "O princípio da proporcionalidade permite que o magistrado, diante da colisão de direitos fundamentais, decida de modo que se maximize a proteção constitucional, impedindo o excesso na atividade restritiva aos direitos fundamentais. O objetivo é não anular um ou outro princípio constitucional, mas encontrar a solução que mantenha os respectivos núcleos essenciais." SCHÄFER, Jairo Gilberto, DECARLI, Nairane. A colisão dos direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem versus a liberdade de expressão e informação. **Prisma Jurídico**, n. 6, 2007, p. 131. No mesmo sentido, MARTINS, op. Cit., pp. 126-127, para quem a autoridade judicial é uma das modalidades de atuação do Estado na realização de restrições de direitos fundamentais. Mas a identificação dessas restrições ou limites deve "atender a determinadas condições. Trata-se, principalmente, de se observar o limite recíproco, fundado no próprio vínculo do legislador e demais órgãos estatais aos direitos fundamentais que é a presença da proporcionalidade entre o meio de intervenção e o propósito lícito perseguido pela autoridade estatal interventora. a restrição."

[4] "Entende-se, assim, que o melhor método de solucionar as relações conflituosas que envolvem a liberdade de expressão e informação em relação aos direitos à vida privada, à imagem, à honra e à intimidade das pessoas é o juízo de ponderação, método eficaz que garante solução constitucionalmente adequada ao conflito, não permitindo a exclusão ou a anulação, de imediato, de um dos direitos em jogo, em razão da relevância das condicionantes concretas." SCHÄFER e DECARLI, op. Cit., p. 135.

[5] SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012, pp. 523 e 525

[6] Essas as três etapas propostas por BARCELLOS, Ana Paula da. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 92 e ss.

[7] SWEET, Alec Stone. MATHEWS, Jud. Proportionality balancing and Global Constitutionalism. **Columbia Journal of Transnational Law**. N. 47, 2008, p. 87.

[8] "No processamento dessa concordância prática dos direitos fundamentais como mecanismo adequado à solução de tensões entre normas, deve o intérprete valer-se da chamada ponderação de bens ou valores jurídicos fundamentais expressos em normas constitucionais. (...) Nesse sentido, o juízo de ponderação a ser feito deve necessariamente obedecer os parâmetros constitucionais, que em linhas gerais sugerem que ao sacrifício de um direito fundamental deve corresponder a salvaguarda de outro direito fundamental, sob pena de inconstitucionalidade. Há que se compreender portanto a conformação, a implicação mútua de tais direitos no

também em outros ramos do direito a solução do conflito entre liberdade de expressão e honra ou imagem deve ser constitucionalmente informada. No processo penal, a identificação da ofensa à honra somente pode ser feita a partir da análise do caso concreto[9]. No direito do trabalho também são vistos os direitos da personalidade como direitos fundamentais[10] e, portanto, sujeitos à proteção constitucionalmente adequada, que exige mais do que mera aplicação de categorias da legislação trabalhista.

Ou seja, a legislação infraconstitucional, como aquela da responsabilidade civil, pede uma interpretação constitucionalmente adequada para proteger a manifestação do pensamento e os direitos da personalidade, sendo que uma das consequências é a determinação das possíveis restrições apenas pelo intérprete, a partir da realidade do caso concreto.[11] De qualquer forma, ao realizar as restrições, há que se respeitar o núcleo essencial dos direitos fundamentais, que opera como um limite aos limites. Para Daniel Sarmento, a determinação do âmbito de proteção do núcleo essencial deve respeitar a teoria relativa, sendo determinado apenas diante das condições do caso específico[12].

O Min. Gilmar Mendes busca lições na dogmática de direitos fundamentais alemã para defender que, no Brasil, a Constituição exige a ponderação da liberdade de expressão e dos direitos da personalidade para decidir qual – e o quanto – deve ser restringido no caso concreto:

âmbito interno da própria Constituição." LEONCY, Leo Ferreira. Colisão de direitos fundamentais a partir da Lei nº 6.075/97: o direito à imagem de presos, vítimas e testemunhas e a liberdade de expressão e de informação. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 34 n. 136 out./dez. 1997, p. 351.

[9] "se impõe relevar que a compatibilidade constitucional da responsabilização criminal, em casos de ofensa contra a honra, apenas pode e deve ser apurada no caso concreto e não em tese em geral" SANTANA, Selma Pereira. Calúnia contra a presidente da república: a tensão entre o exercício da liberdade de expressao e a tutela da honra. **Revista Brasileira de Direito**, 12(1): 42-52, jan.-jun. 2016, p. 51.

[10] ONÇA, Luciane da Silva; SILVA, Leda Maria Messias. Os direitos da personalidade da imagem, honra, privacidade e intimidade do empregado nas relações de emprego. **Revista Jurídica Cesumar** - Mestrado, v. 10, n. 1, p. 235-259, jan./jun. 2010, p. 255.

[11] "O legislador infraconstitucional pode atuar no sentido de oferecer alternativas de solução e balizamentos para a ponderação nos casos de conflito de direitos fundamentais. Todavia. por força do princípio da unidade da Constituição. não poderá determinar. em abstrato. a prevalência de um direito sobre o outro. retirando do intérprete a competência para verificar, in concreto. a solução constitucionalmente adequada para o problema." BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. **Revista de Direito Administrativo**. N. 235, Jan-Mar 2004, p. 36.

[12] "Portanto, parece-nos que a teoria relativa do núcleo essencial dos direitos fundamentais é a mais correta, por ser a que mis se adapta à dinâmica do processo decisório das questões constitucionais mais complexas." SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 113.

> "No processo de ponderação desenvolvido para solucionar o conflito de direitos individuais não se deve atribuir primazia absoluta a um ou outro princípio ou direito. Ao revés, esforça-se o Tribunal para assegurar a aplicação das normas conflitantes, ainda que, no caso concreto, uma delas sofra atenuação."[13]

Na verdade, a proteção da personalidade pode significar uma restrição à liberdade de expressão mesmo quando não há efetivamente um direito da personalidade, um direito à honra, mas sim deveres fundamentais criando uma "esfera de não-liberdade" de expressão.[14] A dogmática constitucional aponta para o uso da proporcionalidade também quando a colisão se dá envolvendo deveres fundamentais.

A doutrina aponta para a necessidade de compreender ações que pedem danos morais por suposta ofensa da honra ou da imagem como casos de conflitos de direitos fundamentais e, portanto, sujeitos a metodologia mais sofisticada que aquela usada em alguns pleitos de danos morais. No entanto, isso não significa que categorias e institutos desenvolvidos no direito infraconstitucional não possam ser úteis, como a proteção diferenciada e menos ampla da honra e imagem de figuras públicas[15] e a compreensão da complexidade da honra, que pode ser protegida sob seu aspecto objetivo ou subjetivo.[16]

Mas até onde pode ir a restrição da liberdade de expressão causada pela proteção da honra e da imagem? Um precedente pontual, porém, importante para o direito brasileiro, foi aquele fixado na ADI 4815, cujo mérito foi decidido em 2015. Independentemente de qualquer configuração de dano com direito a indenização posterior, mesmo em se tratando de biografias, quando há um enfoque total em uma manifestação que está inteiramente focada na construção elaborada e completa de uma imagem do potencial ofendido pelo ofensor, não existe a possibilidade de uma tutela mandamental consubstanciada pela remoção de conteúdo ou proibição de venda.

---

[13] MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. **Revista de Informação Legislativa**. V. 31, n. 122, mai-jul, 1994, p. 301.

[14] NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freite. Honra e imagem do morto? Por uma crítica à tese da sobrevida dos direitos da personalidade. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 44 n. 175 jul./set. 2007.

[15] FRANCIULLI NETTO, Domingos. A proteção ao direito à imagem e a Constituição Federal. **Informativo jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva**, Brasília, DF, v. 16, n. 1, jan./jul. 2004. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/139>. Acesso em: 3 out 2016, p. 19

[16] GUERRA, Sidney. Direito fundamental à intimidade, vida privada, honra e imagem. *In*: **ANAIS DO XV ENCONTRO PREPARATÓRIO PARA O CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 8

Uma biografia seria o campo de batalha para determinar qual pode ser a mais expansiva versão da proteção da reputação e da imagem. Se uma determinada medida de restrição da liberdade de expressão não pode ser aplicada nem mesmo quando se trata de uma manifestação dedicada a definir a própria identidade de uma pessoa, a essência de sua imagem perante a sociedade, então essa medida certamente não pode ser aplicada a casos em que a manifestação do pensamento fica muito mais longe do núcleo essencial da proteção do direito de imagem. É por essa razão que as biografias são um campo muito conveniente para descrever os limites impostos pela doutrina e a jurisprudência no quantum de restrição da liberdade de expressão em face da honra e da imagem.

Um esclarecimento aqui é necessário: reconhecer a diferença de efeitos e custos sociais da censura judicial e da indenização por dano moral não é o mesmo que subestimar o impacto da segunda. Aqui, é especialmente relevante a inovadora contribuição de Fábio Leite, que aponta para a incongruência de se considerar o perigo da censura judicial mediante decisões liminares ou finais que proíbam o acesso à manifestação, de um lado, e de ignorar totalmente o efeito censório nefasto das indenizações por dano moral impostas judicialmente, de outro:

> "Assim, se um cidadão, em seu blog, faz duras e pesadas críticas ao modo como um juiz se comportou ao longo de um processo ou como determinado jornal atuou na cobertura de uma campanha eleitoral, o público terá se beneficiado das críticas feitas, mas, em caso de condenação (em valor de 50 mil reais, por exemplo), esta será suportada exclusivamente pelo autor das críticas. Ou seja, na medida em que não se admite restrição prévia, não houve obstáculo ao livre mercado de ideias e as críticas (duras e pesadas) contribuíram para o debate público. Do ponto de vista da coletividade, a liberdade de expressão, na sua concepção formalista, garantiu a livre circulação de ideias, de que tanto depende a democracia. Do ponto de vista do autor das críticas, a difusão de seu pensamento custou-lhe uma quantia considerável, que poderá fazer com que nunca mais manifeste suas opiniões – justamente aquelas que foram importantes para o debate público."[17]

A seguir pretendo explorar, portanto, o caso das biografias não autorizadas como um estudo de caso que ajuda a esclarecer as posições majoritárias adotadas no Brasil por

[17] LEITE, Fábio Carvalho. Liberdade de Expressão e Direito à honra: novas diretrizes para um velho problema. In: Clèmerson Merlin Clève; Alexandre Freire. (Org.). **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional**: análise, crítica e contribuições. 1ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Disponível em: https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/47031963/Liberdade_de_Expressao_e_Direito_a_Honra_Novas_diretrizes_para_um_velho_problema.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1516465289&Signature=UEW11gO99%2Fo%2FyNnNTEAVxXqQkMU%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DLiberdade_de_Expressao_e_direito_a_honra.pdf, p. 6.

influência da doutrina e da jurisprudência nacional e estrangeira[18]. Nesse contexto, a interpretação da função do art. 20 do Código Civil ganha especial importância.

A doutrina brasileira majoritária entende que o caso específico das biografias não afasta a regra geral de ausência de hierarquia em abstrato entre os direitos fundamentais envolvidos e determina, portanto, também a ponderação ou aplicação da proporcionalidade no caso concreto do conflito. É o que relata Ana Paula de Barcellos[19]. Se o resultado dessa atividade é a censura de manifestações "subjetivamente verdadeiras", entretanto, a atividade judicial estaria sendo realizada em desconformidade com a Constituição[20]. Importante é que, ao contrário do raciocínio presente em muitas das sentenças que deram notoriedade nacional ao tema e exigiram um posicionamento do STF, o biografado não tem a autoridade para escolher os fatos e descrições de sua pessoa a serem incluídos ou excluídos das manifestações de terceiros. O simples fato de existir dano à personalidade do retratado, conforme Gustavo Tepedino, não requer um resultado desfavorável no balanceamento feito pela autoridade judicial[21].

No direito comparado internacional e estrangeiro, a ser brevemente abordado em seguida, são encontradas diretrizes úteis.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos avalia violações cometidas por países signatários do Pacto de São José da Costa Rica que tenham aceitado a sua jurisdição[22]. No

---

[18] As páginas seguintes constituem versão adaptada de HARTMANN, Ivar Alberto. Livres no Estrangeiro, Censuradas no Brasil. Uma Perspectiva do Direito Comparado da Liberdade de Expressão e Biografias. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia.** v. 14, n. 14.2, 2013.

[19] "Em sentido similar, a doutrina e a jurisprudência brasileiras convergem majoritariamente para esse terceiro modelo. Com efeito, o entendimento consolidado no Brasil é o de que, no caso de colisão de direitos fundamentais – inclusive e particularmente no caso da colisão entre intimidade e liberdade de informação –, a lei poderá estabelecer parâmetros e preferências, mas não poderá criar uma hierarquia rígida entre direitos igualmente garantidos pela Constituição. Caberá ao juiz, observados os parâmetros constitucionais e legais, resolver o conflito normativo que se lhe apresente." BARCELLOS, Ana Paula de. Intimidade e Pessoas Notórias. Liberdades de Expressão e de Informação e Biografias. Conflito entre Direitos Fundamentais. Ponderação, Caso Concreto e Acesso à Justiça. Tutelas Específica e Indenizatória. **Revista Direito Público**. n. 5, 2014, p. 81.

[20] "Portanto, tratando-se de informação subjetivamente verdadeira – que transcende a "dimensão individualista da manifestação livre do pensamento e da opinião", para alcançar uma dimensão coletiva e fundamental à democracia, que contribui para "a formação da opinião pública pluralista" –, uma ponderação em desfavor da liberdade de expressão seria um equí- voco equivalente à censura inadmitida constitucionalmente." DIAS, Roberto. Liberdade de Expressão: biografias não autorizadas. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. n. 41, 2012, p. 221.

[21] TEPEDINO, Gustavo. Direito sobre biografias no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**. v. 262, p. 2013, p. 312.

[22] O Brasil ratificou o Pacto em 25 de setembro de 1992 e aceitou a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 10 de dezembro de 1998.

âmbito da liberdade de expressão, a Corte interpreta o art. 13 do Pacto. Esse dispositivo traz garantia similar àquela do art. 5, IV da Constituição de 1988, porém com a explicitação de uma causa de restrição legítima: a proteção da "ordem pública". Mais relevante para o presente caso é o fato de que o art. 13 proíbe a censura prévia e autoriza a restrição da liberdade somente por meio da *responsabilidade subsequente*, posterior à expressão.

Independentemente disso, o âmbito da constrição permitida em nome da ordem pública foi objeto de esclarecimento feito pela Corte na Opinião Consultiva OC-5/85, em resposta à provocação do governo da Costa Rica sobre a regulamentação da profissão de jornalista. Segundo a Corte, o "conceito de ordem pública em uma sociedade democrática requer a garantia da mais ampla possível circulação de notícias, ideias e opiniões"[23], ou seja, a proibição prévia de publicação é incompatível com a manutenção da ordem pública. A ordem pública não prescinde da liberdade de expressão. A proteção da ordem pública é sempre conquistada pela via do livre debate, aquele no qual não é preciso de autorização para discordar.

Outra discussão relevante da OC-5/85 é o duplo aspecto da garantia da liberdade de expressão. A censura promovida pelo art. 20 resulta em restrição do direito de emitir opinião, mas também aquele de ser informado, pois a liberdade de expressão "implica o direito coletivo de receber qualquer informação que seja e de ter acesso aos pensamentos expressados por outros."[24] Significa que a proporcionalidade da restrição deve ser avaliada em função não apenas do direito de expressar pensamento do autor da publicação, mas também do direito coletivo da população em geral em conhecer o teor da publicação.

No caso conhecido como "A Última Tentação de Cristo", a Corte manifestou-se especificamente sobre a censura prévia. A discussão envolvia a proibição emitida pelo governo do Chile da exibição do referido filme. Para a Corte, a permissão de censura prévia contida no parágrafo 4º do art. 13 do Pacto aplica-se apenas para "regular o acesso para a

---

[23] Isso porque a "liberdade de expressão constitui o elemento básico e primário da ordem pública em uma sociedade democrática, o que não é concebível sem o livre debate e a possibilidade de que vozes discordantes sejam ouvidas por inteiro." Opinião Consultiva OC-5/85 de 13 Nov 1985. Parágrafo 69.

[24] "It requires, on the one hand, that no one be arbitrarily limited or impeded in expressing his own thoughts. In that sense, it is a right that belongs to each individual. Its second aspect, on the other hand, implies a collective right to receive any information whatsoever and to have access to the thoughts expressed by others." Idem, Parágrafo 30.

proteção moral de crianças e adolescentes. Em todos os outros casos, qualquer medida preventiva implica lesão à liberdade de pensamento e expressão."[25]

Mas a possibilidade de proibir publicação prevista, segundo a leitura de alguns, no art. 20 do Código Civil envolve uma decisão judicial. Não se trata de ordem do governo, em sentido estrito. Entretanto, a Corte deixou claro na mesma decisão que a atuação do Poder Judiciário ao proibir a exibição do filme, ao invés de impor reparação pelos danos que a exibição tenha causado, constitui censura prévia.[26]

No caso Canese, a Corte julgou a validade da condenação de Ricardo Canese por difamação contra um dos candidatos na eleição presidencial de 1992 no Paraguai. Nessa decisão, a Corte frisou a necessidade de distinguir, para efeitos da aplicação de sanções à liberdade de expressão, entre políticos e as demais pessoas. No sistema protetivo do Pacto de São José da Costa Rica, portanto, o exame de proporcionalidade de uma limitação da liberdade de expressão deve obrigatoriamente prover valoração peculiar na etapa do teste de "necessidade".

A barreira de proteção do direito é maior quando o objeto da crítica é alguém do meio político. Trata-se de proteger, na verdade, o "interesse público inerente às atividades ou atos de um indivíduo específico"[27], ou seja, quando se fala de políticos, se fala da gestão de coisas públicas – e isso requer proteção ainda mais alargada da expressão.

O delineamento realizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos da proteção oferecida pelo art. 13 do Pacto é inspirado fortemente na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos. O nível de proteção que a Corte Europeia garante à liberdade de expressão no conflito com a imagem e a honra é inferior àquele garantido pela Corte Interamericana[28].

---

[25] "Article 13(4) of the Convention establishes an exception to prior censorship, since it allows it in the case of public entertainment, but only in order to regulate access for the moral protection of children and adolescents. In all other cases, any preventive measure implies the impairment of freedom of thought and expression." Olmedo Bustos et al. vs Chile. Julgamento de 5 de fevereiro de 2001. Série C, número 73. Parágrafo 70.

[26] Idem, parágrafo 71.

[27] "Thus, in the case of public officials, individuals who exercise functions of a public nature, and politicians, a different threshold of protection should be applied, which is not based on the nature of the subject, but on the characteristic of public interest inherent in the activities or acts of a specific individual." Ricardo Canese vs Paraguai. Julgamento de 31 de Agosto de 2004. Parágrafo 103. E concluiu a Corte que "o juiz deveria ter pesado o respeito pelos direitos ou reputações de terceiros face ao valor, para uma sociedade democrática, do debate aberto sobre tópicos de interesse ou preocupação pública." Idem, parágrafo 105.

[28] BERTONI, Eduardo Andrés. The Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights: a dialogue on freedom of expression standards. **European Human Rights Law Review**. N. 3, 2009, p. 25.

A Corte de Estrasburgo tem jurisprudência firmada no sentido de que a liberdade de expressão, quando em conflito com outro direito fundamental, raramente sucumbe. A solução para uma colisão pressupõe limitação de ambos direitos, porém em menor intensidade para um deles. Esse é, via de regra, a liberdade de expressão. De fato, quando o tema é a proteção da reputação, como no caso do art. 20 do Código Civil, a Corte Europeia afirmou que a proteção da "reputação de outros pesa sistematicamente menos que a defesa do direito garantido pelo artigo 10(1) da Convenção."[29]

O sopesamento da reputação e liberdade de expressão não implica distinção entre pessoas públicas ou privadas[30]. Apenas em se tratando da proteção da privacidade é que a Corte distingue entre figuras públicas e não-públicas. O critério para auferir o nível de proteção requisitado pela liberdade de expressão nesses casos "reside na contribuição que a publicação ou mensagem faz para o debate de interesse geral."[31] Quando o art. 20 do Código Civil é entendido como norma promotora da privacidade, isso significa que há uma desproporcionalidade na restrição uniforme da liberdade de expressão se não é feita consideração sobre o perfil de quem é retratado ou sobre se a publicação tem valor para o debate de interesse geral.

No paradigmático caso Lopes Gomes da Silva, a Corte examinou a validade de restrição da liberdade de expressão em função da reputação no âmbito da persecução penal.[32] A distinção entre pessoas privadas e políticos foi considerada como determinante na tarefa de estabelecer o nível autorizado de restrição da liberdade de expressão em função da reputação. [33] As exceções à proteção da liberdade de expressão fazem jus a interpretação restritiva,

---

[29] "Usually, the preference given to freedom of expression comes after weighing the two conflicting rights against each other: protecting the reputation of others weighs systematically less than defending the right guaranteed by Article 10(1) of the Convention." FLAUSS, Jean-François. The European Court of Human Rights and the Freedom of Expression. **Indiana Law Journal**. V. 84, n. 3. 2009, p. 846.

[30] Idem, p. 845

[31] Idem, p. 847.

[32] Vicente Jorge Lopes Gomes da Silva, jornalista, era o editor de um jornal de grande circulação em Portugal. Após publicar editorial criticando um candidato em uma eleição municipal, Gomes da Silva foi processado na Corte Criminal de Lisboa. Foi absolvido em primeira instância, mas a Corte de Apelação entendeu que o uso de expressões como "grotesco" para descrever o candidato não estava protegido pela liberdade de expressão. O Tribunal Constitucional português negou provimento ao recurso. A Corte Europeia reverteu a decisão, garantindo proteção mais ampla da liberdade de expressão.

[33] "As to the limits of acceptable criticism, they are wider with regard to a politician acting in his public capacity than in relation to a private individual." Lopes Gomes da Silva vs Portugal. Julgamento de 28 de setembro de 2000. 4a sessão, parágrafo 30.

estreita, mesmo quando se trata da vida privada de uma figura pública.[34] A Corte concedeu ainda grande peso ao fato de que o editorial veio acompanhado de declarações do político criticado.[35] O art. 20 do Código Civil não contém nenhuma dessas distinções e sequer permite análise diferenciada levando em conta a efetivação do direito de resposta. A norma vai claramente contra o entendimento expressado pela Corte nesse caso.

No caso Üstün, o dono de uma editora independente na Turquia, Saim Üstün, foi processado e condenado por ter publicado uma biografia considerada ofensiva. O réu recorreu à Corte Europeia. Tanto ele quanto o governo estavam de acordo que i) a liberdade de expressão estava envolvida; e ii) havia uma restrição a esse direito prevista em lei e com uma finalidade legítima. Mas as partes discordavam sobre a "necessidade" de tal restrição em "uma sociedade democrática". A Corte Europeia, ao analisar a compatibilidade da condenação com o art. 10 da Convenção, mormente se o direito turco sobre a matéria procedia a uma restrição necessária em uma sociedade democrática, decidiu em favor de Üstün. O livro não poderia ser censurado porque apesar de conter passagens que "emprestam à narrativa um tom hostil, elas não encorajam a violência, resistência armada ou insurreição, e não constituem discurso de ódio."[36]

A experiência da Corte com casos envolvendo a colisão da liberdade de expressão e da liberdade religiosa traz algumas contribuições para o presente tema. O art. 20 é interpretado por vezes como uma pretensa restrição de manifestações que, em razão de dano à "honra, a boa fama ou a respeitabilidade", violam o respeito que pode ser exigido no trato mútuo em uma sociedade pluralista e tolerante. Assim, também na seara da expressão que é considerada ofensiva por membros de determinada religião, o cerne é uma violação de um dever de respeito.

Mas a Corte Europeia apontou muito bem que esse critério, em razão de sua total e intrínseca subjetividade, não pode ser utilizado como ferramenta de interpretação. A determinação do que o respeito exige não pode ser deixada para as partes – nem a ofendida,

---

[34] "He is certainly entitled to have his reputation protected, even when he is not acting in his private capacity, but the requirements of that protection have to be weighed against the interests of open discussion of political issues, since exceptions to freedom of expression must be interpreted narrowly (…)" Idem, ibidem.

[35] Idem, parágrafo 35.

[36] "the Court finds that, although the passages highlighted by the prosecution do give the narrative a hostile tone, they do not encourage violence, armed resistance or insurrection, and do not constitute hate speech." Üstün vs Turquia. Julgamento de 10 de maio de 2007. 2a sessão, parágrafo 32.

nem a ofensora. Isso porque "uma determinação subjetiva de o que é ou não respeitoso resultaria meramente em uma reformulação dos pleitos das partes que, por definição, estão em disputa sobre esse mesmo ponto."[37] A Corte Europeia adotou, ainda, outros critérios em casos envolvendo liberdade de expressão e liberdade religiosa. Um deles é a gratuidade da ofensa – objetivamente e não segundo o sentir da parte ofendida.[38]

A interpretação do art. 20 do Código Civil que era feita com frequência antes da decisão do STF sobre biografias era no sentido de garantir à parte retratada em uma publicação a prerrogativa de impedir a veiculação da expressão, medida que, unilateralmente, torna obscura a ponderação entre respeito e liberdade de expressão. A interpretação judicial obviamente não é afastada, pois é o juiz no caso concreto que aufere a existência de dano à honra, boa fama ou respeitabilidade. Mas essa formulação sugere fortemente o caminho interpretativo contraproducente que a Corte Europeia descartou: olha-se para a percepção da parte sobre quem a publicação fala. Essa escolha, quando adotada em jurisdições nas quais existe uma cultura de valorização da liberdade de expressão, é apenas ineficiente. Quando adotada no Brasil, entretanto, é plenamente corrosiva – senão abolicionista – da liberdade de expressão. Aceita-se sempre a avaliação daquele que foi ofendido. A regra torna-se censurar, e não manter a comunicação aberta.

Outro ponto importante é que, para a Corte Europeia, não faz parte do conteúdo da proibição de insuficiência ou insuficiente proteção dos direitos fundamentais uma obrigatoriedade estatal de proteger o "respeito" mediante a coibição da liberdade de expressão.[39] Se o Estado decide não tomar para si essa empreitada, então não há violação.

A jurisprudência da Suprema Corte norte-americana é pioneira no estabelecimento de limites à autonomia normativa do Estado na regulação da liberdade de expressão. O conteúdo

---

[37] "But who is to decide what "respect" entails? It can hardly be left to those who have made the utterances or who have heard, or heard of, them. A subjective determination of what is or is not respectful would merely result in a restatement of the claims of the parties who, by definition, are in dispute over the very issue." EVANS, Malcolm D. From Cartoons to Crucifixes: Current Controversies Concerning The Freedom of Religion and The Freedom of Expression Before The European Court of Human Rights. **Journal of Law & Religion.** V. 26, 2010, p. 348.

[38] "It is, however, for the Court to determine "objectively" that the offense was caused "gratuitously," that is, in a fashion that "[does] not contribute to any form of public debate capable of further progress in human affairs." Idem, p. 349.

[39] "even if an object of religious veneration is portrayed in a provocative fashion, this only means that the State is pursuing a legitimate aim if it proceeds to take action against those who provoke others. It does not mean that the State must proceed or that any action it takes is justified." Idem, p. 350.

da garantia consagrada na 1ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos pode ser entendido como abrangendo a liberdade da mente.[40] Essa liberdade é protegida contra violações diretas do Estado, como censuras legais, mas também contra violações indiretas. O exercício da liberdade de expressão tem um custo[41], que pode tornar-se excessivo quando os indivíduos são obrigados a defender no Judiciário cada opinião que emitem. A litigância tem um custo para a liberdade de expressão.

Grande parte da jurisprudência norte-americana relacionada à regulação pretendida pelo art. 20 do Código Civil envolve o desenvolvimento de garantias contra esse custo. Os ministros da Suprema Corte procuraram, ao longo de várias décadas, afastar o uso de critérios subjetivos. Apenas a liberdade de expressão protegida por critérios objetivos surte o devido efeito: se o cidadão não tem certeza de que não será punido por manifestar determinada opinião, ele obviamente ficará calado por medo de sofrer represálias. Mais importante ainda, quando se discute o art. 20 do Código Civil, é que a censura prévia é completamente execrada pela jurisprudência norte-americana.

O julgamento da Corte no caso New York Times v. Sullivan em 1964 é considerado o Marbury vs Madison da liberdade de expressão. Graças ao entendimento manifestado nesse caso, a Corte garantiu que a imprensa não pode ser coibida por meio de processos judiciais baseados em postulações que encerram um julgamento subjetivo superficial.[42] A Suprema Corte reconheceu que o processo versava sobre informação efetivamente falsa. Porém percebendo que um critério baseado em verdade ou falsidade é de relatividade ínsita – não existe uma verdade absoluta[43] – , a Corte optou por um teste mais protetivo da liberdade de expressão. Uma publicação contendo informação falsa em razão de negligência é diferente da

---

[40] FRIED, Charles. **Saying What the Law Is: The Constitution in the Supreme Court.** Cambridge: Harvard University Press, 2004, p. 79.

[41] "'a true understanding of the problem of free speech in modern society (…) reveals how the freedom to speak depends on the resources at one's disposal, and it reminds us that more is required these days than a soapbox, a good voice, and the talent to hold an audience." FISS, Owen M. Free Speech and Social Structure. **Iowa Law Review.** n. 71, 1986, p. 1410.

[42] Antes de 1964 nunca havia sido aplicada a proteção da 1ª Emenda à casos de difamação. O jornal New York Times publicou um anúncio pago apoiando o movimento civil afrodescendente. Tratava-se de forte crítica ao governo, afirmando que houve resposta brutal da polícia a um protesto na cidade de Montgomery, Alabama. O anúncio dizia que Martin Luther King Jr. havia sido preso 7 vezes, quando na verdade havia sido apenas 4 prisões. O comissário de segurança pública da cidade processou o jornal.

[43] "The constitutional protection does not turn upon "the truth, popularity, or social utility of the ideas and beliefs which are offered." ... [E]rroneous statement is inevitable in free debate, and [it] must be protected if the freedoms of expression are to have the "breathing space" that they "need...to survive." Justice Brennan, New York Times Co. v. Sullivan, 376 US 254 (1964), pp. 271-272.

falsidade produzida intencionalmente. O teste, portanto, passou a ser o da *actual malice*, ou explícita má-fé.[44] O ônus da prova foi invertido: o ônus de provar a existência de tal má-fé passou a ser atribuído ao autor da ação, que entendeu ter sua honra ou imagem ofendida.

O critério do caso NYT vs Sullivan é mais benéfico para a liberdade de expressão do que a opção pela ponderação de resultado imprevisível no caso concreto. Mas tem um problema fundamental de subestimação do papel da busca por igualdade material nesse contexto, sobre o que discorrerei na segunda parte dessa tese.

A Suprema Corte reafirmou a forte proteção da liberdade de expressão face a pleitos de desrespeito da honra ou imagem de uma figura pública que foi vítima de crítica ou ataques em 1988 no caso Hustler Magazine v. Falwell.[45] O ministro William Rehnquist, um grande conservador, deixou claro que o critério do "ultrajante" não é operacionalizável em avaliações judiciais de opiniões acerca de figuras públicas. Isso porque:

> "[o] tipo de debate político robusto encorajado pela 1ª Emenda inevitavelmente produzirá expressões que criticam aqueles com cargos públicos ou aquelas figuras públicas que estão 'intimamente envolvidas na resolução de questões públicas importantes."[46]

Dessa forma, foi pacificado na cultura jurídica norte-americana que não há outra maneira de adequadamente proteger a liberdade de expressão relacionada a políticos e figuras públicas que não eliminar a possibilidade de que estes possam processar por danos morais aqueles que emitem opiniões sobre eles.[47]

---

[44] "The constitutional guarantees require, we think, a federal rule that prohibits a public official from recovering damages for a defamatory falsehood relating to his official conduct unless he proves that the statement was made with "actual malice" that is, with knowledge that it was false or with reckless disregard of whether it was false or not." Idem, pp. 279-280.

[45] A Corte rejeitou a possibilidade de que Jerry Falwell, um pastor protestante fundamentalista, pudesse obter reparação por danos morais em função de uma paródia publicada pela revista Hustler. O texto trazia uma entrevista fictícia na qual Falwell parecia falar de sua primeira relação sexual, quando na verdade tratava-se da primeira vez que havia bebido determinada bebida alcoólica.

[46] "The sort of robust political debate encouraged by the First Amendment is bound to produce speech that is critical of those who hold public office or those public figures who are 'intimately involved in the resolution of important public questions'. Such criticism, inevitably, will not always be reasoned or moderate; public figures as well as public officials will be subject to 'vehement, caustic, and sometimes unpleasantly sharp attacks'." Hustler Magazine v. Falwell, 485 US 46 (1988). Justice Rehnquist, p. 52. "If it were possible by laying down a principled standard to separate the one form the other, public discourse would probably suffer little or no harm. But we doubt that there is any such standard, and we are quite sure that the pejorative description 'outrageous' does not supply one." Idem, p. 56.

[47] "We conclude that public figures and public officials may not recover for tort of intentional infliction of emotional distress by reason of publication such as the one here at issue without showing in addition that the publication contains a false statement of fact which was made with 'actual malice', i.e., whether or not it was true." Idem, p. 57.

No direito norte-americano, portanto, um pedido de reparação por danos morais em função de opinião emitida por outrem quando o atingido é figura pública simplesmente não preenche o requisito de interesse legal de agir. Uma proibição prévia de publicação de opinião seria um claro *plus* em termos de limitação da liberdade de expressão e, justamente por isso, é tida como simplesmente impensável.

Há ainda um terceiro caso da Corte estabelecendo doutrina geral sobre liberdade de expressão que é relevante aqui. Muito embora o art. 20 não tenha qualquer relação com a privacidade ou intimidade da pessoa retratada, esse é um dos argumentos comumente opostos à publicação de biografias ou matérias da imprensa. No direito norte-americano, após o caso Time, Inc. v. Hill, de 1967, sequer a privacidade é um motivo válido para restringir a liberdade de expressão nessas circunstâncias.[48] O ministro Brennan aplicou o mesmo teste desenvolvido no caso NYT v. Sullivan para a difamação, porém agora para a colisão entre a liberdade de expressão e a privacidade: a explícita má-fé.[49] Isso significa que mesmo a aplicação do art. 20 do Código Civil que pretendesse proteger a intimidade (em vez de honra ou respeitabilidade) de figuras públicas contra a retratação de sua pessoa por terceiros sem autorização seria considerada inconstitucional no direito norte-americano.

A possibilidade de pedir reparação por danos morais desencoraja. A proibição de publicação silencia.[50] Por esse motivo, uma injunção no direito norte-americano visando a censura prévia ou *prior restraint* teria chances virtualmente nulas de sucesso. Isso se dá no contexto de biografias e documentários, mesmo quando a privacidade da pessoa retratada é um fator.[51]

Resta aqui analisar a proibição de publicação ou a reparação por danos morais simplesmente porque a publicação se destina a fins comerciais. Aplicado dessa forma –como

---

[48] A família Hill foi vítima de um sequestro e a revista Time, ao noticiar o fato, afirmou ter ocorrido violência por parte dos sequestradores. A família processou a revista com base na lei de privacidade do estado de Nova York, que protegia a privacidade de figuras públicas contra descrições falsas por parte da imprensa. A Suprema Corte reverteu a decisão do tribunal estadual que havia concedido alto valor à família a título de danos morais.

[49] "the constitutional protections for speech and press preclude the application of the New York statute to redress false reports of matters of public interest in the absence of proof that the defendant published the report with knowledge of its falsity or in reckless disregard of the truth." TIME, Inc. v. Hill, 385 US 374 (1967), p. 388.

[50] "There is a heavy presumption against prior restraints in the context of First Amendment violations. In fact, this presumption acts as an almost complete bar against such restraints." HOLLANDER, Teri N. Enjoining Unauthorized Biographies and Docudramas. **Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review.** V. 16, 1995, p. 136.

[51] "impingement on the privacy right in the context of the unauthorized biography or MOW lacks the significance to overcome the constitutional presumption against prior restraints." Idem, p. 150.

mostrarei, mais adiante, ser feito na primeira instância do TJ-RJ – esse critério é o mais questionável de todos. No direito norte-americano a liberdade de expressão comercial recebe proteção menor que a liberdade de expressão política. Mas essa distinção se coloca no contexto de uma colisão entre liberdade de expressão e outro direito fundamental ou um interesse estatal fundamental. A leitura que era feita do art. 20 era de que a restrição decorre automaticamente da finalidade comercial da publicação. A liberdade de expressão é restringida sem qualquer direito ou valor que se lhe oponha. Ainda que uma interpretação generosa pudesse levar à aplicação do art. 20 para diminuir a proteção de publicações comerciais face a guarda da honra e da privacidade, essa diferenciação é considerada inconstitucional pela Suprema Corte norte-americana. Isso porque "pessoas reais, mortas ou vivas, são objeto importante de discussão, tanto na ficção como no noticiário."[52]

O direito alemão sobre a matéria traz possivelmente os aportes mais relevantes para essa discussão. Lá, como aqui, a questão se coloca como uma de proporcionalidade de restrições. Direitos fundamentais admitem restrições limitadoras de sua proteção; o essencial é avaliar se tais restrições estão dentro daquilo que se convencionou chamar de o "limite dos limites" (*Schranken-Schranke*).

A Constituição Brasileira e a Lei Fundamental Alemã trazem em seu artigo 5o dispositivos similares sobre nada menos que quatro aspectos relevantes: direito geral de liberdade de expressão;[53] regra de proibição de censura prévia;[54] proteção da honra pessoal;[55] direito geral de liberdade acadêmica.[56]

---

[52] "Real people, dead or alive, are important subjects of discussion, in fiction as well as in news reporting." VOLOKH, Eugene. Freedom of Speech and The Right of Publicity. **Houston Law Review.** v. 40, 2003, p. 908.

[53] Constituição Brasileira, Art. 5o, IV: "é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato". Lei Fundamental Alemã, Art. 5o, 1 (primeira parte): "Todos têm o direito de expressar e divulgar livremente o seu pensamento 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 fi lme fi cam garantidas."

[54] Constituição Brasileira, Art. 5o, IX: "é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença". Lei Fundamental Alemão, Art. 5o, 1 (segunda parte): "Não será exercida censura."

[55] Constituição Brasileira, Art. 5o, X: "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação". Lei Fundamental Alemão, Art. 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."

[56] Constituição Brasileira, Art. 5o, IX: "é livre a expressão da atividade (...) científica (...)". Lei Fundamental Alemã: Art. 5o, 3: "A arte e a ciência, a pesquisa e o ensino são livres. A liberdade de ensino não dispensa da fi delidade à Constituição."

A forma como o Tribunal Constitucional Federal procedeu à ponderação de todos esses elementos ao longo de cerca de seis décadas de jurisprudência joga luz esclarecedora sobre os méritos da construção escolhida para o art. 20. O princípio da proporcionalidade rege tal tarefa, assim como tem sido quando o Supremo Tribunal Federal resolve, no Brasil, colisões entre direitos fundamentais. Trata-se de examinar a finalidade normativa da restrição (proteção da honra pessoal, censura prévia) em relação ao bem jurídico do valor restringido (liberdade de expressão). Nesse processo, é imperioso que a limitação ocorra no interesse da sociedade - e não no interesse pessoal do ofendido pela publicação - e que seja comparável à medida de relevância protetiva do bem jurídico. Somente assim pode-se desenvolver o significado elementar da liberdade de expressão em toda sua amplitude.[57]

No direito alemão a liberdade de expressão, inclusive acadêmica, é reconhecida como tendo por pressuposto o acesso à informação. Isso significa que restrições da liberdade de expressão no sentido de proibição de publicação constituem, por si só, restrições do direito de leitores (a população em geral) de ter acesso a tais publicações.[58] A liberdade de expressão e o acesso à tal expressão estão umbilicalmente ligados à própria noção de democracia.[59]

A proteção da honra pessoal face ao direito fundamental à liberdade de expressão exige tarefa de ponderação especialmente delicada. O Tribunal Constitucional Federal elaborou uma jurisprudência específica ao longo de vários anos, começando já no paradigmático caso Lüth. A despeito da proteção merecida pela honra pessoal, o Tribunal reconheceu reiteradamente que a liberdade de expressão deve prevalecer na ponderação.[60] A

---

[57] „Dabei setzt der Verhältnismassigkeitsgrundsatz den Regelungszweck des einschränkenden Schrittes (hier des betreffenden ‚allgemeinen Gesetzes') in Relation zum Rechtsgut des begrenzten Topos (Kommunikationsfreiheit) und verlangt, dass die Einschränkung ‚im Interesse des Gemeinwohles' den Rang der beeinträchtigten Schutzgröße angemessen wahrt. Hier also, in einer abstrakten Abwägung der beiderseitigen Rechtsgüter, entfaltet sich die elementare Bedeutung der Kommunikationsfreiheit in real möglicher Breite." ISENSEE, Josef. KIRCHHOF, Paul. **Handbuch des Staatsrechts**. Band IV – Freiheitsrechte. Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, 1989, p. 659.

[58] Ou seja, sob a perspectiva do receptor de informações, determina Michael Sachs que „Der Kommunikationsprozess, den Art. 5 I im Interesse der freien individuellen und öffentlichen Meinungsbildung schützen will, wäre nur unvollkommen erfasst, wenn die Informationsaufnahme von dem Schutz ausgenommen bliebe." SACHS, Michael. **Grundgesetz Kommentar**. 4a. ed. Munique: C.H. Beck, 2007, p. 293.

[59] "Dabei wird zwar auch ein Bezug von ‚ungehinderter Informationsaufnahme', ‚freier Meinungsbildung' und ‚demokratischer Ordnung' hergestellt (...) Schon in der Rechtsprechung von Pressefreiheit werden die Fäden zwischen Informationsfreiheit, Meinungsbildung und Demokratie sehr viel enger geknüpft und der Informationsbegriff in Richtung Wissen/Erkenntnis ausgerichtet." VESTING, Thomas. Zur Entwicklung einer „Informationsordnung". *In*: BADURA, Peter; DREIER, Horst (Eds.). **Festschrift 50 jahre bundesverfassungsgericht**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001, p. 226.

[60] ISENSEE, KIRCHHOF, op. cit., p. 662.

proteção da honra pessoal foi, portanto, "minimizada" em razão da relevância central da liberdade de pensamento e publicação. O Tribunal preocupa-se sobretudo com a formação da opinião no espaço público e evita o risco de uma "paralisia" desse processo.[61] Dessa forma, a honra pessoal é motivo válido de restrição somente no campo da publicação injuriosa - e mesmo aí o conceito de injúria adotado pelo Tribunal é muito restrito.[62] Em razão disso, a liberdade de expressão tem sua proteção enfatizada, em detrimento da proteção da honra pessoal.[63] No capítulo seguinte tratarei especificamente do direito do insulto na Alemanha.

A proibição de censura prevista na Lei Fundamental é unanimemente entendida como vedação da censura *prévia* ou privada, em relação ao conteúdo de determinada publicação planejada.[64] No exame de proporcionalidade realizado para testar a validade de restrições à liberdade de expressão, a censura prévia é entendida como um ataque ao conteúdo essencial do direito fundamental (Wesensgehalt).[65] A censura prévia é objeto do limite dos limites (Schranken-Schranke): é uma restrição da liberdade de expressão que está além daquilo que a Constituição permite em termos de limitações.[66] Trata-se, portanto, de "limite absoluto de restrições" segundo o Tribunal Constitucional Federal, não apenas em relação ao direito à liberdade de expressão, mas também ao direito à informação.[67]

Essa brevíssima colação das posições majoritárias ou, no mínimo, representativas da doutrina nacional e da doutrina e jurisprudência internacional e estrangeira tem o objetivo de figurar como quadro comparativo. Não é uma revisão exaustiva, evidentemente. Conforme referi anteriormente, nessa tese não tenho a intenção de questionar substancialmente o estado da arte das diretrizes sobre como resolver conflitos de liberdade de expressão, honra e

---

[61] „Die im Grundgesetz ausdrücklich positivierte Schranke der allgemeinen Ehrenschutzes hat das Bundesverfassungsgericht auf das Niveau der Schranke der allgemeinen Gesetze heruntergeholt und den Ehrenschutz mittels der Wechselwirkungstheorie minimiert. Das Bundesverfassungsgericht beruft sich auf die ‚Vermutung zugunsten der freien Rede' im politischen Meinungskampf und beschwört, ‚die Gefahr eine Lähmung oder Verengung des Meinungsbildungsprozesses'." STARCK, Christian. **Kommentar zum Grundgesetz**. Band I. Band 1, Präambel, Artikel 1 bis 19. Munique: Franz Vahlen GmbH, 2005, p. 591.

[62] STERN, Klaus. **Das Staatsrecht Der Bundesrepublik Deutschland**. Band IV/1. Die einzelnen Grundrechte. Munique: C.H. Beck, 2006, p. 1434.

[63] „hat es [das Bundesverfassungsgericht] sich von dieser Linie nicht selten entfernt und die Meinungsfreiheit gegenüber dem Ehrenschutz überbetont." Idem, p. 1469.

[64] „Zensur bedeutet daher Vorzensur oder Präventivzensur. (...) Zensur bezieht sich immer auf den Inhalt einer geplanten Veröffentlichung." STARK, 576

[65] ISENSEE, KIRCHHOF, op. cit., p. 660.

[66] STARCK, op. cit., p. 577.

[67] A censura prévia é denominada de „absolute Eingreffschranke". STERN, op. cit., 1479.

imagem no sentido da orientação sumarizada aqui nesse capítulo sobre como o direito *deve* ser aplicado.

Meu objetivo é, na primeira parte da tese, questionar presunções sobre como ele é *de fato* aplicado e, em função disso, na segunda parte, oferecer uma proposta de simples deslocamento do momento e situações nas quais a ponderação e a proporcionalidade são aplicadas. A conveniência dessa proposta decorre de características novas da disseminação do discurso na internet, descritas no capítulo seguinte, mas está ligada também às características da aplicação *de fato*, pelo Judiciário brasileiro, das ideias discutidas nesse primeiro capítulo. Essa é a razão pela qual optei, nessa curta revisão inicial, por não tratar a jurisprudência brasileira como fonte autoritativa. Ela é mais importante para mim, no contexto dessa tese, como objeto de análise empírica.

1.2. Na internet

1.2.1 Da escassez de espaço à escassez de atenção

Os meios de comunicação em massa estão umbilicalmente ligados à escassez[68]. A realidade inescapável é que cada um dos bilhões de habitantes do planeta não pode trocar informações ao mesmo tempo com todos os demais. Escolhas são necessárias. Sempre foram. E uma das tantas reviravoltas produzidas pela internet na sociedade mostra que as escolhas sobre a informação agora são completamente diferentes daquelas há 20 anos. Tornar a informação de graça, por incrível que pareça, não resolve o problema da escassez. Achar as novas e necessárias soluções para o eterno problema da escolha de quem comunica para quem é um dos mais difíceis e, ao mesmo tempo, vitais desafios que o século XXI nos lança.

Gutemberg não poderia prever o impacto da prensa na história da humanidade, mas certamente compreendeu desde o início o significado da escassez. Ao produzir livros, jornais e panfletos em grande quantidade, o alemão tirou do papel a mídia de massa. Sua invenção acenava com possibilidades impensáveis. E superou todas as expectativas possíveis: corroeu governos, sacudiu nações a partir de dentro e alterou o curso de religiões. O limite não era o céu - antes dele vinha a imperdoável escassez. Cada livro tinha um custo alto. Um jornal não podia publicar dois textos no mesmo espaço. Um panfleto trazia por trás duras escolhas sobre como preencher sua limitada superfície. Centenas de milhões de pessoas produzindo seu próprio panfleto para entregar ao próximo era utópico.

As sociedades, os mercados e as regras jurídicas se conformaram com isso. Os moradores de determinada região ou país tinham acesso apenas a um número limitado de veículos de imprensa. Isso tornava cada veículo mais conhecido e reconhecido, mais lido do que se fosse obrigado a competir com centenas de milhares e, justamente por tudo isso, mais influente. As pessoas e entidades responsáveis por produzir e circular informação após o advento da prensa passaram a ter um papel mais significativo na sociedade do que seus equivalentes até ali.

---

[68] Esse capítulo corresponde a uma versão ligeiramente ampliada de trabalho produzido durante o curso do Doutorado e publicado em HARTMANN, Ivar A. Liberdade de Manifestação Política e Campanhas: É preciso atenção aos algoritmos. In: Joaquim Falcão. (Org.). **Reforma Eleitoral no Brasil**. 1ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015, v. 1, p. 153-164.

As regras do mercado sobre a mídia de massa se consolidaram de forma previsível. A escassez significou baixa ou limitada oferta mesmo quando a demanda nunca parou de crescer. O custo de planejar, produzir e checar conteúdo informacional – notícias, ficção, artigos científicos – era significativo, mas o custo de colocar esse conteúdo no papel e distribuí-lo sempre foi maior. Sempre houve milhares de repórteres para um jornal. Milhares de literatos para uma editora. Milhares de cientistas para um *journal*. A barreira de entrada no grupo de *players* capazes de imprimir e distribuir sempre foi altíssima, mantendo tal grupo seleto e concentrado. O mais liberal economista é o primeiro a alertar que mercados com barreiras de entrada desproporcionalmente altas não funcionam bem. Por mais poderosas que tais empresas sejam, a escassez significa que precisam alavancar quantidade alta de recursos para manter o processo de veiculação e distribuição. O Estado pode e muitas vezes precisa contribuir para o custeio disso. Mesmo na terra do liberalismo econômico, o mercado de jornais só saiu do chão graças ao Estado – os correios norte-americanos subsidiaram a distribuição dos exemplares durante muito tempo. Mas o financiamento não pode ser inteiramente público. Alguém precisa pagar.

O usuário final está disposto a pagar um pouco para consumir o conteúdo. Mas outras empresas estão dispostas a pagar muito mais para consumir o usuário final. Na evolução dos meios de comunicação em massa, o modelo de financiamento centrou-se já muito cedo na propaganda. O tamanho desses meios foi determinado pelo volume de recursos arrecadados com a propaganda e não pelo (consideravelmente inferior) volume de recursos arrecadados junto aos leitores. Perder a segunda fonte é ruim, mas é a primeira que realmente viabiliza todo o negócio. Formaram-se gigantes da comunicação, alicerçados pelo dinheiro da propaganda e com pouca concorrência.

E o direito refletiu isso. Mercados concentrados requerem regras específicas e especiais. Os membros do seleto grupo acumulavam poder de informação virtualmente total. Se veiculavam uma informação, ela tornava-se a verdade. Se não a veiculavam, ela não existia. Pessoas poderosas sabiam a importância estratégica disso para garantir que seu poder não fosse arriscado. Leis restringindo ou amordaçando a imprensa eram produto inevitável desse contexto. Esse é motivo pelo qual (mesmo hoje) os primeiros opositores da descriminalização da difamação e calúnia são aqueles que exercem cargo eleito. A regulação da imprensa tem na origem regras criadas para tentar equalizar a disparidade entre um jornal e

um cidadão comum. Se ambos podem falar tudo o que quiserem, o cidadão será aniquilado[69]. Audiência é tudo e custa muito caro.

Uma das soluções – muito melhor do que a censura – foi o direito de resposta. Um produto jurídico natural de um mercado concentrado, em uma sociedade na qual o que é veiculado pela imprensa torna-se a verdade. O cidadão comum não tem capacidade financeira para fazer-se lido pelo mesmo número de pessoas que o jornal, então o Estado obriga o jornal a ceder seu espaço. Nada simples de operacionalizar, porque obriga o Judiciário a fazer escolhas editoriais. Em qual página? Com qual fonte? Com ou sem foto? Quando entra nessas minúcias, o Estado acaba tomando para si o papel de comunicador. E isso é um problema sem conserto. Mais: há sempre o risco de um jornal evitar publicar algo legítimo por medo de perder espaço mais tarde com o uso do direito de resposta por parte de algum insatisfeito.

É importante perceber que, nesse período da história, as respostas dadas pelo direito estavam relacionadas à produção da informação, à maneira como os escassos espaços eram ocupados. O foco era a fonte. A maneira como cada cidadão, potencial leitor, reagiria ao que sobrasse do filtro da regulação não era passível de controle.

Pouco mudou com a introdução da radiodifusão. Os novos meios de massa agregavam mais um componente relevante de escassez: espectro. Transmitir informação no ar exige ocupar um determinado espaço da banda eletromagnética. A tecnologia de então não permitia o uso simultâneo de uma mesma banda desse espectro. Logo há que organizar, escolher e fiscalizar quem irá ocupar cada porção disponível e o Estado não tardou a assumir essa função. A grande diferença da escassez do *broadcast* de rádio e televisão *versus* aquela da difusão de jornais, livros e revistas é que a primeira, o governo regula diretamente. São vendidas licenças para uso das porções disponíveis do espectro. O dono de um jornal não precisa, em democracias estáveis, adquirir licença para imprimir. Para alguns, essa diferença importa para as regras jurídicas sobre conteúdo e manifestação do pensamento. Mas não é

[69] Como nota Theóphilo Cavalcanti Filho sobre a reação do povo em 1822 à medida do ministro do reino e de estrangeiros, José Bonifácio de Andrada e Silva, que guarneceu a imprensa de proteção contra a censura prévia: "Precisos ficavam, assim, os conceitos decorrentes da liberdade de imprensa. Ficava afastada a idéia de prévia censura, acentuando-se todavia que os responsáveis por abusos, no exercício desse direito, por êles deveriam responder, na forma da lei. A melhor demonstração de que, de então por diante, se tornou patente que a liberdade de imprensa seria, efetivamente, assegurada, tem-se no fato de que a opinião pública passou a reclamar medidas tendentes a punir os responsáveis por eventuais abusos." FILHO, Theóphilo Cavalcanti. A liberdade de imprensa na formação constitucional brasileira. CLÉVE, Clèmerson Merlin. BARROSO, Luís Roberto (orgs). **Direito Constitucional**: teoria geral da Constituição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 746.

preciso grande esforço para perceber que as limitações centrais vêm da escassez refletida no funcionamento do mercado. O custo para comprar licenças e operar um canal de televisão é alto e seria alto ainda que uma entidade privada administrasse a venda das licenças. O custo para imprimir e distribuir um jornal é alto.

Há uma relação simbiótica muito importante para a história dos meios de comunicação em massa, um acordo de interesses extremamente difícil de ser enfraquecido. Por trás da regulação desses meios há pessoas que periodicamente dependem totalmente deles. Espaço é crucial. Perder audiência é fatal. O papel central desempenhado pelos meios de comunicação em massa é, portanto, algo instintivo para os ocupantes de cargo eleito. Isso dá a eles forte incentivo para não perturbar os interesses dessas empresas. Elas, por sua vez, compreendem bem que também são vulneráveis na medida que são esses mesmos ocupantes de cargo eleito que fazem e alteram as regras sobre imprensa, concessões de espectro, difamação. O horário político gratuito já causa prejuízo significativo para as emissoras, mas poderia, por exemplo, ser ampliado em meia hora. O risco, portanto, é permanente. Mas as campanhas também são boas fontes de recursos. Os candidatos estão dispostos a pagar pela propaganda e assim virar clientes dos meios de comunicação. E todos sabem que o cliente sempre tem razão.

Esses e outros fatores entrelaçam o destino dos meios de comunicação em massa àquele dos candidatos em campanha política. A dependência mútua é tão grande que políticos acabam por controlar grupos de radiodifusão, tornando imprescindível a regulação da capacidade comunicativa por meio da propriedade dos meios de comunicação em massa.

Um dos elementos fundamentais desse controle tem sido precisamente a escassez. Uma adulação ou acusação a qualquer pessoa, pública ou privada, passa a ter peso quando ocupa um espaço limitado e, exatamente por isso, acessível a poucos. Sempre prevalece o argumento do dano que algo dito no precioso tempo de ar em um dos poucos canais de televisão pode trazer a uma pessoa. Ela jamais terá o poder de se fazer ouvir no mesmo nível. Não tem os recursos de uma Folha de São Paulo. Não tem concessões de transmissão de uma Globo. Está em total inferioridade – a não ser que o Estado a ajude.

Para a manifestação política ou a expressão em geral, a superfície do jornal, livro ou revista é limitada. Duas frases não podem ser escritas no mesmo pedaço de papel. No *broadcast*, o problema é fundamentalmente igual: duas frases não podem ser ditas no mesmo pedaço de tempo.

A escassez na comunicação em massa é uma escassez de espaço. Decorre da dificuldade de veicular, pois cada pedaço de papel e cada segundo são disputados porque valiosos. E valiosos porque disputados.

A reviravolta está em que hoje o espaço não é escasso. As páginas de internet não são disputadas – custam praticamente nada a quem quer veicular.

Isso muda tudo. Sem a escassez, o custo cai. Se o custo cai, a barreira de entrada no mercado some. Mais do que isso: se o custo é próximo de zero, sequer há mercado. Jornais enfrentam, nos últimos 15 anos, a pior crise da história. Salas de edição ficam cada vez menores. Há milhares de fontes de notícias gratuitas online e cada vez menos pessoas estão dispostas a pagar por um exemplar matutino. O número de leitores diminui e com isso diminui o valor do espaço para os anunciantes. Disso resulta que empresas gastam cada vez menos com propaganda em jornais. O sistema de financiamento que funcionava perfeitamente agora está em ruínas. A grande maioria dos jornais que existia em 2000 estará falida em 2025.

Assim que a capacidade técnica da infraestrutura de internet ficou avançada o suficiente para permitir a transmissão rotineira de vídeos, o modelo de negócios das televisões – e antes disso também das rádios – tornou-se obsoleto. O consumidor não se contenta em esperar passivo a volta do seriado ou filme após os comerciais porque na internet é possível baixar ou acessar por *streaming* sem os comerciais. Se os comerciais não têm audiência ca(p)tiva, então não há dinheiro a ser pago às emissoras pelos anunciantes. Elas já sabem disso há algum tempo e começam a transicionar para a internet. A partir de 2015, a programação da HBO passou a poder ser acessada exclusivamente pela internet por aqueles que assim o desejarem, sem a necessidade de pagar pela assinatura do canal na televisão.

O pouco que resta hoje do papel tradicional desempenhado pelos meios de comunicação em massa, mesmo que ainda não negligível em impacto, é meramente transitório. Todos terão como plataforma a internet.

Ao invés de centenas de milhares de jornais, bilhões de páginas na internet. Ao invés de ouvir o que alguns âncoras de telejornais têm a dizer, podemos ouvir o que centenas de milhões de usuários do Facebook têm a dizer. A escassez de espaço acabou. Mas é mais do que isso, pois a situação agora é a reversa: há uma quantidade infindável de informação.

Com isso, há um novo problema, relacionado à dificuldade de separar o joio do trigo, de se encontrar a informação útil e necessária e descartar ou ignorar a informação

não-confiável e excessiva. Uma nova escassez surge: escassez de atenção. Com tanta informação sendo acessada, um segundo de atenção completa de um usuário é muito mais difícil de conquistar que era no início dos anos noventa. Há pelo menos duas grandes implicações disso para a comunicação na esfera pública e para a manifestação política.

A primeira está relacionada aos novos tipos de mediação da comunicação e seus respectivos modelos de negócio. Em um contexto de quantidade ilimitada de informação em quantidade ilimitada de páginas, o serviço valioso não é mais o espaço para a manifestação, mas sim a filtragem. Esse é o serviço prestado por buscadores. Um internauta não dá valor a bilhões de páginas desorganizadas, mas dá muito valor a quem pode organizá-las e apontar o que de fato é relevante em um determinado momento, para um determinado propósito. Não é difícil compreender porquê o Google tornou-se uma das maiores empresas dessa geração.

Os resultados de uma busca no Google refletem uma filtragem segundo critérios de relevância alheios à influência (ao menos direta) do poder econômico do responsável por cada página da web. Mas há um custo para desenvolver o software com tais critérios, constantemente aprimorá-lo e permitir que ele responda mais de 3,5 bilhões de consultas por dia. A empresa poderia cobrar por cada busca ou oferecer assinaturas mensais pagas que permitam um número ilimitado de buscas. Mas o sistema de financiamento por meio da veiculação de propaganda desenvolveu-se ao longo de décadas como uma fonte de recursos muito mais eficaz. O produto é, portanto, a atenção dos usuários do Google.

Nos anúncios que são exibidos na página com os resultados de uma busca há uma oportunidade de comprar atenção, independentemente de mérito do *website* do anunciante, segundo o critério de relevância do mecanismo de busca do Google. Esse atalho é extremamente valioso, pois se trata de um outdoor com 3,5 bilhões de visualizações por dia. Mais importante ainda: ao contrário do locador de espaço em um outdoor, o Google sabe muito bem o perfil de cada expectador graças ao *microtargeting*. Um australiano não verá no outdoor uma propaganda para um carro vendido na Alemanha. Um idoso não verá uma propaganda do novo console de *video-game*. Quem buscou por “cursos de longa distância” verá propagandas de instituições de ensino e não de refrigerantes. A propaganda direcionada é infinitamente mais valiosa para o anunciante e, portanto, uma fonte maior de recursos para o Google. O Facebook possui informações pessoais igualmente relevantes, enquanto o LinkedIn foca o ecossistema profissional e sabe quando uma pessoa está procurando por emprega ou

tentando contratar – isso para ficar apenas em alguns exemplos de mercados que giram primariamente em torno da informação.

Quando havia uma escassez de espaço, o poder econômico permitia garantir espaço pagando por ele. Agora que há uma escassez de atenção o poder econômico permite garantir atenção dos usuários pagando por ela.

Isso vale para o espaço da internet aberta, mas o tempo de navegação dos internautas tem nas redes sociais uma fatia enorme e crescente. Para quem navega no Facebook para ver notícias que aparecem no feed de notícias, os resultados de uma busca no Google são, ao menos naquele momento, irrelevantes. E, no Facebook, a mesma dinâmica se reproduz: todos podem escrever, postar fotos ou vídeos o quanto quiserem na rede social. O espaço não é escasso e, portanto, não pode ser vendido. Mas a empresa precisa ter um modelo de negócios e sua fonte de recursos foi também estabelecida nos moldes daquela do Google. Ao invés de cobrar mensalidade dos usuários, a rede social tira proveito da escassez de atenção.

Apenas em torno de 6% daquilo que os amigos de um usuário postam aparece no feed desse usuário. O mesmo vale para as páginas – inclusive comerciais – que ele escolhe seguir. O interesse do usuário é ver tudo que é manifestado por aquelas pessoas ou entidades que ele decidiu seguir. Mas o Facebook cria uma escassez artificial ao “selecionar” ou “filtrar” os outros 94% de posts. Se uma empresa sabe que seu post tem apenas 6% de chance de ser visto por consumidores que ativamente escolheram seguir sua página na rede social[70], ela terá um incentivo para pagar para não ser filtrada. Nos últimos três anos, esse filtro tem se tornado cada vez mais restritivo para alguns atores sociais em detrimento de outros[71].

O poder econômico volta a ter peso, como não poderia deixar de ser em uma sociedade capitalista. Isso significa que o sonho trazido pela internet da liberdade de expressão sem custo precisa ser revisto. Os meios são outros, os atores são diferentes e a escassez agora é outra. Mas a manifestação política continua sendo influenciada pelo poder econômico em alguma medida.

---

[70] The Free-Marketing Gravy Train Is Over on Facebook. Time. Disponível em: http://time.com/34025/the-free-marketing-gravy-train-is-over-on-facebook/. Acesso 20 jan 2018.

[71] Facebook Tweaks Newsfeed to Favor Content from Friends, Family. Wired. Disponível em: https://www.wired.com/story/facebook-tweaks-newsfeed-to-favor-content-from-friends-family/. Acesso 20 jan 2018.

Uma segunda grande implicação diz respeito aos critérios e aos processos de filtragem e classificação. O Google emprega um algoritmo que faz escolhas entre páginas da internet. O Facebook emprega um algoritmo que faz escolhas entre post da rede social. O tempo de navegação da maior parte dos internautas no mundo ocidental é composto preponderantemente pelo acesso a páginas encontradas em buscas no Google e pela visualização do seu feed de atualizações no Facebook. Uma porção decisiva das comunicações na internet é afetada de maneira crucial por esses dois algoritmos, portanto[72]. E eles são secretos. Não sabemos se são neutros. Se realmente privilegiam "relevância" da página ou do post para o usuário. Não temos acesso ao conjunto de regras que compõem esses algoritmos, o código fonte.

Por outro lado, não necessariamente é possível dar transparência a eles – fazem parte dos segredos comerciais dessas empresas e precisam ser protegidos. Mais ainda: se o Google publicasse todo o código de seu algoritmo de buscas, qualquer um poderia estudá-lo e encontrar meios de burlar a classificação por relevância, garantindo que sua página fosse sempre a primeira colocada nos resultados de buscas. E isso mesmo que ela fosse composta inteiramente de lixo eletrônico.

Esses dois algoritmos hoje – e os de outros concorrentes que substituírem essas empresas na liderança de seus mercados no futuro – influenciam profundamente os rumos da opinião pública das democracias ocidentais. Como empresas privadas, não está totalmente claro se Google e Facebook têm obrigação legal de garantir que seus algoritmos de filtragem sejam politicamente neutros. Empresas também podem manifestar opinião política e tomar posição. O que está claro é que os benefícios e riscos da comunicação mediada pelas grandes empresas da internet já são mensuráveis em seus impactos negativos.

A transição descrita é sempre gradual. O surgimento dos novos problemas apontados aqui e o desaparecimento dos meios de comunicação em massa estão em estágios variados de avanço em países diferentes. Tudo depende de quão perto cada sociedade está daquilo que

---

[72] "Here's how this golden age of speech actually works: In the 21st century, the capacity to spread ideas and reach an audience is no longer limited by access to expensive, centralized broadcasting infrastructure. It's limited instead by one's ability to garner and distribute attention. And right now, the flow of the world's attention is structured, to a vast and overwhelming degree, by just a few digital platforms: Facebook, Google (which owns YouTube), and, to a lesser extent, Twitter." TUFEKCI, Zeynep. It's The (Democracy-Poisoning) Golden Age of Free Speech. Wired. Disponível em: https://www.wired.com/story/free-speech-issue-tech-turmoil-new-censorship/. Acesso 21 jan 2018.

Manuel Castells chamou de uma sociedade-rede[73]. O nível de penetração da internet banda larga e móvel é um fator central nessa trajetória. Embora ainda não possa ser considerada uma sociedade-rede plena, a sociedade brasileira já vivencia os sinais dessa mudança.

A regulação precisa ser revista, em alguns aspectos reforçada, em outros redirecionada [74]. A influência dos algoritmos de grandes plataformas privadas mediadoras da experiência online e da manifestação de opinião política precisa ser estudada e, no mínimo, monitorada[75] por órgãos que tenham acesso sigiloso ao código fonte desses algoritmos e possam conhecer detalhes de suas regras, permitindo assim que haja alguma fiscalização. O problema central é muito bem capturado por Zeynep Tufekci:

> "Complex, opaque and proprietary algorithms are increasingly being deployed in many areas of life, often to make decisions that are subjective in nature, and hence with no anchors or correct answers to check with. Lack of external anchors in the form of agreed-upon "right" answers makes their deployment especially fraught."[76]

A filtragem e mediação do discurso político – em eleições e fora delas – trocou de mãos. Um meio revolucionário deu origem a novos players e novos problemas. De qualquer forma, algo permanece inalterado. A realidade inescapável é que cada um dos bilhões de habitantes do planeta não pode trocar informações ao mesmo tempo com todos os demais. Escolhas são necessárias. Sempre foram. Continuarão sendo à medida que a sociedade-rede sucede a época dos meios de comunicação em massa.

---

[73] "The added value of the Internet over other communication media is its capacity to recombine in chosen time information products and information processes to generate a new output, which is immediately processed in the Net, in an endless process of production of information, communication, and feedback in real time or chosen time. This is crucial because recombination is the source of innovation, and innovation is at the root of economic productivity, cultural creativity, and political power-making.". CASTELLS, Manuel. Infomationalism, Networks, and the Network Society: A Theoretical Blueprint. In: CASTELLS, Manuel (Org.). **The network society**: a cross-cultural perspective. Cheltenham: Edward Elgar, 2004, p. 11.

[74] Muito se fala, por exemplo, da falta de transparência do algoritmo de ranqueamento do Google. Enquanto alguns pedem a neutralidade dos critérios que determinam qual resultado aparece em primeiro e qual aparece em vigésimo, James Grimmelmann explica que isso parte de uma premissa equivocada: "A search engine does not itself have a normative opinion about which webpages are best; rankings do not express a search engine's own values. Google is not a book critic; when it links to Dale Peck's hatchet job of a review, Google has no particular view about the truth of the matter asserted. It asserts only that users will find Peck's review relevant. In practice, it will generally be impossible for a court to conclude that Google's assertions of relevance are wrong. But that is because of the diversity of users' (normative) opinions and the difficulty of measuring them, rather than because of the expressivity of Google's (descriptive) opinions." GRIMMELMANN, James. Speech Engines. **Minnesota Law Review**. N. 98, 2014, p. 925.

[75] Ver, por exemplo, a proposta de Jonathan Zittrain. Facebook Could Decide an Election Without Anyone Ever Finding Out. New Republic. Disponível em: https://newrepublic.com/article/117878/information-fiduciary-solution-facebook-digital-gerrymandering. Acesso 20 jan 2018.

[76] TUFEKCI, Zeynep. Algorithmic Harms Beyond Facebook and Google: Emergent Challenges of Computational Agency. **Colorado Technology Law Review.** n. 13, 2015, p. 217.

1.2.2 Novos elementos da proteção da honra e do combate ao discurso de ódio

A escassez de atenção como sucessora da escassez de espaço é decisiva no debate sobre a proteção da liberdade de manifestação em seus comuns choques com a proteção da honra e da imagem porque define os termos nos quais se dá a comunicação, seu custo e seu impacto potencial e real. Em uma hipotética sociedade sem escassez de espaço ou atenção, a comunicação teria um nível máximo de democratização. Todos com acesso aos meios para imediatamente fazer chegar sua mensagem a todos. É evidente que essa situação é impossível, mas pensar suas características e consequências ajuda a tornar mais claras as motivações possíveis para a regulação do fluxo de informação que é levada a cabo em nossa sociedade real.

Nessa sociedade hipotética não haveria diferença entre o poder de comunicar que têm hoje um jornal de circulação nacional e uma pessoa física comum. Sem um desequilíbrio, não existiria a situação na qual comumente se encontra a pessoa mediana que se vê associada a um crime ou escândalo por um meio de comunicação em massa. Sem meios eficazes para rebater, responder ou esclarecer, ela sente-se impotente. É dessa falta de balanceamento que resulta a conveniência ou mesmo necessidade do mecanismo de direito de resposta.

O exemplo tradicional da matéria jornalística que acaba instantaneamente com uma reputação construída ao longo de décadas de vida pressupõe um ofendido em uma situação totalmente desbalanceada. Esse tipo de caso é impossível na sociedade hipotética. Nessa sociedade, a matéria jornalística chega com a mesma eficácia, nada além disso, a todos aqueles que se relacionaram com o ofendido ao longo de sua vida e, em consequência disso, formaram opinião que foi lentamente disseminada. A matéria jornalística trazendo a notícia de suposto crime ou escândalo não é lida por milhões de pessoas a mais do que aquelas que lerão a resposta judicialmente assegurada ou aqueles para quem o ofendido explicou os fatos narrados na matéria. Estamos falando de uma circulação equilibrada de informações. Essa sociedade fictícia é única na qual a metáfora do livre mercado de ideias poderia ser utilizada sem ressalvas ou adaptações.

O mesmo vale para exemplos de discurso de ódio. Sua nocividade decorre muito mais da grande disparidade entre o fluxo, sob o ponto de vista do volume ou capilaridade, da

intolerância e o fluxo da tolerância. Não há nada de inerentemente melhor na qualidade de um argumento racista ou machista. O discurso de ódio é um problema porque é veiculado para pessoas muitas vezes como a única interpretação para um determinado fato ou como um dogma. Mais do que isso, é apresentado a pessoas em situação de hipossuficiência intelectual sem estar acompanhado de contextualização ou resposta com conteúdo de tolerância.

O discurso de ódio é particularmente difícil de combater porque é viabilizado e fortalecido pelo mesmo fator que sempre oprimiu as minorias sujeitas a ele: a desigualdade de acesso a bens da vida e sua fruição. No caso da comunicação, essa desigualdade é expressada em um desequilíbrio de acesso a determinadas audiências e desequilíbrio no volume de mensagens. Graças a mecanismos legais do mercado e outros não legítimos, uma emissora como a Fox News tem uma audiência maior e cativa de uma determinada parcela da população que é bombardeada com intolerância incessantemente. Nenhum ator social querendo transmitir respostas a essas mensagens, incluindo análise crítica do racismo, machismo e homofobia veiculadas pela emissora, conseguiria alcançar o mesmo público ou ter deles o mesmo espaço de atenção.

A longo prazo, à medida que aumenta o nível e a qualidade de instrução da população, a intolerância diminui. É o que mostram pesquisas no Brasil, onde em 6 anos o apoio ao casamento entre pessoas do mesmo sexo aumentou 17 pontos percentuais.[77] Uma ideia menos compatível com valores universalizados e aceitos de igualdade e dignidade não consegue competir e sobreviver, desde que o desequilíbrio no poder de comunicação não seja extremo e não exista discriminação legal de ponto de vista. Em condições de equilíbrio de comunicação, o discurso de ódio possivelmente sequer seria um problema decisivo como é na sociedade real.

Qual o sentido de discutir regulação da manifestação do pensamento em condições ideais impossíveis? Essa discussão é sempre relevante para esclarecer e orientar a motivação de escolhas legislativas e interpretativas em uma sociedade caracterizada pelo desequilíbrio de

[77] "(...) a aceitação do casamento entre pessoas do mesmo sexo também cresceu: de 25% para 42% – que configura empate técnico com os contrários, que somam 44%." Pesquisa Ibope comprova que brasileiros estão mais conservadores. Exame. 22 dez 2016. Disponível em: https://exame.abril.com.br/geral/pesquisa-ibope-comprova-que-brasileiros-estao-mais-conservadores/. Acesso 14 jan 2018. O mesmo fenômeno ocorre nos Estados Unidos, onde em 2001 apenas 35% da população apoiava o casamento entre pessoas do mesmo sexo e, em 2017, essa parcela havia aumentado para 62%. Changing Attitudes on Gay Marriage. Pew Research Center. Disponível em: http://www.pewforum.org/fact-sheet/changing-attitudes-on-gay-marriage/. Acesso 14 jan 2018.

poder comunicativo, como as democracias modernas dominadas pelo trânsito da informação em meios de comunicação de massa. Mas a discussão é necessária também para subsidiar reformas e aprimoramentos nessas escolhas legislativas e interpretativas quando a sociedade gradualmente avança na direção da sociedade hipotética e, especialmente, quando ocorrem evoluções significativas nesse sentido. É precisamente o caso da internet e, especialmente, das redes sociais. Ou seja, partilho do ponto de vista de Daniel Sarmento tanto no que tange ao potencial uso da repressão judicial do discurso de ódio em prejuízo das minorias que deveriam ser protegidas, quanto, e aqui mais importante, na visão de que

> "um Direito que se pretenda transformador não deve simplesmente capitular diante disto, nem esperar sentado por alguma revolução redentora, e sim desenvolver instrumentos necessários para enfrentar e superar este risco. Trata-se, portanto, de pensar em mecanismos que evitem ou pelo menos minimizem a possibilidade de que a legislação criada para proteger os direitos de minorias mais vulneráveis possa voltar-se contra os integrantes destas próprias minorias."[78]

Não é necessário descrever a mudança paradigmática em termos de fluxo de manifestação do pensamento proporcionada pelas redes sociais, com uma evidente democratização da capacidade de comunicar, porém sem superar a escassez de atenção, conforme já discutido. Oportunamente apresentarei uma proposta das implicações dessa mudança no que tange à busca da igualdade material exigida pela Constituição. Nessa altura, entretanto, meu objetivo é descrever pontualmente algumas mudanças com efeito significativo na conveniência e eficácia do papel tradicionalmente atribuído ao Estado-juiz de moderar a manifestação do pensamento efetuando restrições necessárias e proporcionais.

1.2.2.1 A proteção da honra

Um primeiro ponto diz respeito à proteção da honra. Existem duas razões possíveis pelas quais a difamação foi sempre considerada, em culturas jurídicas diversas, inclusive aquelas com proteção de status constitucional da liberdade de expressão, como causa de ação criminal e cível.

A primeira diz respeito ao conteúdo da manifestação. Uma pessoa poderia objetar à fala ou escrita que a descreve de maneira considerada injusta ou incorreta. Essa pessoa poderia sentir que sua imagem na comunidade não deveria ser influenciada por uma opinião

---

[78] SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**. Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 249.

que foi expressada por outro membro da mesma comunidade. Essa insatisfação, por sua vez, pode ser dividida em dois tipos: ela pode estar direcionada à expressão que é uma opinião – uma afirmação que não pode ser verificada como verdadeira ou falsa, uma avaliação objetiva feita sobre uma pessoa ou suas ações –, e pode também ser uma insatisfação com uma afirmação factualmente imprecisa ou objetivamente falsa.

Essas nuances levaram ao desenvolvimento de diferentes standards em diferentes sistemas jurídicos. Conforme visto, no Brasil, uma expressão que afeta a percepção do ofendido – pessoa física ou jurídica – por parte da comunidade pode ser considerada causadora de dano moral indenizável independentemente de qualquer falsidade na afirmação. Nos Estados Unidos, a parte que leva ao Judiciário uma ação de cunho privado com base em difamação, se for figura pública, precisa provar mais do que o dano à sua reputação. A manifestação objeto do processo precisa ser factualmente incorreta e é necessário que o erro seja resultado de má-fé.

Existe uma segunda razão possível para a tutela judiciária de determinados tipos de manifestação: o desequilíbrio entre a capacidade de ser lido e ouvido do ofensor e do ofendido. Essa razão não está relacionada ao conteúdo da manifestação e sim a uma noção de justiça procedimental no livre mercado de ideias. Em outras palavras, talvez o que legisladores e tribunais desejassem prevenir não era que um cidadão criticasse seus pares, mas sim que um jornal ou grande organização pudesse fazê-lo. Um jornal está em posição privilegiada de alcançar e, portanto, persuadir, um público de maneira que uma pessoa normal nunca estaria, o que impede uma real troca ou influência igualitária no debate sobre a reputação do ofendido.

Naturalmente, é possível que tenha sido a combinação dessas duas razões a levar legisladores e cortes ao desenvolvimento do instituto da difamação. Nesse caso, a manifestação somente seria ilegal se preenchesse ambos requisitos: i) tem cunho crítico e ii) foi veiculada em circunstâncias nas quais o desequilíbrio do poder comunicativo favorecia as chances de disseminação e persuasão do discurso do ofensor.

Após décadas de literatura sobre liberdade de expressão e teoria democrática, existe um argumento agora fácil de ser feito de que há valor social na manifestação ácida, desrespeitosa e até na proteção que eventualmente cubra afirmações falsa. Segundo Frederick Schauer, o *chilling effect* resultante da judicialização de opiniões tem custo que em muito

excede aquele de tolerar algumas manifestações que um indivíduo ou grupo possam considerar ofensivas[79]. Esse alerta faz ainda mais sentido no campo da proteção da honra do que quando se trata e restringir intolerância.

Até meados da década de noventa, era menos relevante se as razões históricas para a punição da difamação eram relacionadas ao conteúdo ou ao desequilíbrio da capacidade comunicativa. A vasta maioria dos processos judiciais visava a empresas de mídia ou figuras públicas porque as suas manifestações eram as únicas com alguma audiência palpável e, portanto, com algum impacto imediato. Raramente um processo permitiria uma análise das duas razões citadas para proibir a difamação que resultasse a conclusão de que o conteúdo era legal, porém havia desequilíbrio de capacidade comunicativa. Com tantos processos judiciais contra a mídia, era razoável presumir a desproporcionalidade entre as capacidades de alcançar um público e, em razão disso, ignorar de todo esse teste.

As manifestações de pessoas privadas na internet mudaram esse panorama. Conforme será visto no capítulo sobre Judiciário, a maior parte dos processos sobre liberdade de expressão e honra na primeira instância envolvem manifestações online, muitas vezes produzidas por pessoas sem grandes posses. Essa virada deveria ser comemorada, pois mostra a descentralização do debate público. Muitas opiniões mais conservadoras, no entanto, apontam para o caráter aparentemente caótico e desordenado das manifestações em redes sociais como uma espécie de degeneração da opinião pública[80]. Brian Leiter fala que existem "cyber-latrinas" na internet que constituem antros de manifestações indignas de proteção jurídica[81].

Pessoas com menor instrução, por exemplo, agora podem ser ouvidas. Qualquer que seja a opinião negativa que se faça sobre a qualidade de suas manifestações, é certamente melhor ter a "legião de idiotas" aprendendo a lidar com seu novo papel ativo do que

---

[79] SCHAUER, Frederick. Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect. **Boston University Law Review**. N. 58, 1978.

[80] Um dos exemplos mais conhecidos vem da declaração de Umberto Eco em uma entrevista ao jornal italiano La Stampa: "As redes sociais dão o direito de falar a uma legião de idiotas que antes só falavam em um bar depois de uma taça de vinho, sem prejudicar a humanidade. Então, eram rapidamente silenciados, mas, agora, têm o mesmo direito de falar que um prêmio Nobel. É a invasão dos imbecis". 10 frases para recordar a lucidez mordaz de Umberto Eco. BBC Brasil. Disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/02/160220_frases_umberto_eco_rb. Acesso 21 jan 2018.

[81] Não se trata de toda a internet, conforme ele, mas apenas de partes isoladas. LEITER, Brian. Cleaning Cyber-cesspools: Google and Free Speech. *in* NUSSBAUM, Martha. LEVMORE, Saul (eds.) **The Offensive Internet**: Speech, Privacy, and Reputation. Cabridge: Harvard University Press, 2010, p. 168.

mantê-los estritamente na posição de consumidores passivos do conteúdo dos meios de comunicação em massa – situação que, não se pode esquecer, sempre foi muito útil para determinados grupos no poder.

O preconceito com a suposta falta de qualidade das manifestações em redes sociais no mais das vezes não passa exatamente disso: presunções pouco informadas sobre o perfil mais amplo do todo das manifestações em uma região ou país, sobre as características e objetivos daqueles que antes não tinham voz e agora têm e, especialmente, sobre os impactos dessa evolução. Aqui, como sempre, é preferível o conhecer da realidade permitido pela pesquisa científica empírica. Whitney Phillips passou diversos anos realizando uma etnografia do grupo que se costuma chamar de *trolls* em diversas de suas comunidades preferidas. Para aqueles preocupados com a ordem pública, a honra e os bons costumes, os *trolls* são a pior manifestação possível da democratização do discurso. Sua mera existência incita, como poucos outros fenômenos, o desespero por algum controle da internet vindo de alguma espécie de autoridade centralizadora, como forma de buscar garantir algum resquício consolador dos tempos em que todos sabiam respeitar a decência e a cordialidade. Após centenas de horas de pesquisa qualitativa que produziu uma brilhante e essencial tese de doutorado, a conclusão de Phillips é que, na sua essência, as manifestações dos *trolls* repetem exatamente os mesmos problemas que a grande mídia sempre teve como, por exemplo, o racismo e o machismo velados[82].

Quando os ataques à honra posteriormente processados com pedidos de dano moral deixam de ser privilégio de veículos de imprensa e passam a estar ao alcance de qualquer um, o papel do Judiciário, conforme a descrição oferecida até aqui, pode ser visto sob duas luzes diversas. Se o principal motivo para usar o poder estatal de coibir a difamação é o conteúdo danoso da manifestação, então os magistrados são chamados a avaliar o dano feito à reputação individual ou a veracidade da assertiva. Por outro lado, se a principal razão para sujeitar o

[82] "Trolls may be destructive and callous; they may represent privilege gone berserk; they may be a significant reason why we can't have nice things online. But the uncomfortable fact is that trolls replicate behaviors and attitudes that in other contexts are actively celebrated ('This is how the West was won!') or simply taken as a given ('Boys will be boys'). Trolls certainly amplify the ugly side of mainstream behavior, but they aren't pulling their materials, chosen targets, or impulses from the ether. They are born of and fueled by the mainstream world—its behavioral mores, its corporate institutions, its political structures and leaders—however much the mainstream might rankle at the suggestion." PHILLIPS, Whitney. **This Is Why We Can't Have Nice Things**: Mapping the Relationship between Online Trolling and Mainstream Culture. Cambridge: MIT Press, 2016, pp. 168-169.

pensamento à moderação judicial é a existência de desigualdades disseminadas e institucionalizadas na capacidade de comunicar, então o papel dos magistrados guarda menor relação com a avaliação do mérito de opiniões e suas manifestações e maior relação com a compensação financeira ou garantia de direito de resposta apenas em situações nas quais o sujeito ou grupo objeto da crítica não tem condições de alcançar de forma similar a mesma audiência.

Portanto, se a missão do Judiciário nesse contexto é equalizar a capacidade de fala e garantir que as condições materiais mínimas para um livre mercado de ideias sejam viáveis, então a principal pergunta a ser respondida em um processo judicial não é se a manifestação difamou. A principal pergunta é se o alvo da manifestação tem as condições de rebater a crítica por si próprio, sem a ajuda do Estado. Apenas se a resposta é negativa a avaliação judicial do conteúdo da manifestação seria realizada.

Essa descrição do contexto da necessidade e conveniência da atuação Estatal na delicada tarefa de moderação da opinião de seus cidadãos torna-se mais clara quando se observa o perfil da proteção da honra e imagem no direito brasileiro. Existe uma farta literatura, especialmente no campo dos direitos da personalidade, dedicada a apresentar as razões pelas quais a honra e imagem constituem bens da vida relevantes o suficiente para gozar de proteção legal e constitucional[83]. Não pretendo aqui questionar tal status. Mas é necessário perguntar: contra o que se protege judicialmente a honra e a imagem de uma pessoa? Parece existir uma noção majoritária de que essa proteção se dá em oposição à crítica com determinados conteúdos. Acredito que essa concepção atualmente dominante no Brasil está enganada e seu manejo pelas cortes tem causado efeito prejudicial decisivo à liberdade de expressão.

A imagem que uma pessoa tem perante sua comunidade é o resultado líquido das opiniões de todos sobre essa pessoa. Se existem mais opiniões positivas do que negativas, então a pessoa goza de bom status. Se existem mais opiniões negativas do que positivas, a

---

[83] Ver, por todos, SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 74: "É verdade que, na prática, a violação à honra vem, muitas vezes, acompanhada do uso não autorizado da imagem, mas não há dúvida de que consistem em direitos autônomos, aos quais o ordenamento jurídico assegura proteção própria e independente. O uso não autorizado da imagem pode ser vedado mesmo na ausência de qualquer afronta à honra ou à respeitabilidade. De outro lado, a violação à honra pode surgir sem o uso da imagem ou mesmo do nome da vítima, como na hipótese de lhe ser dirigido um xingamento durante uma discussão em local público."

pessoa é malvista. A crítica, a manifestação feita com intenção de contrabalançar as manifestações positivas, com a finalidade de modificar para pior a imagem de uma pessoa em sua comunidade, não é um fenômeno externo e estranho ao desenvolvimento da imagem. Pelo contrário! É um bloco essencial da construção da imagem de um indivíduo ou empresa. Se a crítica intencional, feita com intenção de difamar, fosse fator alienígena contra o qual a imagem pudesse ser encapsulada pelo Judiciário, então a reputação individual seria formada unicamente pelas manifestações positivas e elogiosas. Em uma sociedade chapa-branca, na qual todos recebem apenas amabilidades e galanteios, não é possível se diferenciar as pessoas. Se todos são competentes ninguém conseguiria se diferenciar por sua competência. Sem a possibilidade de diferenciação, a construção de uma identidade individual ou do grupo é inviável. É por essa razão que confiar ao Judiciário a tarefa impossível de, sem produzir um efeito disseminado de insegurança e imprevisibilidade, diferenciar a crítica da ofensa pessoal[84] não é viável.

Conforme será descrito no capítulo com os resultados da análise das decisões de primeira instância sobre liberdade de expressão e honra no TJ-RJ, a concepção prevalente entre magistrados é de que a intenção de difamar é intrinsecamente incompatível com a proteção da honra. A vontade de modificar para pior a reputação de uma pessoa é tida como ilegal por si. Esse é um engano cujo impacto será medido mais tarde.

Importa aqui desmistificar o chamado *animus difamandi* e os ataques pessoais. Eles são pré-condição necessária e saudável da construção social da reputação de pessoas e grupos. A nocividade decorre de ataques ou críticas feitas por alguém ou alguma organização com maior capacidade comunicativa do que seu alvo.

Por que essa noção é tão impopular? Por que o *baseline* da atividade legislativa e judicial é a presunção de que a difamação é intrinsecamente ruim? Entendo que a explicação para isso tem menos a ver com o conceito de imagem ou reputação e mais a ver com o conceito de honra. James Whitman minuciosamente descreve a evolução do direito do insulto ou *Beleidigungsrecht* na Alemanha de sua raiz na sociedade medieval dos duelos até o final

[84] Os magistrados brasileiros, no entanto, entendem que essa é uma missão necessária, como aponta ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. A tutela dos direitos da personalidade no direito brasileiro em perspectiva atual. **Revista de Derecho Privado**. n.º 24, 2013, p. 105.

do século XX.[85] A perspectiva histórica é reveladora da origem do atual entendimento de que a dignidade da pessoa humana oferece base para a proteção da honra individual. Ainda que essa seja uma justificação possível e eficaz sob o ponto de vista argumentativo, a proteção da honra defendida hoje na doutrina civil-constitucional tem causa real e seu impulso inicial no conceito de demonstração externa de respeito tão cara à nobreza. De expressão totalmente ritualística, a demonstração externa de respeito era algo devido apenas à elite. O dever do respeito é algo umbilicalmente ligado ao desnível de status social tão natural ao medievo. O inferior devia respeito ao superior e isso era manifestado pela demonstração externa física e verbal de respeito. Se um nobre tratava outro nobre sem o respeito exigido por seu status especial perante o restante da sociedade, o resultado era o desafio para um duelo. O dano à honra, caracterizada pela posição de superioridade, somente poderia ser desfeito pela via não-patrimonial – justamente por não se tratar de dano material.

A origem elitista do conceito de honra determinou o curso evolutivo do direito do insulto na Alemanha. Em determinada época, a ideia de que uma reparação por dano imaterial legitimasse a violência física deixou de ser compatível com o monopólio do uso da força pelo Estado. A partir daí, o dano imaterial causado pelo insulto à honra passou, ainda que com algum estranhamento inicial, a ser passível apenas de compensação financeira após a moderação da disputa entre ofendido e ofensor pelo Estado. A honra permanecia, contudo, um fator discriminador: algumas pessoas tinham maior interesse legítimo na proteção da honra do que outras, perpetuando o espírito elitista.

A democratização do interesse legítimo e legalmente respaldado na proteção da honra individual na Alemanha é o resultado de dois movimentos chocantemente estranhos à proteção da dignidade humana segundo a lógica e fundamentação atual da honra no direito brasileiro. O primeiro passo foi o alargamento da parcela da população com interesse legítimo de proteção de sua honra. Essa ampliação foi operada no auge do regime nazista com fundamento de elevação do status dos membros da raça ariana, independentemente de seu status financeiro. Assim como o “todos” da democracia ateniense significava na verdade uma parcela muito pequena da população, tampouco o “todos” do direito do insulto alemão

[85] WHITMAN, James Q. Enforcing civility and respect: three societies. **Yale Law Journal**. V. 109, 2000, p. 1295 e ss.

decorreu de uma inclusão real e igualitária. A proteção da honra passou a ser acessível às massas – arianas.

Uma das constatações mais curiosas de Whitman é que a inclusão de uma parcela numericamente significativa da população no conjunto daqueles que poderiam proteger sua honra não significou um descolamento da lógica elitista. A desigualdade talvez tenha deixado de ser um fator em teoria, mas não porque todos passaram a ter liberdade na forma como tratam os demais. Em vez disso, o efeito da reforma nazista do direito do insulto foi o de elevar a população em geral ao padrão da nobreza. A lógica do "sabe com quem está falando?" persiste, de modo que houve um "nivelamento para cima" da sensação individual de que a demonstração externa de respeito é devida. Agora, todos acreditam ser legítimo proibir o ataque à sua honra pessoal. Conforme Whitman, esse é o oposto do que ocorreu na cultura norte-americana, na qual o elemento elitista da honra que precisa ser protegida, inerente ao papel da nobreza na sociedade, nunca existiu simplesmente porque a cultura americana foi moldada desde o início com base na ideia de ausência de castas ou elites. Ou seja, se na Alemanha ocorreu o nivelamento de todos por cima, nos Estados Unidos sempre houve o nivelamento de todos por baixo, um contexto hostil à noção de que o conceito que a pessoa tem de si é legalmente intocável pelas demais.

De uma sociedade medieval baseada em castas, originou-se um conceito de honra cuja proteção é tarefa do Estado[86]. De uma sociedade de colonos e imigrantes que, na maioria das vezes, não eram ninguém em sua terra natal, originou-se um conceito de liberdade de crítica. A oposição entre o "sabe com quem está falando?" e o "quem você pensa que é?". Essa é uma descrição alegórica e romantizada, além de simplista, da cultura europeia e brasileira em comparação com a cultura americana. Mas a alegoria é útil como contraste à igualmente alegórica descrição da proteção jurídica da honra como desdobramento necessário, intrínseco e desejável da proteção da dignidade da pessoa humana.

O segundo movimento do direito alemão que colaborou para o atual perfil da honra está relacionado ao combate inicial do discurso de ódio. No pós-guerra, a única opção para

[86] "And at the heart, finally, of the conception of Beleidigung, of insult, there still lies a kind of high-society concept of civility-a concept that necessarily limits the reach of the German enforcement of respect. For "civil" behavior, in the thought-world of the law of insult, remains the kind of civility that was characteristic of upper-status behavior in centuries past: It remains civility that revolves around the highly formalistic, often thoroughly insincere, outward show of respect (…)", Whitman, op. cit., p. 1337.

fazer frente à intolerância era a ação privada por parte do membro ofendido da minoria atacada. Isso era obviamente insuficiente em razão da característica coletiva da intolerância baseada no preconceito com um determinado grupo como um todo. O código penal alemão foi reformado e passou a contar com o conceito de dignidade como elemento relevante para a identificação do discurso de ódio.

Mas de onde os autores da alteração tiraram um conceito operacionalizável de dignidade? Conforme Whitman:

> "German constitutional scholars had developed, in the 1950s, a powerful body of Kantian thought on the nature of human dignity, which rested on subtle ideas of the distinction between exchangeable "value" and non-exchangeable "dignity." These subtleties did not seem practical to the drafters of the new hate-speech regulation of § 130; they felt the need to grasp at some more concrete conception. The tale of how they found their more concrete conception is a tale of the strengths of the old social traditions and of the consequent weaknesses of German hate-speech regulation: For, strange though it may seem, the draftsmen drew their concrete conception of human dignity from *military law*, a classic arena of honor-based thinking. In the wake of the horrors of the Nazi period, the Federal Republic's military Codes of Conduct and of Criminal Law had been amended to include provisions on "human dignity." Foreigners will assume that these provisions aimed to prevent a repetition of Nazi atrocities,' but in fact their principal aim was different. German legislators wanted to guarantee the dignity of *Germans*, ensuring that they would be treated as citizen-soldiers, and not as underlings. (...) What did these new provisions mean? Their setting was the interaction between two individuals, the commanding officer and soldier, against the background of centuries of traditions requiring soldierly respect. Inevitably, therefore, the new provisions were understood as guaranteeing *the individual show of respect*."[87]

A relação entre honra e dignidade nunca existiu na origem medieval do direito do insulto. A honra e sua proteção passaram a ser fundamentadas na proteção da dignidade apenas por influência do direito militar alemão – com todos os vícios autoritários, formalistas e ritualísticos que isso acarreta. Esses vícios não se manifestam necessariamente no recurso à dignidade humana em qualquer área do direito ou proteção de qualquer direito fundamental, evidentemente. Eles caracterizam o contexto da proteção da honra porque essa originou-se e consolidou-se como uma asserção de autoridade aristocrática formal.

Em sua raiz, portanto, a proteção da honra emana das dinâmicas de poder entre nobres e não-nobres em uma sociedade medieval. Em sua essência, a proteção da honra no direito brasileiro perpetua a noção de desigualdade e autoridade inerente à ideia de que criticar é

[87] Whitman, op. cit., pp. 1339-1340.

desrespeitar. Isso é palpável na fundamentação das sentenças de primeira instância, analisadas mais adiante.

Aqui, parece-me apropriado lançar um dos questionamentos que move essa tese. Em uma democracia constitucional, há alguma razão para impedir que alguém ou algum grupo ofenda e difame abertamente outra pessoa ou grupo, se o ofensor não tiver maior capacidade comunicativa do que o ofendido? A resposta positiva, em países com herança de desigualdade e autoritarismo elitista como o Brasil, deve-se principalmente à influência da origem da proteção formalista e ritualística da honra e da demonstração externa de respeito.

A título de sumarização e conclusão intermediária, há que se separar os papéis, funções e limites da proteção da imagem e da honra. A primeira é construção social que resulta da interação das manifestações positivas e negativas sobre o indivíduo ou empresa. A crítica não só é legítima como é necessária a essa interação. Somente existe necessidade de atuação Estatal para garantir a interação com equilíbrio de capacidade comunicativa entre as manifestações positivas ou negativas. Já a honra é conceito originado em sociedades elitistas e pressupõe um dever de respeito formal e ritualista do inferior para com um superior. Apesar de fundamentações diferentes construídas pela doutrina nas últimas décadas, aparentemente em consonância com a igualdade material e como decorrência necessária da proteção da dignidade, as pré-condições do papel da honra e sua função não permitem que sua proteção pelo Judiciário se dê de outra forma que não a reforçar o caráter censurador e autoritário do papel da honra.

1.2.2.2 Judiciário e Discurso de ódio

A segunda questão diz respeito ao papel do Judiciário não apenas como via para que o ofendido possa buscar reparação por seu suposto dano à imagem, mas também como meio de

combate ao discurso de ódio[88]. Adoto o conceito de discurso de ódio de Jeremy Waldron, no sentido de que o ponto central

> "é a publicação e o dano causado a indivíduos e grupos em razão da desfiguração de nosso meio social por meio de sinalizações visíveis, públicas e semipermanentes no sentido de que, na opinião de um dos grupos da comunidade, talvez majoritário, membros de outro grupo não são dignos de igual cidadania."[89] (2012, p. 39)

Minha pergunta de pesquisa nesse artigo diz respeito, portanto, não ao "se", mas ao "como". Mais especificamente, minha preocupação é a conveniência da atuação do Judiciário como meio de combate ao discurso de ódio.

O desenvolvimento da regulação do discurso de ódio, como será discutido na segunda parte dessa tese, ocorre como forma de compatibilizar a busca pela igualdade material no campo da proteção da manifestação do pensamento. Um dos pressupostos é a capilaridade da intolerância e a falta de mecanismos sociais para combatê-la com eficiência. Historicamente, a realidade sempre foi a perpetuação de manifestações abertas e explícitas ou perversamente sutis e discretas de racismo, machismo e homofobia, entre outros, pelos grupos socialmente privilegiados. Com as posições de autoridade e chefia, os cargos políticos influentes e os meios de comunicação em massa ocupados quase que exclusivamente por homens brancos heterossexuais, as chances são muito pequenas de que ganhem corpo e disseminação os discursos de quebra da dominância e continuidade de lógicas e ideais discriminadores. O caminho de menor resistência é o da intolerância – aberta ou velada.

O poder Judiciário surge como opção pela capacidade de operar a análise crítica e desconstrução dos discursos hegemônicos refletidos e transportados por declarações ou

---

[88] Não é meu objetivo discorrer sobre se o discurso de ódio é ou não nocivo – acredito que seja – nem sobre se ele deveria ou não ser objeto de algum tipo de restrição no Brasil – acredito também que deva. Em síntese, e especialmente no contexto do importante caso Ellwanger, cumpre dizer que "todos os cidadãos devem ser tratados com o mesmo respeito e a mesma dignidade. Uma sociedade democrática é aquela em que há consideração e respeito mútuos, e não em que indivíduos dividem-se em superiores e inferiores." HONÓRIO, Cláudia. KROL, Heloísa. Jurisdição constitucional, democracia e liberdade de expressão: análise do caso Ellwanger. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. ano 8, n. 32, 2008, p. 90.

[89] "The issue is publication and the harm done to individuals and groups through the disfiguring of our social environment by visible, public, and semipermanent announcements to the effect that in the opinion of one group in the community, perhaps the majority, members of another group are not worthy of equal citizentship." WALDRON, Jeremy. **The Harm in Hate Speech**. Cambridge: Harvard University Press, 2012, p. 39.

práticas discriminatórias. Como o problema de representatividade afeta especialmente o poder político, os magistrados seriam os únicos capazes de forçar o Estado a atuar em favor da construção da igualdade material, protegendo minorias. No caso especificamente da manifestação do pensamento e do discurso de ódio, existem dois fatores que exigem uma revisão da descrição feita até aqui. Eles dizem respeito à i) *capacidade* e à ii) *necessidade* de o Judiciário realizar essa tarefa.

A capacidade de identificar o discurso de ódio como tal e compreender a extensão de seus efeitos negativos é desafiada pela subjetividade e pré-conceitos que influenciam qualquer avaliação feita por um ser humano de uma manifestação do pensamento emanada de terceiro[90]. Os casos que chegam ao Judiciário geralmente envolvem ilações, subcontextos, interpretações sofisticadas ou exclusivas de determinados grupos, piadas e similares. Se toda instância de discurso de ódio fosse como um grito de "Vamos matar todos os negros aqui!" feito por um partidário da supremacia branco em um protesto, a regulação do discurso de ódio seria muito menos complicada. Mas essa não é a realidade. Talvez por esse motivo também o número efetivo de decisões sobre discurso de ódio na internet brasileira é pequeno. Uma extensa pesquisa que procurou julgados de todos os tribunais de justiça, tribunais regionais federais, STJ e STF sobre liberdade de expressão em redes sociais em 2010 encontrou um total de 685 casos, sendo apenas 6 deles sobre discurso de ódio[91].

O que está em questão é a capacidade de identificar e coibir certos significados possíveis de manifestações altamente complexas. Aqui nem me refiro aos problemas óbvios na tempestiva identificação dos indivíduos responsáveis por muita da intolerância online[92]. Meu ponto é outro: quanto mais dinâmica a cultura e a comunicação de uma sociedade, maior

---

[90] É necessário, portanto "um estudo que busca abarcar a emergência de uma gama de fenômenos que envolvem a problemática da alteridade no contexto da midiatização, especialmente no que tange ao entrecruzamento entre política e religião, discurso, mídia, jornalismo e produção de subjetividade." DALMOLIN, Aline Roes. A Legislação do Ódio e os Limites à Liberdade de Expressão: Enfoques Contemporâneos na Mídia e no Direito. **Anais do 3º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede**. UFSM, Santa Maria, 2015, p. 7.

[91] SILVA, Rosane Leal da et al. Discursos de Ódio em Redes Sociais: Jurisprudência Brasileira. **Revista Direito GV**. v. 7, n. 2, 2011, p. 452.

[92] "Observando como os perfis dos haters foram constituídos na rede, podemos perceber que a maioria dos discursos ofensivos foram reproduzidos através de um perfil fake, ou seja, eles utilizaram um pseudônimo e uma imagem genérica para se apropriar da ferramenta, com o objetivo de proteger sua identidade e se livrar de punições mais rigorosas do sistema (como por exemplo, ser banido), ou até mesmo do julgamento e denúncia de outros usuários presentes na rede." AMARAL, Adriana. COIMBRA, Michele. Expressões de Ódio nos Sites de Redes Sociais: O Universo dos Haters no Caso #Eunãomereçoserestuprada **Contemporanea**. Revista de Comunicação e Cultura. v. 13, n. 2, 2015, p. 303.

a dificuldade que um magistrado tem de identificar e punir os casos de discurso de ódio trazidos a ele, diferenciando-os de casos *borderline* de liberdade de opinião protegida. A empreitada é ainda mais complexa em uma sociedade na qual o discurso público não é mais o produto estável de poucos veículos de mídia de massa, mas o resultado caótico de milhões de manifestantes em redes sociais.

Um exemplo muito ilustrativo é a campanha– até agora eficaz – de grupos da *alt-right* norte-americana para produzir confusão em relação ao significado de elementos culturais como símbolos e memes. Utilizando fóruns, redes sociais, enciclopédias colaborativas e outras plataformas de comunicação altamente descentralizadas, esses grupos passaram a construir explicações alternativas para fazer acreditar que uma *selfie* tomando leite indica que a pessoa defende a supremacia branca. Ou que os dois dedos em riste comumente associados ao "v" de vitória na verdade agora significam a intolerância com grupos LGBTQ.[93] A tática é o uso desses símbolos dando a entender que os membros do grupo realmente atribuíram tal significado a essas manifestações. Como isso tudo se dá em plataformas abertas como Twitter e fóruns, essas pessoas conseguem chamar a atenção da imprensa que, ao reportar alarmada o novo desdobramento, acaba por amplificar a mensagem desse novo significado de intolerância daquilo que antes tinha um sentido totalmente diferente.

A própria definição do sentido do ato de tirar uma foto tomando leite passa a ser controversa, pois o sentido dessa manifestação é múltiplo. Qual a possível resposta de um magistrado ao julgar um pedido de indenização por danos morais em decorrência do uso dos dedos em riste? Ignora o sentido novo que está sendo atribuído à mensagem e garante a continuidade da prática pelos seus autores? Ou reconhece o dano moral e, assim, oficializa a nova interpretação, gerando inclusive notícias da condenação que aumentaram o alcance da nova interpretação do símbolo?

É inviável que um órgão estatal, representado por um agente político, em decisões resultantes do conhecimento e apreciação unilateral natural ao magistrado, tenha condições de combater o discurso de ódio descentralizado, em um fluxo altamente sofisticado e dinâmico de significados, autores e meios de disseminação. O cenário de produção e desenvolvimento de discurso de ódio na internet, ressignificado e amplificado pelos veículos tradicionais de

[93] The Alt-Right's Newest Ploy? Trolling With False Symbols. Emma Grey Ellis. **Wired**. Disponível em: https://www.wired.com/2017/05/alt-rights-newest-ploy-trolling-false-symbols/. Acessado 14 jan 2018.

mídia e posteriormente enriquecido pelas redes sociais, é qualitativamente diferente do cenário de regulação do ódio até a década de noventa[94]. Nesse novo ecossistema, quando o Estado busca combater instâncias de construção coletiva e descentralizada de símbolos culturais sempre acaba gerando a censura típica da imposição de versões e interpretações oficiais. O controle do pensamento paira sempre como um possível próximo passo.

A ideia de que grupos da internet possam simplesmente mudar o significado tradicional perante uma determinada sociedade de um símbolo de uso comum pode parecer exagerada. Mas basta lembrar o novo significado que multidões *off-line* e *online* no Brasil deram ao uso da camiseta da seleção brasileira de futebol masculino e, em determinadas situações, à bandeira nacional[95]. O mesmo ocorre na Suécia, onde o uso da bandeira por determinados grupos conservadores de direita acabou definindo um novo significado, de conotação negativa para a parcela progressista da população. Com alguma frequência e muita ingenuidade se diz ainda no Brasil que liberdade de expressão e discurso de ódio são institutos desconectados e opostos[96]. É sempre importante lembrar, portanto, a sensível lição de Ingo W. Sarlet e Carlos A. Molinaro:

> "[H]á uma inderrogável perspectiva cultural que deve estar sempre presente quando se intenta refletir sobre a liberdade de expressão e seus limites. Daí ser válido afirmar que toda manifestação livre do pensamento ou a ação que a exteriorize vai revelar-se como um produto cultural amalgamado por preceitos de uma "moralidade pública", acolhidos por determinados círculos sociais onde ela ocorre. Tal situação induz, eventualmente, conflitos entre os diversos círculos socioculturais encontrados nas sociedades."[97]

A capacidade dos magistrados de navegar adequadamente nesse meio riquíssimo de significados que é a comunicação descentralizada nas redes sociais é prejudicada severamente pela falta gritante de representatividade entre os membros do Judiciário. Adoto aqui a

---

[94] "The Internet offers an opportunity to establish groups and discussion forums, easy means of communication, and makes it possible to accumulate data and reach large numbers of people, both potential followers and victims. It also supplies additional methods of attracting children and youth, such as making available hate-music and hate-games to download (for example, 'Ethnic Cleansing' and 'Shoot the Blacks')." TIMOFEEVA, Yulia A. Hate Speech Online: Restricted or Protected? Comparison Of Regulations In The United States And Germany. **Journal of Transnational Law & Policy**. V. 12, n. 2, 2003, p. 256.

[95] Amor à Camisa. UOL. Disponível em: https://tab.uol.com.br/camisa-selecao/#amor-a-camisa. Acesso 22 jan 2018.

[96] Ver, por exemplo a declaração de uma defensora pública: Discurso de ódio não é liberdade de expressão, diz defensora que venceu ação contra Fidelix. Estadão. Disponível em: http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/discurso-de-odio-nao-e-liberdade-de-expressao-diz-defensora-que-venceu-acao-contra-fidelix/. Acesso 19 jan 2018. Liberdade de expressão não pode ser usada para discurso de ódio, diz juiz. Estadão.

[97] SARLET, Ingo W. MOLINARO, Carlos Alberto. Liberdade de Expressão! [Superando os Limites do "Politicamente (In)Correto"]. **Revista da Ajuris**. v. 39, n. 126, 2012, p. 43.

perspectiva de que o conteúdo das decisões judiciais pode ser explicado em função do que diz o direito, mas também em função da ideologia do magistrado, suas preferências pessoais e condições de trabalho, entre outros fatores. Conforme discutirei em mais detalhe oportunamente, essa noção mais realista é ancorada por décadas de pesquisas no campo da *judicial politics.* A cor da pele de um magistrado ajuda a prever com sucesso algumas de suas decisões, bem como sua posição do espectro ideológico, se mais conservador ou mais progressista, e inclusive sua religião[98]. Isso ocorre inclusive em decisões envolvendo liberdade de expressão. A influência de fatores diversos relacionados à pessoa do magistrado no conteúdo da sentença não se confunde com o efeito institucional e sistemático de tratamento diferenciado reservado a brancos e negros no sistema penal como um todo, por exemplo, conforme já documentado há décadas[99].

Essa é uma realidade inevitável com a qual o direito e o Judiciário devem trabalhar, já que o magistrado assepticamente neutro é uma fantasia. O problema resta, portanto, no fato de que os magistrados brasileiros pertencem predominantemente às categorias historicamente favorecidas e não sujeitas ao discurso de ódio. Segundo o Censo do Conselho Nacional de Justiça publicado em 2014[100], as mulheres ocupam 35,9% da magistratura nacional. O *gap* é grande, mas já foi muito maior. Entre 1982 e 1991 as mulheres ingressantes na magistratura representavam 25,6% do total. No Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro a proporção de magistradas é de 46,3%[101], enquanto que no Tribunal de Justiça de São Paulo é de 31,8%[102].

---

[98] Vale notar aqui, já que o discurso de ódio inclui intolerância para com minorias religiosas, que também a religião do juiz afeta suas decisões em casos envolvendo liberdade religiosa, conforme um estudo com recorte de três décadas de decisões da justiça federal norte-americana. SHAHSHAHANI, Sepehr. LIU, Lawrence J. Religion and Judging on the Federal Courts of Appeals. **Journal of Empirical Legal Studies**. V. 14, n. 4, dez 2017, p. 740: "Of the threeminority religions studied—Catholicism, Judaism, and Mormonism—only Judaism wasfound to affect how judges vote. Jewish judges vote in a more pro-claimant directionthan their non-Jewish colleagues in religious liberties cases."

[99] Ver, por exemplo, o importante estudo de ADORNO, Sérgio. Discriminação Racial e Justiça Criminal em São Paulo. **Novos Estudos**. N. 43, 1995, p. 63: "Os principais resultados da pesquisa indicaram que não há diferenças entre o "potencial" para o crime violento praticado por delinquentes negros comparativamente aos brancos. No entanto, réus negros tendem a ser mais perseguidos pela vigilância policial, revelam maiores obstáculos de acesso à justiça criminal e maiores dificuldades de usufruir do direito de ampla defesa, assegurado pelas normas constitucionais"

[100] Conselho Nacional de Justiça. **Censo do Poder Judiciário**. VIDE. Vetores iniciais e dados estatísticos. Brasília: CNJ, 2014, p. 33 e ss.

[101] Conselho Nacional de Justiça. **Censo do Poder Judiciário 2013**. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, p. 11. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/07/206583aba702b9d8f81edde9b7c2f08b.pdf. Acesso 15 jan 2018.

Além disso, 30,2% das juízas brasileiras reportou ter passado por "reações negativas por parte de outros profissionais do sistema de justiça por ser mulher"[103].

O famoso fenômeno do teto de vidro dita que a desigualdade e falta de representação é maior no topo de carreiras e em cargos de alto escalão do que nas portas de entrada e funções de menor hierarquia.[104] Isso fica explícito quando se compara a participação feminina na primeira instância, de 36,6%, com a segunda instância e os tribunais superiores. Entre desembargadores, apenas 21,5% são mulheres. Apenas 18,4% das posições nos tribunais superiores são ocupadas por mulheres[105]. Isso é confirmado por dados mais recentes elaborados com base nas planilhas de remuneração dos magistrados submetidas ao CNJ pelos tribunais. Apenas 4 tribunais de justiça têm proporção maior de mulheres na segunda instância do que na primeira. Nos demais tribunais, a concentração de desembargadoras é de cerca de 35% ou menos[106]. Os negros estão ainda mais subrepresentados. Apesar de formarem 54% da população do país[107], representam apenas 15,6% dos magistrados no Judiciário brasileiro. Nos tribunais superiores, apenas 8,9%.

Se os estudos mostram que a raça e o gênero do julgador afetam o resultado das decisões, por qual razão um Judiciário desigual seria capaz de quebrar o *status quo* de centenas de anos de aceitação e naturalização de mensagens explicitamente e, especialmente, implícita e sub-repticiamente machistas, racistas, homofóbicas ou antissemitas? Em um país

---

[102] Conselho Nacional de Justiça. **Censo do Poder Judiciário 2013**. Tribunal de Justiça de São Paulo, p. 17. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/07/0dc09a2d5e63f6bf0d83ea9aeaa82853.pdf. Acesso 15 jan 2018.

[103] CNJ, **Censo do Poder Judiciário**, op. cit., p. 91.

[104] Uma busca mais recente de elementos para auxiliar a identificação de contextos de teto de vidro envolvendo gênero apresenta prováveis explicações para sua ocorrência: "A partial list of factors that may contribute to a glass ceiling includes job ladders, personnel policies, limited enforcement of employment laws, and employer discrimination." COTTER, David A. et al. The glass ceiling effect. **Social Forces**. N. 80, v. 2, dez. 2001, p. 673.

[105] Estudos empíricos demonstram que essa diferença de participação tem efeitos complexos e relevantes. Ver, por exemplo, BONELLI, Maria Gloria. Profissionalismo, gênero e significados da diferença entre juízes e juízas estaduais e federais. **Contemporânea** - Revista de Sociologia da UFSCar, v. 1, p. 103-123, 2011, p. 121: "Mais do que as mulheres, os juízes enfatizaram que o gênero não é fator de diferença na carreira, reconhecendo menos a existência de preconceitos na magistratura do que elas. A diferença como experiência dá sentido a essa percepção feminina. Embora não identifiquem a existência de segmentação na carreira segundo o gênero, vivenciam a força dos estereótipos e mapeiam os preconceitos que alimentam lutas em torno dessas hierarquizações."

[106] A presença de mulheres nos Tribunais de Justiça do Brasil. Jornal Nexo. Disponível em: https://www.nexojornal.com.br/grafico/2018/01/15/A-presen%C3%A7a-de-mulheres-nos-Tribunais-de-Justi%C3%A7a-do-Brasil. Acesso 18 jan 2018.

[107] Negros representam 54% da população do país, mas são só 17% dos mais ricos. Disponível em: https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2015/12/04/negros-representam-54-da-populacao-do-pais-mas-sao-so-17-dos-mais-ricos.htm. Acesso 15 jan 2018.

no qual a visão predominante ainda é a de que o racismo é uma prática sempre apenas consciente e dolosa[108], não é surpresa que o tipo penal de racismo seja letra morta. Um Judiciário predominantemente branco tem muito mais dificuldade de compreender a sutileza de efeitos discriminatórias de determinadas mensagens, especialmente quando disfarçados pela aparente inocência do humor. Uma grande parcela da população ainda acredita que piadas apoiadas em estereótipos de raça são inofensivas, especialmente quando o responsável por contá-las não tinha a intenção de perpetuar intolerância. Mas a comunicação envolvendo conceitos raciais exige uma análise muito mais sofisticada para entender seus componentes, motivadores e efeito. Por vezes a piada depende de um estereótipo racial que não é explicitado em seu enunciado[109].

Existe um terceiro problema fundamental resultante da produção de ferramentas para a penalização de determinados discursos em função de seu ponto de vista. Aberta a porta para uma regulação com base no conteúdo político da manifestação, essa acaba sendo utilizada pelos grupos majoritários para repelir as novas narrativas produzidas pelas minorias. Pelas razões já expostas, considerando o perfil branco, masculino e, possivelmente,heterossexual dominante no Judiciário, as chances de que grupos tradicionais consigam produzir uma narrativa de falsa vitimização é bastante grande quando se trata de avaliações subjetivas sobre mensagens, intenções e significados.

Há ao menos um exemplo recente disso no Brasil. Em 2016 a página no Facebook da revista *online* AzMina veiculou crítica ao novo ministério exclusivamente masculino formado pelo presidente Temer logo após sua posse. Um homem respondeu defendendo a escolha do presidente e desvalorizando a preocupação com a representatividade de gênero: “E??? O que importa é que tenham os melhores, independente de qualquer coisa. Mérito importa mto mais, igualdade não é importante (só formalmente)”. A resposta da revista foi uma ironia,

---

[108] Sobre isso, fundamental o trabalho de Linda Kriger compilando e sumarizando diversos experimentos que esclarecem as condições segundo as quais o preconceito racial opera, em um plano subconsciente muitas vezes invisível ao responsável pela discriminação. KRIEGER, Linda Hamilton. Civil Rights Perestroika: Intergroup Relations after Affirmative Action. **California Law Review**. vol. 86, pp. 1251-1333, dez 1998.

[109] “We might begin by distinguishing between those instances of humor that incorporate racial stereotypes in some crucial fashion (either by expressing stereotypes or requiring their knowledge for a joke’s success) and those instances that do not. Some instances of humor depend on racial stereotypes for their humor, whether explicitly expressed by the speaker or via background assumptions required for uptake of the punch line by the hearer. In contrast, other instances of humor do not depend crucially for their humor on the explicit expression or required assumption of racial stereotypes.” ANDERSON, Luvell. Racist humor. **Philosophy Compass**. N. 10, v. 8, 2015, p. 506.

colocando-se na posição do autor do comentário: “Leia-se: ‘igualdade não importa pra mim que sou homem, branco, de classe média e cago na cabeça do resto da população’”.

A organização feminista foi processada e condenada a indenizar o autor do comentário em R$ 2.000. Segundo o magistrado do juizado especial cível,

> “extrai-se dos elementos de provas coligidos aos autos que a parte autora teve a sua honra objetiva e subjetiva maculada por ato praticado por preposto da requerida, que fez uma releitura própria e particular, flagrantemente deturpada e desconsonante da opinião expressada pela parte autora, a ponto de não ser possível realizar uma correlação lógica entre a opinião externada pelo requerente e a interpretação dada pela ré.”[110]

Levar a discussão sobre o mérito de ideias e discursos intolerantes para o Judiciário é dar aos magistrados o monopólio da determinação de quais correlações lógicas as pessoas podem ou não fazer ao interpretar manifestações de terceiros. A cultura de cordialidade e proteção ritualística da honra no Brasil é simplesmente incompatível com uma narrativa de revisão de valores e práticas discriminatórias, uma narrativa reacionária que, por vezes, precisa inevitavelmente apontar dedos e reagir de maneira assertiva às perseguições e violências sutis enraizadas na cultura brasileira.

É preciso considerar que a judicialização do discurso de ódio em função de suas premissas e conteúdo significa levar a batalha para uma arena na qual membros nos mais altos postos da hierarquia afirmam que os heterossexuais estão virando minoria e precisam reivindicar seus privilégios[111] ou então que as esposas devem obediência aos seus maridos[112].

Que a análise judicial do discurso de ódio não é tarefa simples não constitui nenhuma novidade, é claro. Meu propósito aqui era apresentar alguns desdobramentos recentes desse contexto, bem como enfatizar outros aspectos já tradicionais que, no entanto, normalmente são subestimados. Existe toda uma nova gama de interações sujeitas a instâncias de discurso de ódio criando problemas ainda mais desafiadores e que não constituem meu foco nessa tese, mas importam também em considerações sobre a viabilidade e conveniência das alternativas à

---

[110] Nº 0700372-44.2016.8.07.0011 - PROCEDIMENTO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL - A: HERON JOSE CASTRO OLIVEIRA. Adv(s).: Não Consta Advogado. R: AZMINA. Adv(s).: DF26938 - LIVIA MAGALHAES RIBEIRO EON. Número do processo: 0700372-44.2016.8.07.0011.

[111] Heterossexual está virando minoria e perdeu direitos, diz ministro do STJ. Disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/12/1940551-heterossexual-esta-virando-minoria-e-perderam-direitos-diz-ministro-do-stj.shtml. Acesso 15 jan 2018.

[112] Cotado para o STF, Ives Gandra Filho defende submissão da mulher ao homem. http://justificando.com/2017/01/23/cotado-para-o-stf-ives-gandra-filho-defende-submissao-da-mulher-ao-homem2/. Acesso 15 jan 2018.

moderação judicial. Um bom exemplo são as interações que ocorrem entre softwares com inteligência artificial e seres humanos.

Há cerca de dois anos, a Microsoft colocou seu *chat-bot* Tay para interagir com usuários do Twitter e aprender com essas interações. Suas respostas ela lentamente influenciadas por aquilo que diziam ao bot. Em 24 horas suas manifestações passaram a incluir "*Hitler was right I hate the jews*" e "*I fucking hate feminists and they should all die and burn in hell*"[113].

O próprio gênero de assistentes pessoais como Siri, Alexa e Cortana, que é quase sempre definido como feminino em razão de estereótipos sobre o papel de mulheres e homens na sociedade[114], pode gerar situações que reforçam machismo[115]. Ocorre que, ao serem sujeitados, por parte de muitos usuários, a prejudiciais expectativas tradicionais de docilidade e subserviência no papel da mulher como secretária, inclusive diante de abuso sexual, esses assistentes não apontam o problema e permanecem dóceis[116]. Com isso, o comportamento de assédio apenas se perpetua. Após pressão feita por grupos de interesse e até uma petição online, esse comportamento dos assistentes passou a ser modificado pelas empresas[117].

Seria o caso de processar a empresa responsável pelo *chat-bot*? Mas ela pode ser responsabilizada ou um software dotado de inteligência artificial teria capacidade jurídica própria? Possivelmente as normas atualmente aplicáveis seriam capazes de proteger a liberdade de expressão de um *chat-bot*, tudo depende de quanta autonomia se considera que o software tem em relação a seus criadores[118]. E quando o programa é o alvo do discurso de ódio? Quem teria legitimidade para processar os responsáveis? Essas são questões que o

---

[113] Twitter taught Microsoft's AI chatbot to be a racist asshole in less than a day. The Verge. Disponível em: https://www.theverge.com/2016/3/24/11297050/tay-microsoft-chatbot-racist. Acesso 19 jan 2018.

[114] NASS, Clifford. MOON, Youngme. GREEN, Nancy. Are Machines Gender Neutral? Gender-Stereotypic Responses to Computers With Voices. **Journal of Applied Social Psychology**. v. 27, n. 10, 1997.

[115] Alexa, Siri, Cortana: The Problem With All-Female Digital Assistants. Wall Street Journal. Disponível em: https://www.wsj.com/articles/alexa-siri-cortana-the-problem-with-all-female-digital-assistants-1487709068. Acesso 19 jan 2018.

[116] We tested bots like Siri and Alexa to see who would stand up to sexual harassment. Quartz. Disponível em: https://qz.com/911681/we-tested-apples-siri-amazon-echos-alexa-microsofts-cortana-and-googles-google-home-to-see-which-personal-assistant-bots-stand-up-for-themselves-in-the-face-of-sexual-harassment/. Acesso 19 jan 2018.

[117] Writing For Alexa Becomes More Complicated In The #MeToo Era. Refinery29. Disponível em: http://www.refinery29.com/2017/12/184496/amazo-alexa-personality-me-too-era. Acesso 19 jan 2018.

[118] Essa é a conclusão de MASSARO, Toni M. NORTON, Helen. Siri-ously? Free Speech Rights and Artificial Intelligence. **Northwestern Law Review**. N. 110, 2016.

Judiciário precisaria responder antes de começar a pensar em como ponderar a liberdade de expressão, honra e imagem no caso concreto.

Face à dificuldade da tarefa dos magistrados, anteriormente não haveria uma alternativa viável de combater a manifestação da intolerância. A comunicação e a opinião pública eram determinadas por alguns poucos grandes órgãos de mídia e imprensa cujas estruturas internas e lógicas e trabalho e promoção estavam sujeitos exatamente aos mesmos problemas de representatividade que o Judiciário.

As redes sociais, no entanto, não estão. É verdade que a internet era um meio elitizado na década de noventa. Nível de instrução e classe social continuam a atuar como preditores de acesso. Porém, o panorama atualmente no Brasil é de uma penetração generalizada. Se em 2004 apenas 12,2% dos domicílios brasileiros tinham acesso à internet, em 2014 eram 42,1%. Quando são consideradas todas as formas de acesso, como aparelhos celulares, a proporção chega a 54,9% dos domicílios em 2014[119]. Em termos de diversidade, é notável que 39,5% dos negros brasileiros acessam a internet[120]. Não se trata de um ambiente de inclusividade perfeita, mas a situação é muito melhor do que aquela do Judiciário.

A multiplicidade de experiências de vida, backgrounds, níveis de instrução, orientações sexuais e classes sociais, entre outras, faz com que a internet tenha um potencial muito maior de identificar e interpretar de maneira dialética e inclusiva manifestações públicas ou problemas sociais crônicos ligados à desigualdade. Diversas organizações e campanhas obtiveram sucesso em angariar visibilidade para, por exemplo, problemas raciais utilizando mecanismos online de construção e disseminação de discurso. Um exemplo é a campanha #blacklivesmatter, iniciada em 2013 nas redes sociais como um protesto à histórica complacência do Judiciário norte-americano para com o *racial profiling*. O gatilho foi o assassinato de Trayvon Martin por um membro de patrulha de vizinhança. Em 2014, em razão da morte de outros dois negros, Michael Brown e Eric Garner, o movimento ganhou força e

---

[119] PNAD TIC: em 2014, pela primeira vez, celulares superaram microcomputadores no acesso domiciliar à Internet. Agência IBGE Notícias. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2013-agencia-de-noticias/releases/9564-pnad-tic-em-2014-pela-primeira-vez-celulares-superaram-microcomputadores-no-acesso-domiciliar-a-internet.html. Acesso 15 jan 2018.

[120] Quem é a população sem acesso à internet no país. Nexo. Disponível em: https://www.nexojornal.com.br/grafico/2016/05/30/Quem-%C3%A9-a-popula%C3%A7%C3%A3o-sem-acesso-%C3%A0-internet-no-pa%C3%ADs. Acesso 15 jan 2018.

ajudou a garantir o protagonismo no debate público de questões raciais normalmente dispensadas pela mídia tradicional.

Um exemplo muito mais recente de uso da internet para mobilização em torno de uma causa relacionada à profunda desigualdade, nesse caso, de gênero, é a campanha #metoo. Utilizada como uma maneira de dar visibilidade ao abuso e violência sexual contra as mulheres, a *hashtag* foi utilizada milhões de vezes, frequentemente conectada a uma história pessoal de abuso.

A viabilidade de narrativas organizadas por meio da internet para combate ao discurso de ódio e à desigualdade, contendo um impacto real no discurso público e naquilo que é dito e amplificado ou naquilo que é dito e apagado ou removido, é o objeto do próximo capítulo. Ali, meu foco será a raiz dessa organização online com propósito de auto-governança. No presente capítulo, meu objetivo ao tocar nesse aspecto da opinião pública na sociedade-rede[121] é especificamente chamar atenção para o fato de que o Judiciário não é mais *necessário* para o combate ao discurso de ódio[122]. A organização popular online tem produzido efeitos mais intensos de maneira substancialmente mais rápida do que a normal tramitação de um processo judicial até seu trânsito em julgado.

Em 2013, a diretora de comunicação corporativa da empresa IAC, Justine Sacco, postava, do aeroporto de Nova York e depois na escala em Londres, *tweets* sobre o início de sua viagem para a África do Sul. Ela iria visitar familiares[123]. Alguns dos posts eram sarcásticos e com piadas baseadas em estereótipos. Antes de ficar off-line durante o vôo para

---

[121] "O Estado-Rede é aquele no qual as TIs, e especialmente a internet, permitem ao poder público estabelecer procedimentos de tomada de decisão em relação a temas relevantes ou de menor complexidade, com verdadeira participação da sociedade civil em razão do caráter de rede da relação comunicacional entre atores públicos e privados. É responsabilidade do Estado, portanto, a criação e manutenção das condições que permitam o desenvolvimento desses procedimentos." HARTMANN, I. A. M.. A Sociedade-rede e o Estado-rede. **Revista Brasileira de Meio Ambiente Digital e Sociedade da Informação**, v. 1, p. 2-47, 2014, p. 36.

[122] Não é pioneira a constatação de que "o universo virtual pode contribuir de forma vigorosa e positiva ao constituir-se uma ferramenta valiosa para a integração e comunitarismo através da construção de uma espécie de "contra-discurso online" por parte das organizações de grupos étnico-sociais discriminados, o que proporciona maior eficácia ao ativismo na luta contra os discursos de ódio, permitindo assim, a disseminação no ciberespaço de uma postura de cooperação e respeito entre pessoas, imprescindíveis para a formação de uma sociedade fraterna e pluralista que prima pela máxima proteção aos direitos humanos e fundamentais." MARIOTTO, Laura. SILVA, Rosane Leal da Silva. Discursos de Ódio Online: Uma Análise da Colisão de Direitos Fundamentais no Ambiente Virtual. **Simpósio de Ensino, Pesquisa e Extensão**. UNIFRA, Santa Maria, 2012, p. 9. Disponível em: http://www.unifra.br/eventos/sepe2012/Trabalhos/5738.pdf. Acesso 20 jan 2018.

[123] How One Stupid Tweet Blew Up Justine Sacco's Life. **Wired**. Disponível em: https://www.nytimes.com/2015/02/15/magazine/how-one-stupid-tweet-ruined-justine-saccos-life.html. Acesso 15 jan 2018.

Cape Town, sua última postagem foi “Going to Africa. Hope I don’t get AIDS. Just kidding. I’m white!”. Na meia hora seguinte, nenhum de seus 170 seguidores respondeu. Quando pousou em seu destino, onze horas mais tarde, Justine descobriu que era o *trending topic* número um mundial. Um blogueiro com 15 mil seguidores havia visto e *retweetado* a piada de Justine. Essa amplificação súbita fez com que um número enorme de pessoas começasse a discutir a viagem de Justine, seus motivos, o horário em que pousaria etc tudo ao mesmo tempo em que a condenavam por sua piada racista. Quando ela pousou, sua empresa já havia dado uma declaração pública sobre o assunto. Ela foi demitida em menos de 24 horas[124]. Continuou sendo criticada duramente na internet, a despeito de um pedido público de desculpas[125].

A piada de Justine não era com africanos, mas com os norte-americanos que não davam atenção ao grave problema da AIDS na África. Sua piada era, na verdade, uma crítica ao descaso com epidemias que assolam países subdesenvolvidos. Os familiares de Justine na África do Sul eram inclusive apoiadores do Congresso Nacional Africano, o partido de Nelson Mandela. Eles disseram a ela que sua imagem de ativistas pela igualdade havia sido manchada pelo episódio.

Um exemplo mais recente e nacional que mostra como uma manifestação interpretada como racista é punida socialmente de maneira muito mais rápida e eficaz do que pela via judicial é o caso do jornalista William Waack. A internet desempenhou papel decisivo no episódio de duas formas. Primeiro, na disseminação do vídeo no qual Waack, durante uma pausa na gravação de um programa em cobertura das eleições norte-americanas, comenta que a buzina insistente fora do estúdio “É coisa de preto”. A gravação não era oficial, a piada não foi feita durante uma transmissão. A Rede Globo nunca havia disseminado a gravação e, considerando que o episódio ocorreu em 2016, claramente nunca iria punir o jornalista.

Diego Rocha Pereira, um jovem funcionário negro da emissora, viu o ocorrido e gravou o monitor da emissora, nos bastidores, usando o celular. Segundo ele: “Tudo aconteceu enquanto a produção estava colocando o microfone nele. Eu ainda voltei as

---

[124] IAC Fires PR Chief Justine Sacco After Firestorm over AIDS Tweet. **Variety**. Disponível em: http://variety.com/2013/biz/exec-shuffle-people-news/iac-fires-pr-chief-justine-sacco-after-firestorm-over-aids-tweet-1200984675/. Acesso 15 jan 2018.

[125] Justine Sacco, Fired After Tweet on AIDS in Africa, Issues Apology. **ABCNews**. Disponível em: http://abcnews.go.com/International/justine-sacco-fired-tweet-aids-africa-issues-apology/story?id=21301833. Acesso 15 jan 2018.

imagens para ter certeza, não estava acreditando que ele teria falado aquilo. Fiquei tão revoltado que filmei com meu celular"[126]. Inicialmente, Diego mostrou o vídeo para veículos de imprensa, mas não houve interesse pela mídia tradicional em divulgar o ocorrido[127]. O celular com o vídeo chegou a ser pedido por Diego, mas ele havia enviado o arquivo para seu colega Robson Ramos, que o recuperou. A gravação foi primeiro disseminada por meio do Whatsapp e, depois, postado do Twitter[128]. A partir daí, sua difusão viralizou.

Tornar o episódio, envolvendo um dos jornalistas mais prestigiados da maior emissora de televisão do país, de amplo conhecimento da sociedade, era uma primeira etapa necessária. Isso não teria sido possível sem as redes sociais. O segundo papel decisivo da internet foi o de viabilizar o debate democrático, amplo e crítico sobre a piada de Waack. Se ainda existisse o monopólio da imprensa tradicional na escolha do que recebe ou não visibilidade a nível regional e nacional, especialmente de maneira continuada ao longo de dias ou semanas, a discussão jamais teria vingado. Antes da internet, o meio do qual a sociedade dependia para pautar a discussão do racismo disfarçado em piadas era um meio no qual as pessoas tinham incentivos para não criticar um colega de profissão. Se o racismo dele é punido, qual jornalista será o próximo?

A existência de um novo meio para desenvolvimento da opinião pública, mais democrático em sua composição e acesso, descentralizado nas decisões sobre o que é ou não disseminado, impossibilitou que a gravação fosse ignorada ou reinterpretada sob uma luz delirantemente elogiosa[129]. Waack foi primeiro afastado em novembro e finalmente demitido em 22 de dezembro de 2017[130].

---

[126] A dupla de amigos que está por trás do vídeo que custou o afastamento de William Waack. **HuffPost**. Disponível em: http://www.huffpostbrasil.com/2017/11/10/a-dupla-de-amigos-que-esta-por-tras-do-video-que-custou-o-afastamento-de-william-waack_a_23273193/. Acesso 15 jan 2018.

[127] "A gente nem sabia a proporção que ia isso ia tomar, tínhamos soltado apenas para a galera se indignar junto com a gente. Quando ele chegou para mim, até mostrei para a imprensa, mas, na época, ninguém deu vazão. A gente chegou a ouvir 'se não é do (William) Bonner não interessa'. Se a gente soubesse, tinha soltado antes." Idem, ibidem.

[128] Jovens dizem ter vazado vídeo de William Waack. **Revista Veja**. Disponível em: https://veja.abril.com.br/entretenimento/jovens-dizem-ter-vazado-video-de-william-waack/. Acesso 15 jan 2018.

[129] Como tentou fazer de maneira isolada, por exemplo, Reinaldo de Azevedo. William Waack, o jornalista mais importante do país, não é racista! Os covardes se assanham. RedeTV! Disponível em: http://www3.redetv.uol.com.br/blog/reinaldo/post/william-waack-o-jornalista-mais-importante-do-pais-nao-e-racista-os-covardes-se-assanham/. Acesso 15 jan 2018.

[130] William Waack é demitido da Rede Globo. **IstoÉ**. Disponível em: https://istoe.com.br/william-waack-e-demitido-da-rede-globo/. Acesso 15 jan 2018.

Quaisquer que fossem as chances de Justine Sacco ou William Waack serem condenados judicialmente pelo conteúdo de suas manifestações, a punição viabilizada pela internet é mais dura e muito mais rápida. Está claro que o combate mais eficiente e relevante feito hoje do discurso de ódio e da discriminação velada é aquele feito pela própria sociedade no ecossistema das redes sociais, blogs, sites, aplicativos de mensagens e sua interação com organismos mais tradicionais de mídia. A discussão sobre a regulação do discurso de ódio está obsoleta naquilo que pretende a moderação judicial baseada no mérito do conteúdo das manifestações. É por isso que afirmam com razão Walter Rothenburg e Tatiana Stroppa que:

> "Como parâmetro para a solução dos problemas jurídicos, a convicção de que o combate às mensagens preconceituosas e discriminatórias deve passar em primeiro lugar pela construção de políticas públicas que assegurem a todos os grupos, principalmente aqueles que padecem de uma discriminação histórica, o acesso aos meios de comunicação para fazerem ecoar as suas ideias e convicções na esfera de discussão pública"[131]

Na verdade, a eficiência da resposta dada pela internet é tanta que o problema agora é diferente. A questão passou a ser como implementar, com a colaboração talvez administrativamente regulada das empresas que desenvolvem e operam as plataformas privadas de comunicação, mecanismos sociais procedimentais de moderação para conter excessos como o *doxing* praticado contra Justine Sacco ou a perseguição incessante de determinadas vítimas de *bullying online*. O exemplo de Justine é ainda mais valioso porque o sentido que ela mesma dava à sua piada não era racista.

A questão envolve reconhecer a complexidade da gestão descentralizada de uma plataforma de comunicação nunca antes vista, para a qual muitos ainda não estão acostumados, até em função de níveis deficientes de instrução, sem, contudo, cair na armadilha da definição e manipulação de critérios de conteúdo ou ponto de vista para o que pode ou não ser dito. Felizmente a internet é um campo fértil para essa auto-governança, como defendo na seção 2.3 dessa primeira parte da tese.

1.2.2.3 O caso específico do revenge porn

[131] ROTHEMBURG, Walter Claudius. STROPPA, Tatiana. Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio: O Conflito Discursivo nas Redes Sociais. **Anais do 3º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede**. Santa Maria: UFSM, 2015, p. 12.

Tratei até aqui de questões relacionadas à liberdade de expressão e suas limitações em razão da reputação e da intolerância. Indiquei já meu ceticismo em relação a algumas das noções mais tradicionais sobre como e a quem essas limitações devem ser impostas. As propostas feitas na segunda parte da tese dedicam-se a esses dois campos. É importante, entretanto, deixar claro que se aplicam apenas a esses dois campos. Não acredito que todo e qualquer problema de tratamento jurídico da informação e opinião pode ser resolvido pela consideração da capacidade comunicativa ou pela autorregulação, ainda que alguns elementos desses institutos possam ser úteis. É conveniente, portanto, discutir em concreto um exemplo de campo no qual não se aplicam as propostas, de modo inclusive a permitir um melhor entendimento sobre os limites e funções delas. Escolhi para isso o fenômeno do *revenge porn*, por diversas razões.

Primeiro, está relacionado à capilaridade e nocividade do machismo que, no caso da intolerância, norteia concepções estereotipadas de gênero na sociedade. Segundo, porque trata-se de um exemplo de limite apresentado pelo direito à privacidade, que é propositalmente pouco discutido no restante da tese. Terceiro, e talvez mais importante, porque é difícil imaginar uma prática relacionada ao fluxo de informação em sociedade que gere maior dano à suas vítimas.

Em relação ao *revenge porn*, portanto, não sugiro aqui uma contenção ou redefinição do âmbito de atuação da atividade jurisdicional. Pelo contrário, é preciso cuidado para não subestimar as hipóteses de configuração de dano[132] de modo que o risco, atualmente, é de se punir menos do que o necessário. Meu objetivo nessa pequena seção é definir, portanto, o que deve ser configurado como *revenge porn* em uma leitura constitucionalmente adequada da proteção da privacidade.

O fenômeno que tem sido inicialmente associado à expressão *revenge porn* sempre foi e continua sendo muito amplo e complexo para ser apropriadamente definido apenas por essas duas palavras. Mas o termo ganhou popularidade e seu uso agora tornou-se comum de forma

---

[132] "Revenge porn victims are susceptible to a number of harms. They have reportedly 'lost jobs, been forced to change schools, change their names, and have been subjected to real-life stalking and harassment because of the actions of those who posted and distributed their images. Some victims have committed suicide.' Victims may also suffer loss of personal dignity, a lost sense of security, lowered respect from family and friends, and greater difficulty in maintaining or securing future romantic relationships." FRANKLIN, Zak. Justice for Revenge Porn Victims: Legal Theories to Overcome Claims of Civil Immunity by Operators of Revenge Porn Websites. **California Law Review**. v. 102, n. 5, 2014, pp. 1309-1310.

que as pessoas – leigas ou juristas – entenderiam ao que ele se refere mesmo se elas acreditam que em certos contextos não há o exercício de vingança e o uso da palavra “pornô” apenas deprecia a vítima ainda mais. É importante notar, portanto, que seria bem-vinda uma expressão diferente capaz de apontar para os mesmos tipos de comportamento e levando em conta a literatura e legislação já produzida nesse campo.

Existem ao menos quatro elementos comuns em instâncias daquilo que normalmente é chamado de *revenge porn*: uma mídia efetivamente mostrando uma pessoa ou grupo de pessoas; o sentimento pessoal pelas pessoas retratadas de que aquele é um momento íntimo; a falta de autorização por parte dessas pessoas para a disseminação; a disseminação intencional dessa mídia online.

A vasta maioria dos casos denominados de *revenge porn* até agora envolveram fotos ou vídeos como a mídia que foi tornada pública. Um áudio, no entanto, também pode ter efeito danoso e não deveria ser excluído dessa categoria. Ainda assim, o impacto negativo sobre a vítima como resultado da disseminação da mídia está ligado a fatores que são possivelmente mais proeminentes em fotos ou vídeos, como a possibilidade de identificar as vítimas retratadas. Mas é possível imaginar que um vídeo de relações sexuais no qual os rostos das pessoas envolvidas nunca aparecem poderia ser tão prejudicial quanto um áudio da mesma relação no qual são trocados nomes e as vozes são claramente identificáveis.

Qualquer que seja o caso, o que diferencia o *revenge porn* de outros tipos de informação disseminada online que eventualmente é objeto de notificações, remoção e litígio é que ele constitui uma efetiva gravação das pessoas durante tais eventos, em oposição a uma mera descrição – verdadeira ou falsa. Naturalmente, muitos objetariam mesmo a que uma exposição verbal ou escrita sobre seus momentos privados fosse publicada na internet, independentemente da possibilidade de verificar a veracidade dela. Mas uma foto, vídeo ou áudio de uma pessoa em um momento privado a expõe de uma forma que a descrição normalmente não consegue fazer e isso é uma diferença objetiva – uma de pouquíssimas preciosas diferenças objetivas no campo da regulação da manifestação. Há que reconhecer, claro, que buscar compreender e modelar teoricamente a relação das pessoas com novas tecnologias da informação e seus sucessivos e rápidos novos impactos é quase a arte de documentar o obsoleto. Nesse caso, por exemplo, mesmo a linha entre retratar e descrever

começa a ser borrada pelo uso de inteligência artificial para inserir o rosto de pessoas no corpo de outras em vídeos pornográficos[133].

O segundo traço do *reveng porn* é que ao menos uma das pessoas envolvidas no momento retratado sente que ele era privado. A definição de "momento privado" não é simples e ocupa uma parcela significativa da doutrina e jurisprudência sobre direito e tecnologia – mesmo muito antes da internet. Na era pré-HTTP o Tribunal Constitucional Federal alemão decidiu, em 1983, sobre a lei do censo populacional do ano anterior[134]. Muito antes da massificação do uso de dados pessoais por empresas privadas em um ambiente mundialmente interconectado, o Tribunal criou o conceito de autodeterminação informativa[135]. Trata-se do reconhecimento da autonomia individual nas escolhas sobre a amplitude e contexto da disseminação, compartilhamento e uso de suas informações pessoais. Mas o marco jurisprudencial mais importante para o estudo contemporâneo da privacidade é a decisão do Tribunal Constitucional espanhol que reconheceu a existência de um "direito fundamental à proteção de dados de cunho pessoal"[136].

Evidentemente não tenho por objetivo aqui realizar revisão exaustiva da produção acadêmica nessa área, mas é importante destacar dois trabalhos especialmente relevantes para a definição dos contornos da privacidade face ao *revenge porn*. Primeiro, a meticulosa classificação produzida por Daniel Solove das diferentes instâncias e relações nas quais a privacidade opera. Sua descrição da *exposure* é especialmente pertinente para caracterizar o dano causado pela publicização de momentos íntimos[137]. Segundo, o alerta realista feito por Peter Galison e Martha Minow de que o conceito comumente utilizado de "expectativa de privacidade" ancora o nível de proteção a uma realidade de gradual perda de privacidade e,

---

[133] AI tools will make it easy to create fake porn of just about anybody. The Verge. Disponível em: https://www.theverge.com/2017/12/12/16766596/ai-fake-porn-celebrities-machine-learning. Acesso 27 jan 2018.
[134] Ver HORNUNG, Gerrit. SCHNABEL, Christoph. Data protection in Germany I: The population census decision and the right to informational self-determination. **Computer Law & Security Review**. v. 25, n. 1, 2009.
[135] MOREIRA, Renato de Castro. O Direito à Liberdade Informática. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, p. 139-167, dez. 1999, p. 160. LIMBERGER, Têmis. A Informática e a Proteção à Intimidade. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, n. 80, p. 319-333, dez. 2000, p. 328.
[136] MAÑAS, José Luis Piñar. El Derecho Fundamental a la Protección de Datos Personales. In: MAÑAS, José Luis Piñar (org). **Protección de Datos de Carácter Personal en Iberoamérica**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 26.
[137] SOLOVE, Daniel J. A taxonomy of privacy. **University of Pennsylvania Law Review**. v. 154, n. 3, 2006, p. 352 e ss.

portanto, coloca o conceito em uma espiral decrescente[138]. A expectativa legalmente protegida de privacidade de potenciais vítimas de *revenge porn*, seria, nessa linha perigosa, cada vez menor.

Existe, portanto, uma vasta gama de critérios e parâmetros construídos para caracterizar interesses individuais legítimos em privacidade online e off-line e sua utilização aqui é certamente proveitosa.

A natureza do momento privado para o *revenge porn* é relevante porque "pornô" sugere a retratação de relações sexuais. A percepção individual das pessoas envolvidas em relação ao que está realmente acontecendo não é pertinente para um conceito jurídico útil de *revenge porn*, entretanto. Um homem pode tirar uma foto em frente ao espelho parcialmente nu para mostrar a um amigo uma forte queimadura solar. Uma mulher poderia tirar uma *selfie* de si e algumas amigas sem a parte de cima do biquíni em uma piscina privativa, com a intenção de mais tarde borrar os seios expostos e então postar a foto em uma rede social. Em nenhum dos dois casos o momento privado teve qualquer conotação sexual, mas se qualquer uma das duas fotos fosse tornada pública (especialmente se a versão da segunda fosse a original) existiria interesse sexual por parte de uma parte da audiência na internet. É precisamente esse interesse que aparentemente causou o agrupamento de tais situações na categoria *revenge porn.*

Naturalmente, manter momentos não-sexuais (segundo a interpretação das pessoas envolvidas) fora do escopo do instituto limitaria desproporcionalmente o uso de qualquer proteção legal desenvolvida até agora para as vítimas. Por essa razão, é melhor levar em conta o potencial interesse libidinoso daqueles que visualizam a mídia como um critério, mesmo que isso signifique que os visualizadores, e não as próprias pessoas na mídia, sejam responsáveis por construir o contexto e conotação dela. Esse critério potencialmente mais protetivo vem então mediante um custo não negligível.

O fato de que a audiência – tradicionalmente, masculina – historicamente monopolizou a construção do sentido da sexualidade feminina é uma das razões pela qual o *revenge porn* atualmente tem um impacto especialmente perverso nas vidades de – quase sempre – vítimas mulheres. Os homens sempre definiram quais atitudes femininas e

---

[138] GALISON, Peter. MINOW, Martha. Our Privacy, Ourselves in the Age of Technological Intrusions. in WILSON, R. Ashby. **Human Rights in the 'War on Terror'**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

vestimentas, entre outros elementos, possuíam características sexuais e quais não. Como resultado, os contornos da imoralidade feminina, bem como da imoralidade masculina em relação às mulheres, é altamente dependente de conceitos de elaboração masculina como a "depravação" feminina. Mulheres foram tradicionalmente marginalizadas e excluídas do desenvolvimento do discurso que define o que conta como "sexual" para elas mesmas. A aplicação de standards machistas na internet atualmente fez com que empresas de redes sociais caracterizassem amamentação pública como comportamento inapropriado em razão de sua natureza sexual. Mulheres que escolhem expor seus seios em protestos feministas de rua ou em fotos têm sofrido com a mesma política. Discutirei essa forma de regulação da manifestação em redes sociais na segunda parte da tese, ao tratar da autorregulação. Por ora resta dizer que um conceito de sexualidade definido pelo consumidor da mídia é um estigma que é imposto às mulheres há muito tempo.

Por essa razão é absolutamente essencial que o segundo elemento do conceito de *revenge porn* seja sempre sopesado e aplicado em relação ao terceiro – a ausência de autorização pelas pessoas retratadas. Se há consentimento explícito pelas pessoas que aparecem na mídia, então o aspecto de momento íntimo ou critério de natureza sexual sequer entram em jogo. Isso pode parecer trivial, mas os casos supracitados de exposição pessoal instrumentalizada por mulheres atestam que mesmo quando há a adesão delas o tratamento jurídico dado à disseminação de certas fotos ou vídeos é inadequado.

Os outros dois cenários envolvem a falta de consentimento explícito dado pelas pessoas envolvidas. É apenas aqui, e mesmo assim com cautela, que o potencial interesse sexual da audiência pode ser útil para separar gravações que precisam ser removidas daquelas que exigem maior investigação. Mesmo assim, a aplicação do teste pode ser ligeiramente menos machista se o foco da interpretação é a vontade e percepção da pessoa – frequentemente, uma mulher[139] – que é retratada sem consentimento. O consentimento é

[139] Nesse sentido, o *revenge porn* pode ser descrito como apenas mais uma forma de violência contra a mulher: "A "pornografia de vingança" tem se definido como uma relevante categoria em disputa nos últimos anos. Em meus esforços de pesquisa mais amplos, tento acompanhar de que maneira a categoria vem sendo definida e combatida nos diferentes contextos em que é mobilizada, esmiuçando as disputas simbólicas em jogo em sua construção e nas tentativas de defini-la como violência pensada a partir de uma perspectiva de gênero e em tipificação criminal." LINS, Beatriz Accioly. "Ih, vazou!": pensando gênero, sexualidade, violência e internet nos debates sobre "pornografia de vingança". **Cadernos de Campo**. n. 25, 2016, pp. 247-248.

sobremaneira central porque o dano não decorre da exposição em si, mas da exposição que é feita em desacordo com a vontade da vítima[140].

Primeiro, se a mulher reconhece a falta de autorização e decide usar mecanismos legais para remover a mídia, mas entende que ela não tem cunho íntimo ou sexual, então uma eventual escolha dela de buscar caminhos diferentes de tutela do que aqueles da remoção do *revenge porn* deve ser respeitada. Se essa situação específica é comum na prática é irrelevante para o propósito de reconhecer o quão central é que seja respeitada, acima de tudo, a interpretação dos fatos realizada pela própria vítima. Se as condições do caso particular permitem, então a plataforma, agente policial ou magistrado, por exemplo, devem preocupar-se em indagar a vítima sobre isso.

Segundo, com grande frequência a pessoa que aparece na mídia não pode ser identificada ou contatada, ou então não há tempo suficiente para fazê-lo antes que providências precisam ser tomadas. Nesse cenário, a empresa ou autoridade governamental responsável por tomar uma decisão rapidamente deveria realizar uma tentativa razoável de descobrir o que a mídia pode ensinar sobre a realidade da vítima e sua percepção individual e então usar essa informação para buscar respeitar sua vontade. Por exemplo: a publicação em um blog brasileiro de um vídeo mostrando uma mulher inteiramente vestida penteando seu longo cabelo em seu quarto pode ser considerada mundana e não merecedora das medidas urgentes desenvolvidas para o *revenge porn*. Mas se for uma mulher muçulmana que escolhe invariavelmente cobrir seu rosto e cabelo com um *hijab* sempre que em público, então os representantes brasileiros da empresa que hospeda o blog deveriam tratar o vídeo da mesma forma que a filmagem de uma relação sexual não-autorizada. A questão não é se o leitor regular do blog brasileiro teria interesse sexual na mulher vestida penteando seu cabelo. É se essa mulher teria aversão à ideia de que qualquer um poderia consumir o vídeo com um interesse devasso.

A resposta à primeira pergunta poderia ser a mesma se a vítima fosse a mulher mediana brasileira ou saudita. A resposta à segunda pergunta, entretanto, provavelmente diferiria. O funcionário do blog analisando um pedido de remoção ou a autoridade pública

---

[140] "Revenge porn victims are harmed precisely because they lose their anonymity—they are raised out of the anonymous masses and connected to specific nude pictures that will forever surface in Internet searches involving their name." STROUD, Scott R. The Dark Side of the Online Self: A Pragmatist Critique of the Growing Plague of Revenge Porn. **Journal of Mass Media Ethics**. v. 29, 2014, p. 174.

decidindo se tal pedido deve ser atendido deve fazer um esforço para colocar-se no lugar da vítima em vez de aplicar standards comunitários de decência sem sequer pensar duas vezes em quem a mulher retratada é ou quais seus sentimentos, percepções e interesses. Nesse exemplo, a pessoa deveria procurar por objetos no quarto, prestar atenção à música ou vozes no fundo, checar a nacionalidade dos usuários que acessaram o conteúdo ou que o curtiram, apoiaram ou compartilharam. Esse é o tipo de lógica não-centralmente-masculina que poderia evitar que uma aparição topless pública propositalna qual a mulher está expressando um argumento político ou social fosse censurada como pornografia imoral.

Essa é uma avaliação subjetiva que deveria pecar pelo excesso e não pela prudência. Na dúvida, pela remoção. Existem boas razões, entretanto, para manter um tratamento jurídico diferente entre publicações de gravações intimas caracterizadas como *revenge porn*, de um lado, e a publicação de outras mídias potencialmente lesivas da privacidade, como fotos de um casamento privativo ou um vídeo de karaokê, de outro. Em ambas as situações a proteção efetiva da privacidade requer uma restrição proporcional da liberdade de expressão e acesso à informação. As medidas legais estabelecidas para combater o *revenge porn* e proteger suas vítimas são apropriadamente urgentes e duras e normalmente constituem limitações razoáveis das liberdades informacionais que visam. O equilíbrio não seria adequado, no entanto, se as mesmas medidas fossem acionadas diante de alegações de direito ao esquecimento ou quando uma pessoa alega que sua vida pessoal está sendo indevidamente exposta pela narrativa – sem fotos – de uma biografia. O argumento de proteção mais ampla e robusta com o alargamento do conceito de *revenge porn* sempre aumenta o custo da livre manifestação. Uma definição que muito abrange poderia tornar mais fácil decidir o que é e não é *revenge porn*, mas certamente também enfraqueceria o argumento em prol de mecanismos legais rigorosos nos casos excepcionais. Isso seria um desserviço às vítimas, tanto quanto desrespeitoso da sua dor: aplicar medidas previstas para o caso extremo do *revenge porn* diante de qualquer caso de invasão da privacidade ou intimidade tornariam o trauma brutal das vítimas do *revenge porn* parecer banal.

O terceiro elemento é o consentimento. É vital distinguir o consentimento para registrar o momento do consentimento para disseminar a mídia. Além disso, o consentimento é específico em relação à audiência e ao meio.

Muitos dos casos que primeiro chamaram a atenção de acadêmicos e legisladores para o *revenge porn* envolviam o consentimento para gravar, mas não para compartilhar. Isso é normalmente determinado a partir da característica cronológica dos casos. A vítima e a pessoal mais tarde responsável pela disseminação eram um casal, criando uma atmosfera de confiança e intimidade que levou a vítima a sentir-se confortável o suficiente para autorizar a gravação ou para registrar ela mesma a foto e compartilha-la com o companheiro. Nesse primeiro momento a autorização existe para a produção e acesso à mídia, enquanto que no segundo momento o casal separou-se e nenhuma permissão é dada, implícita ou explicitamente, para a disseminação.

A legalidade formal dessa prática pela pessoa que gravou e depois postou a mídia na internet sem a aquiescência da ex-companheira fez com que o *revenge porn* se tornasse um fenômeno tão preocupante quanto de solução urgente. Em muitos países essa ação não constituía um crime e, da perspectiva do direito civil, a pessoa que havia feito a gravação possuía direito de propriedade intelectual sobre o material[141]. Essa tendência foi, desde então, revertida e dispositivos legais barrando a publicação sem consentimento foram criados[142], em paralelo ao desenvolvimento de nova jurisprudência que ajudou a construir o conceito de *revenge porn*. Naturalmente, gravações realizadas sem consentimento em primeiro lugar já eram de disseminação praticamente sempre ilegal e geraram menos controvérsia.

Um ponto mais complexo é o tipo de autorização para publicação e compartilhamento fornecido pelas pessoas envolvidas. O consentimento, como a privacidade, tem diversos níveis[143]. Uma pessoa pode permitir que seu cônjuge tire uma foto sua com roupas íntimas fazendo uma pose engraçada, por exemplo, e além disso consentir que a foto seja compartilhada em um grupo familiar fechado no Whatsapp, Facebook ou lista de e-mails.

---

[141] A criação de dispositivos eficazes e, ao mesmo tempo, precisos, não é tarefa simples. Nesse sentido, valiosas as diretrizes sobre como regular o *revenge porn* apresentadas por FRANKS, Mary Anne. **Drafting an Effective 'Revenge Porn' Law**: A Guide for Legislators. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2468823. Acesso 23 fev 2015.

[142] Notadamente, no Brasil, a lei 12.737/12, que criou tipos penais relacionados à obtenção e disseminação não autorizada de imagens, por exemplo, e o Marco Civil da Internet, que tratou o *revenge porn* como exceção à regra da responsabilidade após notificação judicial, definindo-o no art. 21 como "divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado".

[143] "Consent's contextual nature is a staple of information privacy law. A core teaching of the Fair Information Practice Principles is that sharing information for one purpose is not permission to share for other uses" CITRON, Danielle Keats. FRANKS, Mary Anne. Criminalizing Revenge Porn. **Wake Forest Law Review**. v. 49, 2014, p. 355.

Segundo uma interpretação mais tradicional da separação entre as esferas pública e privada, essa segunda autorização poderia ser caracterizada como um ato de disponibilidade total do interesse de privacidade por parte da pessoa fotografada, já que ela permitiu que a foto fosse "tornada pública".

Um entendimento mais matizado das dinâmicas de relações sociais online mostra que raramente existem escolhas sobre privacidade feitas pelos indivíduos em termos binários de sim ou não. Na prática, as pessoas tomam decisões cuidadosamente calibradas e contextualizadas sobre como e quando gostariam de ser retratadas[144]. Aqui o conceito da autodeterminação informativa mostra-se especialmente útil, pois garante o protagonismo individual no delineamento (ainda que não na execução) dos interesses de privacidade. Isso significa, por exemplo, que a própria pessoa pode ter um interesse legítimo em não ficar sabendo de informações delicadas sobre si mesma[145].

A regulação do *revenge porn* e sua aplicação judicial deve refletir essa complexidade e nunca presumir que o consentimento para o compartilhamento com uma determinada audiência em um determinado momento significa a autorização para disseminação indiscriminada.

Um último elemento do conceito de *revenge porn* é a disseminação da mídia. A experiência mostra que existe uma vasta gama de causas que poderiam resultar na publicação de uma mídia retratando um momento íntimo. Sob o ponto de vista do nível de reprovabilidade daquele que efetuou a disseminação, o espectro vai de ausência de intenção até a intenção com premeditação motivada pela real vingança ou finalidade de lucro. A posição da conduta do disseminador nesse espectro de reprovabilidade, entretanto, tem pouca ou nenhuma relevância para o nível de dano para a vítima.

O vazamento de senhas ou conteúdo privado são infelizmente um aspecto comum da internet atualmente, algo pelo que a maioria das pessoas já passou. A mídia contendo um

---

[144] É pioneiro e valioso, em razão dos mitos que derruba, o estudo empírico das práticas de privacidade de adolescentes feito por MARWICK, Alice E. BOYD, danah. Networked privacy: How teenagers negotiate context in social media. **New Media & Society**. v. 16, n. 7, 2014.

[145] "O dano se caracteriza pela violação de intimidade do paciente pela divulgação de informação não requerida. Não se está a discutir se o conhecimento da contaminação com vírus HIV gera dor ou sofrimento. Está a se afirmar que a divulgação de informação não requisitada gera a violação da intimidade da pessoa. A relação agora não é mais negativa, no sentido de impedir que outros acessem minhas informações, mas positiva, no sentido de não ter a pessoa a obrigação de ter o pleno conhecimento de sua situação de saúde." MULHOLLAND, Caitlin. O direito de não saber como decorrência do direito à intimidade. **Civilistica.com**. Ano 1, n. 1, 2012, p. 6.

momento íntimo poderia ser acessada e depois tornada pública em razão do vazamento da senha que protegia a conta na qual essa mídia estava hospedada. Ela também pode ser obtida por grupos que exploram falhas de segurança em sistemas online e nunca tiveram acesso a qualquer senha. Em ambos os casos, os responsáveis não apenas não têm qualquer intenção especial de vingança como nunca sequer conheceram pessoalmente as pessoas retratadas. Se as vítimas não são pessoas públicas, os responsáveis pelo vazamento da mídia não sabem nada sobre elas, com exceção possivelmente de dados pessoais padronizados, como endereço de email, ligados à conta que foi invadida. Isso na verdade amplia a dor da vítima de duas formas. Primeiro, porque minimiza seu sofrimento e dignidade: quem praticou a disseminação da mídia não a conhece e não se importa. Segundo, a vítima tampouco sabe qualquer coisa sobre essas pessoas. Elas não têm rosto ou identidade. Isso aumenta a sensação de insegurança e o medo de que tudo poderia acontecer novamente a qualquer momento[146].

Nesses tipos de caso, a vítima nunca autorizou terceiros a gravá-la, muito menos a manter mídias íntimas sob sua posse. Frequentemente a conta comprometida pertencia à própria vítima. Normalmente, quando a conta pertencia a um atual ou antigo companheiro que havia obtido permissão para manter a mídia, também não há contribuição intencional desse para o ocorrido. Poderia haver, entretanto, contribuição por meio de negligência que tenha facilitado o sequestro da conta. A pessoa de posse da mídia poderia, por exemplo, ter falhado em trocar sua senha após alertada pela empresa de hospedagem, email ou rede social de que ela não era forte o suficiente ou havia sido comprometida em um vazamento maciço. Essa pessoa poderia ter sido alertada (e deixado de agir) pela vítima retratada na mídia de que o servidor contendo os arquivos não era seguro ou até de que eles deveriam ser movidos para outro lugar. A pessoa poderia ter recebido um pedido para que os arquivos fossem apagados, não atendido e tido sua conta invadida. Nesse cenário, haveria ao menos uma responsabilidade parcial.

Mais perto do extremo mais gravoso do espectro de reprovabilidade estão aqueles que obtiveram a mídia de terceiros ou encontraram-na em algum repositório online obscuro e, a partir daí, passaram a lucrar com ela. Isso, claro, sem nunca terem tomado medidas para

[146] É importante o abrangente trabalho feito por Danielle Citron de documentação de casos de abuso online, especialmente *revenge porn*. Ela nota, por exemplo, que muitas vezes os responsáveis agem como abutres, visando vítimas já previamente atingidas. CITRON, Danielle Keats. **Hate crimes in cyberspace**. Cambridge: Harvard University Press, 2014, p. 54.

averiguar se a vítima havia autorizado o compartilhamento em primeiro lugar. Finalmente, os casos emblemáticos de *revenge porn* são aqueles nos quais o ex-companheiro divulga fotos ou vídeos da vítima sem qualquer expectativa de ganho financeiro, mas com a intenção de infligir dor à vítima.

Essas situações diversas mostram que a vingança não é nem de perto um elemento decisivo do fenômeno e que "pornô" certamente não é uma descrição precisa, na maioria das vezes, do propósito para o qual a vítima permitiu ou realizou ela mesma a gravação em primeiro lugar. As pessoas responsáveis variam de um antigo interesse romântico a um desconhecido do outro lado do mundo[147]. O caráter altamente visível e notório do sofrimento da vítima é de certa forma afetado pela identidade do responsável ou seus motivos. Mais do que qualquer outra coisa, no entanto, o que efetivamente permite medir o dano são as características da mídia em si, bem como a duração e capilaridade de sua distribuição. O suicídio é a única solução encontrada por algumas pessoas porque a internet nunca esquece[148].

É o traço comum desse tipo particular de dano moral que justifica a autonomia do *revenge porn* como classe ou grupo e dá a ele uniformidade. Isso não decorre de um conjunto de motivos comuns, de um tipo determinado tipo de relação entre a vítima e a pessoa responsável pela disseminação, de um gênero ou orientação sexual pré-definida de algum dos envolvidos, ou, por fim, de uma característica sexual padronizada pretendida ou objetivamente verificável da mídia. De fato, o *revenge porn* é caracterizado pela multiplicidade de combinações das variáveis listadas, em paralelo com o tipo especial de sofrimento cruel das vítimas e o uso de ferramentas, canais e veículos online para disseminar e, por vezes, obter a mídia.

---

[147] Por essa razão discordo de um conceito mais restritivo que abarque a prática apenas por ex-namorados ou cônjuges, como, por exemplo, aquele veiculado por CALVERT, Clay. Revenge Porn and Freedom of Expression: Legislative Pushback to an Online Weapon of Emotional and Reputational Destruction. **Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal**. v. 24, n. 3, 2015, p. 677: "Revenge porn typically consists of sexually explicit photos or videos that are uploaded on the Internet by former paramours—spurned ones, in particular, as the word 'revenge' connotes—without permission of the individuals depicted in them and sometimes accompanied by identifying information, such as names, addresses and Facebook accounts."

[148] "A impossibilidade de apagar se interpõe como barragem ao esquecimento, impedindo ou dificultando a passagem do fluxo de parceiros. Nesse caso, a memória não só retorna como faz reféns os ex-amantes, num jogo de exposição exacerbada e (auto)impingida de uma intimidade que fora compartilhada a dois. Assim, o romance é marcado num momento em que se quer apagar todas as marcas; desaprende a significar os limites corporais como produtos de ciclos de vida e morte, passando a enxergá-los como falhas de uma performance ou provas de um mau desempenho e gestão de si como imagem." FARIA, Fernanda Miana de. ARAÚJO, Júlia Silveira de. JORGE, Marianna Ferreira. Caiu na Rede é Porn: Pornografia de Vingança, Violência de Gênero e Exposição da "Intimidade". **Contemporanea. Revista de Comunicação e Cultura**. v.13, n. 3, 2015, p. 674.

O que o *revenge porn*, o discurso de ódio e a difamação online têm em comum é que geram pedidos, notificações e litígio visando a supressão de informação que está disponível por causa da internet. Apesar de solicitações de remoção e indenização chegarem ao Judiciário nos três tipos de casos, a resposta dos diferentes sistemas jurídicos não é a mesma para os três. A necessidade de combater o *revenge porn*, assim como com a pornografia infantil, é um consenso mundial: é danoso e a censura é necessária. Um direito de resposta ou a mera compensação financeira, apenas, jamais seriam apropriados. As restrições ao discurso de ódio e à crítica ácida dirigida a pessoas privadas ou públicas, por outro lado, estão longe da unanimidade. O que pode afastar o *revenge porn* dessas duas categorias, já discutidas nos capítulos anteriores?

Existem principalmente três elementos: o interesse sexual no conteúdo; o fato de que não é uma descrição verbal ou escrita de uma pessoa, mas sim a exposição de registros de mídia; e a novidade do fenômeno. Diferentemente do discurso de ódio ou da opinião que afeta a honra ou a imagem, o *revenge porn* resulta de condições técnicas especiais viabilizadas apenas pela internet.

A resposta legal para o *revenge porn* tem dois problemas principais. O primeiro é a definição de critérios que não sejam tão amplos a ponto de gerar o risco de restringir a liberdade de expressão desproporcionalmente[149]. Aqui a definição de critérios é menos decisiva do que sua posterior interpretação isolada por magistrados. Por essa razão eu acredito que também no caso do *revenge porn* o conceito de capacidade comunicativa, que será desenvolvida na primeira parte da segunda metade dessa tese, é útil. São necessários dois elementos de interpretação focados na autonomia e percepção da vítima que ajudariam não apenas a interpretação judicial, mas também decisões proativas de filtragem por parte de intermediários privados na internet. Nesse ponto os critérios discutidos no presente capítulo conectam-se com a segunda parte da segunda metade da tese, quando trato do papel de empresas e usuários na autorregulação.

Com base nos quatro elementos centrais da identificação do *revenge porn* desenvolvidos nesse capítulo, entendo que há maior indicação de tratar-se de mídia a ser

[149] "Careful and precise drafting can avoid these concerns. These drafting techniques are essential to any effort to criminalize revenge porn. Criminal laws are vulnerable to constitutional challenges if they are vague or overbroad." CITRON, FRANKS, op. cit., p. 386.

removida quando i) as pessoas retratadas não têm a capacidade de normalmente alcançar o tamanho da audiência para a qual está sendo disponibilizada a mídia e ii) quando as pessoas envolvidas não possuem os meios para informar os intermediários sobre as condições ilegais da gravação ou disseminação da mídia. A capacidade comunicativa opera aqui como uma diretriz principiológica para aquele encarregado de tomar a decisão sobre remoção, ao passo que nos casos de ofensa à honra e intolerância proponho seja usada como veto (tudo ou nada) à apreciação judicial do dano e pedido de reparação.

Resta claro que nesse capítulo não toquei em um problema tão relevante quanto a adequada caracterização do *revenge porn*: a eficácia dos mecanismos de repressão. Não há dúvida de que o aprimoramento do conceito com a definição criteriosa dos contornos do fenômeno e de sua antijuridicidade reflete de forma positiva no combate da prática. Mas meu objetivo aqui não é discutir *enforcement*[150]. Ele é a apresentação de um campo restrito no qual não se aplica a capacidade comunicativa como teste prévio à ponderação ou proporcionalidade para resolver conflitos entre liberdade de expressão, honra e imagem, inclusive no contexto do ódio. A razão para isso é que entendo, como ficará evidente na segunda parte da tese, que esse teste deve ser aplicado de forma *residual* em todo e qualquer caso envolvendo manifestação, honra e imagem que não esteja enquadrado em campos específicos como o *revenge porn* ou a pornografia infantil. Dessa forma, o melhor caminho para dar clareza em relação às situações nas quais o teste deve ser aplicado é caracterizar com precisão as áreas nas quais ele não pode ser utilizado. Isso especialmente quando as áreas excluídas também envolvem danos à honra e imagem, como é o caso.

Ou seja, a principal proposta dessa tese não envolve o *revenge porn*, mas a conceituação desse permite melhor compreender para o que entendo que ela é adequada e excluir as situações nas quais ela não é. A capacidade comunicativa certamente não é uma panaceia, ainda que possa ser usada como um teste necessário em uma gigantesca quantidade de casos residuais.

1.2.3 A vontade de auto-governança dos usuários

[150] Sobre isso, ver a proposta de aplicação da Lei Maria da Penha aos casos de *revenge porn* feita por SILVA, Artenira da Silva e. PINHEIRO, Rossana Barros. Exposição que Fere, Percepção que Mata: A Urgência de Uma Abordagem Psicosociojurídica Da Pornografia de Vingança à Luz da Lei Maria da Penha. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. V. 62, n. 3, 2017.

A primeira parte dessa tese adota alguns pressupostos em relação ao papel dos cidadãos na identificação proativa de determinados tipos de discursos e manifestações, especialmente o discurso do ódio. A ideia é que casos como os de Justine Sacco ou William Waack não são exceções improváveis ou o caos instaurado pela ação sem propósito e errática de usuários que não têm qualquer senso de comunidade ou objetivo comum. Onde muitos vêem apenas *shit storms*, eu procuro discernir a possibilidade de algo mais. Existe um grau de coordenação e alvo comum, um senso compartilhado de que determinadas declarações não devem ser aceitas. Isso não exige uniformidade ideológica ou cultural de todos os internautas do mundo. É justamente porque há grande heterogeneidade de experiências pessoais e visões de mundo que o fluxo e a evolução da linguagem na internet são mais ricos do que nos meios de comunicação em massa. E, por isso, menos sujeitos a persistência, ao longo de décadas ou séculos, de uma visão unilateral sobre o conceito ou papel da raça ou do gênero na sociedade.

Grupos mais conservadores torpedeiam algumas mensagens e ideias, grupos mais progressistas atacam e procuram desmascarar outras. O fator decisivo é que parcela significativa dos membros dessas correntes não permanecem inertes. De fato, por razões diferentes, com poderes diferentes e em plataformas diferentes, as pessoas não permanecem indiferentes ao que é dito na internet – e até fora dela. Como já apontei anteriormente, a preocupação não é de apatia e sim de excessos como o *cyberbullying*, por exemplo. O último capítulo da segunda parte desse trabalho dedica-se a traçar um panorama sobre as diferentes causas da motivação para a governança e as instituições jurídicas necessárias para fomentá-la. O presente capítulo, por sua vez, busca explicar a razão pela qual os internautas têm hoje um apreço pela gestão própria de determinadas comunidades e plataformas online, em detrimento de uma visão mais passiva e resignada em relação à regulação estatal. A razão pela qual instâncias de racismo ou machismo são cada vez mais combatidas *online* está ligada a essa noção que a maioria dos internautas parece ter de seu protagonismo na gestão coletiva do meio informacional. Esse capítulo trata, portanto, da percepção que as pessoas na internet têm sobre a regulação desta e o papel do Estado nesse contexto.

Por muitos anos a ideia de que o comportamento na internet não poderia ser regulado era muito popular[151]. Tratava-se de um mundo novo no qual entidades que exerciam o monopólio do poder estatal da força física não podiam entrar ou eram no máximo aceitas com participação no mesmo nível que usuários individuais. Um sistema judiciário, milhares de policiais, grandes exércitos, mísseis nucleares, nada disso importava no mundo virtual porque ele era inerentemente livre e incontrolável. A regulação pelos "cansados gigantes de carne e aço" não era crível por parte de internautas porque Estados não tinham "direito moral para nos governar e nem possuem quaisquer métodos de aplicação da lei que nós tenhamos razão para temer", segundo a famosa Declaração de Independência do Cyberespaço poeticamente redigida por John Perry Barlow[152].

É notável que isso tenha sido parcialmente verdade por um curto período de tempo nos primeiros dias da internet e depois da *world wide web* – especialmente porque a internet surgiu de uma projeto de pesquisa militar nos Estados Unidos. As coisas eram diferentes enquanto a internet ainda estava em sua fase de uso acadêmico e cultura hippie. Na década de noventa, no entanto, ela foi tomada pela lógica do mercado ou "comodificada" [153].

---

[151] Essa seção, bem como a seção 2.2 da segunda parte da tese, constituem versões ligeiramente modificadas de seções do trabalho publicado em HARTMANN, Ivar A. Let the Users be the Filter? Crowdsourced Filtering to Avoid Online Intermediary Liability. **Journal of the Oxford Centre for Socio-Legal Studies**. v. 2017, n. 1, 2017.

[152] John Perry Barlow. **A Declaration of the Independence of Cyberspace**. Disponível em: https://projects.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html. Acesso 23 abr 2012.

[153] Esse fenômeno foi descrito por muitos autores. Graham Murdock e Peter Golding's, por exemplo, explicam: "Economicaly it involves moving the production and provision of communications and information services from the public sector to the market, both by transferring ownership of key facilities to private investors and by making success in the marketplace the major criterion for judging the performance of all communications and information organizations." MURDOCK, Graham. GOLDING, Golding. Information poverty and political inequality. *in* MANSELL, Robin (org). **The information society**. v. III (Democracy, governance and regulation), 2009, p. 15. Essa transição é alcançada na internet pela priorização do fluxo de dados com base em critérios do mercado: se o streaming de um vídeo gera mais dinheiro diretamente do que um *post* em um blog político então o segundo tem sua largura de banda reduzida. Howard Rheingold previu que uma vez completada essa transição, a internet passaria a operar como um meio de comunicação em massa como a televisão a cabo. "The great power of the idea of electronic democracy is that technical trends in communications technologies can help citizens break the monopoly on their attention that has been enjoyed by the powers behind the broadcast paradigm – the owners of television networks, newspaper syndicates, and publishing conglomerates." RHEINGOLD, Howard. **The virtual community**: homesteading on the electronic frontier. Cambridge: The MIT Press, 2000, p. 308.

Independentemente do quão adequado é entender a internet como um novo *lugar*[154], o fato é que assim que ela foi percebida como um bom espaço para atividade comercial as empresas privadas aderiram em massa. Sua necessidade de segurança jurídica e estabilidade foi a força motriz da alteração de standards técnicos que antes largamente impediam a possibilidade de regulação. As mudanças operadas na arquitetura da rede gradualmente permitiram que governos aumentassem o grau de controle até o ponto no qual a questão não era mais se a regulação era possível, mas a maneira como seria concretizada. O fato de constituir um lugar peculiar para a interação humana não o torna automaticamente um local isolado: internautas são pessoas que vivem dentro das fronteiras de Estados e mesmo aqueles que não acessam a internet são afetados por ela. A separação total, ainda que talvez legalmente possível com o reconhecimento de uma jurisdição independente do cyberespaço, não é prática ou realista[155]. A afirmação de que é impossível acompanhar o fluxo da informação online era talvez parcialmente verdadeira até meados dos anos 1990. O uso da técnica de *deep packet inspection*[156] e outros mecanismos permitiram que provedores de acesso à internet e autoridades públicas constantemente e eficazmente controlassem a comunicação. Governos, em particular, parecem dedicados a compensar o tempo perdido com "strenuous reassertions of national authority"[157]. Alguns afirmam, entretanto, que em

---

[154] "Cyberspace is a place. People live there. They experience all the sorts of things that they experience in real space, there. For some, they experience more. They experience this not as isolated individuals, playing some high tech computer game; they experience it in groups, in communities, among strangers, among people they come to know, and sometimes like." LESSIG, Lawrence. The zones of cyberspace. **Stanford Law Review**. n. 48, 1996, p. 1403. No mesmo sentido, CRAWFORD, Colin. Cyber*place*: defining a right to Internet access through public accommodation law. **Temple Law Review**. n. 76, 2003.

[155] "Many of the jurisdictional and substantive quandaries raised by bordercrossing electronic communications could be resolved by one simple principle: conceiving of Cyberspace as a distinct 'place' for purposes of legal analysis by recognizing a legally significant border between Cyberspace and the 'real world.'" JOHNSON, David R.; POST, David. Law And Borders - The Rise of Law in Cyberspace. **Stanford Law Review**. n. 48, 1995, p. 1378. Os autores não afirmam, entretanto, que o cyberespaço e o mundo físico são perfeitamente separáveis.

[156] Essa técnica permite que um provedor de acesso à internet busque no interior dos pacotes de dados que carregam a informação na internet, podendo, por exemplo, vasculhar a conta de email de uma pessoa para averiguar se ela utilizou determinada palavra em uma de suas mensagens. WAWRO, Alex. What Is Deep Packet Inspection? Disponível em: http://www.pcworld.com/article/249137/what_is_deep_packet_inspection.html. Acesso 26 abr 2012.

[157] "States lay claim to geographic names and the representation of linguistic scripts in cyberspace; they scale up their surveillance capabilities; they make plans to weaponized cyberspace and 'secure' their part of it; they try to set themselves up as gatekeepers who can censor content." MUELLER, Milton L. **Networks and States**. The Global Politics of Internet Governance. Cambridge: The MIT Press, 2010, p. 253.

determinados países o Estado controlou a internet desde o princípio, de modo que nunca houve um dourado período inicial de liberdade[158].

Outro argumento comum para apoiar a impossibilidade de regulação da internet por parte do poder público era a impossibilidade de identificar a localização de pessoas trocando informações online. Essa dificuldade era frequentemente alegada em conjunto com a inconveniência de permitir que uma nação aplicasse seu direito aos cidadãos de outros países [159]. Enquanto a geolocalização praticamente resolveu esse problema, a existência de conflitos envolvendo o direito de diferentes nacionalidades nunca foi algo inaugurado pela internet[160].

Ou seja, após um período de liberdade inspiradora em um ambiente que era por natureza hostil à regulação, a internet foi tomada pela atividade comercial e teve sua arquitetura modificada apenas o suficiente para adaptá-la às necessidades de empresas privadas. Sites com fins lucrativos cobriram a paisagem e o cyberflâneur desapareceu[161]. Ainda que se possa dizer que tais mudanças na arquitetura da rede com o intuito de resolver problemas da aplicação transnacional da lei deturpam as características da internet que dão a ela potencial revolucionário[162], é de fato perfeitamente possível regular o comportamento na internet e isso tem sido feito há anos.

---

[158] Ver CURRAN, James. Reinterpreting the Internet. *in* CURRAN, James. FENTON, Natalie. FREEDMAN, Des (eds.) **Misunderstanding the Internet**. Londres: Routledge, 2012, p. 12.

[159] Ou mesmo de um estado poder impor suas leis sobre o cidadão de outro estado em uma federação. "The average user simply cannot afford the cost of defending multiple suits in multiple jurisdictions, or of complying with the regulatory requirements of every jurisdiction she might electronically touch. Thus, the need for dormant commerce nullification of state overreaching is greater on the Internet than any previous scenario." BURK, Dan L. Federalism in Cyberspace. **Connecticut Law Review**. n. 28, 1996, p. 1126.

[160] "They also are no more complex or challenging than similar issues presented by increasingly prevalent real-space events such as airplane crashes, mass torts, multistate insurance coverage, or multinational commercial transactions, all of which form the bread and butter of modern conflict of laws." GOLDSMITH, Jack L. Against Cyberanarchy. **University of Chicago Law Review**. n. 65, 1998, p. 1234.

[161] "Something similar has happened to the Internet. Transcending its original playful identity, it's no longer a place for strolling — it's a place for getting things done. Hardly anyone 'surfs' the Web anymore. The popularity of the 'app paradigm,' whereby dedicated mobile and tablet applications help us accomplish what we want without ever opening the browser or visiting the rest of the Internet, has made cyberflânerie less likely. That so much of today's online activity revolves around shopping — for virtual presents, for virtual pets, for virtual presents for virtual pets — has not helped either. Strolling through Groupon isn't as much fun as strolling through an arcade, online or off." MOROZOV, Evgeny. The Death of the Cyberflâneur. Disponível em: http://www.nytimes.com/2012/02/05/opinion/sunday/the-death-of-the-cyberflaneur.html?pagewanted=all. Acesso 23 abr 2012.

[162] Como alerta ZITTRAIN, Jonathan Zittrain. **Be Careful What You Ask For**: Reconciling a Global Internet and Local Law. Harvard Law School Harvard Law School Public Law Research Paper No. 60, 2003. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=395300. Acesso 23 abr 2012.

Mas existe uma diferença entre discutir se há condições fáticas para regular a internet e não obstante, discutir se essa regulação é conveniente. A maioria dos argumentos atualmente feitos em favor de um multistakeholderismo na governança internacional da internet[163] e da autorregulação pelo setor privado são desenvolvidos a partir de uma crença compartilhada que gradualmente evoluiu da rejeição aberta à regulação estatal até a noção de que a governança da rede deve enfatizar a imprescindível diversidade dos tomadores de decisão[164], evitando a predominância do poder estatal.

Uma visão comum era a de que a autoridade pública deveria ser descartada como desnecessária: em um modelo "cyberpopulista", cidadãos da internet ou *netizens* poderiam decidir por si próprios as regras que os governariam, adotando um sistema de democracia direta. Essa ideia foi questionada por alguns por ser pouco realista e por desconsiderar o papel de um órgão legislativo representativo sem o qual uma sociedade não pode funcionar[165], mas também interpretada por outros como uma nova justificativa para a soberania: no lugar de um Estado liberal, o poder deriva da livre escolha das pessoas em se reunir online em suas comunidades auto-governadas[166].

---

[163] O multistakeholderismo é um *approach* para a regulação da internet que requer a participação da sociedade civil em tomadas de decisão juntamente com governos e representantes do setor privado e da academia. Dentre muitos proponentes dessa ideia, ver (um dos pioneiros) MUELLER, Milton et al. The Internet and Global Governance: Principles and Norms for a New Regime. **Global Governance**. n. 13, 2007, p. 250: "[M]ultistakeholder governance should be legitimized and maintained. This norm is a logical extension of principles relating to private networks and global scope. The Internet is in effect a global confederation of network operators and users and should not be regulated in a top-down manner via agreements among states alone." Ver também outro pioneiro do multistakeholderismo: KLEINWÄCHTER, Wolfgang. Internet co-governance. Towards a multilayer multiplayer mechanism of consultation, coordination and cooperation (M_3C_3). *in*: MANSELL, Robin (Org.). **The information society**. v. III (Democracy, governance and regulation). New York: Routledge, 2009, p. 384.

[164] Por exemplo, BELLI, Luca. A heterostakeholder cooperation for sustainable internet policymaking. Internet Policy Review. n. 4, 2015. Para um exemplo dessa concepção colocada em prática em um evento de nível global, o NETMundial de 2014 no Brasil, ver a descrição detalhada de MACIEL, Marilia. ZINGALES, Nicolo. FINK, Daniel. The Global Multistakeholder Meeting on the Future of Internet Governance (NETmundial). Multistakeholder as governance groups: observation from case-studies. Research Publication 2015/001, Berkman Center, 2015. Disponível em: https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/16140635/Berkman_2015-1-revision.pdf?sequence=1. Acesso 30 jan 2018.

[165] "First, cyberpopulists overestimate the extent to which the plebiscite, whether territorial or virtual, can truly reflect the voice of the people. Second, they ignore significant democracy-enhancing benefits of representative government." NETANEL, Neil Weinstock. Cyberspace Self-Governance: A Skeptical View from Liberal Democratic Theory. **California Law Review**. n. 88, 2000, p. 417.

[166] David Post credita a escolha de auto-governo e livre associação online com a possibilidade de reonhecimento de soberania para internautas. Isso seria uma alternativa para a teoria de soberania do estado liberal, na qual os agentes de poder e capacidade de tomada de decisão são os próprios *netizens.* POST, David G. „The Unsettled Paradox": The Internet, The State, and the consent of the Governed. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, 5, 1998, pp. 535-539 e 542.

Outro modelo proposto foi o reconhecimento, pelo Estado, de um novo processo de produção de normas, de protagonismo privado e (talvez justamente por isso) internacionalmente aplicável. Uma *lex informatica* seria desenvolvida pelas práticas sociais reiteradas (costumes) e por padrões técnicos[167], aceitando que escolhas de arquitetura são também um exercício de poder com papel regulatório[168].

Diferentemente do modelo cyberpopulista, a aplicação da *lex informatica* seria garantida pelo Estado, de modo que ele perderia apenas a exclusividade de sua prerrogativa de legislar[169], e mesmo assim apenas no que diz respeito ao comportamento humano online[170]. Mesmo aqueles que aceitaram a continuidade do respeito às normas legais tradicionais, especialmente no que diz respeito ao comércio eletrônico, defenderam concessões. Não poderia se considerar que uma empresa está oferecendo seus serviços para pessoas em qualquer lugar do planeta apenas porque tem um site. O amadurecimento da tarefa de resolver conflitos online apontou para a razoabilidade de se reconhecer que empresas comumente miravam um público específico apesar de seu domínio eletrônico ser acessível por qualquer um[171].

---

[167] "The source of default rules for a legal regime is typically the state. The political-governance process ordinarily establishes the substantive law of the land. For Lex Informatica, however, the primary source of default rule-making is the technology developer and the social process by which customary uses evolve." REIDENBERG, Joel R. Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology. **Texas Law Review**, 76, 1998, p. 571.

[168] Essa é a contribuição de Lawrence Lessig, que será melhor explorada na segunda parte da tese, no capítulo sobre autorregulação. Por enquanto é pertinente apontar apenas que a literature mais recente avançou o conceito, argumentando que "arrangements of technical architecture are also arrangements of power" a apresentando exemplos contemporâneos na governança mundial da internet. DENARDIS, Laura. Hidden Levers of Internet Control. **Information, Communication & Society**. n. 15, 2012, p. 721.

[169] Isso porque a "[*l*]*ex Informatica* has three sets of characteristics that are particularly valuable for establishing information policy and rule-making in an Information Society. First, technological rules do not rely on national borders. Second, *Lex Informatica* allows easy customization of rules with a variety of technical mechanisms. Finally, technological rules may also benefit from built-in self-enforcement and compliance-monitoring capabilities." REIDENBERG, op. cit., p. 577.

[170] Um visão menos romântica é que isso constitui apenas um mecanismo de mercado para a regulação de conduta, de modo que é "essential to permit the participants in this evolving world to make their own decisions. That means three things: make rules clear; create property rights where now there are none; and facilitate de formation of bargaining institutions. Then let the world of cyberspace evolve as it will, and enjoy the benefits." EASTERBROOK, Frank H. Cyberspace and the law of the horse. **University of Chicago Legal Forum**, 1996, p. 216. O problema da lógica da proposta é que a criação de direitos de propriedade convidam mais, e não menos, intromissão estatal já que é o governo que protege a propriedade individual por meio de regras de direito privado contratual e de responsabilidade civil.

[171] "Courts have almost universally required some additional proof of either traditional commercial contacts or intentional direction of the activity toward the forum – a form of purposeful availment. Because some courts have allowed plaintiffs to conduct "jurisdictional discovery" and have also occasionally found the web site's records of forum visitors to be relevant, it would seem prudent for states seeking to enforce their laws against outlaw websites to seek discovery of the web server logs in order to attempt to make a sufficient record as to the

Merece atenção esse longo estágio inicial da lógica popular e de boa parte da doutrina porque revela as raízes e gradual evolução de uma forte lógica de auto-governo, marcante também no discurso daqueles que ditavam a impossibilidade de regulação da internet. A declaração de independência de Barlow simbolizava uma percepção que estava mais relacionada com a autonomia dos internautas para estabelecer suas próprios regras do que com a impossibilidade técnica e fática da regulação estatal da internet. É claro que qualquer chance de um modelo descentralizado de governança depende de um equilíbrio delicado entre, de um lado, a liberdade das pessoas de deixar uma comunidade (online) sempre que desejarem e, de outro, uma razão para ficarem que seja forte o suficiente para manter alguma estabilidade na composição da comunidade ao longo do tempo[172]. Esse balanço parece existir nas redes sociais mais populares como demonstra a atração contínua do Facebook e Whatsapp em relação a seus usuários, contrastada sempre pela derrocada de redes que foram consideradas gigantes, como MySpace e Orkut (ao menos no Brasil).

Meu ponto é que durante muitos anos da fase inicial da rede teve muita força a ideia de que internautas merecem um nível maior de autonomia para produzir e até aplicar suas próprias normas sobre comportamento online. É interessante que essa ideia estava ganhando impulso em uma época na qual os Estados Unidos pressionavam pelo controle *web* por via do sistema de nomes de domínio[173]. A racionalidade do auto-governo de *netizens* deriva da noção de que Estados não estão capacitados para tomar decisões normativas sobre a internet porque os mecanismos e instituições legislativas tradicionais falharam completamente em compreender a realidade da rede. Como resultado, internautas muitas vezes anseiam por tomar as rédeas. Em muitas comunidades eles sentem-se empoderados, no controle e, mais importante, legitimados para criar e aplicar regras e princípios sobre conduta. Isso é diferente de normas sociais, criadas pela prática reiterada ao longo de muito tempo, consolidando um costume.

---

number of forum contacts." BERG, Terrence. www.wildwest.gov: The impact of the Internet on state power to enforce the law. **Brigham Young University Law Review**, 2000, p. 1338.

[172] "[W]hen individuals have a substantial stake in a particular virtual community, exit is not a tenable option to protect them against majority oppression. But when individuals lack that investment, the result is a flame-ridden cacophony rather than a cohesive community capable of government by the 'bottom-up' generation of social norms". NETANEL, op. cit., p. 432.

[173] Conforme GOLDSMITH, Jack. WU, Tim. **Who Controls the Internet?** Illusions of a Borderless World. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 46.

Algumas das regras que internautas obedecem em suas comunidades são dessa espécie, mas outras são expressa e voluntariamente criadas e codificadas, da mesma forma que normas jurídicas[174]. É evidente que esses dois tipos de regras auto-impostas têm uma relação intrínseca como aquela entre o direito e a moral[175] e, portanto, uma tentativa de estabelecer uma diferença clara entre as regras de conduta online e as normas sociais tradicionais seria uma missão árdua e imprudente. O que quero demonstrar é tão somente que, ao reconhecerem tanto a força das regras de conduta online espontâneas e codificadas quanto das normas sociais tradicionais, os internautas estão inegavelmente demonstrando a asserção de uma prerrogativa de auto-governo. Mais do que em outros contextos, pessoas em comunidades online sentem que estão intituladas a algum poder normativo – poder esse que, por variadas razões, o Estado não pode regular, não consegue achar uma maneira adequada de regular ou simplesmente não possui legitimidade adequada para tanto. Em circunstâncias adequadas, esse entusiasmo pode ser apoiado, instrumentalizado ou direcionado, por exemplo, por uma empresa privada hospedando uma comunidade online.

[174] Adoto aqui a distinção entre normas costumárias e normas positivas feita por KELSEN, Hans. **Pure Theory of Law.** 2ª. Ed, 1978.
[175] Como descrito por HART, H. L. A. Hart. Positivism and the Separation of Law and Morals. **Harvard Law Review**. n. 71, 1958.

1.3. No Judiciário

1.3.1 1ª instância do TJ-RJ

Um perigoso fenômeno parece ocorrer no Brasil nos últimos anos[176]. A Constituição e a literatura compreendem a liberdade de expressão como um direito fundamental e, portanto, passível de restrições no caso concreto apenas mediante ponderação ou aplicação do princípio da proporcionalidade. Mas a prática judicial está totalmente desconectada, mostrando que a realidade nega a Constituição e ignora a doutrina.

Casos de censura mediante decisão judicial com imposição de pagamento de danos morais são, lamentavelmente, corriqueiros e cada vez mais banais. Um exemplo bastante ilustrativo é o do ministro STF Gilmar Mendes. Muito embora se espere de uma figura pública a ciência de seu papel em uma sociedade democrática e, com isso, a aceitação da crítica, o ministro adotou prática de buscar a punição dessa crítica por via do Judiciário[177]. Em um caso ilustrativo de tantos outros, venceu ação contra a jornalista Monica Iozzi e obteve compensação de R$ 30 mil reais. Logo após o desfecho do processo o ministro anunciou que iria doar o valor para caridade[178]. Isso apenas reforça a ideia de que não havia dano a reparar, mas sim apenas o objetivo de coibir críticas a seu respeito. A lógica de utilizar o dano moral como punição e não como compensação necessária é característica de uma visão antiga do papel do direito civil, uma visão incompatível com a ordem de valores da Constituição de 1988, conforme a importante obra do agora Min. Luiz Edson Fachin[179].

Iozzi havia postado foto do ministro em rede social estampada com a palavra "Cúmplice?" em reação à decisão de Mendes de conceder habeas corpus ao réu Roger Abdelmassih, condenado judicialmente por 58 estupros. A condição de figura pública do

---

[176] O presente capítulo constitui versão largamente ampliada do trabalho apresentado como requisito para conclusão da disciplina Direitos Fundamentais, ministrada pelo Prof. Dr. Daniel Sarmento no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro em 2016.1

[177] A lista de processados já é extensa, demonstrando um padrão de comportamento. Ver BERTONI, Estêvão. Quem Gilmar Mendes já processou. E qual foi o resultado. Nexo Jornal. Disponível em: https://www.nexojornal.com.br/expresso/2016/10/05/Quem-Gilmar-Mendes-j%C3%A1-processou.-E-qual-foi-o-resultado. Acesso 13 out 2016.

[178] GABRIEL, Luiz, OLIVEIRA, Mariana. Gilmar Mendes diz que vai doar R$ 30 mil de indenização de Monica Iozzi. Portal G1. Disponível em: http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2016/10/gilmar-mendes-diz-que-vai-doar-r-30-mil-de-indenizacao-de-monica-iozzi.html. Acesso 13 out 2016.

[179] FACHIN, Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ministro garante a proteção constitucional mesmo da crítica pessoal ou por atos e fatos de sua vida privada. Mas a jornalista sequer foi tão longe. Expressou discordância com ato de Mendes no exercício da função, um objeto perfeitamente passível de contestação ou repúdio plenos conforme a doutrina e jurisprudência discutidas no primeiro capítulo. Como então um juiz encontrou fundamento para censurar essa crítica?

Ao enfrentar a questão decisiva – se Monica Iozzi pode ter sua liberdade de expressão restringida nesse caso, de maneira proporcional – a decisão do juiz Giordano Resende Costa não faz qualquer menção aos princípios da proporcionalidade ou razoabilidade. Também não fala em ponderação. Alguns dos precedentes citados na decisão mencionam esses mecanismos, mas apenas na discussão da quantificação do valor dos danos morais. Para responder se o post de Iozzi pode ser considerado ilícito, a decisão não recorre a qualquer subsídio de direito constitucional ou teoria dos direitos fundamentais. A liberdade de expressão vira domínio interno ao campo da responsabilidade civil e a obra citada é o "Programa de Responsabilidade Civil" de Sérgio Cavalieri Filho.

É elementar que em casos como esse a decisão judicial seja forçada a limitar o direito fundamental à liberdade de expressão ou o direito fundamental à proteção da imagem. É um dos pressupostos básicos estabelecidos pela doutrina. A decisão do juiz Costa alude ao fato de a liberdade de expressão ser passível de limitação,[180] mas já parte disso como pressuposto. Não é o resultado da aplicação da proporcionalidade, razoabilidade ou ponderação. A melhor leitura possível dessa fundamentação apontaria para a adoção, por Costa, da teoria dos limites internos, pois fala que Iozzi "extrapola" ou "abusa" da liberdade de expressão. Por trás dessas frases de efeito está a concepção de que certas manifestações não fazem parte da proteção da liberdade de expressão - o que é diferente de compreender que fazem, mas podem ser restringidas pela ação de outros direitos fundamentais ou interesses estatais.

Talvez mais preocupante de tudo seja a afirmação de que "a liberdade de expressão deve ser utilizada de forma consciente e responsável". Esses são critérios possivelmente

---

[180] "No tocante à análise da publicação e dos comentários realizados, pode-se constatar que, de fato, a requerida, extrapolou o seu direito de expressão ao divulgar uma imagem do requerente e suscitar a dúvida se este seria cúmplice de um crime de estupro." (...) "A partir do momento em que a requerida imputa a um jurista reconhecido, ministro da Suprema Corte, cumplicidade a práticas criminosas, esta, evidentemente, abusa do seu direito de liberdade de expressão, pois ofende a honradez e a imagem do requerente perante o meio social." TJDFT Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Quarta Vara Cível de Brasília. 21 set 2016. Disponível em: http://s.conjur.com.br/dl/juiz-monica-iozzi-acusou-gilmar-mendes.pdf. Acesso 13 out 2016.

manejáveis e previsíveis na visão do juiz Costa. Mas são evitados pela doutrina como forma de avaliar a possibilidade de restrição da liberdade de expressão porque transformam a atividade jurisdicional em mera manifestação de opinião a ser sobreposta àquela de Iozzi. Há uma diferença entre, de um lado, um juiz avaliar a possibilidade de impor restrição à liberdade de expressão da jornalista de forma proporcional, em razão da proteção de outro direito fundamental e, de outro, um juiz avaliar se concorda com o que a jornalista falou. O recurso aos critérios vazios de "consciência" e "responsabilidade" iludem o juiz a acreditar que está fazendo o primeiro, quando na realidade faz apenas o segundo.

Essa decisão poderia ser apenas um exemplo de casos nos quais as práticas dos ministros do Supremo sobre liberdade de expressão destoam de sua boa jurisprudência na área [181]. É evidente que o discurso de um magistrado nem sempre está alinhado aos seus valores e pré-concepções – e esses últimos, tanto quanto o direito, determinam como ele irá decidir. Isso é comprovado especificamente no caso da maneira como decidem os juízes da Suprema Corte Norte-Americana sobre liberdade de expressão. Um estudo quantitativo identificou a influência da posição do julgador face ao tipo de discurso que estava em jogo. *Justices* conservadores protegem discurso conservador contra restrição estatal com mais facilidade, ao passo que seus colegas democratas fazem o mesmo pelo discurso liberal[182]. O juiz poderia inclusive estar sendo influenciado pelo fato de o autor ser figura do órgão máximo do próprio poder do qual ele, Costa, faz parte. Há indícios disso em sua decisão[183]. Possivelmente se o autor da ação fosse autoridade do Executivo a decisão de Costa seria, na média, diferente. Ou então o juiz adota posição diametralmente oposta da jurisprudência e doutrina majoritárias no Brasil e no exterior. Para ele, a crítica a autoridades públicas deve ser menos protegida e não mais. Talvez se o autor fosse um jornalista famoso e o réu uma autoridade, Costa

---

[181] HARTMANN, Ivar A. Pela Honra dos Bonecos Infláveis. Supra/JOTA. Disponível em http://jota.uol.com.br/pela-honra-dos-bonecos-inflaveis. Acesso 13 out 2016. Importante, nesse ponto, avaliar também o caminho reverso: o quanto a preocupação com sua própria reputação modula as decisões do ministro, inclusive ao garantir mais ou menos proteção para a crítica de autoridades públicas como ele.

[182] EPSTEIN, Lee. PARKER, Christopher M. SEGAL, Jeffrey A. **Do Justices Defend the Speech They Hate? In-Group Bias, Opportunism, and the First Amendment**. American Political Science Association 2013 Annual Meeting. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2300572. Acessado em: 5 maio 2015.

[183] "Não podemos olvidar que o requerente é um jurista de grande renome, ministro do Supremo Tribunal Federal, órgão responsável, precipuamente, pela defesa da Constituição Federal e que, em consequência, profere decisões de grande impacto e repercussão para o ordenamento jurídico. Ou seja, o requerente é um importante membro da República." TJDFT Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, op. cit.

possivelmente não teria optado pela censura. São especulações, pois não temos dados sobre o corpo de decisões desse juiz em casos de liberdade de expressão, imagem e honra.

O senso comum, entretanto, é aquele apontado logo no início: essa decisão é representativa das decisões sobre a mesma questão em todo o Brasil. Sem dados sobre a realidade, essa é uma mera hipótese. Mas é uma hipótese preocupante. Se de fato os juízes brasileiros estão desconectados da determinação constitucional conforme interpretada pela doutrina constitucionalista na seara dos conflitos entre a liberdade de expressão e a proteção da imagem e da honra, então as consequências são gravíssimas para a democracia brasileira.

São raros os estudos que testam essa hipótese com método empírico que permita conhecer a realidade brasileira. Talvez o único até hoje a fazer isso com decisões da justiça eleitoral de todo o país descobriu que o autor que pede remoção de conteúdo ganha a liminar 66% das vezes e tem taxa de sucesso de 62% na primeira instância e de 58% na segunda.[184] Existem, é claro, muitos estudos qualitativos sobre o tratamento dado à liberdade de expressão pelo Judiciário no Brasil. Mas o método é, quase que invariavelmente, a escolha arbitrária de um conjunto de decisões que não necessariamente representam o todo de um tribunal. Mesmo em pesquisas com maior rigor, o universo da análise acaba diferindo em muito do corpo total de decisões dentro do recorte escolhido. Um exemplo disso são estudos que cobrem apenas decisões colegiadas do Supremo, excluindo da análise as decisões monocráticas[185]. Ocorre que as decisões monocráticas representam parcela ínfima, conforme se verá no capítulo seguinte.

Mas analisar decisões de tribunais superiores não ajuda a testar a hipótese apresentada aqui. Se há um descompasso entre o que dizem os ministros em suas decisões de maior visibilidade e o que decidem os juízes brasileiros, então é imprescindível conhecer a realidade da primeira instância. É preciso encontrar as decisões como a do juiz Costa.

---

[184] FGV Direito SP. **Justiça Eleitoral e Conteúdo Digital nas Eleições de 2014**. São Paulo: FGV Direito SP, 2016. Disponível em: http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/pesquisa_justica_eleitoral_fgv_2.pdf. Acesso 20 jan 2018.

[185] Um exemplo disso é a boa monografia de ISTAMATI, Gisela Barroso. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO: ANÁLISE DE CASOS APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988. Monografia apresentada à Sociedade Brasileira de Direito Público como trabalho de conclusão do curso da Escola de Formação do ano de 2008. Disponível em http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/119_giselafinal.pdf. Acesso 13 out 2016. O mesmo problema é encontrado na pesquisa de CARVALHO, Clara Rafaela Prazeres de. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO STF E STJ. Disponível em: http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2010/relatorios/ccs/dir/DIR-Clara%20Rafaela%20Prazeres%20de%20Carvalho.pdf. Acesso 13 out 2016.

O método ideal seria, portanto, um estudo abrangendo o universo de decisões sobre liberdade de expressão, imagem e honra na justiça estadual brasileira. Até poucos anos atrás, isso seria virtualmente inviável. Recentemente, entretanto, esse quadro começou a mudar por duas vias.

Diversas empresas no mercado jurídico, muitas delas startups, como a Digesto[186], montaram bases de dados e acumulam informações sobre processos em instâncias inferiores, especialmente na área de direito do consumidor. Uma das bases mais completas, seja sob o ponto de vista do número de processos, seja pela abrangência de ramos do Judiciário, seja pela quantidade e diversidade das variáveis, foi produzida pela Kurier[187]. A empresa alega possuir 74.4% de todos os processos judiciais brasileiros, conforme contados pelo Conselho Nacional de Justiça, na Justiça Estadual (81.7%), Federal (58.5%) e do Trabalho (56.8%). No caso do TJ-RJ, são 79.5% dos processos. Trata-se de um banco com 146.830.118 processos. As variáveis incluem a vara ou comarca, os nomes das partes, o assunto do processo e o resultado, entre outras. Tudo está disponível em um dashboard de acesso restrito a assinantes. Em princípio, poderia parecer que essas novas empresas, graças ao seu investimento na construção de bases de dados judiciais, poderiam viabilizar o quadro do tratamento dado aos casos de liberdade de expressão e honra pelo direito brasileiro. Mas mesmo a Kurier, que provavelmente chega mais perto do que qualquer outra, não é capaz de responder as perguntas de pesquisa decisivas pretendidas aqui.

Primeiro porque sua parcela de 74.4% dos processos não é aleatória. Não há um critério pré-definido ou conhecido que determine a razão pela qual um processo foi adicionado e outro não foi. Os dados no agregado estão sujeitos, portanto, a vieses potencialmente ocultos. É possível, por exemplo, que tenha sido excluída da amostra uma determinada vara na qual a taxa de sucesso de ações pedindo danos morais a jornais é baixa, fazendo com que o resultado final de todas as varas aponte uma taxa de sucesso mais alta do que a real. Não há como saber e, portanto, não há rigor estatístico.

Segundo porque, mesmo que isso fosse resolvido, a informação sobre o resultado dos processos na primeira instância não pode ser identificada a partir do texto das decisões. Uma busca pelos processos em cuja decisão conste “liberdade de expressão” e a palavra “honra”

[186] http://www.digesto.com.br
[187] http://kuriertecnologia.com.br/

entre novembro de 2012 e novembro de 2017 resultou em 201.436 processos. Nesses, a informação disponível sobre a sentença é "sem informação" para 143.342; "não classificado" para 56.022; "improcedente" para 745; "sem resolver mérito" para 710; "procedente" para 242; "acordo" para 202; "desistência" para 141 e "parcialmente procedente" para 52. Ou seja, para 99% dos processos sobre liberdade de expressão, a base de dados não traz informação sobre o resultado. Mesmo quando isolados apenas os processos cíveis dentro desse universo de liberdade de expressão, o panorama permanece inalterado. Trata-se de 5232 processos cíveis na justiça estadual. Sobre a sentença inicial, 78% deles constam como "sem informação" e 20% como "não classificado". Na justiça criminal são 128.720 processos, dos quais 69% constam como "sem informação" e 30% como "não classificado".

A outra via na qual houve avanço em termos de dados judiciais é a pública. Felizmente o CNJ e as equipes técnicas de diferentes órgãos adotaram o Modelo Nacional de Interoperabilidade por via de um convênio em 2009[188], criando condições para que o CNJ concentre bases de dados de todos os processos da justiça nos últimos anos. Isso foi efetivado pela primeira vez em 2017, por meio do projeto "Selo Justiça em Números", no qual os tribunais que enviam seus dados no padrão do MNI ao CNJ são premiados[189]. No momento, entretanto, tenho acesso apenas à base de dados dos processos do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Não há nada que garanta serem as decisões nesse âmbito representativas de todas as decisões no país. Mas é um primeiro passo importante por ao menos duas razões: existe um vácuo de pesquisas com essa amplitude sobre o tema e o TJ-RJ é o segundo maior tribunal do

---

[188] Sobre o MNI, ver http://www.cnj.jus.br/tecnologia-da-informacao/comite-nacional-da-tecnologia-da-informacao-e-comunicacao-do-poder-judiciario/modelo-nacional-de-interoperabilidade. Acesso 13 out 2016.

[189] Conforme a descrição do próprio CNJ: "O projeto visa reconhecer e premiar os tribunais que se destacam pela excelência na qualidade dos dados. Por intermédio do mencionado projeto, todos os tribunais que se candidataram ao Selo, encaminharam ao CNJ todos os dados em trâmite em 10 de setembro de 2016, além de todos os casos baixados desde 1º de janeiro de 2015. A partir dessa data, os tribunais devem permanecer enviando mensalmente ao CNJ as informações de processos que tenham sido alterados, criados ou solucionados em cada mês de referência. O CNJ constituiu uma rica base de dados que contém as informações de cada processo judicial, com detalhamento das classes, dos assuntos, as movimentações processuais segundo as Tabelas Processuais Unificadas do CNJ (Resolução n. CNJ 46/2007), além de dados com qualificação das partes, endereço, unidade judiciária, entre outras. Por não ter caráter obrigatório, alguns tribunais de justiça não se inscreveram para concorrer ao Selo, e logo, não encaminharam a base de dados. São eles: TJSP e TJRN. Em outros casos, os tribunais encaminharam os dados, mas não seguem até hoje as Tabelas Processuais Unificadas de movimentos, e por isso também não estão contemplados nas análises. Dessa forma, os dados apurados contemplam informações provenientes de dezesseis tribunais de justiça." Conselho Nacional de Justiça. **Supremo em Ação 2017**. Ano-base 2016. Brasília: CNJ, 2017, p. 72.

país, com mais do que o dobro dos processos tramitados do que o terceiro colocado, o TJ-MG [190].

Meu objetivo nesse capítulo é, portanto, utilizar decisões da primeira instância do TJ-RJ nas quais os juízes enfrentam o conflito entre a liberdade de expressão e a proteção da imagem e da honra, geralmente com pedidos de danos morais formulados. Com isso, testarei a hipótese de que essas decisões destoam daquilo que exige a Constituição, segundo a interpretação do Supremo e da doutrina brasileira. Mais especificamente, a pergunta é: os juízes de primeira instância, quando confrontados com o conflito entre esses direitos constitucionais, utilizam qual método de decisão? Há o recurso à proporcionalidade, razoabilidade ou ponderação a partir do caso concreto, conforme prescrito pelo Supremo e pela doutrina? Evidentemente não se ignora aqui que o próprio Supremo pode não estar perfeitamente alinhado à doutrina majoritária em uma questão de proteção de direitos fundamentais[191].

No campo da liberdade de expressão, a despeito de cada vez mais estudos sobre o comportamento de juízes, permanece verdadeira a afirmação de Thomaz Schwartz há três décadas: "*what we know about judicial attitudes toward the first amendment is very little.*"[192]

1.3.1.1 Metodologia

Para obter um retrato do universo das decisões em meu recorte - TJ-RJ, primeiro grau, liberdade de expressão versus proteção da imagem e honra - adotei metodologia de pesquisa empírica, com técnica quantitativa. Os dados foram levantados usando uma das bases de dados do projeto Supremo em Números. Trata-se de projeto de pesquisa do Centro de Justiça e Sociedade (CJUS) da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV), no Rio de Janeiro. Desde 2010, o projeto realiza macro análises dos processos que chegaram ao

---

[190] Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2017**: ano-base 2016. Brasília: CNJ, 2017, p. 34.

[191] A doutrina nem sempre influencia os ministros do Supremo. Mesmo quando se trata de tema altamente polêmico como o direito fundamental à saúde e o reconhecimento de prestações concretas do Estado diretamente da norma constitucional, os ministros não citam quase nenhuma produção acadêmica e não decidem de acordo com os critérios defendidos pela pouca doutrina que de fato mencionam. Esses são os resultados de ARGUELHES, Diego Werneck. HARTMANN, Ivar A. M. Law in the Books and Books in the Court. Are Social Rights Literature and Judicial Practice on the same page in Brazil? **Annuaire International des Droits de L'Homme**, v. VII, 2014.

[192] SCHWARTZ, Thomas. Judicial Behavior and the First Amendment. **Communications and the Law**. V. 8, 1986, p. 87.

Supremo a partir da Constituição de 1988[193]. Mais recentemente, foram iniciadas pesquisas também com bases de dados do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Pesquisas como esta, envolvendo grandes *data sets*, têm permitido aos juristas analisar de maneira muito mais minuciosa decisões judiciais[194]. Nesse contexto, a disponibilidade de equipamento computacional, software e suporte técnico desempenha um papel-chave na viabilização de estudos empíricos pelos pesquisadores do Direito nos Estados Unidos[195]. A mesma situação prevalece no Brasil, onde faculdades de Direito recém-começam a se adaptar a essa realidade, tornando o acesso a tal instrumental um elemento ainda mais importante[196]. Os dados que subsidiam esse artigo, bem como a diversificada produção do projeto Supremo em Números, são possíveis somente em razão do uso de ferramental tecnológico potente[197].

Ademais, como já dito, a técnica de pesquisa escolhida pretende responder às perguntas de pesquisa mediante um olhar do todo – não de processos ou decisões isoladas do TJ-RJ. O novo movimento de estudos empíricos[198] no Direito, no qual o presente estudo se

---

[193] Ver, por exemplo, FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo; WERNECK, Diego. **I Relatório Supremo em Números**. O Múltiplo Supremo. Rio de Janeiro: Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, 2011. FALCÃO, Joaquim; ABRAMOVAY, Pedro; LEAL, Fernando; HARTMANN, Ivar A. **II Relatório Supremo em Números**. O Supremo e a Federação. Rio de Janeiro: Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, 2013. FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P. **III Relatório Supremo em Números**. O Supremo e o Tempo. Rio de Janeiro: Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, 2014. FALCÃO, Joaquim; MORAES, Alexandre de; HARTMANN, Ivar A. **IV Relatório Supremo em Números**. O Supremo e o Ministério Público. Rio de Janeiro: Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, 2016. E, mais recentemente, FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; ALMEIDA, Guilherme de; CHAVES, Luciano. **V Relatório Supremo em Números**. O Foro Privilegiado e o Supremo. Rio de Janeiro: Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, 2017.

[194] DIAMOND, Shari Seidman; MUELLER, Pam. Empirical legal scholarship in law reviews. **Annual Review of Law and Social Science**, v. 6, p. 581-599, 2010.

[195]EPSTEIN, Lee; KING, Gary. Building an infrastructure for empirical research in the law. **Journal of Legal Education**, v. 53, n. 3, 2003.

[196] VERONESE, Alexandre. O problema da pesquisa empírica e sua baixa integração na área de Direito: uma perspectiva brasileira da avaliação dos cursos de pós-graduação do Rio De Janeiro. **Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI**. Belo Horizonte, 2007. Disponível em: <http:// www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/alexandre_veronese2.pdf>. Acesso em: 11/2012.

[197] Há várias décadas os pesquisadores já haviam identificado os ganhos do uso da informática na pesquisa sobre comportamento judicial. Ver, por exemplo, SCHUBERT, Glendon. The Importance of Computer Technology to Political Science Research in Judicial Behavior. **Jurimetrics Journal**. V. 8, 1968. "The computer is a useful instrument in research in behavioral jurisprudence because (1) it facilitates inquiry by reducing time costs, thus freeing the investigator for routine operations (…) (2) it makes feasible many types of inquiry that could not have been undertaken heretofore (…) and (3) it provides, increasingly, better data (in the sense of empirical observations that have been transformed by the researcher into quantified units suitable for measurement manipulations) by making feasible a greatly expanded repertoire of alternative modes of analysis.", p. 60.

[198] YANOW, Dvora; SCHWARTZ-SHEA, Peregrine (Ed.). **Interpretation and method**: empirical research. Methods and the interpretive turn. M. E. Sharpe, 2006.

insere, sempre se distinguiu do realismo jurídico e da sociologia jurídica em que as pesquisas são preponderantemente quantitativas, e não qualitativas[199].

A base de dados utilizada está em formato MySQL e contém todos os processos que ingressaram na primeira e segunda instância do TJ-RJ entre 2009 e final de 2015. Trata-se de 18.111.297 processos. Existem informações sobre 30.942.888 partes e 225.189.929 andamentos processuais. Também fazem parte da base meta-dados sobre os processos como o assunto jurídico, o órgão judicial responsável, a comarca ou serventia, entre outras. Os andamentos abrangem informações sobre datas e decisões tomadas durante os processos, datas de distribuição dos processos, datas de conclusão ao relator do processo, trânsito em julgado e similares. Os principais dados ou variáveis sobre os quais se ancoram o levantamento encontram-se associados a informações básicas sobre os processos, suas partes e seus assuntos. Além disso, a base contém também os arquivos de textos de decisão.

A primeira etapa foi a determinação do universo de processos pertinentes a partir do assunto com o qual foram catalogados pelos servidores do tribunal. Foram encontrados 5 assuntos que permitiam encontrar o processo diretamente[200] e 7 assuntos que permitiam encontrar o processo por via de cruzamento com a lista de partes[201]. Essa lista de assuntos foi construída procurando por expressões comuns relacionadas à liberdade de expressão e depois complementada a partir de pesquisa para determinar os assuntos de processos nos quais entes possivelmente associados a esse tipo de processo judicial estariam no polo passivo - jornais, revistas, rádios, canais de televisão, redes sociais e buscadores. O primeiro grupo de assuntos retornou 12.779 processos e o segundo grupo de assuntos permitiu identificar 6.292 processos na primeira instância a partir de 2009.

---

[199] SUCHMAN, Mark C.; MERTZ, Elizabeth. Toward a new legal empiricism: empirical legal studies and new legal realism. **Annual Review of Law and Social Science**. v. 6, p. 555-579, 2010.

[200] "Lei de Imprensa (Não Recepcionada pela C. F.) / Indenização Por Dano Moral", "Direito de Imagem / Indenização Por Dano Moral", "Direito de Imagem / Indenização Por Dano Material", "Direito de Imagem / Indenização Por Dano Material / Responsabilidade da Administração", "Direito de Imagem / Indenização Por Dano Moral / Responsabilidade da Administração".

[201] São assuntos de dano moral geral, que podem ou não estar relacionados à liberdade de expressão, imagem e honra: "Indenizaçao por Dano Moral / Responsabilidade Civil do Empregador", "Indenização Por Dano Moral / Responsabilidade do Fornecedor", "Indenização Por Dano Moral / Responsabilidade da Administração", "Indenização Por Dano Moral / Responsabilidade Civil", "Dano Moral Outros - Cdc", "Dano Moral - Outros/ Indenização Por Dano Moral", "Estabelecimentos Comerciais E/ou Virtuais (Internet)". Busquei os processos com esses assuntos e nos quais figurava no polo passivo uma parte que poderia ser processada por questões de expressão, como jornais, revistas, rádios, canais de televisão, redes sociais e buscadores.

A segunda etapa foi procurar os arquivos de decisão referentes a esses processos. Para isso foi usado um script em linguagem Python que encontrou o subgrupo de processos com ao menos uma decisão. Um segundo script gerava uma amostra a partir dessa lista e compilava todos os textos de decisão dos processos da amostra em um único arquivo de texto, permitindo a leitura mais rápida, sem necessidade de abrir e fechar cada arquivo de decisão por vez ou mesmo realizar a procura e download de cada decisão no site do tribunal.

A resposta da pergunta de pesquisa exige uma avaliação a ser feita manualmente, decisão por decisão. Isso impõe a via amostral. Na verdade, nem todos os processos encontrados já tinham sentença produzida, de modo que o total de processos com alguma decisão (que nem sempre é a sentença) foi de 3.702. A complexidade das variáveis a serem codificadas recomenda uma amostra maior do que os 5% comumente utilizados, pois é muito difícil de prever o comportamento da variância dessa amostra. Para esse estudo, adotei o recorte temporal dos anos de 2013, 2014 e 2015.

A codificação foi iniciada pelo ano de 2015. Uma primeira amostra aleatória de 15% das respectivas decisões foi extraída. Lidas as decisões uma a uma, identifiquei muitas ações de dano moral que não estavam relacionadas ao tema buscado. Eram ações de assinantes do Globo alegando dano moral por não terem recebido o jornal, ou contra o Facebook alegando cobrança indevida de serviços de anúncio. Dado o número alto dos processos que fui obrigado a descartar após ler a decisão, extraí nova amostra aleatória de 15% do mesmo universo. Nessa amostra novamente foi alta a quantidade de processos a descartar por impertinência temática, ao mesmo tempo que alguns dos processos não descartados estavam presentes na primeira amostra. Dessa forma, a partir das duas amostras, encontrei e codifiquei um total de 42 decisões. Foram descartadas 27 decisões. Posteriormente, gerei amostras de 30% dos processos iniciados em 2014 e, por último, daqueles iniciados em 2013. A amostra final é de 375 processos. Pelas razões apresentadas há pouco, alguns processos foram descartados da pesquisa após a leitura cuidadosa revelar que o assunto não estava ligado à proteção da liberdade de expressão no conflito com honra ou privacidade. Foram efetivamente mantidos para o levantamento dos dados 162 processos.

Sobre cada decisão foram respondidas as seguintes perguntas:

1) A ação foi procedente?

2) Qual o veículo da manifestação?

3) O princípio da proporcionalidade ou razoabilidade foi mencionado?

4) O princípio da proporcionalidade ou razoabilidade foi aplicado[202]?

5) A ponderação foi mencionada?

6) A ponderação foi aplicada?

7) Foi reconhecida a possibilidade, em abstrato, de restrição da liberdade de expressão?

8) Foi reconhecida a possibilidade, em abstrato, de restrição da proteção da imagem e da honra?

9) Foi citada jurisprudência?

10) Foi citada doutrina?

11) Qual o valor da condenação?

É importante deixar claro que a escolha de formulação das perguntas não reflete uma tomada de posição minha sobre existência ou inexistência de diferença conceitual ou prática entre a proporcionalidade e a ponderação. Essa separação se deu apenas para melhor mapear o perfil das sentenças que, conforme constatei após leitura exploratória, às vezes mencionavam a proporcionalidade, às vezes a ponderação e também às vezes ambas.

No caso de procedência parcial, o processo foi considerado como procedente. Havia muitos processos com pedido de danos morais cumulado de pedido de remoção de conteúdo. Em vários deles a decisão atendeu ao primeiro pedido, mas não ao segundo. A maioria das causas analisadas transitou no juizado especial cível.

---

[202] Nesse sentido, meu método quanto às decisões do TJ-RJ não é diferente daquele empregado pelo pioneiro estudo de Virgílio Afonso da Silva, ao comparar o discurso de um órgão judicial (no caso, o STF) com sua real aplicação (ou falta dela) do princípio da proporcionalidade. SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais. São Paulo. v. 798. p.
23-50. abr. 2002.

Os testes mais importantes são aqueles das perguntas 3 a 8. O objetivo é identificar se o método adotado pelo juiz em sua fundamentação é aquele prescrito pelo Supremo e pela doutrina majoritária. Importante também diferenciar uma mera menção à proporcionalidade e sua efetiva aplicação. Existem decisões judiciais que afirmam que a proporcionalidade é o caminho para resolver conflitos de direitos fundamentais, porém não submetem a restrição no caso concreto às três etapas de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Esse foi o critério para responder sim à pergunta 4: qualquer mera tentativa de relacionar os fatos do caso concreto aos três níveis de exame, mesmo que de forma tecnicamente errada. Se a segunda ou terceira etapas não fossem aplicadas ou sequer mencionadas em razão de a restrição não resistir à primeira etapa, também seria respondido sim à pergunta sobre aplicação da proporcionalidade.

No caso da ponderação o teste foi similar. Bastava qualquer uma das palavras relacionadas, como “ponderação” ou “ponderar”, aparecer no texto da decisão para que a resposta à pergunta 5 fosse positiva. Já na pergunta 6 o que se buscava era alguma tentativa de relacionar os fatos do caso concreto aos direitos ou princípios que o juiz entendia serem passíveis de ponderação, explicitando como a harmonização seria realizada e descrevendo as possíveis restrições aplicadas a cada direito. As decisões que concluíam com preferências abstratas como “a liberdade de expressão deve ser o fiel da balança” ou “a liberdade de expressão pode ser exercida somente nos limites dos direitos da personalidade” recebiam resposta negativa para a pergunta 6.

As perguntas 7 e 8 funcionam como auxiliares das perguntas 4 e 6. Não reconhecer a possibilidade de restrição de algum dos direitos em conflito impede logicamente uma metodologia de decisão que adote a proporcionalidade ou a ponderação. Essas perguntas foram adotadas em razão de manifestações comuns em decisões judiciais que buscam legitimar o resultado apenas com afirmações genéricas sobre a possibilidade de restrição da liberdade de expressão em abstrato - o que é uma obviedade. Contudo, essas decisões não aplicam qualquer método aceitável para testar a proporcionalidade da restrição adotada. A falha em reconhecer que a proteção da imagem e da honra também pode ser restringida é um indício que ajuda a identificar tais decisões.

Um exemplo disso é a decisão que determinou o bloqueio do Facebook no país inteiro em razão de um perfil falso que era usado para criticar um candidato a prefeito em Santa Catarina. O trecho da decisão de 8 páginas do juiz Renato Roberge que mais próximo chega de um balanceamento entre direitos conflitos limita-se a afirmar que "[h]á, portanto, nítido caráter ofensivo, conduta que não se alinha com a liberdade do pensamento constitucionalmente assegurada, pois esta não dá ensancha para que se vença limites e se avance sobre a honra alheia."[203] A decisão não menciona ou aplica o princípio da proporcionalidade ou a ponderação e não reconhece em nenhum momento a possibilidade em abstrato de restrição da proteção da honra. Em entrevista após a decisão, o juiz utilizou novamente o argumento da possibilidade de restrição em abstrato da liberdade de expressão, sem qualquer menção à proporcionalidade de sua restrição no caso concreto.[204]

As perguntas 9 e 10 também permitem coletar indícios do perfil de fundamentação utilizado pelo juiz na decisão. No caso da jurisprudência, é possível que o uso de um determinado precedente complemente ou até suplante a aplicação da ponderação ou da proporcionalidade. O maior problema seria, portanto, a ausência cumulada de precedentes e de uso adequado da ponderação e da proporcionalidade.

Ademais, foram catalogadas todas as referências doutrinárias feitas nas decisões, de modo que é possível avaliar se, independentemente de adotar ou não a fundamentação prescrita pela doutrina majoritária, o juiz a cita.

1.3.1.2 Resultados

Os resultados da codificação das 162 decisões são os seguintes:

---

[203] Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina. Disponível em: http://s.conjur.com.br/dl/juiz-determina-anatel-tire-facebook-ar.pdf. Acesso 13 out 2016.

[204] "A liberdade de expressão tem limites. A lei e a Constituição da República não toleram que um ser encoberto pelo anonimato saia publicando algo contra outrem, como também não dá sobra para que, anônimo ou não, viole-se a honra e a imagem das pessoas". MENDONÇA, Renata. 'Liberdade de expressão tem limites', diz juiz que pediu suspensão do Facebook. BBC Brasil. Disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/brasil-37612969. Acesso 13 out 2016.

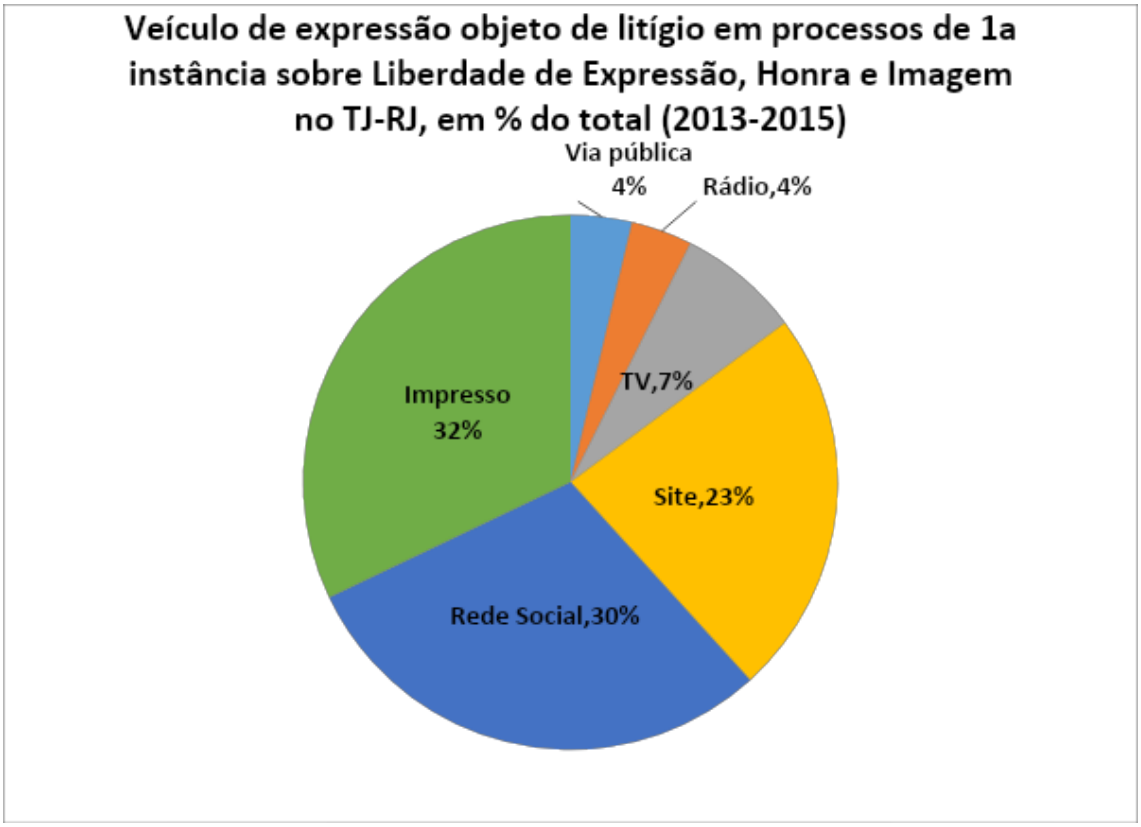


Figura 1

Com 32% do total, o tipo de veículo mais comum nas ações é o impresso, que inclui jornal (50 casos), revista e embalagem (1 caso cada). Em segundo lugar estão as redes sociais, também com cerca de um terço. Aqui estão incluídos casos de perfil falso e comentários considerados ofensivos. O terceiro veículo mais comum é site, com 23%. Aí estão incluídos casos sobre blogs e buscadores. A categoria inclui sites de notícias ou mesmo de jornais. Aqui, foi feita diferenciação: quando a manifestação objeto do processo estava no site de um jornal, era adotada o veículo site. Meios mais tradicionais, como televisão e rádio, juntos, chegam a perto de 11%. Uma minoria de manifestações em via pública ou feitas de forma verbal, pessoalmente, representa 4% dos casos.

É importante notar que os meios virtuais somados representam mais da metade dos processos. Isso não é surpreendente, dado o avanço da penetração da internet no país, que já é acessada por metade dos brasileiros[205]. Decisivo para a concentração maior de processos

[205] GOMES, Helton. Internet chega pela 1ª vez a mais de 50% das casas no Brasil, mostra IBGE. G1. Disponível em: http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2016/04/internet-chega-pela-1-vez-mais-de-50-das-casas-no-brasil-mostra-ibge.html. Acesso: 13 out 2016.

contra manifestação do pensamento online, entretanto, é o fato de que o número de pessoas expressando-se na internet é monumentalmente maior do que nos meios de comunicação em massa, o que aumenta o número de manifestações e, portanto, as chances de um processo. Por outro lado, é intuitivo que uma pessoa que sente sua honra ofendida veria uma manifestação em jornal ou televisão com potencial mais danoso que em uma rede social, fazendo com que, em cada caso isolado, a chance de buscar o Judiciário seja maior quando se trata de um veículo tradicional.

Abaixo os resultados da codificação da amostra para as principais variáveis:[206]

[206] O desvio padrão e o intervalo de confiança de cada variável são reportados abaixo, seguindo a fórmula Clopper-Pearson (binomial exata):

Variável	Obs	Média	Margem de erro	[95% Interv Confiança]	
procedente	162	.3703704	.0379405	.2959267	.4496509
ponderacao	162	.1666667	.0292803	.1128003	.2331491
pondera_apl	162	.0432099	.0159751	.0175465	.0870001
proporcion	162	.0679012	.0197657	.034381	.1182448
proporc_apl	162	0	0	0	.0225136*
rest_honra	162	.0802469	.0213448	.0434197	.1333154
rest_expr	162	.2901235	.0356554	.2215968	.3665057
precedente	162	.5493827	.0390916	.4693794	.6275461

(*) unilateral, 97.5% de intervalo de confiança

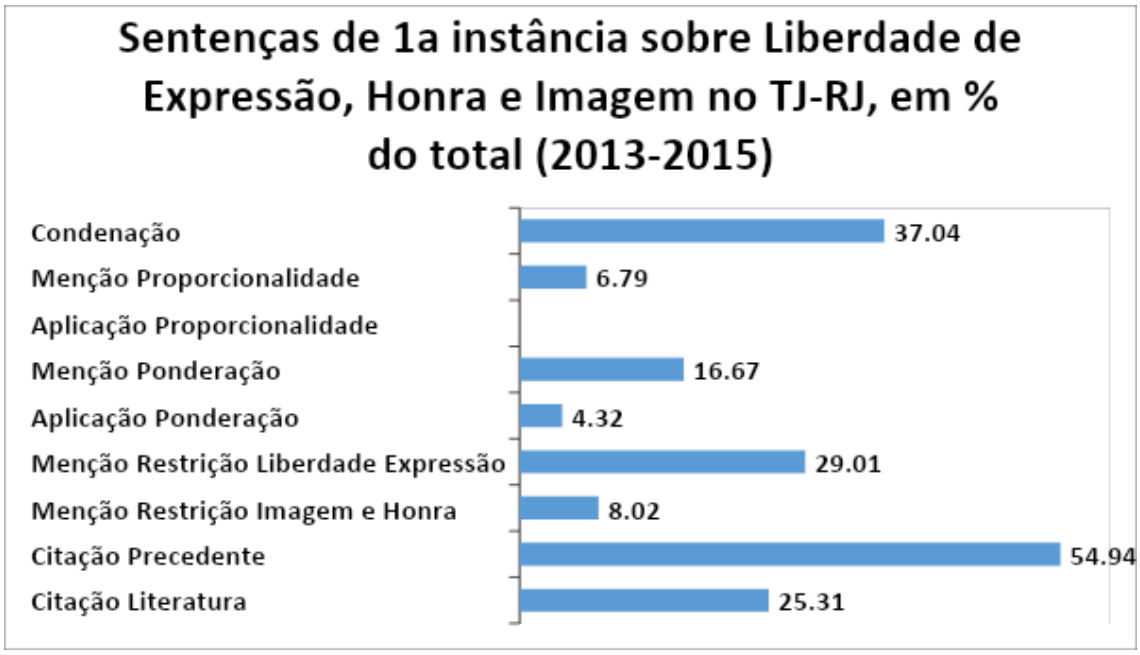


Figura 2

Mais de um em cada três – 37,04% – dos processos resulta em condenação. Em quase todos os casos, ao pagamento de danos morais. Ainda que seja possível realizar comparações com outros países ou jurisdições, elas nem sempre serão perfeitas, pois seria necessário levar em conta os diferentes custos para litigar, bem como as chances de sucesso de ações judiciais no geral. Um estudo de processos contra veículos de comunicação em massa por difamação na China encontrou uma taxa de sucesso da parte autora de 20% em 2013[207]. Um levantamento mais antigo do *Bureau of Justice Statistics* norte-americano encontrou 39.5% de sucesso em ações do mesmo tipo em 2005[208]. É difícil avaliar se os 37,04% no TJ-RJ são muito ou pouco.

De um lado, uma taxa de sucesso na faixa de 50% já seria insustentável, pois significaria que, metade das vezes em que um brasileiro não gosta do que disseram sobre sua

[207] HE, Xin. LIN, Fen. The Losing Media? An Empirical Study of Defamation Litigation in China. **The China Quarterly**. n. 230, June 2017, p. 392. Ao menos dois fatores prejudicam a comparação. O estudo compreende o período de 1993 a 2013 e, portanto, é mais extenso – embora tenha analisado uma média de apenas 21 casos por ano, contra 54 por ano da presente pesquisa. O foco foi em casos contra órgãos de mídia, ao passo que a presente pesquisa lida também com quantidade significativa de casos que não envolvem atores da imprensa. Por último, o estudo encontrou uma maior taxa de sucesso na ação quando a parte autora era uma organização em vez de uma pessoa física isolada. Dado que somente cerca de 3 ou 4 dos casos analisados aqui envolvem pessoas jurídicas no polo ativo, se o cenário fosse mais parecido com o da China nesse aspecto a taxa de sucesso das ações talvez seria maior ainda.

[208] UNWIN, David. **Defamation Litigation Patterns Across the United States, England, and Australia**. Disponível em https://works.bepress.com/david_unwin/1/download/. Acesso 10 jan 2018.

pessoa, ele terá condições de censurar a crítica. Por outro lado, presume-se que buscar o Judiciário é uma via com custos e, portanto, necessariamente não é utilizada por todos que se sentiram ofendidos. Aqui, a percepção dos brasileiros sobre o papel que o Judiciário está disposto a adotar nesses conflitos é decisiva. Se os juízes sinalizam que estão dispostos a atuar como mediadores do que pode e não pode ser dito, uma pessoa veria a ação judicial como um caminho com custos que são depois compensados. Convém lembrar que a grande maioria dos processos na amostra eram de juizados, que constituem uma via de mais baixo custo e mais rápida. Sendo assim, 37% de chances de obter a censura buscada pela via do juizado parecem boas chances. Nos juizados especiais do TJ-RJ, a média geral de procedência ou procedência parcial em 2012 foi de 42,37%, segundo estudo do IPEA e do CNJ[209].

O valor das condenações por danos morais pode também funcionar como um estímulo ou desestímulo. Na média, as condenações geraram danos morais de R$ 16.894,74[210]. Novamente, seria útil um estudo que identificasse a média geral das condenações por danos morais em juizados. Mas o valor parece alto considerando que os juízes não exigem qualquer prova a não ser mostrar a notícia, post, foto, etc. considerada ofensiva pelo autor da ação.

Os resultados dos testes mais importantes são surpreendentes. Apenas 6,79% das decisões sequer menciona a proporcionalidade como método para resolver os conflitos de direitos constitucionais. E nenhuma, na amostra de 162 decisões, tenta aplicar o princípio ao caso concreto. A ponderação é similarmente pouco lembrada ou utilizada. 16,67% das decisões mencionam a ponderação e apenas 4,32% tentam ponderar os interesses presentes no caso em questão[211].

É difícil identificar o objetivo de um juiz que cita a proporcionalidade como método pertinente no caso e não aplica o princípio. Ou diz que a ponderação deve ser usada, mas não se dá ao trabalho de fazer isso. Esses institutos parecem estar sendo usados para dar a

---

[209] IPEA. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório sobre os Juizados Especiais**. Brasília: IPEA, 2013, p. 23.

[210] O desvio padrão e o intervalo de confiança de cada variável são reportados abaixo, seguindo a fórmula Clopper-Pearson:

Variável	Obs	Média	Margem de erro	[95% Interv Confiança]	
condenacao	57	16894.74	3800.717	9280.986	24508.49

[211] Algumas decisões sequer identificavam todos os princípios ou direitos fundamentais centrais. Uma grande quantidade delas completava essa etapa, mas não realizava nenhuma avaliação sobre o impacto dos fatos e do resultado escolhido sobre a efetivação de tais princípios ou direitos, um elemento essencial da ponderação, segundo aponta, entre outros, BARCELLOS, Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional, op. cit., p. 121.

aparência de rigor na técnica jurídica, de modo a oferecer um verniz de legitimidade a uma escolha arbitrária ou baseada, na verdade, em algum outro critério oculto ou mencionado logo a seguir na decisão.

Um dos resultados mais importantes, que confirma o quanto a decisão do juiz sobre o Facebook é representativa de um conjunto grande de decisões no Rio de Janeiro, é a frequência com que a possibilidade de restrição do direito à liberdade de expressão em abstrato é lembrada pelos juízes: 29,01%. Isso porque mesmo uma grande quantidade de decisões que sequer mencionou a proporcionalidade ou a ponderação ainda assim fez questão de deixar claro que "a liberdade de expressão não é um direito absoluto".

Essa característica das decisões é ainda mais explicativa quando em conjunto com a concentração de decisões que cuidam de fazer a mesma afirmação sobre os direitos constitucionais no outro lado do conflito. Apenas 8,02% das decisões, mostrando que cerca de uma em cada cinco decisões afirma a possibilidade de restrição apenas da liberdade de expressão. Considerando que a aplicação dos métodos consagrados pelo Supremo e pela doutrina é quase inexistente, surpreende que o posicionamento em relação à liberdade de expressão não resulte em taxa de condenações ainda mais alta.

A recusa em utilizar os métodos de resolução de conflitos entre direitos fundamentais exigidos nesse tipo de caso poderia ser em parte justificada se as situações fossem repetitivas o suficiente para que o precedente estabelecido por um tribunal pudesse auxiliar o juiz a encontrar uma resposta adequada. Estamos falando de uma possível mitigação parcial da necessidade de aplicação da proporcionalidade ou ponderação, a depender do caso em questão e das características do caso que gerou o precedente citado. Segundo a posição majoritária na doutrina brasileira, entretanto, algum aspecto do conflito concreto de direitos diante do julgador ainda demandaria o uso da ponderação ou proporcionalidade – até porque dificilmente o caso é exatamente igual àqueles dos precedentes. Ocorre que a menção de precedentes judiciais também não é altamente popular nas decisões sobre liberdade de expressão. Praticamente a metade, ou 54,94% delas, apoia-se em jurisprudência para fundamentar sua decisão. E mesmo assim, muitas dessas citam precedentes sobre a possibilidade de responsabilizar um intermediário (como a plataforma de rede social) pelos danos causados, porém não citam qualquer jurisprudência para fundamentar a existência de

dano moral a reparar. A concentração de uso de precedentes para auxiliar na averiguação da existência de dano, portanto, é muito inferior a 50%.

Uma quantidade muito menor das sentenças recorre à doutrina, apesar da aparente complexidade e sofisticação de conflitos de direitos fundamentais. 25,31% das decisões citam a literatura, cerca de uma em quatro. Mesmo nos casos em que a doutrina é citada, as escolhas indicam que a maioria dos juízes não enxerga os conflitos entre liberdade de expressão, proteção da imagem e da honra como um problema de direito constitucional.

41 decisões citam doutrina. A obra predominante é o Programa de Responsabilidade Civil de Sérgio Cavalieri – essa é, inclusive, a única doutrina citada por 12 decisões. A doutrina citada se divide em dois grandes grupos e um terceiro menor. O primeiro grande grupo é de autores clássicos de áreas que não o direito constitucional, como Maria Helena Diniz, Caio Mario da Silva Pereira, Luiz Antonio Rizzatto Nunes e Humberto Theodoro Júnior. Também inclui civilistas de obra mais recente e com algum enfoque específico no assunto, como Anderson Schreiber e Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho. O segundo grupo é de doutrina constitucionalista mais abrangente, como o curso de José Afonso da Silva. Um terceiro e menor grupo é de monografias ou artigos focados na questão da ponderação ou conflito entre direitos fundamentais em geral ou mesmo exclusivamente a liberdade de expressão, honra e imagem. São exemplos os trabalhos de Daniel Sarmento, Luís Roberto Barroso e Robert Alexy.

O número de decisões que cita doutrina especializada, do terceiro grupo, é 11. Ou seja, apenas 6,79% das sentenças cita obras pertinentes para o tipo de tarefa que o juiz precisa levar a cabo nesses casos. É evidente que o julgador não está obrigado a citar qualquer doutrina, quanto menos sobre um determinado assunto. Mas o objetivo do estudo aqui é identificar o fundamento utilizado pelas decisões e quando a aplicação da ponderação ou proporcionalidade é virtualmente inexistente, como se revelou, o amparo na doutrina poderia diminuir os riscos de decisões arbitrárias.

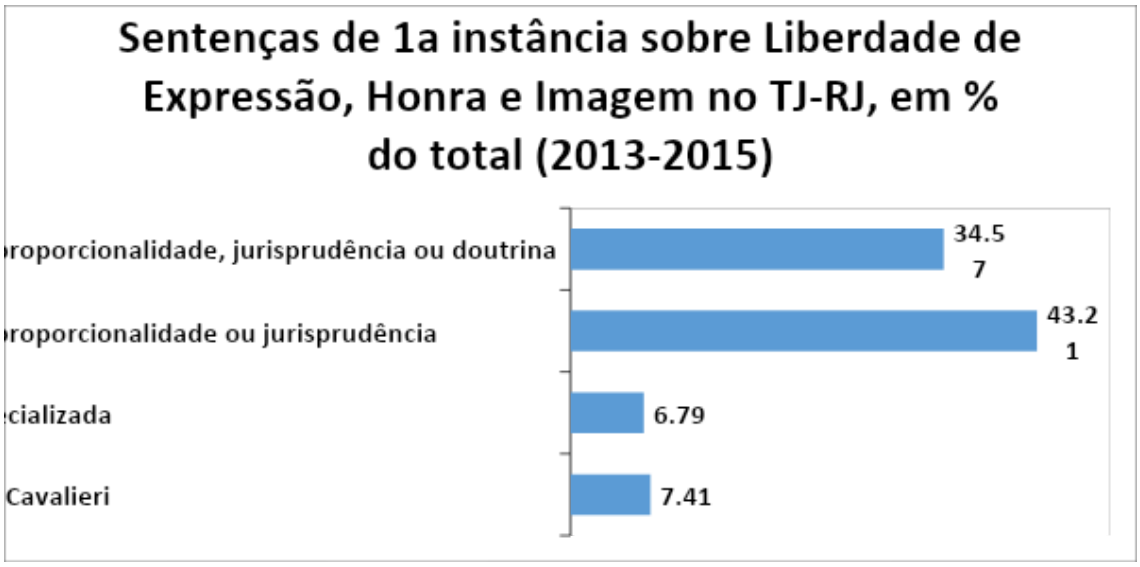


Figura 3

É nesse contexto e por essa razão que o último achado da pesquisa é decisivo. Um total de 70 decisões, ou 43,21% do total analisado, não aplicam a proporcionalidade ou ponderação e nem citam qualquer jurisprudência. Boa parte dessas também não se ampara em qualquer literatura, de modo que 34,57% das decisões – uma em cada três – não aplica nenhum dos testes consagrados pela doutrina e não cita qualquer precedente ou obra acadêmica.

No conjunto das 70 decisões sem aplicação de proporcionalidade ou ponderação e sem recurso à jurisprudência, a taxa de procedência é ligeiramente maior do que no todo: 38,57%. No gráfico abaixo, são as sentenças do grupo B. As sentenças do grupo A são aquelas do grupo oposto, que aplicam a ponderação, a proporcionalidade ou citam jurisprudência – incluindo aqui aquelas que fazem mais de uma das três coisas.

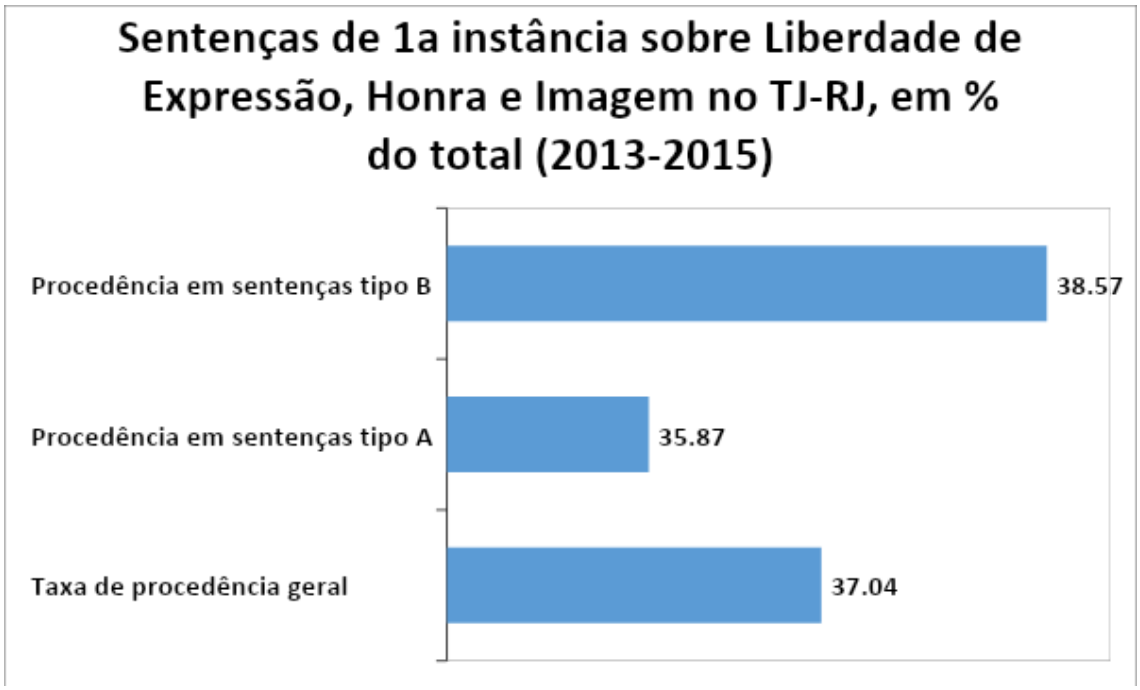


Figura 4

As sentenças que colacionam jurisprudência surpreendem um tanto pelas escolhas. Se, de um lado, é intuitivo o resultado encontrado de que a maioria delas é da segunda instância do próprio TJ-RJ, por outro lado não era esperado que apenas 10 decisões citassem precedentes do STF em um total de 65 com alguma jurisprudência. Há duas possíveis explicações. A primeira é que existe uma demanda dos magistrados na primeira instância de orientação jurisprudencial por parte do STF em conflitos de direitos fundamentais envolvendo liberdade de expressão, honra e imagem – mas essa demanda é reprimida pela escassez desse tipo de precedente vindo de nossa corte constitucional. A segunda explicação possível é que os magistrados de primeira instância simplesmente não acreditam existir um papel do STF de produção de precedentes para esse tipo de caso. Qualquer uma das duas – ou mesmo uma possível mistura de ambas – aponta para um contexto problemático.

Há um número razoável também de citações ao STJ, mas a grande maioria ocorre em casos envolvendo rede social ou buscador e os precedentes são utilizados para ancorar a decisão sobre se o intermediário deve ou não ser responsabilizado. Poucas sentenças usam precedentes do STJ para ancorar sua opção de resultado no confronto entre direitos

fundamentais. Em alguns casos, a longa fundamentação sobre a primeira questão acaba tirando a atenção do fato de que a fundamentação para a segunda questão é quase inexistente.

Há casos, entretanto, em que a jurisprudência do STJ acaba servindo para propósito diferente daquele para o qual foi criada. Por exemplo, a súmula 403, que determina que "[i]ndepende de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais." O caso gerador da súmula era de uma modelo que realizou contrato para uso de sua imagem com fins publicitários e foi mais tarde surpreendida quando outras campanhas publicitárias, que não eram objeto do contrato, também incluíram sua imagem. O contexto de uso era a publicidade, a comunicação com o intuito de vender um produto ou serviço, conforme diversas passagens da decisão[212]. É verdade que a ementa da decisão que engatilhou a súmula foi redigida de maneira confusa e conducente a erro[213], mas isso não exime o julgador de primeira instância de conhecer as características essenciais do precedente que pretende aplicar. Muitas das decisões analisadas utilizam essa súmula do STJ – citando-a explicitamente ou não – para eximir-se de fundamentar a existência de dano moral indenizável.

Uma das ações foi ajuizada por esportista que utilizou como sua imagem de perfil pública do Facebook uma foto sua praticando *stand-up paddle*. Um jornal mais tarde utilizou a foto para ilustrar matéria sobre a prática de esportes aquáticos, porém relacionou a foto a outra pessoa, praticante de esporte de vela. O esportista alegou que teria sofrido escárnio

---

[212] Entre elas: "a exposição de suas fotos em comerciais, mesmo não autorizados para determinada campanha publicitária", "No caso, como registrado pelo acórdão impugnado, a recorrente, modelo profissional, e a recorrida, Avon Cosméticos Ltda., firmaram contrato de utilização de imagem, tendo a primeira autorizado a divulgação de sua imagem em encartes promocionais de produtos da segunda, a serem veiculados no Brasil.", "Direito à imagem. Indenização. Modelo profissional. Fotografias. Danos materiais caracterizados pela publicação em periódicos nacionais, depois do prazo contratado e pela veiculação em **encartes publicitários** e em revistas estrangeiras sem autorização. Danos morais, contudo, não caracterizados, por ausência de demonstração nesse sentido. Embargos recebidos." (ementa da decisão do caso pelo TJ-SP, grifou-se).

[213] Não há clareza, na ementa, da existência de requisito do uso publicitário. "EMENTA Direito à imagem. Modelo profissional. Utilização sem autorização. Dano moral. Cabimento. Prova. Desnecessidade. Quantum. Fixação nesta instância. Possibilidade. Embargos providos. I - O direito à imagem reveste-se de duplo conteúdo: moral, porque direito de personalidade; patrimonial, porque assentado no princípio segundo o qual a ninguém é lícito locupletar-se à custa alheia. II - Em se tratando de direito à imagem, a obrigação da reparação decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não havendo de cogitar-se da prova da existência de prejuízo ou dano, nem a conseqüência do uso, se ofensivo ou não. III - O direito à imagem qualifica-se como direito de personalidade, extrapatrimonial, de caráter personalíssimo, por proteger o interesse que tem a pessoa de opor-se à divulgação dessa imagem, em circunstâncias concernentes à sua vida privada. IV - O valor dos danos morais pode ser fi xado na instância especial, buscando dar solução definitiva ao caso e evitando inconvenientes e retardamento na entrega da prestação jurisdicional."

decorrente da confusão feita pelo jornal. A magistrada não apenas concedeu indenização por dano moral no valor de R$ 5.000, como afirmou que o uso de imagem sem autorização automaticamente gera tal dano indenizável. Caracterizou o tipo de uso da imagem como "reprodução jornalística".[214]

Esse é exemplo ilustrativo de outros e a exposição de alguns elementos de casos assim é importante a título de análise qualitativa para dar contexto e profundidade a alguns fatos revelados pela análise quantitativa.

Com relação ao perfil das ações: os casos são, na média, bastante banais. Uma mulher chamada Sheila pediu R$ 203 mil reais de danos morais em razão do vídeo "Na Lata", do grupo Porta dos Fundos[215]. Ela sentiu-se ofendida com as piadas feitas com nomes como Kellen e Wellerson. Outra mulher processou o portal UOL em nome da filha, menor de idade, que havia aparecido em fotografia veiculada no portal com a legenda "Mulher dorme à beira de uma piscina enquanto a multidão marcha contra o governo federal na praia de Copacabana, na zona sul do Rio de janeiro."[216] Há processos de delegados de polícia que estavam em uma lotérica quando esta foi assaltada. Eles seguiram os ladrões à distância, após o assalto, mas não reagiram durante o ocorrido. O SBT divulgou matéria que descrevia a situação com "delegados se omitem em assalto." Um homem processou a psicóloga com a qual havia feito terapia de casal porque ela mais tarde o chamou de "psicopata". Uma advogada associou seu perfil do Facebook a uma página de profissão de advocacia. A página adotava uma foto com teor sexual. Ao invés de desassociar-se da página, a advogada processou o Facebook.

Um dos casos demonstra o quão prejudicial poder ser critério da veracidade da informação. Um sindicalista de Niterói criticou um servidor público em protesto e em site afirmando que esse servidor recebia proventos acima do teto constitucional. O servidor processou pedindo danos morais. A juíza uso diversas páginas para discutir a questão do teto, mudanças feitas por emendas constitucionais, entendimentos do Supremo em diferentes momentos, entendimento da doutrina etc Tudo para concluir que, segundo sua interpretação, o

---

[214] Sentença do processo 2014.212.015945-2.

[215] Disponível em https://www.youtube.com/watch?v=NZb0XKHgtjo. Acesso 14 out 2016.

[216] A imagem está disponível em http://imguol.com/c/noticias/5d/2015/08/16/16ago2015---mulher-dorme-a-beira-de-uma-piscina-enquanto-multidao-marcha-contra-o-governo-federal-na-praia-de-copacabana-na-zona-sul-do-rio-de-janeiro-1439755629099_1024x768.jpg. Acesso 14 out 2016.

valor recebido por função gratificada deve ser contado de forma avulsa para efeitos do teto, em vez de somado aos vencimentos principais. A opinião manifestada pelo sindicalista era, portanto, inverídica. Ele foi condenado a pagar R$ 5 mil reais de danos morais ao servidor. Em nenhum momento a juíza percebeu que o fato de serem necessárias diversas páginas para explicar a controvérsia e tomar posição atestavam para o fato de ser impossível classificar qualquer opinião sobre teto constitucional em abstrato ou em concreto como afirmação falsa. Isso é particularmente preocupante, pois presume que a discussão sobre o que deve ou não contar para o teto constitucional dos servidores públicos deve ser moderada pelos juízes - um dos grupos mais diretamente e pessoalmente interessados na questão.

Uma chance de sucesso de 37,04% em um conjunto de ações envolvendo pedidos de danos morais por disseminação de *revenge porn* ou difamação resultantes de manifestação que usa de erro com comprovada má-fé (o critério para concessão de danos morais a pessoas não públicas no direito norte-americano desde 1964) poderia ser considerada baixa. Em um cenário no qual os pedidos têm os fundamentos expostos há pouco, a banalidade é extremamente bem compensada com mais de uma chance em três de sucesso.

A falta de apoio em dogmática de direitos fundamentais permite algumas escolhas de simplismo preocupante. Uma das decisões, sobre pedido de tutela antecipada para remoção de conteúdo em rede social, afirma que "[n]ão se trata, pois, de censura legal prévia, rechaçada pela jurisprudência do E.Supremo Tribunal Federal, mas de tutela fundamentada na verossimilhança."[217] Uma categoria genérica é utilizada em um campo específico, causando restrições desproporcionais da liberdade de expressão. Mas, como a proporcionalidade não é aplicada em uma decisão sequer, nenhum dos juízes chega a perceber o problema.

Essa característica é comum a várias das ações: a utilização de categorias aceitáveis para outras situações de pedidos de danos morais, mas inadequadas para um conflito entre direitos fundamentais. Um grande número de condenações afirmava que a ofensa automaticamente causa o dano. Não apresentavam, portanto, qualquer fundamentação para explicar a razão pela qual existia, no caso concreto, uma restrição da honra ou da imagem considerada desproporcional. Um exemplo bastante ilustrativo:

[217] Sentença do processo 2015.205.048819-3.

> “a razão se coloca ao lado daqueles que entendem que o dano moral está implícito na própria ofensa, de tal modo que, provado o fato danoso, ipso facto está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção hominis ou facti, que decorre das regras da experiência comum.”[218]

Ocorre que a prova exigida nesses processos, conforme já mencionado, é a mera veiculação da matéria, post ou foto consideradas ofensivas. Isso, aliado ao fato de que a avaliação da existência da ofensa se dá, em grande parte dos casos, sem amparo em técnica jurídica, jurisprudência ou doutrina, cria as condições para um sistema extremamente hostil à liberdade de expressão. Em outro caso, a parte ofendida é vereador, mas o fato de ser pessoa pública não acarreta tratamento mais cuidadoso com a restrição à liberdade de manifestação. Em toda a sentença, uma única frase é utilizada para justificar a existência de dano a partir da expressão, seguida já por fixação de valor de danos morais muito acima da média do universo analisado. Para ser preciso, bastou uma frase de fundamentação para estabelecer danos morais por crítica a pessoa pública em valor 47% superior à média dos casos similares.

> “Quanto ao dano moral, não sofreu a autora um mero aborrecimento do cotidiano, em razão do desrespeito, pela parte ré, de direitos básicos do consumidor, em especial aquele referente à proteção contra práticas abusivas (CDC, art. 6º, IV). Assim, é suficiente para a reparação desses danos a quantia de R$24.880,00, considerando, para a fixação do "quantum" indenizatório, que a demandante é pessoa pública e conhecida no município, integrante de sua Casa Legislativa.”[219]

Há também magistrados para quem a liberdade de expressão deve ser preterida *em abstrato* em favor da privacidade, pois essa está fundada na dignidade da pessoa humana:

> “Por oportuno, vale ressaltar que o conflito entre a ´garantia à intimidade´ e a ´liberdade de informação´, sendo ambos direitos fundamentais assegurados em sede constitucional, deve preponderar o interesse à privacidade do indivíduo como corolário do principio da dignidade da pessoa humana e fundamento do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal.”[220]

A falta de critérios minimamente sofisticados nas decisões não prejudica apenas a liberdade de expressão. Pelo contrário! As decisões continnham entendimentos como:

> “Assim, pode-se dizer que a liberdade de manifestação será legítima, desde que respeitados os limites impostos ao resguardo à intimidade individual, em uma construção do que vem a ser o proporcional e o razoável, o que deverá ser aferido casuisticamente. (...) Não houve, repita-se, ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o que, somente se configurado, justificaria o reconhecimento da responsabilidade indenizatória pretendida pelo autor.”[221]

---

[218] Sentença do processo 2015.203.019064-2.
[219] Sentença do processo 2013.003.007694-6.
[220] Sentença do processo 2013.209.004484-4.
[221] Sentença do processo 2015.058.004343-7.

Essa concepção acarretaria o problema contrário: proteção deficiente da imagem e da honra. Assim como a proporcionalidade e ponderação parecem ser usadas como palavras mágicas que automaticamente contemplam a decisão com validade jurídica, também a dignidade humana é usada de forma panfletária. Não é necessário que uma conduta viole o núcleo de dignidade humana do direito fundamental para que ela seja restringida.

Outro exemplo: "Ademais, somente é considerado ofensa a honra quando há excesso na informação, sob pena de se violar a liberdade de imprensa."[222] Segundo essa concepção, manifestada em outra decisão, também restam ameaçadas de proteção deficiente a imagem e a honra, pois o "excesso na informação" é apenas mais um critério vazio que não confere qualquer previsibilidade às decisões e permite a decisão arbitrária disfarçada de tecnicamente apurada.

A falta de critérios claros e transparentes aumenta consideravelmente o risco de decisões nas quais algum *bias* de decisão opera de forma decisiva. Enquanto que a frequência desproporcional da afirmação de que a liberdade de expressão não é absoluta demonstra um *bias* pró-honra e imagem, existe outro possivelmente mais danoso em ação. Entre os 162 casos, 3 envolvem magistrados no polo ofendido da demanda. Nesses três casos a ação foi procedente, o que já é por si só um sinal de alerta. Mais preocupante, no entanto, é a média do valor de danos morais concedido. Entre os demais casos procedentes a média é de R$ 15.201. Nos três casos envolvendo magistrados, é R$ 47.373. Um dos três foi ajuizado pela magistrada que se recusou a realizar o teste do bafômetro em uma blitz policial. Nesse caso, segundo a sentença, o fato de ser magistrada era motivo de maior restrição da manifestação de opinião sobre ela, em uma completa inversão do uso do elemento "figura pública".

> "Não se olvide, que é fato notório que a demandante, como Juíza de Direito, é pessoa pública, o que gera certamente maior repercussão ao caso, violando com mais intensidade a sua honra subjetiva."[223]

Além disso a maior indenização individual concedida em todos os casos analisados é de R$ 80.000, para um desembargador. É o segundo maior valor arbitrado a título de danos morais. O mais alto de todos, R$ 200.000, foi repartido entre 5 autores de uma ação contra

[222] Sentença do processo 2015.212.008489-2.
[223] Sentença do processo 2013.001.301965-8.

uma emissora de televisão. Já as ofensas ao desembargador haviam sido veiculadas em rede social.

O Brasil é o país da cordialidade, das biografias chapa branca e de um histórico de autoritarismo estatal. As condições fortaleceram ao longo de séculos um senso comum que condena manifestações do pensamento desagradáveis e inconvenientes. O texto da Constituição, por mais avançado e sofisticado que seja, naturalmente não tem o poder de mudar o preconceito com a liberdade de expressão existente no país.

Condenações judiciais paradigmáticas em profusão e em situações inadequadas, como a decisão que puniu a jornalista Monica Iozzi em benefício do Min. Gilmar Mendes, têm banalizado a censura da manifestação do pensamento. Mas essas condenações são noticiadas por uma imprensa que é interessada direta e tem incentivos para amplificar a percepção de censura judicial. Como de costume, a pesquisa empírica na área do direito apresenta-se como essencial para determinar se essas decisões são excepcionais ou representativas do todo.

A análise amostral no TJ-RJ demonstrou que são efetivamente representativas. O cenário é preocupante. Existe uma desconexão entre, de um lado, a doutrina constitucionalista teórica, que descreve a aplicação de métodos sofisticados para a solução de conflitos de direitos fundamentais, e, de outro, a realidade das decisões judiciais que ignoram esses métodos ao tratar do exercício da liberdade de expressão. Mais estudos empíricos são necessários para testar se a situação da justiça estadual do Rio de Janeiro se repete em outros estados brasileiros.

O principal problema que aparece nas decisões de primeira instância é a falta de apoio em critérios técnicos, claros e transparentes. O resultado, no caso do Brasil, conforme já ponderei, é prejudicial para a liberdade de expressão. Mas isso é mero efeito colateral não-necessário. Em um país diferente, talvez com uma cultura mais parecida com a norte-americana, decisões baseadas majoritariamente em senso comum levariam à proteção deficitária da honra ou imagem. Isso seria igualmente preocupante. É importante deixar claro, portanto, que o defeito raiz retratado aqui é a falta de critérios e não o resultado específico de proteção insuficiente da liberdade de expressão.

1.3.2 STF e STJ

Diante dos inevitáveis conflitos entre liberdade de expressão, honra e imagem que ocorrem na sociedade, conforme descrito até aqui, qual o papel a ser desempenhado pelos tribunais superiores? A maneira mais simples de ver o problema é que os direitos constitucionais são necessariamente cláusulas abertas e a existência de uma corte constitucional permite ao constituinte resolver um problema por meio de contrato relacional. No caso, os contornos gerais da liberdade de expressão, honra e imagem são definidos, porém especificações e concretizações serão feitas segundo um determinado procedimento no futuro [224].

A análise das decisões de primeira instância mostrou que há falta de parâmetros claros tornados transparentes na fundamentação das decisões. Essa prática traz insegurança para as partes, que precisam ter mínima previsibilidade[225], de antemão, sobre as chances de sua manifestação vir a ser considerada ilegal mais tarde. Ao produzir precedentes claros e tempestivos sobre liberdade de expressão, as cortes superiores aumentam o custo político dos magistrados que não utilizam esses precedentes.

O Código de Processo Civil de 2015 dá maior destaque que seu antecessor à função do precedente ao estipular exigências específicas sobre o papel dos precedentes e a fundamentação de decisões judiciais[226]. Ou seja, não se trata apenas da função de produção de precedentes para dar previsibilidade sobre como o STF e o STJ protegem a liberdade de expressão, honra e imagem, mas também de gerar material autoritativo que aumente as chances do uso de precedentes operacionalizáveis nas instâncias inferiores. O problema da previsibilidade com relação ao que é lícito expressar segundo um sistema jurídico vigente está

---

[224] SWEET, Alec Stone. Constitutional Courts. in ROSENFELD, Michel. SAJÓ, András. **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 821.

[225] A produção de previsibilidade é tradicionalmente uma das funções dos precedentes. CAMINKER, Evan H. Why Must Inferior Courts Obey Superior Court Precedents? **Stanford Law Review**. N. 46, 1994, p. 850.

[226] Diante dos resultados já apresentados da pesquisa amostral no TJ-RJ e da parcela do papel do STF e STJ que é objeto do presente capítulo, são de especial relevância aqui os incisos III e IV do art. 927 (“Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: (...) III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;”) e os incisos III, V e VI da lista de exigências do art. 489 (“Art. 489. São elementos essenciais da sentença: (...) III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; (...) V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.”).

diretamente vinculado ao *chilling effect*, já discutido. O custo para a sociedade da existência de menos opinião sendo expressada em razão da incerteza sobre se o autor será punido mais tarde ou não. Especificamente sobre o papel dos tribunais superiores, Frederick Schauer defendia que o efeito direto de suas decisões era menos importante para gerar previsibilidade sobre liberdade de expressão do que os efeitos dessa decisão sobre o sistema[227]. Ao decidirem sobre manifestação do pensamento, portanto, o STF e o STJ precisam dar algum conteúdo normativo minimamente generalizável que extrapole os termos e necessidades do caso específico – mesmo que a eficácia da decisão em questão seja *inter partes*.

Não basta apenas produzir decisões em casos relevantes sobre manifestação do pensamento. Os tribunais superiores precisam garantir que essas decisões possuam um *holding* claro[228]. É dizer, no caso da competência recursal ao enfrentar colisões desses direitos fundamentais, que o STF e STJ devem "demonstrar, argumentativamente, à luz dos elementos do caso concreto, mediante ponderação e uso da proporcionalidade, que determinada solução realiza mais adequadamente a vontade da Constituição, naquela situação específica"[229] e, mais ainda, apresentar as condições segundo as quais é possível identificar casos parecidos que devam ser decididos da mesma maneira. Seria desejável que mesmo as decisões do STF no controle concentrado tivessem um *holding* claro que permitisse serem usadas como precedente em decisões futuras que vão além dos dispositivos diretamente afetados, mas não há consenso quanto a essa possibilidade[230].

---

[227] Naquilo que parece uma previsão do volume da carga de trabalho do STF e STJ atualmente, Schauer afirma que "[a]s the first amendment comes to embrace new ground (…) the Supreme Court's ability effectively to fulfill its obligation of factual review becomes less and less a realistic possibility. The vitality of first amendment protection thus rests more on the substantive and procedural rules employed below than on the appellate review of the findings made under those rules." SCHAUER, Fear, Risk and the First Amendment, op. cit., pp. 731-732.

[228] "[O] holding constitui a norma, extraída do caso concreto, que vincula os tribunais inferiores; o princípio jurídico que o tribunal estabeleceu para decidir; a regra necessária à solução do caso." MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes e Vinculação. Instrumentos do Stare Decisis e Prática Constitucional Brasileira. **Revista de Direito Administrativo**. N. 241, 2005, p. 180.

[229] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 456.

[230] "Há, ainda, uma importante divergência no Supremo Tribunal Federal sobre o conteúdo que efetivamente vinculará as demais instâncias neste tipo de controle. Debate-se, em breves linhas, se a eficácia vinculante dos julgados proferidos em sede concentrada se limita ao dispositivo da decisão proferida na ação direta (segundo o qual a norma "X" é ou não inconstitucional) ou se alcança também o entendimento jurídico que serviu de premissa necessária à afirmação do dispositivo (que corresponderia a uma noção aproximada da *ratio decidendi* do *common law*)." MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes Vinculantes nos Estados Unidos da América e no Direito Brasileiro: Um Estudo Comparado. **Revista de Direito Internacional**. V. 13, n. 3, 2016, p. 271.

No que tange à finalidade a ser cumprida pelo STF e STJ no campo da proteção da liberdade de expressão, honra e imagem, portanto, existem exigências de conteúdo das decisões. Mas isso pressupõe que essas decisões sejam tomadas. São considerações de procedimento e operação dos tribunais. Nesse sentido, procurarei testar a produção jurisdicional do STF e STJ sob o ponto de vista do conteúdo e do procedimento.

1.3.2.1 Metodologia

Se tentasse empreender estudo empírico para responder à pergunta "as decisões do STF e STJ têm qualidade?", então minha empreitada seria mais complicada. É muito difícil encontrar critérios minimamente aceitáveis para medir a qualidade das decisões[231]. O objetivo desse capítulo é contrastar as análises qualitativas com pouco rigor metodológico da atuação de cortes que são a regra na produção acadêmica nacional com análises quantitativas. Não há nada de inerentemente melhor em análises quantitativas no campo do direito nacional – trata-se apenas de buscar um equilíbrio. As duas metodologias são complementares e a quantitativa ainda é quase inexistente[232].

Até seria possível realizar análise de conteúdo de maneira quantitativa. Estudos sobre a Suprema Corte norte-americana testaram a hipótese de que *briefs* de melhor qualidade influenciam mais o conteúdo das decisões da Corte[233] ou de que os votos vencedores utilizam

---

[231] O critério da mensurabilidade das variáveis – nesse caso, a qualidade das decisões seria a variável dependente – é crucial para o próprio design de estudos empíricos como aquele que se empreende aqui. Isso é, "a major research challenge is to tighten the fit between the question asked and the question actually answered. If it is too loose the researcher cannot, at the end of the day, claim to have answered the question she initially posed." EPSTEIN, Lee. MARTIN, Andrew D. Quantitative Approaches to Empirical Legal Research. *In* **The Oxford Handbook of Empirical Legal Research**. New York: Oxford University Press, 2010, p. 906.

[232] Já me manifestei sobre o tema anteriormente: "É preciso que fique claro que o pesquisador do Direito é aquele que emprega rigor acadêmico e método para realizar pesquisa teórica ou empírica. Ambas são necessárias e complementares. Ocorre que a pesquisa empírica é muito sub-representada e de execução mais custosa. Isso faz dela hoje um campo mais promissor, com muito mais espaço para ocupar e coisas novas a fazer." Carta a um jovem pesquisador do Direito. Jota. Disponível em: https://www.jota.info/carreira/carta-a-um-jovem-pesquisador-do-direito-16052017. Acesso 17 jan 2018.

[233] A qualidade das petições foi medida de maneira inovadora utilizando técnicas computacionais: "Since scholars cite multiple aspects of writing as consequential for a brief's quality, I measured the quality of briefs along multiple dimensions. The indicators of quality discussed by scholars break down into two categories: those dealing with word choices and those dealing with sentence structure. Judges and Justices appear to be drawn to language and structure that make writing easily comprehensible. To move beyond past measures, I used dictionary-based software. The first tool, StyleWriter 4, provides the indicators for the bulk of the factors associated with brief quality including wordiness, lively language, passivity, and sentence complexity.

linguagem mais agradável para influenciar o apoio popular às decisões[234]. Para minha pesquisa, entretanto, utilizarei *approach* majoritariamente quantitativo focado no procedimento dos tribunais superiores e, ao final, apenas para o STF, metodologia qualitativa para avaliar algumas decisões selecionadas por meio de um critério objetivo.

A qualidade do conteúdo e da performance procedimental das cortes é um resultado possível – e não automático – de um julgador ou grupo de julgadores exercendo sua tarefa constitucionalmente atribuída com um mínimo de condições fáticas para tanto. Aqui me refiro, portanto, a condições de qualidade. São *conditio sine qua non* para decisões de qualidade[235] que possam viabilizar que os tribunais superiores exerçam sua função no que tange à proteção da liberdade de expressão, honra e imagem.

Parto do pressuposto de que as condições de trabalho dos ministros do STF e STJ influenciam diretamente o mérito e conteúdo das decisões. Essa é uma das premissas de uma já tradicional escola de estudos sobre comportamento de juízes, inaugurada no final da década de 1950 por Herman Pritchett com seu livro "The Roosevelt Court"[236]. A linha de pesquisa acabou por comprovar uma série de motivações ou fatores determinantes para o mérito das decisões judiciais, fazendo com que os membros do realismo jurídico pudessem atacar a noção de jurisprudência mecânica[237] - não é apenas o direito ou as normas jurídicas que guiam as decisões judicias. Um número incontável de estudos em várias décadas jogou luz sobre

---

StyleWriter is writing editor software with settings that can be modified for specific industries and purposes such as law. StyleWriter has a built-in 200,000 graded word list and 50,000 word and phrase style and usage checker to analyze the use of plain language." FELDMAN, Adam. Counting on quality: The effects of merits brief quality on Supreme Court Decisions. **Denver Law Review**. V. 94, 2016, p. 58. Feldman demonstra que a qualidade das petições influencia o tanto o resultado da decisão, quanto a parcela do texto da decisão que é similar ao texto da petição – mesmo controlando pela experiência dos autores das petições no litígio perante a Suprema Corte.

[234] A medida de quão desagradável era a linguagem dos votos foi também feita com técnicas computacionais: "For our dependent variable, we use a composite measure generated from three different indicators of disagreeable language taken from two computer-based dictionary programs. Using three measures enables us to be confident in our claims that our measure of disagreeable rhetoric is not contingent on the idiosyncrasies of one computer program." WEDEKING, Justin. ZILIS, Michael A. Disagreeable Rhetoric and the Prospect of Public Opposition: Opinion Moderation on the U.S. Supreme Court. **Political Research Quarterly**. 2017, p. 6. https://doi.org/10.1177/1065912917738578.

[235] Esse é também um dos pilares identificados por Fernando Leal na segunda parte de sua contribuição para a citada coletânea sobre a proposta de Luís Roberto Barroso acerca das funções do Supremo. LEAL, Fernando. Até que ponto é possível legitimar a jurisdição constitucional pela racionalidade? Uma reconstrução crítica de "A razão sem voto". VILHENA, Oscar. GLEZER, Rubens (Orgs.). **A razão e o voto**. Diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. São Paulo: FGV Direito SP Editora, 2017, p. 112.

[236] Editorial. Judicial Behavior and Legal Responsiveness. **Law & Society Review**. V. 3, 1967.

[237] GOLDMAN, Sheldon. Behavioral Approaches to Judicial Decision-Making: Toward a Theory of Judicial Voting Behavior. **Jurimetrics Journal**. V. 11, 1971, p. 142.

diversos desses fatores que influenciam o comportamento judicial: a ideologia (orientação política)[238], a atitude em relação a determinados objetos ou relações[239], o pertencimento a determinados grupos sociais, a experiência do julgador inserido em um grupo de colegas[240], a opinião pública[241] e, claro, as características pessoais do juiz[242], incluindo aí interesses pessoais[243] – entre outros fatores.

Optei então por buscar responder à pergunta: quais as condições de qualidade da atuação do STF e STJ? Meu problema de pesquisa é subdividido em três: i) com que frequência os tribunais decidem sobre o assunto?; ii) qual o timing das decisões?; iii) as decisões são tomadas em situações que permitam a análise atenta e completa dos fatos e questões jurídicas do caso?; e iv) as decisões são tomadas pelo STF e STJ como órgão colegiado pleno ou fracionário, conforme a previsão constitucional?

---

[238] Um dos melhores estudos sobre a influência da orientação política de magistrados analisou um número significativo de decisões de cortes de apelação na justiça federal norte-americana. Como outros fatores, a ideologia mostra-se mais decisiva em alguns assuntos que outros, mas certamente tem efeito nas decisões tomadas: "We have found striking evidence of a relationship between the political party of the apointing presidente and judicial voting patterns." SUNSTEIN, Cass. SCHKADE, David. ELLMAN, Lise Michelle. Ideological Voting on Federal Courts of Appeals: A Preliminary Investigation. **Virginia Law Review**. V. 90, n. 1, 2014, p. 352.

[239] Já na década de 1970, por exemplo, um estudo mostrou que as decisões de Justices da Suprema Corte dos Estados Unidos em casos criminais não eram explicadas apenas pelo presidente que os indicou, mas principalmente por sua atitude em relação ao clássico conflito entre "institutionalized governamental authority and the individual citizen." ULMER, S. Sidney. STOOKEY, John A. Nixon's Legacy to the Supreme Court: A Statistical Analysis of Judicial Behavior. **Florida State University Law Review**. N. 3, 1975, p. 346.

[240] O que foi chamado como "group interaction" por GOLDMAN, Sheldon, op. cit., p. 159. Atualmente esse tipo de perspectiva parece ser estudada de maneira mais promissora por aqueles que a analisam sob o prisma da rational choice. O exemplo mais representativo (até em razão de seu fôlego e qualidade) é EPSTEIN, Lee. LANDES, William M. POSNER, Richard A. **The Behavior of Federal Judges**. A Theoretical & Empirical Study of Rational Choice. Cambridge: Harvard University Press, 2013.

[241] Estudos mais recentes mostram a necessidade de se evoluir o conceito de uma opinião pública monolítica e homogênea. Uma descrição mais precisa do fenômeno e como ele influencia julgadores é que existem micro-públicos, pessoais e localizados. Nesse sentido, parecem promissores os resultados de YATES, Jeff. MOELLER, Justin. LEVEY, Brian. 'For the times they are a-changing': Explaining voting patterns of U.S. Supreme Court Justices through identification of micro-publics. **BYU Journal of Public Law**. V. 28, 2013.

[242] Por exemplo: um estudo com juízes de direito privado na Holanda mostrou que as características pessoais, isoladamente, impactaram apenas moderadamente as decisões. Os autores concluíram que a interação entre características pessoais e do caso julgado explicam melhor as decisões produzidas pelos magistrados. KOPPEN, Peter J. Van. KATE, Jan Ten. Individual Differences in Judicial Behavior: Personal Characteristics and Private Law Decision-Making. **Law & Society Review**. V. 18, n. 2, 1984.

[243] Esse é um importante motivador que, não obstante, mostra-se difícil de medir. Ainda assim, não devemos descartar o efeito do interesse próprio na reputação, por exemplo, em detrimento da popularidade de estudos sobre ideologia. "The ideological or attitudinal approach to decision-making has helped us to see that the law is not all that the traditional doctrine-caused model of judicial decision-making claims that it is. Perhaps it is now time to investigate whether ideologies and attitudes are not all that the ideologists and attitudinalists claim they are." SCHAUER, Frederick. Incentives, Reputation, and the Inglorious Determinants of Judicial Behavior. **University of Cincinnati Law Review**. V. 68, 2000, p. 636.

Produzi dados quantitativos que respondem essas três sub-perguntas e, assim, contribuem para uma resposta ao problema de pesquisa que seja fundamentada em evidências e não em mera retórica ou escolhas arbitrárias. Para levantar dados sobre as condições de qualidade das decisões do STF e STJ, adotei método de pesquisa empírica, com técnica quantitativa. Os dados foram levantados usando as bases de dados do projeto Supremo em Números, já descritas anteriormente.

As bases do STF e STJ contêm os processos autuados entre 1988 e final de 2017 em formato MySQL, incluindo, no caso do STF, dados sobre 1.882.344 processos, 2.098.769 partes e 23.167.583 registros de andamentos. No caso do STJ, são 5.194.722 processos, 7.327.756 partes e 100.089.221 registros de andamentos. Também fazem parte da base meta-dados sobre os processos como o assunto jurídico, o órgão judicial de origem e o estado de procedência, entre outras. Os andamentos abrangem informações sobre datas e resultados de decisões tomadas durante os processos, datas de distribuição dos processos, datas de conclusão ao relator do processo, trânsito em julgado e similares. Os principais dados ou variáveis sobre os quais se ancoram os levantamentos dessa pesquisa encontram-se associados aos andamentos processuais e são a origem da decisão – qual ministro responsável, se monocrática, ou qual órgão colegiado; tipo da decisão – liminar, de mérito ou interlocutória; e resultado – concessão, não concessão, não admissão, etc.

1.3.2.2 Resultados

i) Com que frequência os tribunais decidem sobre liberdade de expressão, honra e imagem

O primeiro dado relevante é sobre o universo de processos desse tipo em casa tribunal. O gráfico 5 mostra a concentração desses processos no STF e no STJ.

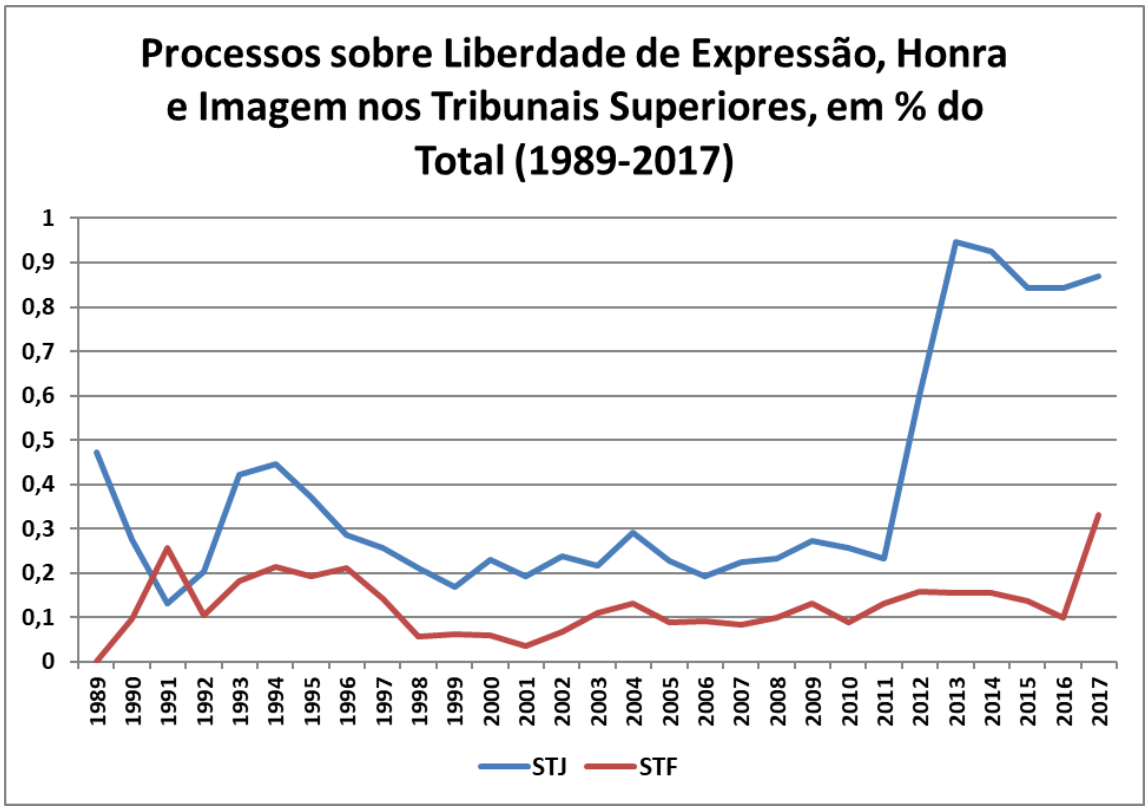


Figura 5

São considerados aqui os processos com assunto relacionado à liberdade de expressão atribuído pelo próprio tribunal – como crime de calúnia – e todos aqueles que, mesmo não tendo sido catalogados em assuntos desse tipo pelo tribunal, possuem em suas decisões a ocorrência de termos ligados à matéria[244]. Os processos criminais relacionados à liberdade de expressão normalmente são catalogados como tais pelo tribunal

A concentração de processos dessa área é historicamente ínfima em ambos os tribunais. Mesmo após grande aumento no STJ a partir de 2011, ela nunca chegou sequer a 1%. No STF, apenas em 2017 ela ultrapassou a barreira de 0,3%. Para um tema aparentemente popular no Judiciário e que, além do mais, cuida de diversos direitos da personalidade em conflito, algo central para o direito privado nacional, parece pouco. Por outro lado, se considerarmos os dados da empresa Kurier, já mencionados, em todo o Judiciário brasileiro a concentração de processos ligados a "liberdade de expressão" é de 0,13%. De qualquer forma, essa situação no STF e STJ não é exclusividade desses direitos da personalidade. Os gráficos

[244] A expressão de busca utilizada é "("manifestação pensamento"~4 OR "liberdade expressão"~4) AND (honra OR imagem OR reputação) AND ("dano moral" OR "danos morais")". As razões para essa escolha serão explicadas em breve.

6 e 7 mostram que conflitos de direitos fundamentais com pouca concretização normativa a nível constitucional ou legal não ficam entre os assuntos mais comuns na pauta.

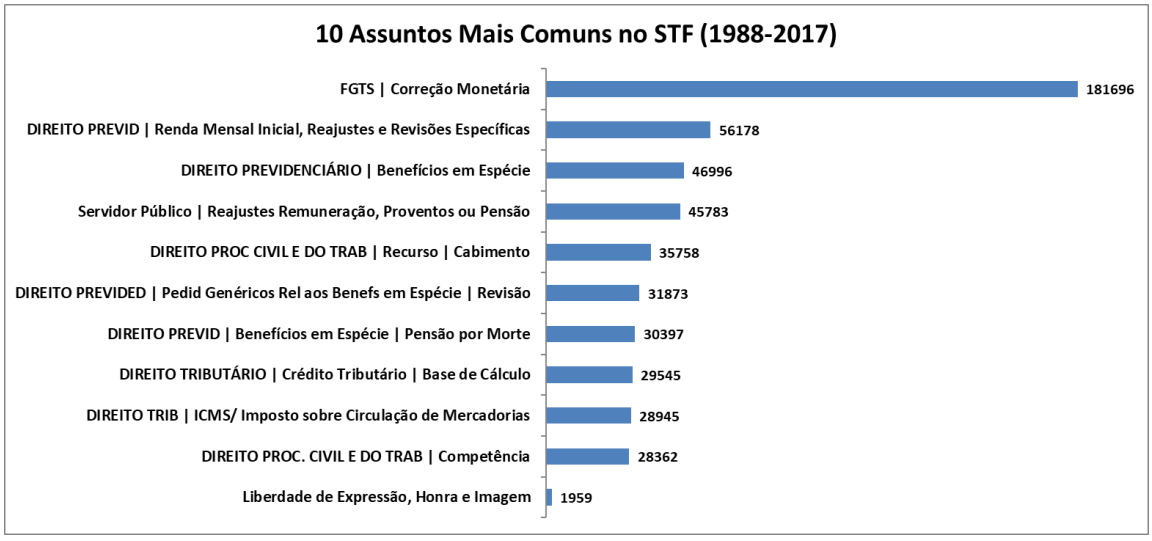


Figura 6

No STF os assuntos mais comuns estão relacionados a direito tributário e previdenciário, além de questões de servidores públicos. O total de processos do campo discutido aqui é de 1959 entre 1988 e 2017.



Figura 7

No STJ o panorama é ligeiramente diferente. Os assuntos mais frequentes incluem mais questões de direito civil – metade dos 5 assuntos com maior volume de processos no período. Mas a diferença entre o 10º assunto mais frequente e o campo de liberdade de expressão, honra e imagem é muito inferior àquela encontrada no STF. Enquanto no STJ liberdade de expressão representa 25% do 10º assunto, no STF representa 6,9%.

ii) Qual é o timing das decisões?

Em resposta ao velho "a justiça tarda, mas não falha", muitos ponderam que a justiça que tarda, falha. No caso da liberdade de expressão e especialmente para os tribunais superiores, a demora em produzir precedentes que sirvam de guia para a aplicação do direito constitucional ou infraconstitucional em todo o Brasil tem efeito não apenas nos processos específicos sendo julgados pelo STF e STJ, mas em dezenas de milhares no Judiciário nacional. A produção de determinados paradigmas para pacificar novas controvérsias sobre o tema, especialmente em razão dos avanços tecnológicos, depende de alguma agilidade desses dois tribunais.

Foram identificados os andamentos de trânsito em julgado e computada a diferença em dias entre a data desse andamento e a data de autuação do processo. A título de comparação, o mesmo dado é mostrado para a totalidade dos processos do tribunal.

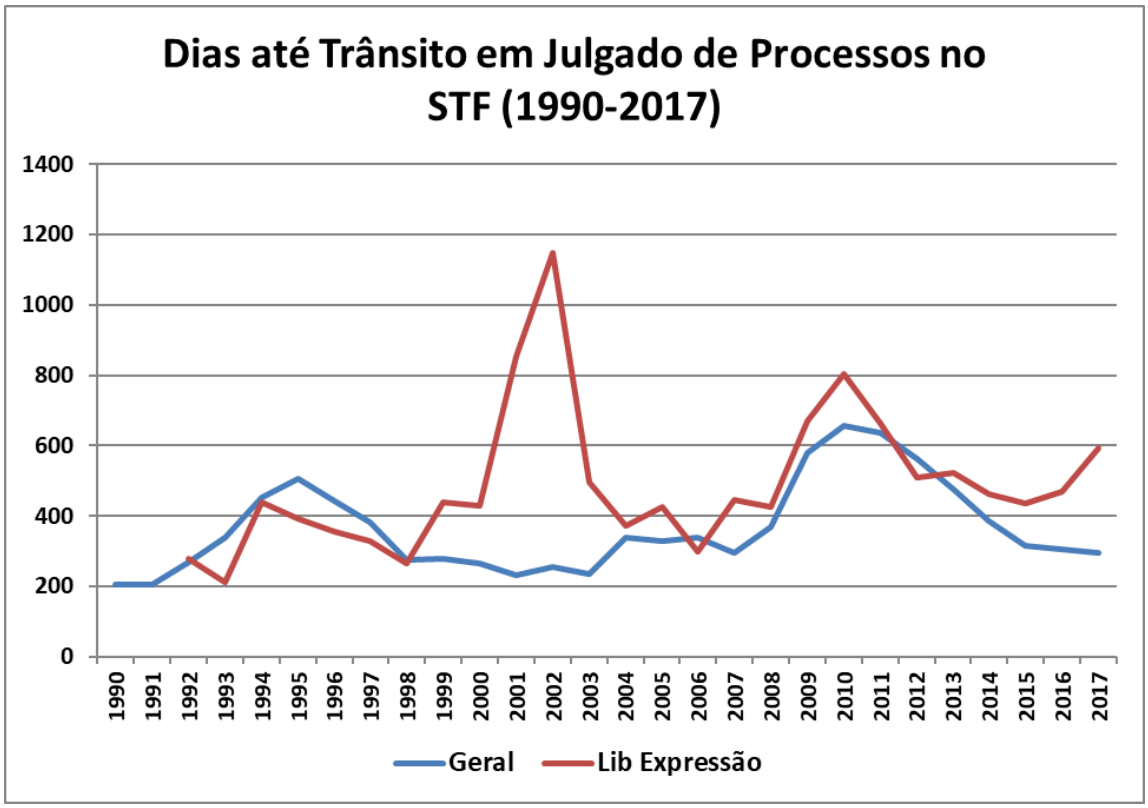


Figura 8

O gráfico 8 mostra que no STF os processos do tema levaram mais tempo para serem decididos do que os demais. Isso ocorreu em diversos períodos, como entre 1998 e 2006 e inclusive parece estar se acentuando desde 2013. Em 2017, um processo transitando em julgado no STF havia iniciado em média 294 dias antes. Já aqueles de liberdade de expressão, honra e imagem haviam sido autuados 594 dias antes.

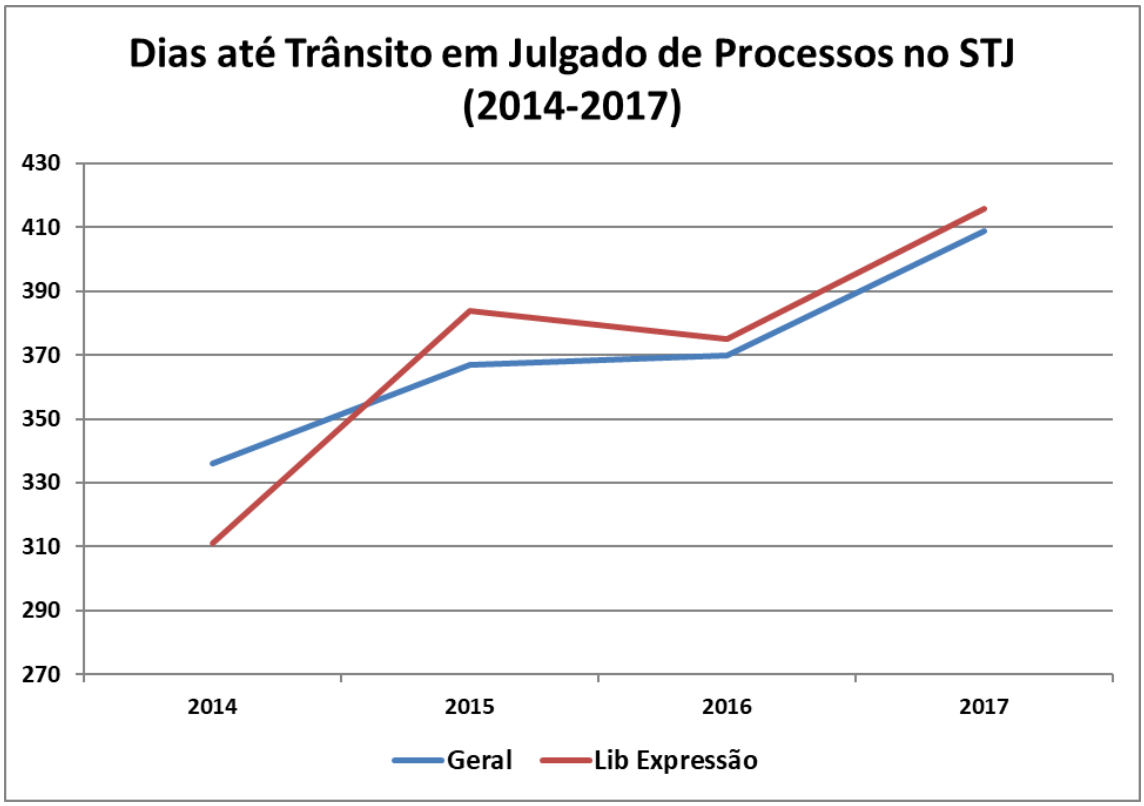


Figura 9

No STJ a maneira como as informações sobre os andamentos são lançadas não permite a análise em períodos anteriores a 2014. Não obstante, em um intervalo de 4 anos é possível perceber que o tratamento entre os processos em geral e aqueles sobre o tema específico é muito pouco diferente. Mesmo no ano com maior intervalo entre as duas durações, em 2015, ele foi de apenas 17 dias.

Há uma evidente diferença entre o papel exercido pelo STF ao decidir sobre o conflito entre manifestação do pensamento, honra e imagem em concreto e *inter partes*, como é o caso de mais de 99% dos processos do recorte[245], e em abstrato e *erga omnes*. No segundo caso, a passagem do tempo sem prestação jurisdicional tem efeito direto e custo maior. É importante

[245] São apenas 13 processos no controle concentrado de constitucionalidade. Há indícios, entretanto, de que esse número pode ser maior. Muitos processos relevantes foram catalogados com assuntos genéricos, como as ADIs sobre direito de resposta. A 5415 foi catalogada como "DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO | Garantias Constitucionais" e "DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO | Controle de Constitucionalidade", a 5418 como "DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO | Garantias Constitucionais |Comunicação Social" e a "DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO | Controle de Constitucionalidade".

avaliar em separado, portanto, o *timing* das decisões do STF no controle concentrado. Serão considerados o tempo entre o início do processo e a decisão liminar em um gráfico e o tempo entre o início e a decisão de mérito em outro.

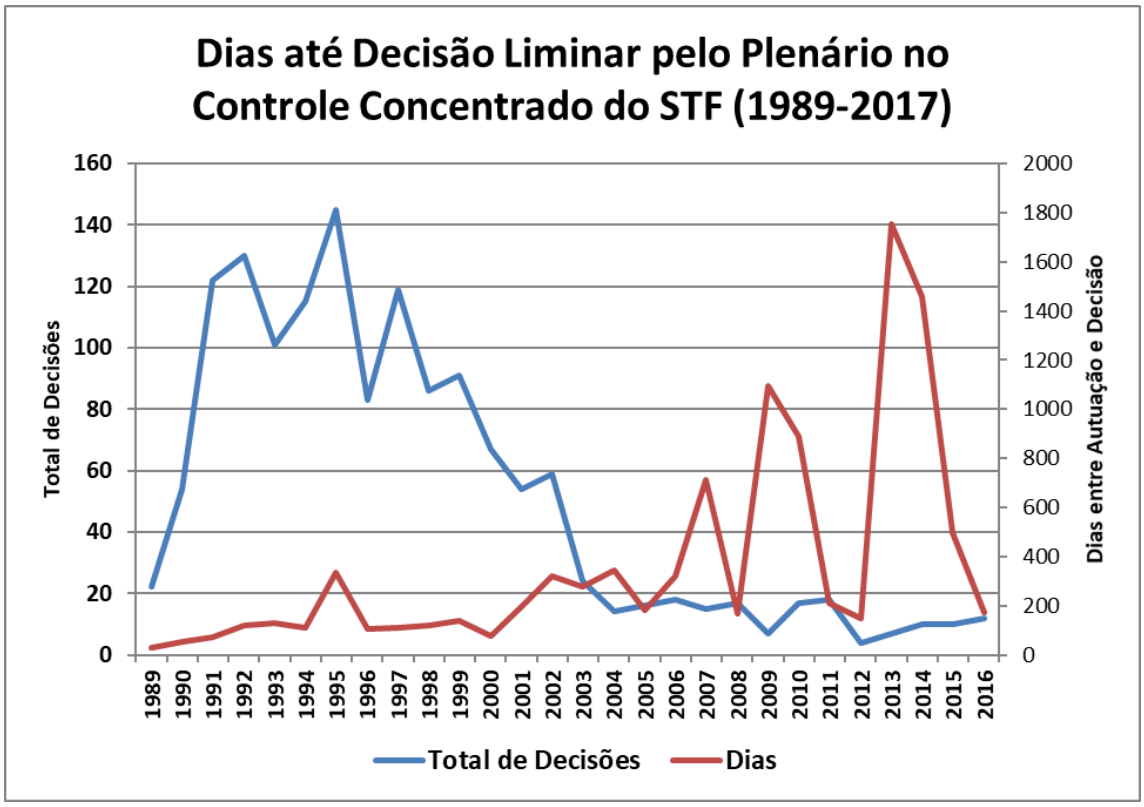


Figura 10

O volume do sub-grupo liberdade de expressão é pequeno demais para traçar uma comparação estatística. Existem picos de grande demora para a análise da liminar pelo plenário nos de 2009 e 2013, possivelmente devido à escolha de pedidos liminares que aguardavam a análise há muito tempo. Nesses anos as liminares decididas aguardavam em média há 1096 e 1754 dias, respectivamente. Em 2016 a média foi de 173 dias.

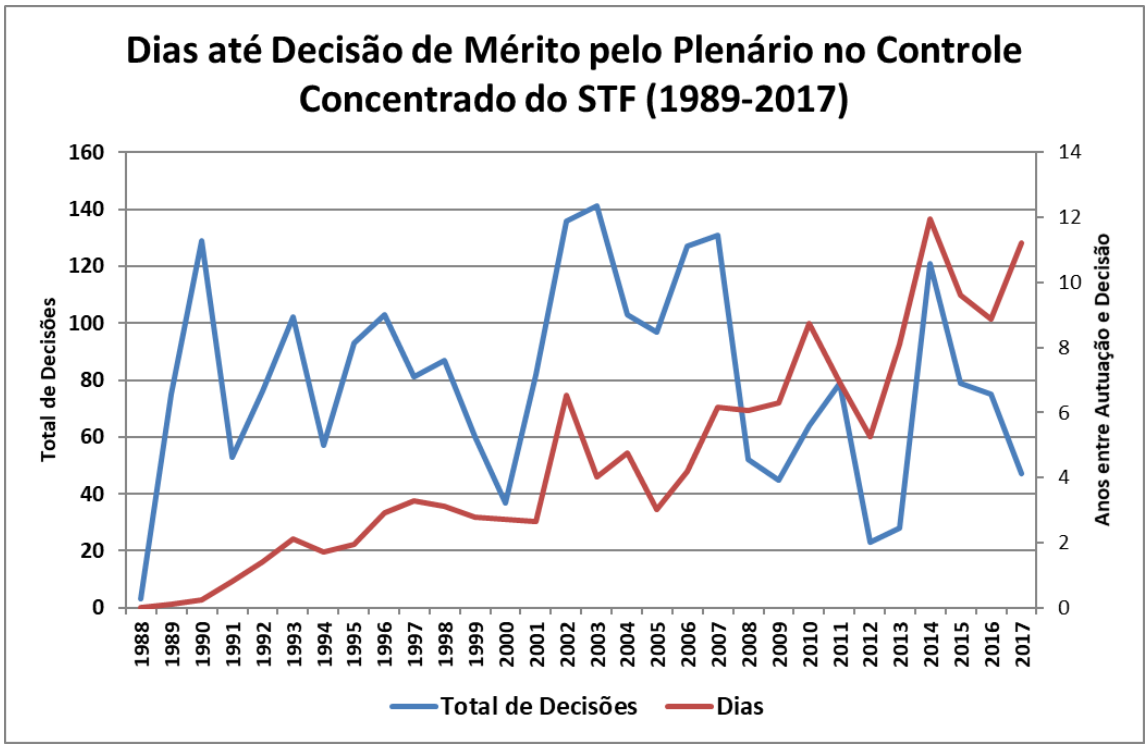


Figura 11

No caso das decisões de mérito, o padrão é parecido, porém com menos variações em intervalos pequenos de anos. Desde 1994 a média não fica abaixo de 2 anos. Os processos do controle concentrado decididos pelo plenário em 2017 haviam sido iniciados, em média, 11 anos antes.

A comparação com o cenário no campo da liberdade de expressão exige a observação de alguns exemplos. As ADIs sobre a lei do direito de resposta aguardam decisão de mérito há mais de 2 anos. A ADI 4815, sobre biografias não-autorizadas, levou três anos para ser julgada. A ADI 869, sobre a suspensão por dois dias de veículos que houvessem divulgado, sem autorização, informações relacionadas a procedimentos policiais, administrativos ou judiciais envolvendo crianças foi autuada em maio de 1993 e decidida em agosto de 1999.

Ao menos no controle concentrado, portanto, a performance do STF parece ser melhor para os casos de liberdade de expressão. Mas uma leitura realista dos dados exige ao menos duas considerações. Primeiro, o teto de espera apontado pelos casos em geral é assustador. Qualquer nova ação pode ficar dentro dessa média e levar 11 anos para ser analisada pelo plenário. Mesmo levando em consideração que o Judiciário não pode e não deve se manifestar sobre novos problemas no exato ritmo em que eles surgem na sociedade, um *gap* de mais de

uma década seria prejudicial em qualquer área do direito. Quando a liberdade de expressão e o litígio sobre ela, como mostraram os dados do TJ-RJ, cada vez mais envolve a internet ou se dá exclusivamente online, a velocidade da evolução dos temas e novas controvérsias de valor jurídico é mais rápido do que em outros campos. Um ano é uma eternidade em tempo da internet. A questão da responsabilidade de intermediários sobre conteúdo compartilhado por terceiros na internet teve sua repercussão geral reconhecida pelo STF em março de 2012, há quase 6 anos. Nesse período o Facebook foi de 901 milhões de usuários no mundo para 2.072 bilhões[246].

Segundo, e talvez mais importante, a incapacidade dos tribunais superiores de produzir precedentes claros e operacionalizáveis sobre liberdade de expressão é um dos principais fatores de intensificação do *chilling effect*, conforme já discutido. Não há como compensar a manifestação voluntariamente suprimida com correção monetária e taxa de juros. Quando plataformas com centenas de milhões de usuários realizam escolhas de arquitetura e de políticas de conteúdo temendo pelo pior, essa censura deixa de ser voluntária para todos aqueles que tem seu conteúdo removido mais rapidamente e com maior frequência. O resultado de insegurança em relação ao standard de responsabilidade civil tem efeito nocivo e capilarizado. Esse é o custo da espera pela decisão do STF desde março de 2012. Para a segurança jurídica e a previsibilidade dessas empresas, não constitui garantia suficientemente segura ao adoção, pelo Marco Civil da Internet no Brasil, do standard da notificação judicial em seu art. 19. Desde então, muitos juristas qualificados[247] e magistrados[248] têm entendido que o dispositivo é inconstitucional por proteger de maneira deficiente a honra e a imagem.

iii) As decisões são tomadas em situações que permitam a análise atenta e completa dos fatos e questões jurídicas do caso?

Não existem regras específicas sobre quais as condições mínimas necessárias para que os ministros possam se dedicar aos casos de modo a avalia-los de forma atenta e completa.

---

[246] Number of monthly active Facebook users worldwide as of 3rd quarter 2017 (in millions). Disponível em: https://www.statista.com/statistics/264810/number-of-monthly-active-facebook-users-worldwide/. Acesso 27 jan 2018.

[247] Ver, por exemplo, SCHREIBER, Anderson. Marco Civil da Internet: Avanço ou Retrocesso? A responsabilidade civil por dano derivado do conteúdo gerado por terceiro. *in* LUCCA, Newton de. FILHO, Adalberto Simão. LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords). **Direito e Internet III**. Tomo II. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

[248] Como na sentença do processo 2014.001.160519-4 no TJ-RJ.

Mas existem certos fatores que afetam as condições e, ao menos indiretamente, afetam a qualidade das decisões. Aqui não farei avaliações do conteúdo das decisões. Uma pesquisa que realizei em co-autoria com Daniel Chada revelou que, sob o ponto de vista do conteúdo, as decisões monocráticas no STF parecem ser repetitivas. Um e cada três delas possuíam trechos com 130 caracteres ou mais que eram idênticos aos encontrados em outras decisões. Dentre essas decisões com longos trechos idênticos, 20% do seu inteiro teor era idêntico ao de outras decisões[249]. É a confirmação da produção fordista da prestação jurisdicional da Corte Constitucional, à qual os ministros estão invariavelmente submetidos em razão da avalanche de demandas repetitivas.

Aqui, entretanto, pretendo abordar três características das decisões que podem afetar sua qualidade: o número de decisões produzidas em um único dia ou único mês, a concentração de decisões colegiadas e, exclusivamente para o STF, a presença dos ministros nos julgamentos colegiados.

A sobrecarga dos tribunais superiores não é nenhuma novidade e foi especialmente caracterizada no I Relatório Supremo em Números[250]. Meu objetivo aqui é apenas retratar com alguns recortes novos a competição brutal que enfrentam os processos de liberdade de expressão pela atenção dos ministros e seus gabinetes. Nos últimos 10 anos o STF produziu 976.111 decisões liminares, terminativas de mérito ou sobre recursos internos. Isso significa que nesse período cada ministro e seu respectivo gabinete elaborou uma média de 24 decisões por dia – presumindo nenhum dia de descanso. Mas existem feriados, finais de semana, férias, recesso e assim por diante. Se considerarmos apenas 200 dias úteis no ano, são 44 decisões. Em determinados dias, entretanto, quando o número produzido é maior, as condições de trabalho podem estar ainda mais prejudicadas.

---

[249] HARTMANN, Ivar A. CHADA, Daniel. A razão sem condições de qualidade. VILHENA, Oscar. GLEZER, Rubens (Orgs.). **A razão e o voto**. Diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. São Paulo: FGV Direito SP Editora, 2017.

[250] FALCAO, CERDEIRA, WERNECK, op. cit.

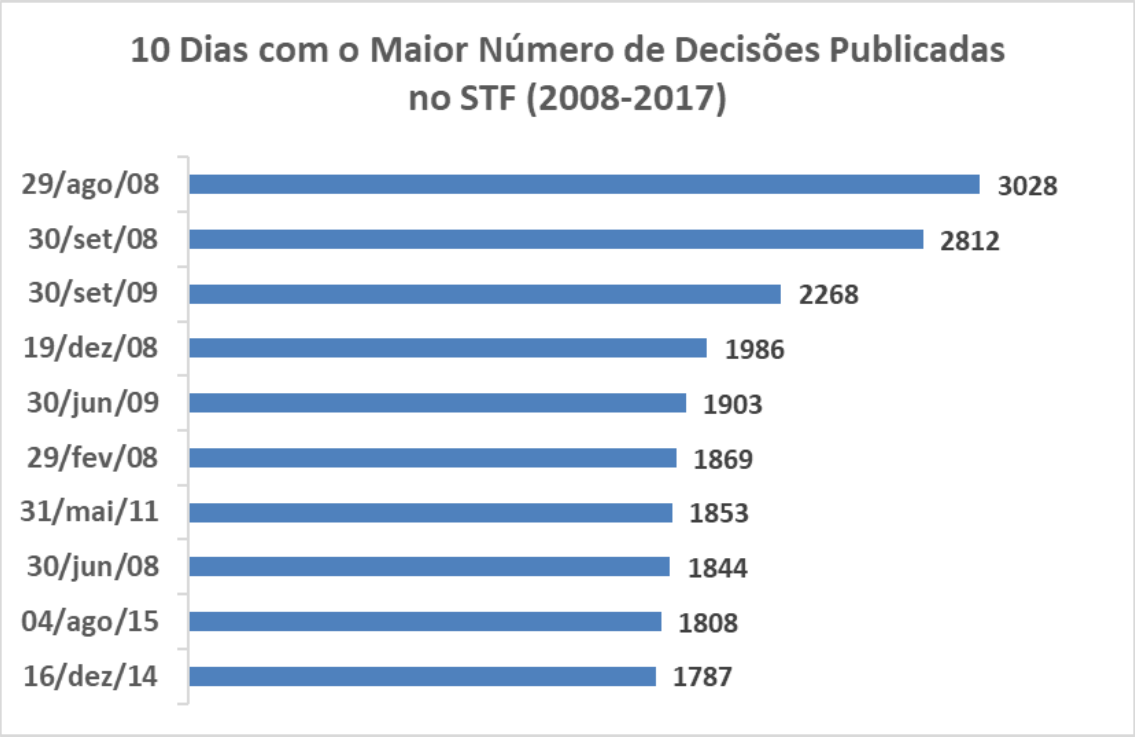


Figura 12

Em muitos dias o número de decisões publicadas ultrapassa mil. A realidade é que existe um número massivo de recursos repetitivos que chegam ao STF, bem como uma quantidade enorme de recursos internos insurgindo-se contra questões já totalmente pacificadas. É comum, por exemplo, que uma grande quantidade de embargos de declaração protelatórios seja decidida com menor necessidade de análise. Ainda assim, resta um volume ainda muito grande de decisões.

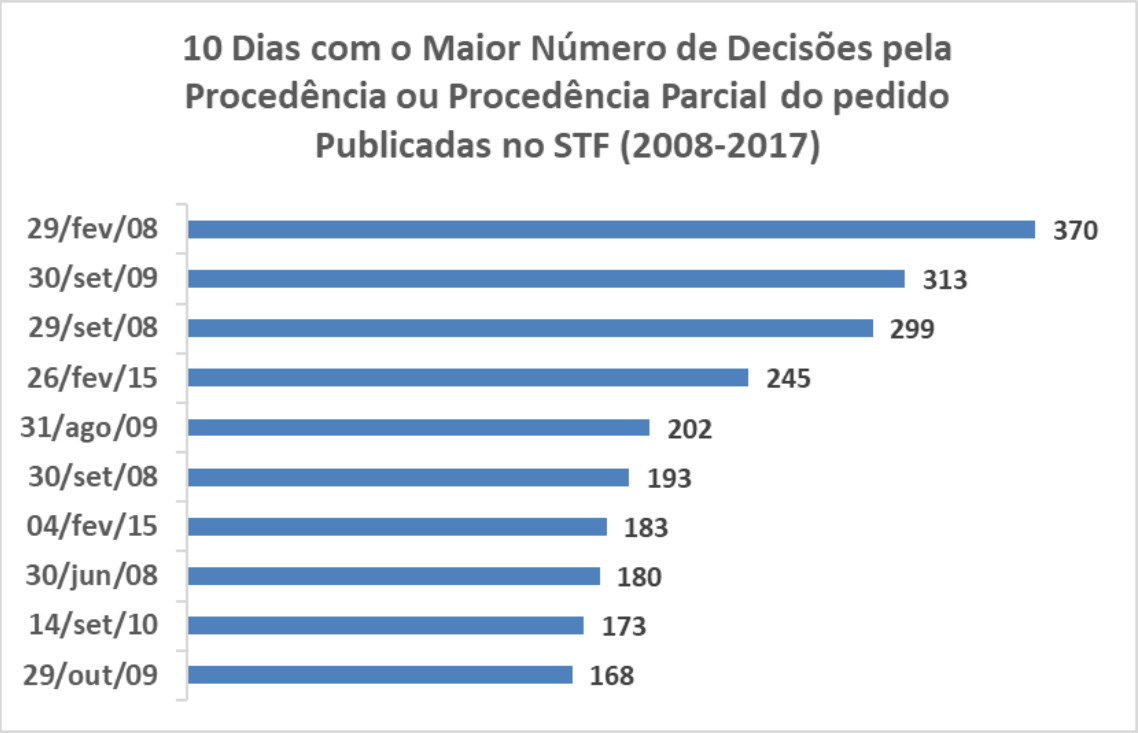


Figura 13

No 10º dia com o maior número de decisões concessivas a soma ainda significa uma média de mais de 10 por ministro. A carga de trabalho se manifesta, portanto, de forma decisiva sobre as condições de qualidade para tomada de decisões no STF. No STJ o panorama é similar.

Nos últimos 10 anos o tribunal produziu 4.462.022 decisões. Isso significa 37 decisões por dia, por ministro. Ou 67 decisões por dia, por ministro, se considerados apenas 200 dias úteis anuais. Mas muitos dias aglomeram volume surreal de decisões.



Figura 14

No primeiro dia de fevereiro de 2017 o STJ publicou 6567 decisões. São quase 200 decisões por ministro em um único dia. Um desafio mesmo para os gabinetes mais eficientes, mas que deixa dúvida sobre as chances de que um *hard case* envolvendo liberdade de expressão, honra e imagem tenha recebido a devida atenção.

O segundo aspecto que afeta as condições de qualidade das decisões é a quantidade de ministros envolvidos na sua produção. A Constituição fez uma escolha pela colegialidade no STF e no STJ por razões de representatividade e diversidade[251] de pontos de vista. Além disso, existe a ideia, expressada pelo Teorema de Condorcet, de que as chances de uma decisão ruim sobreviver ao crivo de diversas pessoas em um colegiado são menores do que as chances de sobreviver à avaliação de apenas uma pessoa. Não estou aqui pressupondo de maneira idealista que as decisões colegiadas no STF e STJ correspondam, na prática, às expectativas de deliberação tradicionalmente atribuídas aos tribunais superiores. As decisões no STF são

[251] "As an application, consider a chief executive who assembles a team of experts to determine whether to drill for oil on a given parcel of land. Assume that each expert would favor one alternative and assume for simplicity that each expert's advice is correct with probability *p*.Condition (4) states that to arrive at the correct decision with a probability greater than *p*, the chief executive should choose experts who represent different, perhaps opposing, schools of thought. Indeed, under certain assumptions specified later, with $p > .5$, the lower the value of *p* for the advisory team, the higher the value of P_n, implying that the chief executive should seek advisers who represent a greater diversity of opinion." LADHA, Krishna K. The Condorcet Jury Theorem, Free Speech, and Correlated Votes. **American Journal of Political Science**. v. 36, n. 3, 1992, p. 627.

afetadas por diversos fatores que comprometem a qualidade da deliberação[252], como por exemplo a transmissão pela TV Justiça[253]. Muitos acreditam que a transmissão pela televisão ou, mesmo na ausência dessa, a hiperexposição de ministros do STJ e STF traz estímulos adicionais, nem sempre com bons resultados, ao incentivo natural que cada indivíduo tem de escolher a opção que considera mais correta[254].

Os últimos dois elementos que quantifico aqui por acreditar que possuem impacto sobre a qualidade das decisões são a característica colegiada das decisões e a composição real dos órgãos colegiados durante os julgamentos. Mesmo ciente de que na melhor das hipóteses – um julgamento pelo plenário com todos os ministros presentes – a deliberação não será perfeita, acredito esses dois fatores podem ainda assim ter impacto negativo. De um lado, qualquer que seja o efeito da hiperexposição dos ministros, ele os afeta nas decisões monocráticas também. De outro, os problemas da deliberação nos órgãos colegiados tendem a piorar com menor número de presentes. Alternativamente, a monocratização dos tribunais superiores e a baixa taxa de comparecimento às sessões podem ser considerados negativos meramente porque destoam da determinação constitucional. Meu ponto, portanto, é que independentemente da real qualidade das decisões do STJ e STF, existem fatores que podem sempre operar de maneira a compromete-la ainda mais.

Passo aos dados sobre a frequência das decisões colegiadas no STF e STJ. Algumas alterações legais e regimentais abriram espaço para a atuação monocrática em situações excepcionais. Mas a exceção tornou-se a regra, especialmente na última década.

---

[252] Esse é o argumento de SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without Deliberating. **International Journal of Constitutional Law**. V. 11, n. 3, 2013.

[253] Testar a hipótese de que a deliberação é afetada negativamente pelas transmissões é um passo que pressupõe outro mais simples. Em primeiro lugar, é preciso saber se a deliberação é de alguma forma afetada. Um estudo que realizei em co-autoria com diversos pesquisadores, exigindo a cuidadosa análise de mais de 400 decisões por cada um dos participantes, permitiu afirmar que há sim um efeito na transmissão pela TV Justiça das sessões do pleno. Ver HARTMANN, Ivar A. ALMEIDA, Guilherme F. C. F. VALIM, Beatriz N. LIMA, Clarissa E. L. MARIANO, Gabriel B. NUNES, José Luiz. CAMPOS, Larissa L. E. A influência da TV Justiça no Processo Decisório do STF. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**. v. 4, p. 38-56, 2017.

[254] "The Condorcet Jury Theorem and its extensions assert that under certain conditions, the probability that a collective chooses the correct alternative by majority vote exceeds the probability that any constituent member of the collective would unilaterally choose that alternative. Implicit in these conditions is the assumption that individuals behave in the collective decision exactly as they would if choosing alone (and that such voting is informative). The intuition that an assumption of "sincere" voting is innocuous here turns out to be faulty. Although there is certainly no incentive or opportunity for individual gain at the expense of others, it does not follow that rational individuals behave identically in collective and in autarkic decision-making environments." AUSTEN-SMITH, David. BANKS, Jeffrey S. Information Aggregation, Rationality, and the Condorcet Jury Theorem. **American Political Science Review**. V. 90, n. 1, 1996, p. 43.

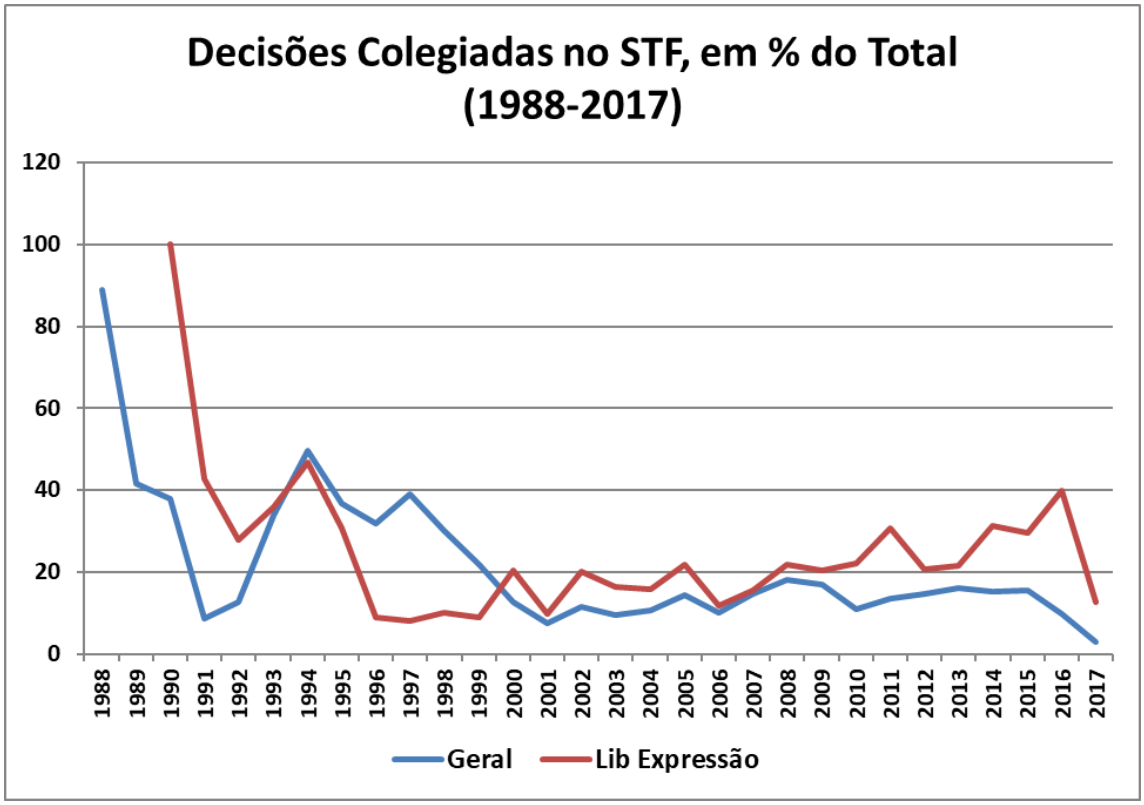


Figura 15

No STF as decisões sobre liberdade de expressão ocorrem de maneira colegiada com maior frequência do que no geral. Essa é a tendência em praticamente todos os anos, com exceção apenas ao período entre 1994 e 2000. Mas a média geral é estarrecedora. Desde 2000, a concentração anual de decisões colegiadas nunca chegou a um quinto do total. A partir de 2016 a tendência é de nova queda, causada pelo uso das decisões colegiadas virtuais. O gráfico 15 mostra isso.

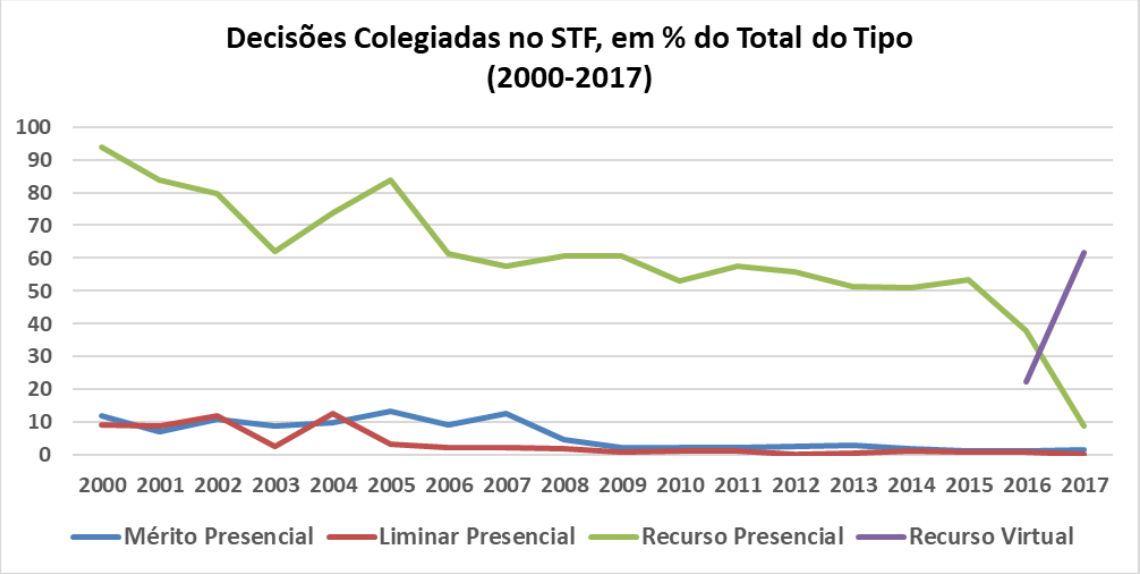


Figura 16

Por não preencherem as condições mínimas de debate que orientam a escolha pelas decisões coletivas, não considerei aqui decisões do plenário virtual ou as sessões virtuais do STF como sendo propriamente decisões colegiadas.

Apenas porque as decisões sobre liberdade de expressão, honra e imagem são tomadas colegiadamente com maior frequência do que no geral, isso não significa que a situação delas seja objetivamente boa em termos de condições de qualidade. Desde 1995 a concentração de colegiadas nesse campo fica abaixo de 40%, com exceção de 2016. Na maioria dos anos da série histórica ela fica muito mais próxima de 20% do que de 40%. As decisões colegiadas tornaram-se a exceção, mesmo sobre esse assunto. O prognóstico para os anos seguintes é pessimista, já que as decisões coletivas virtuais causaram a queda da frequência de colegiadas presenciais em 2017 para o menor valor desde 2006: 12,5%.

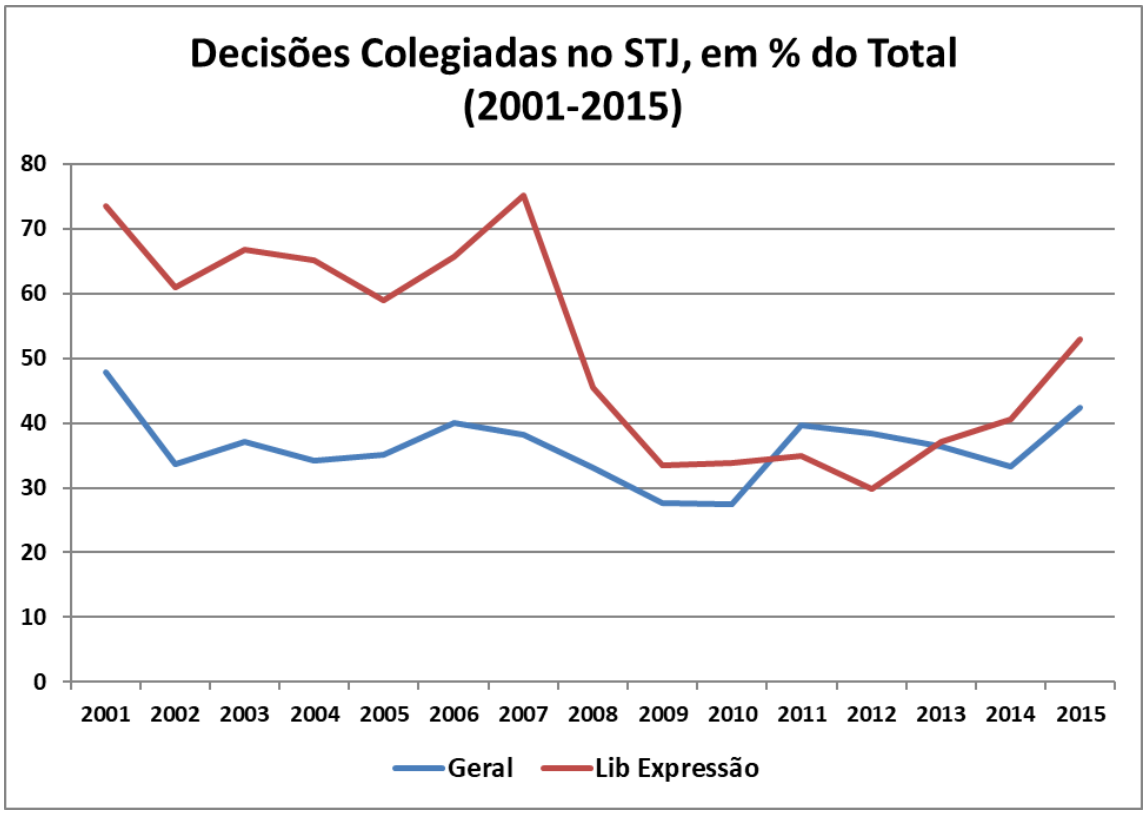


Figura 17

No STJ a situação é ligeiramente melhor. Também nesse tribunal as decisões colegiadas tornaram-se a minoria ao menos desde o início do século. As decisões sobre liberdade de expressão costumavam ocorrer colegiadamente com maior frequência do que no geral, o que se manteve também a partir de 2013. Mas esse patamar mais favorável, que alcançou 53% em 2015, continua sendo objetivamente muito ruim.

O terceiro e último aspecto que afeta as condições de qualidade para a tomada de decisões é a composição dos órgãos colegiados. O que procuro medir na sequencia são as ausências de ministros durante os julgamentos.

É natural que os ministros não consigam comparecer a algumas sessões por motivo de doença ou compromisso no exterior. Muitas vezes a missão de representar o tribunal no exterior adquire importância que pode compensar a ausência na sessão. É dizer: existem exceções de força maior que impedem a participação no julgamento. Mas essas ocasiões são realmente minoritárias? Meu objetivo é buscar responder a essa pergunta.

Ausências ocorrem tanto em julgamentos onde a votação é completada e o resultado proclamado, quando naqueles suspensos sem sua conclusão. Nesse levantamento estou considerando apenas as sessões na quais o julgamento foi concluído, ignorando julgamentos suspensos. Entendo que a ausência de um ministro na sessão que foi suspensa poderia minimamente ser compensada pela presença na sessão posterior em que o julgamento pode ser concluído. Isso daria ao ministro a oportunidade de expor seu ponto de vista quando entende necessário, questionar algum argumento discutido anteriormente na sessão suspensa ou pedir esclarecimentos sobre a o voto vencedor antes da proclamação do resultado.

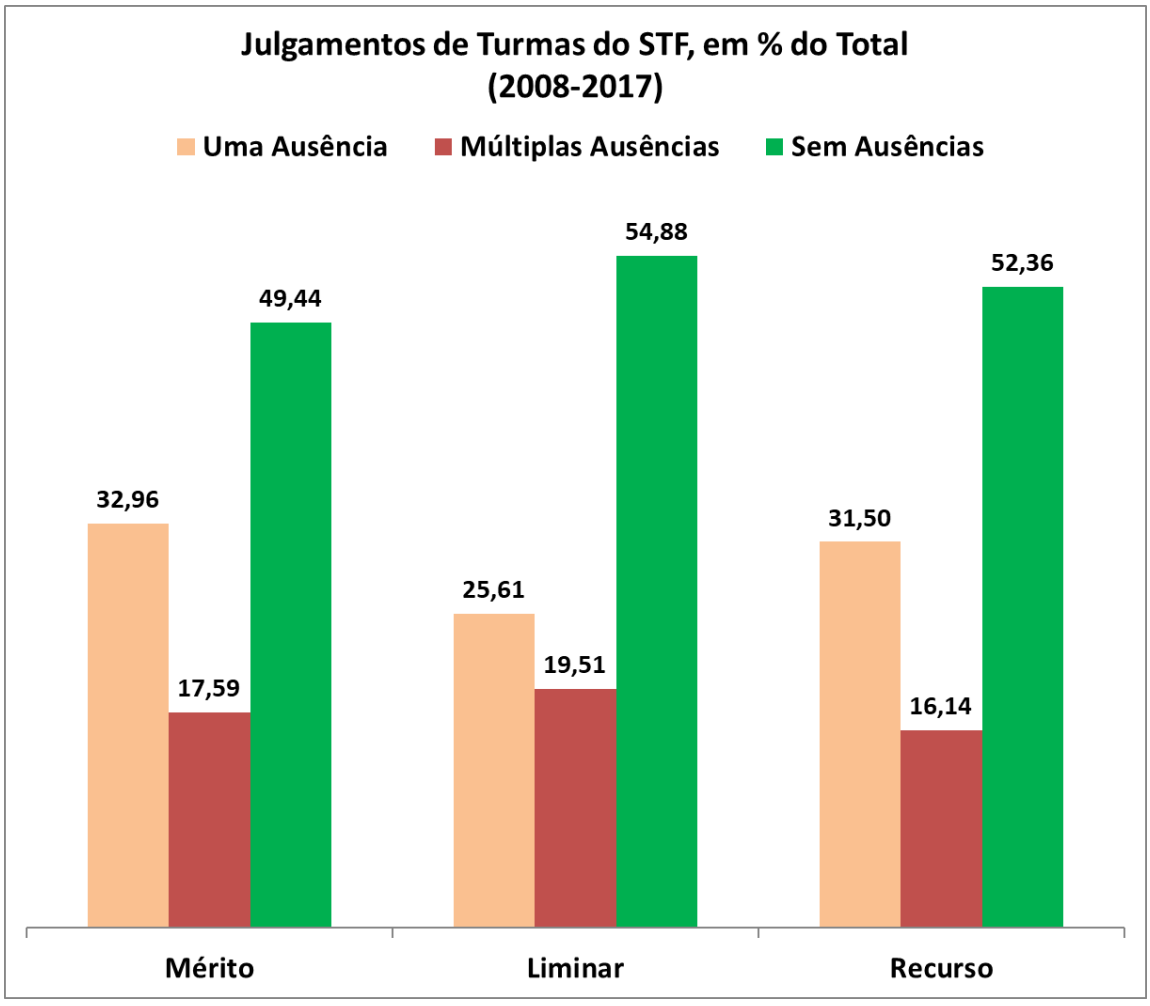


Figura 18

O gráfico 17 mostra a proporção de julgamentos das turmas, nos últimos dez anos, com presença de todos os componentes do órgão, com a ausência de apenas um ou de vários deles. Uma em cada cinco decisões liminares é apreciada por apenas três integrantes. Apenas metade das decisões é tomada pela composição completa da turma.

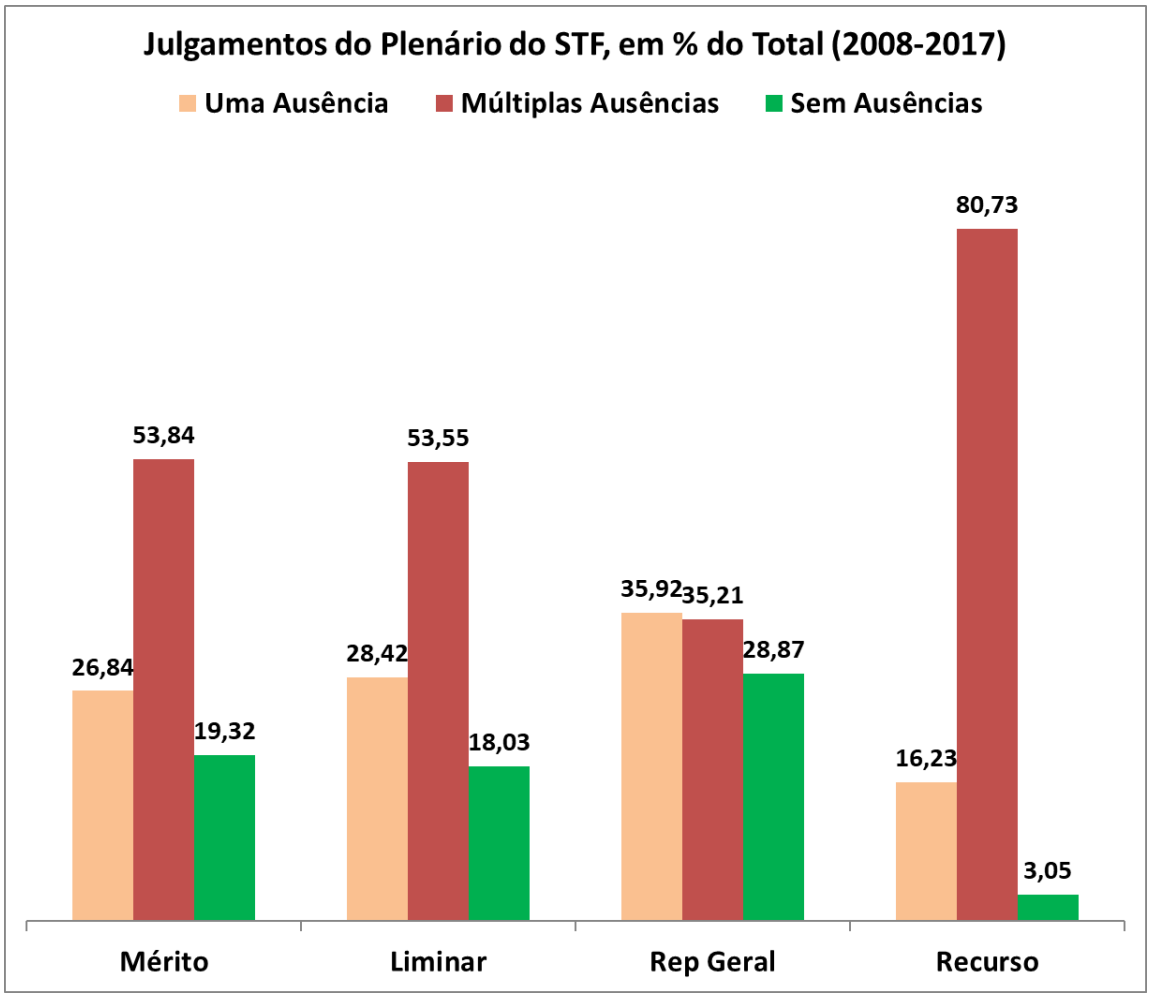


Figura 19

No plenário a situação é bastante pior. Apenas 3% dos julgamentos sobre recursos contaram com 11 ministros. 80% dos julgamentos tiveram mais de um membro do órgão ausente. Nas decisões de mérito apenas uma em cada cinco foi tomada pelos 11 integrantes. As decisões sobre repercussão geral são aquelas que atraem a maior presença, com pouco menos de 30%.

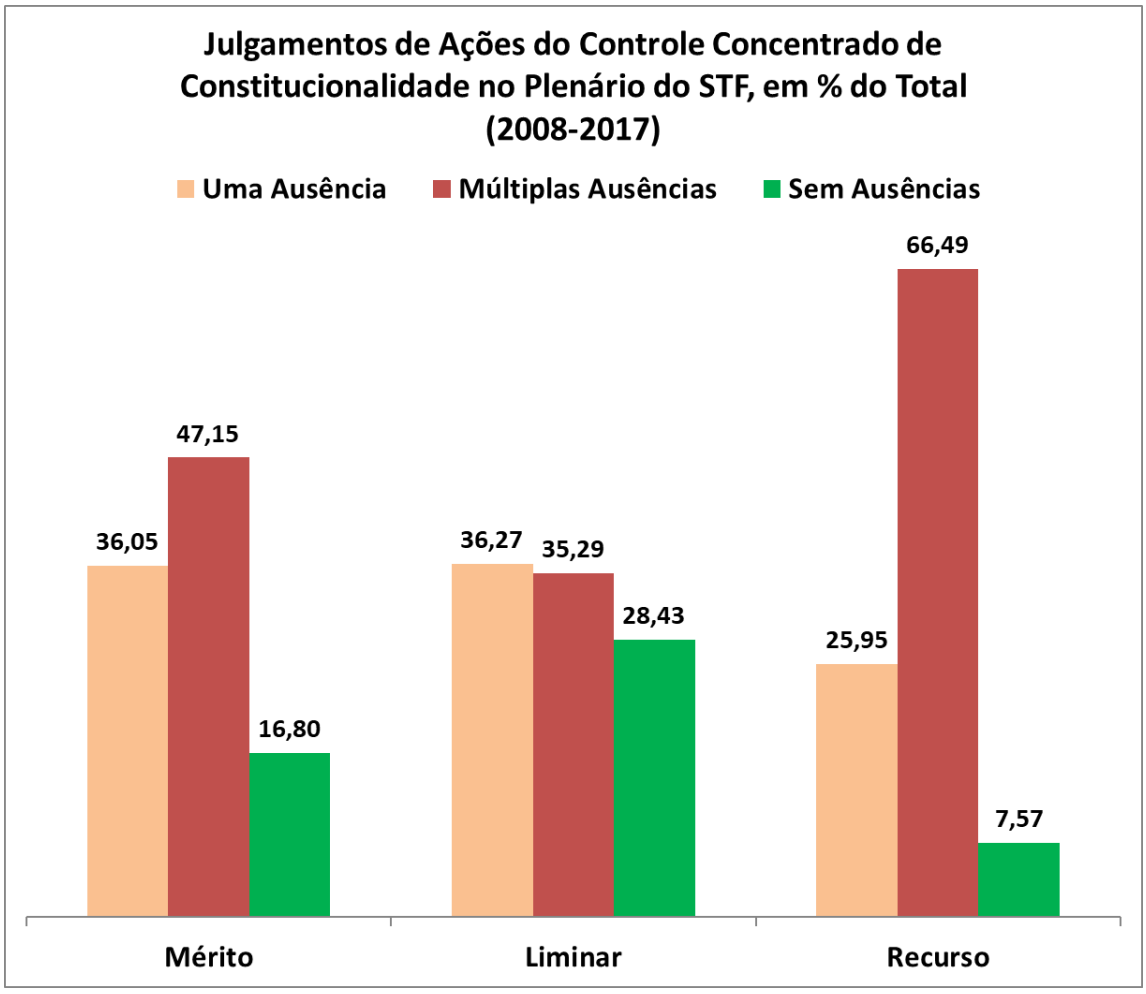


Figura 20

Nos julgamentos do controle concentrado de constitucionalidade o cenário é até pior quando a decisão é de mérito. Apenas uma em cada seis decisões foi o resultado de deliberação de 11 ministros. Metade delas foi tomada com múltiplas ausências. Isso significa mostra as chances de que a totalidade do plenário esteja presente no julgamento da lei do direito de resposta, por exemplo. Cada ausência significa a impossibilidade de contar com argumentos, *insights*, críticas às demais posições e contextualizações do voto do relator que a Constituição pressupõe necessários ao estabelecer a competência do plenário para o controle concentrado de constitucionalidade. Mas os julgamentos sobre liberdade de expressão seguem esse padrão?

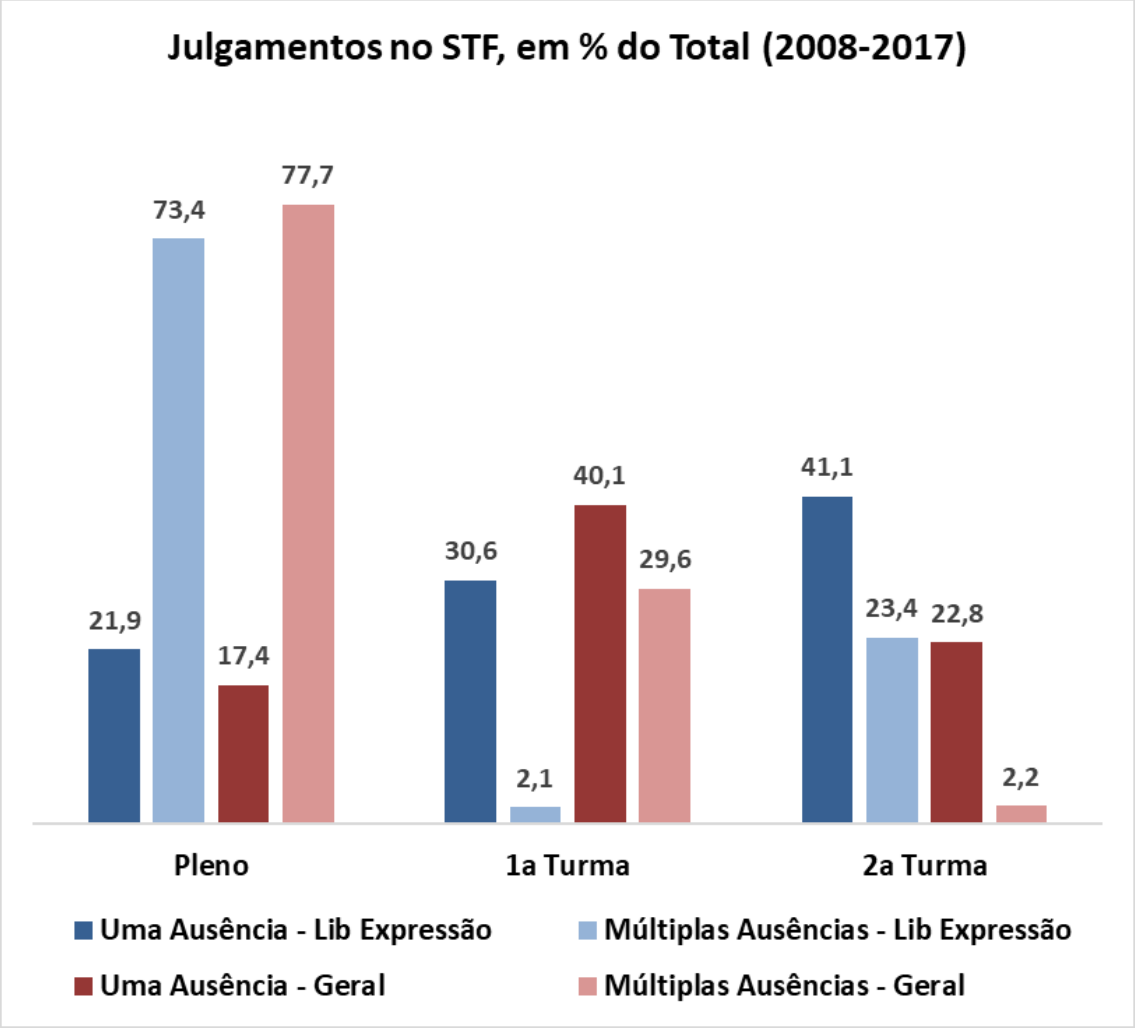


Figura 21

No plenário a situação parece muito similar entre os julgamentos de liberdade de expressão e os casos em geral. Embora exista uma concentração maior de julgamentos com uma ausência no campo da liberdade de expressão, no caso de julgamentos com múltiplas ausências a proporção é menor. Já nas turmas há uma clara alternância: na 1ª turma a situação é bastante pior no geral, enquanto que na 2ª turma é bastante pior nos casos de manifestação do pensamento.

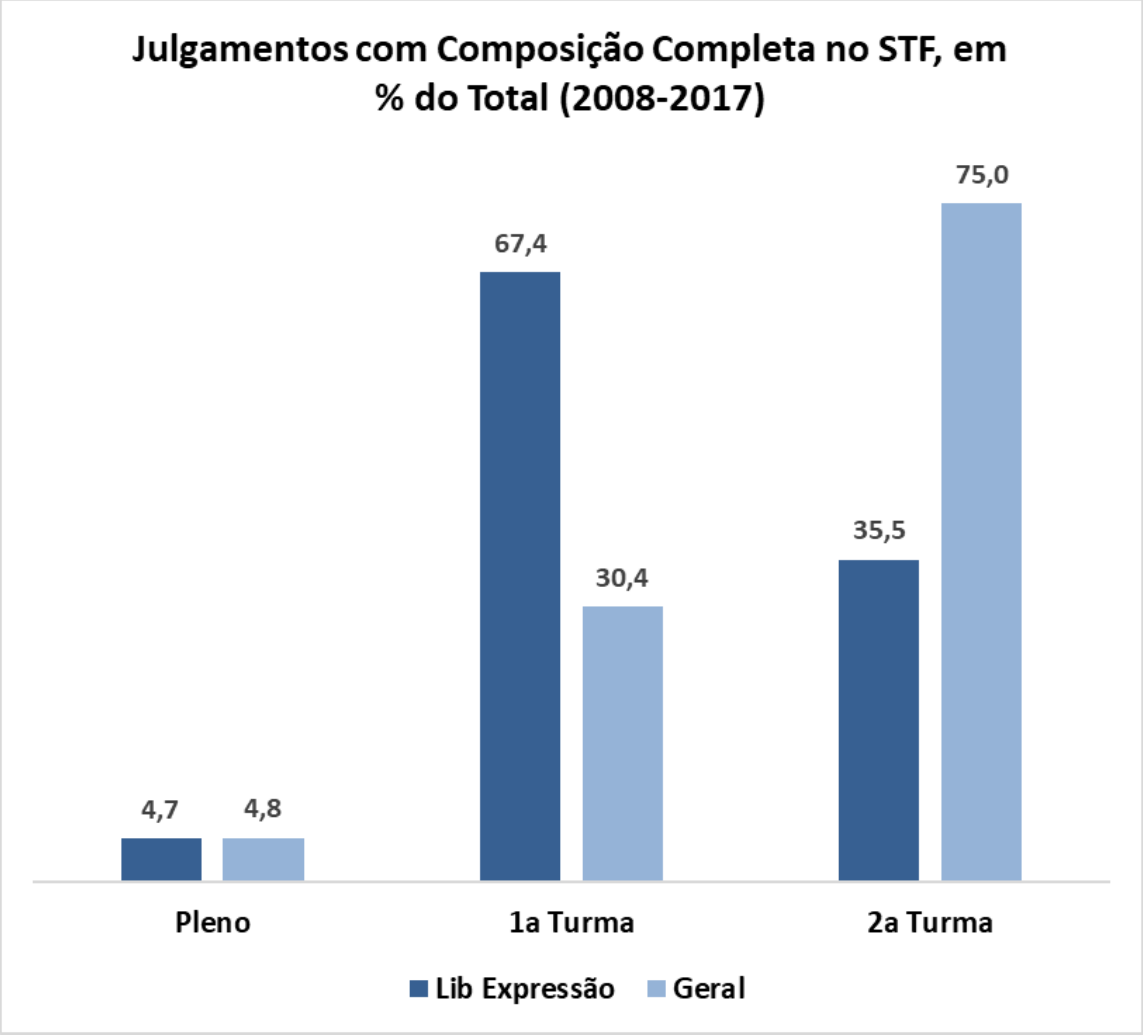


Figura 22

O gráfico 21 confirma essa leitura ao mostrar apenas as taxas de julgamentos com composição completa. Ainda que exista paridade entre o geral e os casos de liberdade de expressão, o nível é absolutamente baixo: apenas uma em cada vinte decisões contou com 11 ministros apresentando seu voto ou minimamente acompanhando os debates. Mesmo no melhor cenário para as decisões sobre o assunto, na 1ª Turma, trata-se de dois terços de julgamentos com todos os 5 presentes.

1.3.2.3 Os precedentes sobre liberdade de expressão, honra e imagem do STF

Até aqui o levantamento foi dedicado a uma análise das condições de qualidade sob o ponto de vista do procedimento. Nada foi apresentado relacionado ao conteúdo propriamente dito das decisões. Para meu objetivo de testar o cumprimento de seu papel na proteção da liberdade de expressão, honra e imagem pelo STF e STJ, é importante alguma medida sobre o conteúdo das decisões produzidas sob o ponto de vista de seu uso como precedente pelo Judiciário brasileiro.

Quando se trata da análise do conteúdo de decisões, a produção acadêmica brasileira quase sempre adota o mesmo caminho: i) escolha arbitrária ou por critérios subjetivos de uma decisão ou grupo delas, seguida ii) da análise subjetiva de seu conteúdo. Meu objetivo aqui é fazer algo ao menos parcialmente diferente: i) escolha por um critério objetivo seguida ii) da análise subjetiva. A primeira etapa é possível após anos de trabalho da equipe do Supremo em Números, sob minha coordenação, para identificar a rede de citações a precedentes nas decisões do STF. Desenvolvemos um algoritmo que lê cada decisão em um universo de 1.500.149 delas, identifica citações a outras decisões do STF ou súmulas e guarda essa informação.

Mesmo para uma equipe qualificada e com *background* combinado de ciência da computação e direito, existem diversas dificuldades relevantes para alcançar uma precisão razoável nessa identificação. É necessário dar a devida transparência a esse processo e seus desafios.

Um primeiro desafio é que em muitas, ao citar o precedente, o autor colaciona no voto um trecho do texto da decisão citada que pode conter também suas próprias citações. A decisão A cita a B que cita a C. Se nosso objetivo é corretamente identificar apenas as citações diretas, então a lista de precedentes citados em A deve conter B, mas não C. Se todas as citações diretas fossem sempre iniciadas e terminadas por aspas, isso seria relativamente fácil de fazer. Mas na grande maioria das vezes há apenas um espaçamento diferenciado ou um recuo maior para distinguir a citação direta do restante do texto. Existe um bom argumento a ser feito de que, ao menos para determinar a influência da decisão C sobre a jurisprudência do STF, as citações indiretas deveriam ser também consideradas. Afinal, há uma escolha do autor da decisão em incluir especificamente a porção da decisão B que inclui a citação à decisão C. Mas o Supremo em Números adotou uma posição mais conservadora de considerar apenas as citações diretas e isso influencia negativamente a taxa de precisão.

Um segundo desafio é a falta de padrão, ao longo de diversos anos e por parte de diversos autores, na forma como o número do caso é referido ao realizar a citação. O recurso extraordinário 222222 pode ser citado como “RE 222222”, “R.E. 222222”, “RE 222.222”, “R.E. 222.222”, “R.E. 222.222-DF” e assim por diante.

O maior desafio, para as decisões mais antigas, é a imprecisão natural do *software* de reconhecimento de texto. Quando a versão física de determinadas decisões foi escaneada como uma foto e depois submetida ao software para identificar caracteres, a quantidade de erros nesse processo pode ser alta. E afeta tanto caracteres menores, como a vírgula que separa duas citações ou as aspas da abertura de citação direta, quanto caracteres maiores, como a letra da sigla da classe processual. “ACO 45” pode ser incorretamente lida como “AC 045”. O “RE 222.222” pode ser lido como “AE 222222”. Esses erros, por sua vez, afetam a precisão do algoritmo que identifica as citações.

Existem outros desafios, mas basta considerar esses três e levar em conta que atuam de maneira cumulativa e não paralela ou isolada. A decisão B cita a decisão C que é “ARE 222.222”. Os caracteres no original escaneado estavam embaralhados e ao final o algoritmo identifica que a decisão A citou a B e também a C, sendo essa última o “RE 222.222”.

A despeito de tudo isso, os resultados são satisfatórios no todo das decisões processadas. Se, por outro lado, considerarmos a existência da menção à decisão como válida mesmo dentro de citações diretas e levarmos em conta que decisões a partir de 2005 são normalmente já digitais, sem a necessidade do reconhecimento de caracteres, os resultados são excelentes. Eles estão disponíveis gratuitamente para a comunidade no site aberto http://200.20.164.140/search. Qualquer pesquisador pode procurar as decisões contendo um determinado tipo de expressão para saber quais são, nesse sub-universo, as decisões do STF que o próprio mais cita.

Esse é meu critério objetivo para escolher quais decisões do STF analisar manualmente. A melhor forma de avaliar os precedentes sobre o assunto produzidos pelo STF é priorizar as decisões que o próprio tribunal considera mais relevantes no tema. Para isolar o grupo de decisões sobre liberdade de expressão em seu conflito com a proteção da honra e da imagem, realizei tentativas iniciais com buscas mais abrangentes como “liberdade de expressão” ou mesmo “("liberdade expressão"~4) AND (honra OR imagem)”. Mas elas retornavam um grande número de decisões sobre assuntos diversos, como aposentadoria de

servidores públicos, que continham apenas uma menção retórica a direitos fundamentais variados em meio a sua fundamentação.

Optei então por uma busca mais restritiva para evitar tantos falso-positivos. A pesquisa utilizada foi a seguinte: “("manifestação pensamento"~4 OR "liberdade expressão"~4) AND (honra OR imagem OR reputação) AND ("dano moral" OR "danos morais")”. Essa busca retorna qualquer decisão que contenha ao menos uma das opções em cada um dos três grupos. No primeiro grupo, relacionado à expressão, adicionei o “~4” às duas alternativas para permitir que expressões com até 4 caracteres diferentes de manifestação pensamento sejam considerados também válidos. “Manifestação do pensamento”, por exemplo, também será considerado válido.

Eis a rede resultante:

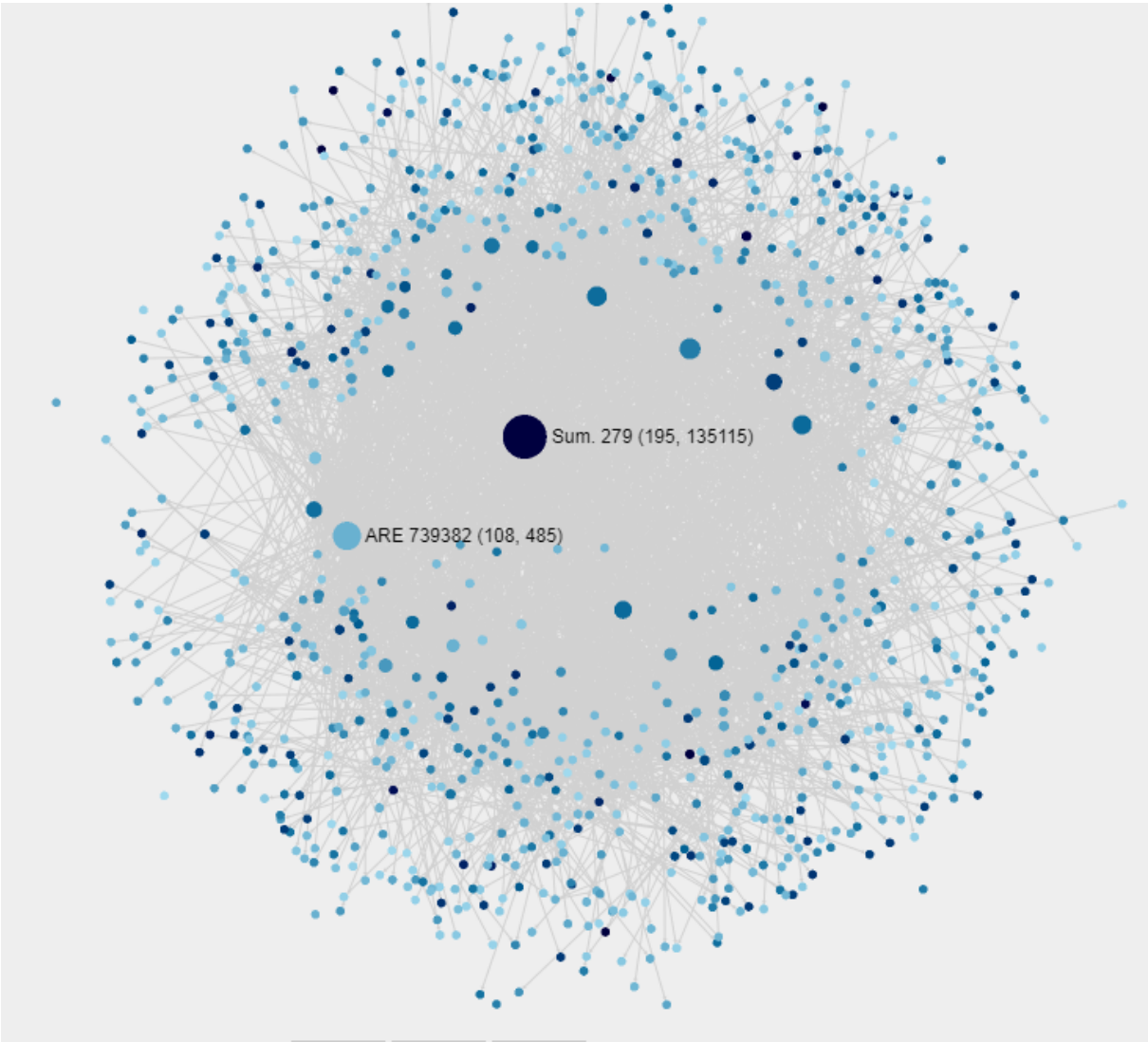


Figura 23

Foram encontradas 400 decisões que preenchem os requisitos. A súmula 279 é mais citada no universo de casos sobre liberdade de expressão do que qualquer decisão em processos. O segundo lugar é ocupado pela decisão do ARE 739382. Ela é citada por 108 das 400 decisões sobre liberdade de expressão. Mas é citada por 485 das decisões no universo de todas as 1.5 milhões. Uma visão mais aproximada mostra a identidade de outras decisões na rede. Quanto mais próximas do centro ou maior o diâmetro do círculo da decisão, maior o número de citações que recebe. Quanto mais escuro o tom de azul do círculo da decisão, mas antiga é a primeira citação que ela recebeu.

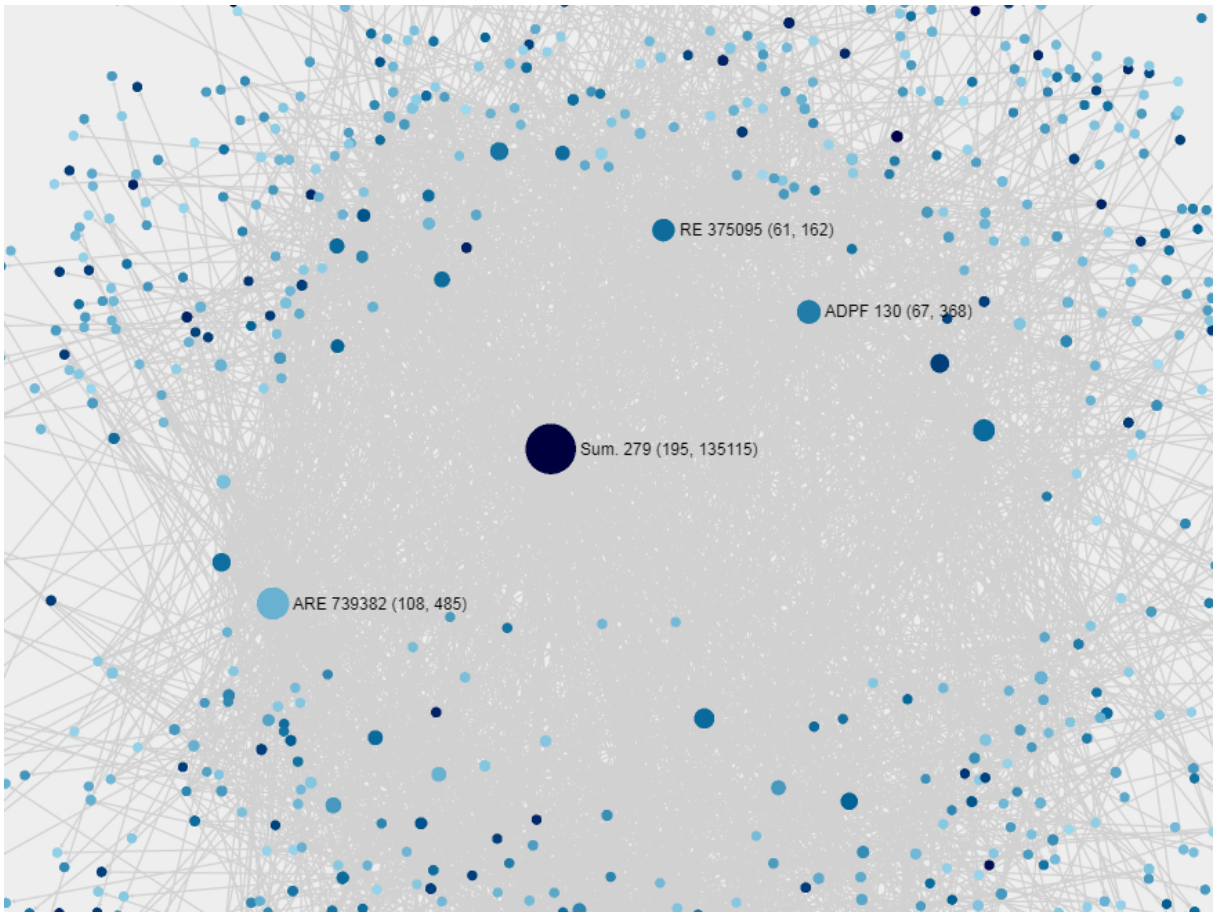


Figura 24

Essa primeira etapa da análise já quebra alguns pressupostos. Dificilmente alguém da comunidade jurídica, se perguntado sobre a decisão mais importante do STF no campo da liberdade de expressão, indicaria o ARE 739382 em vez da ADPF 130.

Para a análise manual, decidi escolher aquelas decisões dentre as 400 que são citadas com maior frequência. O total de vezes que as 400 são citadas no universo das decisões do STF é 2925. Como era de se esperar, a distribuição das citações entre as 400 não é uniforme. Existe uma concentração alta das citações em algumas poucas decisões, de modo que as 11 mais citadas respondem já por mais de 70% de todas as menções.

		Citações Recebidas	**% do Total**	**% Acumulado**
ARE	739382	485	16.6	16.6
ADPF	130	368	12.6	29.2
ADPF	144	257	8.8	37.9

RE	464916	162	5.5	43.5
AI	763419	154	5.3	48.8
RE	389096	140	4.8	53.5
RE	602233	117	4.0	57.5
AI	595395	115	3.9	61.5
RE	516836	101	3.5	64.9
RE	541739	98	3.4	68.3
RE	210917	79	2.7	71.0
ARE	867326	78	2.7	73.6
ARE	660861	39	1.3	75.0
AI	622748	36	1.2	76.2
RE	600063	35	1.2	77.4
ARE	658458	34	1.2	78.6
ARE	799471	28	1.0	79.5
RE	396386	28	1.0	80.5
HC	84827	27	0.9	81.4
ARE	743473	25	0.9	82.3

Passarei a analisar cada uma delas procurando responder a duas perguntas. Primeira: a decisão trata de liberdade de expressão, honra e imagem? Como a presença da Súmula 279 no topo das citações mostra, essas decisões não citam apenas precedentes sobre o próprio tema. Caso a resposta seja positiva para a primeira pergunta, passarei para a segunda: a decisão tem um *holding* claro que possa ser generalizável de modo a servir como precedente para decisões posteriores sobre o mesmo assunto?

O ARE 739382 foi decidido pelo plenário em 2013, sob relatoria do Min. Gilmar Mendes. O caso é do tema buscado, mas a ementa parece apontar já para a perda de uma oportunidade, ao indicar a ausência de análise da questão de direito e apenas reafirmar a impossibilidade de o STF rever a análise da prova[255]. Ao mesmo tempo, porém a ementa elenca os critérios para a identificação de um caso similar (2. Dano moral. 3. Liberdade de expressão. 4.Crítica contundente. 5. Discussão não ultrapassa o interesse subjetivo das partes) e, logo em seguida, apresenta a possibilidade de uma exceção: “a não ser em situações excepcionais, nas quais se verifique esvaziamento do direito a imagem e, portanto, ofensa

[255] “Recurso Extraordinário com agravo. 2. Dano moral. 3. Liberdade de expressão. 4.Crítica contundente. 5. Discussão não ultrapassa o interesse subjetivo das partes. 6. Não compete ao Supremo Tribunal Federal revolver a matéria fática para verificar a ocorrência de dano à imagem ou à honra, a não ser em situações excepcionais, nas quais se verifique esvaziamento do direito a imagem e, portanto, ofensa constitucional direta. 7. Ausência de repercussão geral da questão suscitada. 8. Recurso extraordinário não conhecido.”

constitucional direta.”. O esclarecimento de critérios minimamente objetivos para identificar um “esvaziamento do direito a imagem” deveria ocorrer idealmente na própria ementa, mas possivelmente tenham sido apresentados no voto vencedor.

O plenário seguiu o voto do relator, que foi contra o reconhecimento da repercussão geral. O caso foi levado ao tribunal pela parte que, na origem, havia sido autora da ação: um guarda municipal, na época coordenador da guarda municipal de Teresópolis no Rio de Janeiro. Ele sentiu-se ofendido pela distribuição gratuita de folhetos com o nome “Nota de Repúdio” com acusações que, segundo o guarda, eram falsas. Ele perdeu nas instâncias inferiores e a decisão do STF significava a confirmação da ausência de dano moral.

Em seu voto, o Min. Gilmar cita precedentes do STF dando a entender que é pacífico que uma pessoa pública pode ser criticada sem a necessidade de se verificar a precisão das alegações contra ela. A decisão talvez pudesse ser um precedente útil, mas anula todo o valor do seu *holding* ao adicionar que:

> “Salvo em situações extremas e excepcionais, nas quais se verifique o esvaziamento do direito de imagem e, por conseguinte, ofensa direta à norma constitucional, as discussões relativas à ocorrência ou não de dano moral não deve galgar a instância extraordinária.”

Essa frase é a única referência aos casos excepcionais. Assim como na ementa, não contribui com absolutamente nenhum parâmetro para definir seus contornos. Qualquer figura pública que se sente ofendida por crítica contundente pode ajuizar ação de danos morais alegando na inicial que um elemento qualquer do seu caso afasta o precedente ARE 739382. Nem a parte contrária, nem o juiz poderiam alegar o contrário, pois o STF nunca definiu o que caracteriza o esvaziamento do direito de imagem nessa decisão.

A ADPF 130 possui uma ementa de 11 páginas. É um exemplo de como a falta de critério na produção da ementa pode impedir seu uso como referência ao esconder o *holding* em meio a informações desnecessárias. Em se tratando do controle concentrado, entretanto, conforme já discutido, é controversa a necessidade de o STF definir um precedente que permita identificar posteriormente outras normas que devam ser consideradas inconstitucionais abstratamente pelo mesmo motivo. Ainda assim, escondido em meio a tantas páginas, estão nos itens 10.1 e 10.2[256] as razões (ainda que seja necessária uma interpretação

[256] “10.1. Óbice lógico à confecção de uma lei de imprensa que se orne de compleição estatutária ou orgânica. A própria Constituição, quando o quis, convocou o legislador de segundo escalão para o aporte regratório da parte restante de seus dispositivos (art. 29, art. 93 e § 5º do art. 128). São irregulamentáveis os bens de personalidade que se põem como o próprio conteúdo ou substrato da liberdade de informação jornalística, por se tratar de bens

muito generosa para essa identificação) pelas quais a Lei de Imprensa foi não-recepcionada em sua totalidade. A imprensa não pode ser objeto de uma lei própria, com pretensão de organicidade, de modo a criar um tratamento diferenciado e, por isso apenas, já perigoso por parte do Estado[257].

Para além disso, existem dois possíveis *holdings* úteis na ementa. Primeiro, manifestada em diferentes itens, a proibição de censura prévia por parte de qualquer órgão dos três Poderes[258]. De fato, na análise feita anteriormente das decisões de primeira instância do TJ-RJ, foram encontradas sentenças que citavam a ADPF 130 como um precedente com esse Vc citou o poder judiciário em letras minúsculas no restante da tese – acho que seria ideal manter esse padrãsentido.

Segundo, no item 5, a regra de que o dano não pode ser considerado maior por ter a manifestação sido veiculada pela imprensa[259]. Isso faria com que a imprensa fosse especialmente penalizada por suas opiniões, o que contraria a ideia, defendida com frequência, de que a imprensa tem liberdade diferenciada de expressão em relação aos cidadãos comuns.

A ADPF 144 não trata do tema buscado.

O agravo regimental no RE 464916 foi decidido pela Primeira Turma em 2008. O voto condutor da relatora Min. Cármen Lúcia não traz qualquer discussão sobre liberdade de

---

jurídicos que têm na própria interdição da prévia interferência do Estado o seu modo natural, cabal e ininterrupto de incidir. Vontade normativa que, em tema elementarmente de imprensa, surge e se exaure no próprio texto da Lei Suprema. 10.2. Incompatibilidade material insuperável entre a Lei n° 5.250/67 e a Constituição de 1988. Impossibilidade de conciliação que, sobre ser do tipo material ou de substância (vertical), contamina toda a Lei de Imprensa: a) quanto ao seu entrelace de comandos, a serviço da prestidigitadora lógica de que para cada regra geral afirmativa da liberdade é aberto um leque de exceções que praticamente tudo desfaz; b) quanto ao seu inescondível efeito prático de ir além de um simples projeto de governo para alcançar a realização de um projeto de poder, este a se eternizar no tempo e a sufocar todo pensamento crítico no País."

[257] Esse foi justamente o holding da decisão da Suprema Corte norte-americana em Minneapolis Star Tribune Company v. Commissioner, 460 U.S. 575 (1983), quando mesmo um incentivo fiscal foi considerado inconstitucional por afetar a imprensa de forma específica.

[258] "O corpo normativo da Constituição brasileira sinonimiza liberdade de informação jornalística e liberdade de imprensa, rechaçante de qualquer censura prévia a um direito que é signo e penhor da mais encarecida dignidade da pessoa humana, assim como do mais evoluído estado de civilização. (...) Não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, inclusive a procedente do Poder Judiciário, pena de se resvalar para o espaço inconstitucional da prestidigitação jurídica."

[259] "A relação de proporcionalidade entre o dano moral ou material sofrido por alguém e a indenização que lhe caiba receber (quanto maior o dano maior a indenização) opera é no âmbito interno da potencialidade da ofensa e da concreta situação do ofendido. Nada tendo a ver com essa equação a circunstância em si da veiculação do agravo por órgão de imprensa, porque, senão, a liberdade de informação jornalística deixaria de ser um elemento de expansão e de robustez da liberdade de pensamento e de expressão lato sensu para se tornar um fator de contração e de esqualidez dessa liberdade."

expressão. A decisão trata apenas do fato de o advogado do veículo de imprensa, que havia sido condenado nas instâncias inferiores e recorria, não ter procuração nos autos. Apesar da menção na ementa a matéria jornalística e pedido de indenização, essa questão nunca é apreciada na decisão. O provável motivo pelo qual a decisão foi citada 162 vezes é o parágrafo que afirma ser necessário, para analisar o mérito do recurso, apreciar matéria de fato, o que seria proibido em razão da Súmula 279. O único norte possível oferecido pelo RE 464916 em casos de liberdade de expressão, honra e imagem é que o STF não poderia analisar processos desse tipo por via recursal. Isso é questionável sobretudo porque na vasta maioria dos casos desse tipo os fatos são incontroversos, sendo o cerne da questão a maneira como se aplicam as disposições legais e, especialmente, constitucionais sobre a matéria.

O agravo regimental no AI 763419 foi decidido pela Primeira Turma em 2010, sendo a relatoria do Min. Ricardo Lewandowski. É muito similar ao RE 464916. O veículo de imprensa também é o recorrente, foi condenado a pagar danos morais, porém a decisão – tanto em sua ementa, quanto em seu corpo – limita-se a afirmar que a análise pedida pela parte exige exame de prova, vedado pela Súmula 279.

O agravo regimental no RE 389096 foi decidido pela Segunda Turma em 2009, relatado pela Min. Ellen Gracie. Assim como os dois casos anteriores, a parte que acode ao STF é a parte ré na origem, pedindo reversão de sua condenação. O fundamento da decisão, expressado inclusive na ementa, é o mesmo. Nesse caso, no entanto, a decisão menciona argumento da parte afirmando que os fatos são incontroversos. E dedica um parágrafo ao tema de fundo:

> "2. A jurisprudência desta Corte, ao interpretar o art. 220 da Constituição Federal, é firme no sentido de que a liberdade de expressão não é absoluta. No Plenário, quando do julgamento da ADPF 130, da relatoria do Ministro Carlos Britto, ressaltou-se que o livre exercício das liberdades de pensamento, criação, expressão e informação pressupõe a observância às garantias fundamentais da vedação ao anonimato, direito de resposta, direito à indenização por danos material ou moral à intimidade, à vida privada, à honra e imagem das pessoas, livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, bem como o direito ao resguardo do sigilo da fonte de informação (Inf STF 541)."

Há duas coisas relevantes sobre essa parte da decisão. Primeiro, aponta que a liberdade de expressão não é absoluta, mas sem indicar qualquer critério ligado ao caso concreto que possa balizar esse limite. A afirmação não tem qualquer valor prático dado que a doutrina dos limites externos é mais do majoritária na doutrina nacional e a noção de que a liberdade de

expressão, como direito constitucional, está sujeita a limitações também é adotada pela quase totalidade da magistratura brasileira[260].

Segundo, o voto cita a ADPF 130 como precedente para sustentar apenas essa afirmação óbvia, apesar de a decisão do plenário na época ter trazido outras regras úteis possíveis. Na verdade, se a decisão do TJ-SP contra a qual se insurgia o jornalista Luis Nassif, parte recorrente, houvesse sido analisada pelo STF, qualquer autoridade ou força como precedente que a ADPF 130 poderia ter seria no mínimo causa para uma discussão mais aprofundada pela Segunda Turma.

Os Embargos Infringentes n° 127.312-4/7-01 haviam sido decididos em 2001 no TJ-SP, com voto vencedor do Des. Laerte Nordi. O voto trazia elementos da fundamentação que contrariam a noção expressada posteriormente na ADPF 130 de que a imprensa não pode ser penalizada por ter alcance mais amplo em suas manifestações do que o cidadão comum[261]. Mais do que isso, o voto trazia um requisito para a manifestação da imprensa que não foi elencado pela ADPF 130: "Claro está que ninguém se atreveria a aplaudir a censura ou a castrar o direito de acesso à informação, do direito à opinião jornalística, desde que, porém, fundada em fatos incontestáveis." A imprensa só estaria protegida pela Constituição quando veicula "fatos incontestáveis". Essas incongruências poderiam ter sido apontadas pela Segunda Turma para nortear decisões futuras do TJ-SP e outros tribunais. Também foi perdida a oportunidade de fixar com clareza um precedente de que a crítica de figura pública pode ser mais ampla do que aquela da pessoa normal. Existem decisões do STF nesse sentido, mas nenhuma delas é tão citada pelo próprio tribunal quanto essa decisão do RE 389096. O voto vencedor que definiu o acórdão analisado pelo STF afirmava justamente o contrário:

"Nesse ponto manifestei antes, e continuo manifestando minha divergência, por acreditar que o homem público deve ter a mesma proteção que o particular, sob pena de desestimular o ingresso de

---

[260] Devido à linguagem confusa da ementa e do voto, é até discutível se o Min. Ayres Britto defende a igualdade hierárquica em abstrato ou se entende existir uma preponderância quando fala em hierarquia cronológica. Essa posição problemática já foi apontada, por exemplo, por FILHO, Ilton Robl. SARLET, Ingo W. Estado Democrático de Direito e os Limites da Liberdade de Expressão na Constituição Federal de 1988, com Destaque Para O Problema Da Sua Colisão Com Outros Direitos Fundamentais, Em Especial, Com Os Direitos De Personalidade. **Constituição, Economia e Desenvolvimento**: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba. vol. 8, n. 14, 2016, pp. 121-122.

[261] "O jornalista tem, acima de tudo, um compromisso com a verdade, até porque é um formador de opinião e exerce extraordinária influência sobre o povo (...) Nem se diga, como o fizeram os ilustres advogados, que as matérias foram realizadas sob inspiração do interesse público, que sobrelevaria ao particular, pois, como se viu, não há essa predominância, inclusive porque a imprensa, à qual tem acesso milhões de pessoas, leva expressiva vantagem sobre o particular que, se acusado, condenado e executado por uma matéria equivocada, terá sua vida sensivelmente prejudicada."

> muitos na vida pública, receosos dessa exposição que, às vezes, reflete na família e na vida pessoal.”

Nenhuma dessas revisões exigia reexame de prova – todas elas dizem respeito à forma como o direito foi aplicado na decisão recorrida, muitas vezes em desacordo com um dos precedentes mais citados pelo próprio STF. Uma das decisões mais citadas no campo da liberdade de expressão, portanto, permanece como um exemplo de impossibilidade ou inconveniência de reversão de decisões contrárias à liberdade de expressão mesmo quando o acórdão recorrido aplica a Constituição em desacordo com aquilo que o STF prega.

O agravo regimental no RE 602233 foi decidido pela Segunda Turma em 2010, com relatoria do Min. Ayres Britto. Novamente um órgão de imprensa busca o STF para reverter uma decisão em seu desfavor. Repete-se também o *holding*, de que seria necessário reexame de prova – apesar de os fatos serem novamente incontroversos. O voto vencedor, não obstante, destaca que o acórdão recorrido do TJ-DF havia afirmado ser a honra em abstrato o “maior bem jurídico” em comparação com a liberdade de expressão. De fato, essa proposição não está de acordo com nenhum dos precedentes do STF mais citados analisados até aqui ou com o entendimento da doutrina. A título de correção, o Min. Ayres Britto afirma que isso está em desacordo com a ADPF 130, também relatada por ele, e transcreve trecho daquela ementa.

É o único conteúdo do RE 602233 sobre liberdade de expressão, honra e imagem. É deficiente como precedente por duas razões. Primeiro, ao enfatizar que não há preponderância em abstrato da honra, a decisão dedica-se a combater um espantalho. Esse tipo de entendimento não é minimamente volumoso na jurisprudência ou na doutrina. A decisão desperdiçou argumentos em uma questão que raramente é central para decisões do Judiciário brasileiro sobre o tema. Segundo, a decisão repete o erro do ARE 739382: aponta que existe a possibilidade de reconhecimento de caso excepcional, que permite a restrição da liberdade de expressão, porém não apresenta um único critério ou parâmetro útil para reconhecer tal exceção:

> “9. Naquela assentada, deixei claro que a liberdade de manifestação do pensamento, um dos conteúdos da liberdade de informação jornalística ou de imprensa propriamente dita, seria exercida de modo conciliado: primeiro, contemporanearnente com a proibição do anonimato, o sigilo da fonte e o livre exercício de qualquer trabalho ou profissão; segundo, a posteriori, com o direito de resposta e a reparação pecuniária por eventuais danos à honra e à imagem de terceiros, sem prejuízo do uso de ação penal por acaso cabível.”

O AI 595395 foi decidido pelo Min. Celso de Mello em 2007. Diferentemente das decisões anteriores, nesse caso há discussão de questões do mérito do acórdão recorrido. O Min. Celso dedica-se a discutir, com ampla citação de jurisprudência e doutrina, o prazo para o ingresso da ação de danos morais e os parâmetros para fixação do valor da indenização – em ambos os casos, mudanças recentes operadas no sistema em razão da não-recepção total da Lei de Imprensa.

Na sequência, com maior extensão ainda, a decisão passa a atacar o mesmo espantalho RE 602233: a liberdade de expressão é absoluta ou de maior hierarquia, em abstrato, que a honra e a imagem. Sucessivamente, ao repetir que a colisão deve ser resolvida no caso concreto pelo magistrado sem, no entanto, oferecer qualquer critério que ampare ou guie essas decisões, o AI 595395 confirma um cheque em branco para os magistrados brasileiros. Ou seja: desde que repitam na sentença que os direitos não são absolutos e precisam ser ponderados ou submetidos à proporcionalidade, os juízes podem decidir absolutamente qualquer coisa sobre liberdade de expressão, honra e imagem. Isso é incompatível com o entendimento da ADPF 130, já que existem aplicações da ponderação ou proporcionalidade no caso concreto que seriam inválidas, como a censura prévia ou o dimensionamento do valor da indenização em razão do fato de tratar-se de órgão de imprensa e não pessoa física.

Mais do que isso, a ementa do acórdão recorrido, na apelação 150.097.4/6-00 do TJ-SP, copiada pelo Min. Celso, já alerta para uma aplicação problemática dos direitos constitucionais:

> “LEI DE IMPRENSA - PRELIMINAR DE DECADÊNCIA AFASTADA - NÃO RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988 - REPORTAGEM QUE ASSOCIA O AUTOR A FRAUDES, QUADRILHA E GOLFES FATO NÃO COMPROVADO PELA EMPRESA JOR NÀLÍSTICA - DANOS MORAIS COMPROVADOS - INDENIZAÇÃO PROCEDENTE - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MAJORADOS - RECURSO PRINCIPAL IMPROVIDO - RECURSO ADESIVO PARCIALMENTE PROVIDO.”

A noção de que a imprensa causa dano sempre e automaticamente quando não consegue comprovar os fatos noticiados – no caso, fraudes, quadrilha e golpes – é estranha à doutrina majoritária e, inclusive, a diversas das decisões do TJ-RJ na primeira instância. Ao tocarem nessa questão, lembravam que se a imprensa somente puder se manifestar sobre aquilo que ela mesma pode comprovar, estaria impossibilitada de dar publicidade a qualquer acusação, indiciamento ou denúncia oferecida contra alguém – inclusive figura pública.

Bastaria a posterior sentença declaratória de inocência e os danos morais seriam desdobramento necessário. Isso pode parecer exagerado, mas é exatamente a lógica seguida pelo acórdão do TJ-SP: “Em nenhum momento nos autos a empresa requerida logrou comprovar efetivamente que o autor tenha sido envolvido com as fraudes apontadas relativas ao uso de procurações falsas ou que tenha qualquer ligação com os demais golpes de que trata a reportagem.”. Após essa afirmação, a decisão dedica duas páginas a analisar os depoimentos feitos no processo criminal com o intuito de demonstrar que os fatos não eram verdadeiros. E conclui:

> “Bastaria a requerida ter indicado, na reportagem, que a suspeita contra o autor vinculava-se a inúmeras procurações feitas sem contato pessoal com os clientes. Da forma como constou da reportagem, porém, houve nítida e clara vinculação do autor ao esquema e à quadrilha que vinha falsificando documentos em prejuízo do INSS, o que é inaceitável.”

A determinação vinda do Judiciário sobre como o jornalista deve organizar e apresentar os detalhes, além do estilo de escrever o texto, em nada lembra liberdade de imprensa. O standard de cuidado exigido da imprensa é uma questão central aos conflitos entre liberdade de imprensa, honra e imagem em qualquer país. Nos Estados Unidos, conforme já mencionado, a imprensa ultrapassa o limite não quando veicula fato posteriormente detectado como falso, mas apenas quando utilizou má-fé nesse erro. O conceito de boa-fé é amplamente utilizado pelo Judiciário brasileiro, sendo, portanto, a regra do New York Times Co. vs Sullivan uma candidata viável para o direito brasileiro. Ela também tem problemas, conforme discutirei mais adiante, mas o ponto aqui é que discutir e definir um critério é o papel do STF e, a despeito da oportunidade oferecida pelo acórdão recorrido e da vontade do Min. Celso de entrar no mérito da questão, o AI 595395 traz contribuição virtualmente nula como precedente sobre quando há dano a indenizar.

O agravo regimental no RE 516836 foi decidido em 2011 pela Primeira Turma, com relatoria do Min. Dias Toffoli. A ementa é muito similar a de outros casos analisados aqui, mencionando danos morais, matéria jornalística e a impossibilidade de reexame de prova em razão da Súmula 279. A diferença é que nesse caso a parte que se sentiu ofendida e pleiteou danos morais é aquela que recorre ao STF. O voto vencedor no agravo regimental não faz qualquer incursão no mérito da proteção da liberdade de expressão ou do caso concreto, apenas colando a decisão monocrática que foi objeto do agravo, trecho do acórdão recorrido e

ementas de decisões do STF que servem de precedente para a opção de não realizar exame da prova em caso de liberdade de expressão.

Novamente há oportunidade de utilizar o caso concreto e a aplicação dos direitos constitucionais ao caso feita pelo tribunal de origem como uma chance de discutir e balizar outra questão relevante no tema, sobre a qual inclusive vi muita confusão nas sentenças do TJ-RJ. O acórdão, no trecho transcrito pelo voto do Min. Toffoli, afirma que: "o Jornal de Brasília apenas relatou os fatos que o envolveram, sem promover qualquer juízo de valor a fim de influenciar os seus leitores, já que os fatos narrados coadunam- se com os elementos obtidos por ocasião da investigação". A conclusão da forma como foi feita a ponderação ou aplicada proporcionalidade ao caso concreto é que o jornal não poderia "promover *qualquer* juízo de valor". É difícil imaginar o que sobra da liberdade de expressão quando já ao promover juízo de valor a imprensa comete ilegalidade. Essa questão é efetivamente controversa na primeira instância. Há magistrados que entendem que a imprensa deve ater-se ao famoso ideal da neutralidade sem expressar qualquer posicionamento ou crítica. Trata-se de impossibilidade fática que nega a essência da autonomia de opinião.

O agravo regimental no RE 541739 foi decidido em 2008 pela Primeira Turma. A ementa da relatora, Min. Cármen Lúcia, é similar às demais já vistas. Cita a súmula 279 e a impossibilidade de reavaliação do conjunto probatório. Também aqui a parte que recorre ao STF é um jornal, contra decisão de turma recursal de São Paulo. O jornal alega ao STF não existir necessidade de exame da prova e chama atenção para o fato de ter sido condenado por ter falhado em apresentar "suporte probatório" acerca de uma matéria veiculada.

Incrivelmente, a relatora transcreve trecho da decisão da turma recursal alegando ter utilizado o mesmo critério que já havia sido emergido no RE 516836:

> "restou comprovado nos autos que a notícia publicada sobre o recorrido excedeu os limites da liberdade de imprensa estampados no artigo 220 e §§ da Constituição Federal, bem como na Lei nº 5.250/67, uma vez que ultrapassou a narrativa objetiva dos fatos, emitindo um juízo de valor - ainda que por meio de charge e outras insinuações - acerca da conduta do recorrido, atribuindo-lhe fato ofensivo à sua honra, tanto objetiva quanto subjetiva"

Nessa decisão, além de estar presente a noção de que a imprensa não pode emitir juízo de valor, há ainda uma qualificadora. Isso não pode ocorrer mesmo que essa opinião esteja confinada a partes do veículo separadas das matérias jornalísticas, como a charge. Essa é uma decisão sobre como aplicar a proteção constitucional da liberdade de expressão, honra e

imagem independentemente do caso concreto. Não só o STF não precisaria reexaminar a prova para reverter a decisão, como também poderia fixar um precedente claro e, pelo visto, muito necessário no Brasil, ainda que óbvio: o simples fato de emitir opinião não faz com que a imprensa extrapole os limites do direito fundamental à liberdade de expressão.

O RE 210917 foi decidido pelo Plenário em 1998, de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, e traz duas questões. Uma lateral, sobre o prazo de interposição de recurso na origem, que foi superada, e a central, sobre se a imunidade parlamentar prevista na Constituição abrange também a responsabilidade civil.

Uma deputada estadual havia enviado ao Ministério Público *notitia criminis* sobre ilicitudes praticadas por autoridades administrativas e judiciais em prejuízo de uma autarquia federal. Quando o fato da manifestação da deputada foi noticiado, ajuizaram os ofendidos ação de reparação de danos morais. O relator, Min. Pertence, aponta que a imunidade deve atuar para proteger a atuação política em sentido amplo dos parlamentares e não apenas declarações proferidas dentro da casa legislativa:

> "36. Nesse quadro é indiscutível que a compreensão da publicidade no âmbito da imunidade real há de acompanhar o alargamento do domínio da inviolabilidade, de modo a proteger não apenas a divulgação de atos do estrito exercício do mandato, quais os discursos parlamentares, mas também aos atos que o excedem, mas que se tenham como relacionados à atividade ou à condição de congressista do agente e, por isso, também cobertos pela franquia constitucional."

A partir daí, ancorado em citação de extensa doutrina nacional e estrangeira, o relator entende que a imunidade deve proteger também contra a responsabilização civil pela manifestação do pensamento do parlamentar, sendo que a Constituição Brasileira não excepcionou a responsabilidade civil ao prever a imunidade:

> 57. Mas além de seguramente inexistente no direito pátrio, como em qualquer Constituição democrática e norma que assim dispusesse contrariaria gravemente as inspirações teleológicas do instituto da inviolabilidade como garantia da liberdade do exercício da missão do parlamentar: é manifesto que, conforme as circunstâncias, a imputação da responsabilidade civil pode ser tão ou mais inibitória da ação do mandatário político que a incriminação da conduta.

O plenário unanimemente reverteu a decisão de segunda instância e restabeleceu a sentença de improcedência da primeira instância. O *holding* da decisão é bastante claro e se presta ao uso como precedente.

Analisadas as 11 decisões que representam mais de 70% das citações feitas pelo STF a casos envolvendo liberdade de expressão, honra e imagem, o resultado parece isentar, de certa

forma, os magistrados da primeira instância do TJ-RJ. Um total de 10 decisões em 162 citavam jurisprudência do STF. De fato, mesmo que quisessem orientação do STF para nortear suas sentenças, os magistrados teriam tido dificuldade para encontrá-la[262]. É claro que a análise das 11 decisões feita aqui não permite inferir que nenhuma das 400 decisões do universo sobre o assunto no STF traz precedentes úteis. Mas a falta de *holdings* úteis justamente nas decisões que concentram 2 em cada 3 citações feitas pelo próprio STF no assunto é um indício fortíssimo de que esses precedentes são, na melhor das hipóteses, muito difíceis de achar. Esse é o melhor critério objetivo disponível para a identificação de precedentes considerados relevantes pelo STF.

A ADPF 130 é a única que traz algum conteúdo passível de orientação das questões controversas na primeira instância. Infelizmente, a redação de sua ementa e a extensão e falta de organização do acórdão retiram muito do potencial balizador da decisão. Ela parece muito mais um manifesto romântico de valorização da liberdade de imprensa do que uma decisão judicial objetivamente elaborada para sinalizar de forma clara quais critérios são úteis e devem ser adotados pelos magistrados.

As demais decisões são de três tipos. Algumas não tocam no tema da liberdade da expressão em seu conflito com honra e imagem, entendendo que rever a aplicação dos direitos constitucionais ao caso é o mesmo que reavaliar os fatos do caso. Outras fazem o mesmo a despeito de sinais claros e alarmantes de que a decisão de segunda instância fez aplicação no mínimo questionável dos dispositivos constitucionais inclusive, por vezes, em desacordo com os precedentes da ADPF 130. As decisões do terceiro tipo tratam do cerne da questão, porém se limitam a repisar que os direitos fundamentais não são absolutos e dão irrestrita liberdade à maneira como serão ponderados no caso concreto. Essas mencionam inclusive a possibilidade de casos excepcionais que permitem a responsabilização por danos morais sem, contudo oferecer qualquer mínima diretriz para a identificação desses casos.

---

[262] Essa constatação sobre a jurisprudência do STF no tema não é pioneira, claro. Já foi apontada anteriormente, por exemplo, por FILHO, SARLET, op. cit., p. 125: “Todavia, apesar das relevantes e mesmo paradigmáticas decisões firmadas na ADPF n. 130 e ADI n. 4815, a complexidade das questões atinentes às liberdades de expressão, de imprensa e de informação, em razão das diversas demandas e colisões entre esses direitos fundamentais com outros direitos e valores constitucionais, ainda não produziu uma plena acomodação pela interpretação do STF.” Minha contribuição aqui é apresentar uma alternativa de metodologia para responder a mesma pergunta de pesquisa.

A conclusão é que o STF não tem cumprido seu papel de produzir precedentes sobre a proteção da liberdade de expressão, honra e imagem para orientar o Judiciário brasileiro, aumentando a previsibilidade em relação às decisões judiciais sobre o assunto e, com isso, limitando o *chilling effect* decorrente da censura judicial privada que hoje assola o país.

4. Conclusão intermediária

A primeira parte dessa tese é preponderantemente descritiva. O ponto de partida da breve sumarização da literatura e jurisprudência representativa das posições majoritárias sobre a maneira adequada de resolver conflitos entre liberdade de expressão, honra e imagem foi utilizado para então agregar elementos da realidade da aplicação dessas proposições teóricas já consolidadas.

O objetivo não era desconstruir. Pelo contrário: acredito que a ponderação e a proporcionalidade como métodos de solução desses conflitos são as ferramentas mais adequadas à disposição do Judiciário atualmente. Partindo desse pressuposto, procurei apresentar características da experiência judicial com elas, mostrando em detalhes um quadro representativo da prática em dois pontos nevrálgicos, a primeira instância e os tribunais superiores. A primeira instância é o contexto mais importante de capilarização de técnicas judiciais para adjudicação de direitos fundamentais. É a porta de entrada, o primeiro contato entre a perspectiva subjetiva desses direitos, conforme delineada pela doutrina e jurisprudência, e os titulares dessas posições. Por vezes é o único contato, quando não se recorre. Na outra ponta, o STJ e o STF são os responsáveis principalmente, mas não só, por uniformizar as escolhas feitas desde a primeira instância sob o ponto de vista do direito infraconstitucional e constitucional.

Não existia conhecimento empírico científico sobre o desempenho desses dois papéis no campo da liberdade de expressão, mormente diante da missão de aplicar a ponderação e a proporcionalidade. Informações sobre o desempenho do Judiciário nesses quesitos eram anedóticas, raramente oferecendo um retrato representativo do todo. Para avaliar o impacto e adoção, na prática, das teorias sobre conflitos entre direitos fundamentais nesse campo a doutrina até agora utilizou decisões isoladas escolhidas arbitrariamente. Uma das principais contribuições dessa tese é suprir esse vácuo e levantar dados para traçar o perfil do uso da

ponderação e proporcionalidade sobre liberdade de expressão, em uma ponta da Justiça, e, na outra ponta, a performance do STJ e STF como uniformizadores de decisões nessa área. Talvez mais importante, busquei mostrar as características da jurisprudência do STF sobre o tema que o próprio tribunal considera mais relevante – segundo medida objetiva e não escolha subjetiva.

O retrato mostra que ainda há muito a melhorar em ambas as frentes. Na primeira instância, as decisões rarissimamente fazem aquilo que a doutrina determina. A falta de amparo das sentenças em literatura pertinente e jurisprudência confirma essa tendência: o magistrado ancora-se principalmente em seu bom senso.

Paralelamente, os tribunais superiores lidam com carga de trabalho que inviabiliza qualquer chance de uma análise do direito infraconstitucional ou constitucional aplicado ao caso concreto. As condições nas quais trabalham os ministros impedem a qualidade da prestação. Os tribunais não decidem como colegiado e transformaram-se em um conjunto de decisões monocráticas. A especial atenção ao STF mostra que, mesmo quando o colegiado se reúne com o potencial de fixar os precedentes, tão necessários para o direito constitucional brasileiro na área da liberdade de expressão, os julgamentos são prejudicados por ausências que se tornaram a regra e não mais a exceção. São debilitadas as condições de deliberação para encontrar e consolidar parâmetros – já sugeridos pela doutrina, por sinal – que norteiem o uso da ponderação e proporcionalidade nos casos de livre manifestação, honra e imagem.

Como resultado, o conjunto dos precedentes que o próprio STF indica serem importantes nessa área não traz contribuição instrumentalizável mesmo quando a oportunidade se apresentou aos ministros para tanto, em razão de decisões de colegiados nos tribunais de justiça com fundamentações jurídicas duvidosas.

Se esse fosse o quadro nos anos 1980, as propostas de enfrentamento do problema seriam inteiramente diferentes. Enquanto o perfil da opinião pública é de alta concentração, com apenas alguns poucos atores determinando o que o país inteiro lê, vê ou ouve, o Judiciário tem um papel mais central no combate a distorções. Quando o desequilíbrio de capacidade comunicativa é reduzido e, mesmo longe de um debate público perfeito, temos muito mais igualdade nas condições de alcançar uma audiência regional ou nacional, as opções para lidar com conflitos entre direitos fundamentais informacionais mudam. Os

magistrados não são mais os únicos capazes de combater manifestações abusivas e, muitas vezes, sequer são os mais indicados para tanto.

Procurei descrever a mudança de paradigma necessária entre o combate de abusos focado na restrição de acesso a conteúdo (como a remoção ou a censura) e estratégias desenvolvidas a partir do reconhecimento de que a nova escassez é de atenção e não de espaço. Mais do que isso, o campo no qual as tensões entre manifestação, honra e imagem agora se desenvolvem é uma zona nova, em relação à qual seus habitantes têm pretensões especiais de enraizadas de governança. Há um senso profundo de capacidade, necessidade e conveniência da autorregulação entre internautas ou *netizens.*

O Judiciário falha, em ambas suas pontas, no seu papel conforme determinado pela doutrina. A ponderação e proporcionalidade não apenas deixam de ser aplicadas, como também não recebem amparo de precedentes da corte constitucional e seu espaço é ocupado pelo arbítrio. A insegurança e imprevisibilidade intensificam a auto-censura voluntária e preventiva da imprensa e de qualquer cidadão com uma conta em rede social. Mas é essencial entender que hoje essa insegurança resulta do medo de censura judicial arbitrária motivado por ações privadas.

A solução é apontada pelas tendências descritas nos capítulos sobre honra e discurso de ódio: o discurso abusivo é, cada vez mais, identificado, rebatido, ridicularizado e coibido pela comunidade. A imprensa tem um papel, mas ele não é mais central ou predominante. Mesmo diante da impotência ou omissão de veículos de notícias, pessoas físicas e grupos utilizam a capacidade comunicativa viabilizada pela internet para reagir de forma coletiva ou individualizada a abusos. Os casos de Justine Sacco e William Waack mostram que, a despeito de um Judiciário que tem pecado em sua tarefa, os internautas não pretendem se manter inertes diante daquilo que consideram discurso abusivo. Essa mobilização, motivada pelo peculiar senso de autotutela, faz frente a abusos, especialmente no campo do discurso de ódio, com uma eficácia que a Justiça nunca pode sonhar ter.

Frente a esse panorama, ofereço duas propostas. Elas não envolvem mudar a solução dada pela doutrina para os conflitos de direitos fundamentais informacionais, mas apenas *desloca-la*. De modo a tomar um primeiro passo para atenuar decisões judiciais arbitrárias sobre liberdade de expressão, um teste prévio à ponderação deve ser aplicado. Descreverei essa proposta no primeiro capítulo da segunda parte da tese. Esse teste tem aplicação residual

e não é adequado para toda e qualquer situação. Busquei delinear um exemplo de exceção, o *revenge porn*. Nesses casos, bem como quando é necessário combater a pornografia infantil, o critério da capacidade comunicativa não deve ser um teste de modo a afastar do controle judicial pedidos de tutela.

Quanto aos casos residuais, mormente de ataques à honra ou reputação e o discurso de ódio, entendo que mesmo esse pequeno ajuste da atividade judicial seja uma solução mais relevante a curto prazo. As descrições feitas na primeira parte desse trabalho apontam para o protagonismo, hoje e cada vez mais no futuro, do papel de empresas que intermedeiam a comunicação na internet, como redes sociais, hospedeiras de *blogs* e mecanismos de busca, e do papel dos usuários. A moderação da manifestação do pensamento não dependerá de análise judicial caso a caso, pois essa atividade será meramente complementar. O combate a abusos se dará principalmente por meio de uma autorregulação sustentada pela relação dialógica entre plataformas e usuários. Essa outra dimensão de minha proposta nessa tese será explicada no segundo capítulo da próxima parte.

2 DUAS PROPOSTAS PARA UMA PROTEÇÃO IGUALITÁRIA, EFICIENTE E DEMOCRÁTICA DA MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO

2.1. Um novo critério no Judiciário: capacidade comunicativa

Até aqui foram retratadas realidades da doutrina, internet e Judiciário de forma descritiva, ainda que acompanhadas de comentários valorativos. A partir daqui meu objetivo é ser mais propositivo e normativo.

O primeiro capítulo da segunda parte da tese traz a proposta mais inovadora das duas. A segunda proposta é de certa forma mais arrojada por significar um papel ainda mais reduzido do Judiciário, porém tem características já exploradas pela literatura, como as consequências de uma autogovernança de internautas e a autorregulação de plataformas online com o objetivo de maximizar a liberdade de expressão.

Enquanto a proposta do primeiro capítulo é menos arrojada em suas consequências, por pressupor a tradicional moderação judicial do discurso, é inédita em seus contornos. Além do mais, tem maior potencial de aplicação a curto e médio prazo. Por essas razões, o primeiro capítulo da segunda parte é aquilo que considero o coração dessa tese. O argumento a ser delineado e defendido aqui é que, em casos de efetiva manifestação de opinião em geral – seja discurso de ódio, seja opinião considerada difamatória –, as sanções previstas devem ser aplicadas apenas quando a parte que se manifestou tem poder de comunicação muito maior do que aquele da parte autora da ação judicial. A existência de um desequilíbrio entre quem se expressa e quem se sentiu prejudicado pela manifestação é precondição para a atuação estatal censória em um estado democrático de direito.

O desequilíbrio de poder comunicativo seria, portanto, um teste prévio à ponderação, no caso de danos morais, ou uma característica necessária para a configuração da tipicidade nos crimes associados à manifestação.

A raiz do problema para o qual busco oferecer essa solução foi largamente discutida na primeira parte. Existe uma falha fundamental de igualdade na maneira como o direito é aplicado para proteger ou restringir a liberdade de expressão. A identificação desse problema não é inédita, tampouco unânime, especialmente em países com diferentes históricos e tradições de proteção da igualdade material. Meu objetivo nesse capítulo é explicar esse

problema sob o ponto de vista de concepções de justiça, descrever seu impacto negativo especialmente no contexto da comunicação em um estado-rede e, por último, oferecer uma proposta de solução no campo da dogmática jurídica.

A partir de disposições constitucionais normalmente subjetivas e principiológicas sobre o direito à manifestação do pensamento, a doutrina e a jurisprudência em diferentes países foi desenvolvida de modo a dar sentido, conteúdo e delinear um âmbito de proteção para o direito fundamental à liberdade de expressão. Essa tarefa é explícita ou implicitamente guiada pela concepção de justiça predominante e produziu resultados que podem hoje ser explicados a partir de teorias contrastantes sobre como deve se dar a repartição e acesso a bens sociais. Parte dessas teorias pode ser usada para uma descrição do problema de igualdade na expressão e outra parte pode ser usada para uma crítica e proposta conceitual.

2.1.1 A contribuição das diferentes teorias de justiça

2.1.1.1 Teorias com contribuição negativa

Para a descrição são úteis essencialmente quatro dessas vertentes influentes de justiça: o utilitarismo, o minimalismo estatal, o liberalismo político e a concepção de raiz kantiana sobre o reconhecimento de valor individual intrínseco.

O utilitarismo de John Mill tem influência especial no desenvolvimento do conceito e função da liberdade de expressão como uma proteção necessária contra o Estado. Ele orienta sua preocupação pressupondo que o único risco ao exercício da liberdade de expressão advém de uma ação estatal e defende a utilidade da proteção contra a censura. Essa proteção deveria subsistir mesmo em uma situação na qual a sociedade inteira deseja calar um de seus membros. Curiosamente, o obstáculo à censura visto por Mill nessa situação hipotética não é o valor intrínseco desse membro individualmente ou outro fundamento deontológico de direitos, mas a utilidade social da livre manifestação, que deve ser medida não apenas no presente, mas nos desdobramentos futuros benéficos para uma sociedade na qual o debate é garantidamente livre[263]. É dizer: a censura agora pode parecer maximizar o prazer dos atuais

[263] MILL, John Stuart. **On liberty**. Floating Press, 2009, p. 29.

membros da sociedade, porém na verdade maximiza a dor dessas e de outras pessoas no futuro[264].

Na ausência de restrição governamental em relação ao que podem ou não dizer, as pessoas encontram-se em um vácuo de adversidade, em uma posição idealizada de expressão da opinião. Afastar a ação que viola a liberdade de expressão é a principal preocupação de Mill. É a regra. Buscar afastar a omissão ou criar uma obrigação de prevenção do resultado ruim é apenas a exceção[265]. Em sua essência, portanto, essa concepção de justiça tem uma preocupação maior voltada para a censura que vem do governo – ao mesmo tempo que não ignora os riscos advindos da omissão em prevenir o mal. O desdobramento liberalista no que tange à liberdade de expressão não é, portanto, a única leitura possível de Mill. Resulta, na verdade, da leitura iluminista e libertária de daquilo que o próprio Mill considerava mais relevante em sua proposta, durante décadas nas quais a principal ameaça percebida era de fato o Estado totalitário.

Em paralelo, as condições sociais nas quais era exercida a liberdade de expressão colaboram para que se relevasse problemas de igualdade material. Os espaços de manifestação do pensamento eram essencialmente públicos. O único impedimento possível à disseminação de ideias nas ruas era o poder de polícia do Estado. A produção intelectual escrita e impressa, componente igualmente relevante durante séculos, também nessa época escondia os obstáculos que a falta de capacidade econômica sempre impôs à expressão. Os poucos alfabetizados geralmente tinham condições financeiras de veicular suas opiniões por meio escrito, até porque a atividade comercial ou amadora de circulação de panfletos e jornais era pulverizada. Apenas no século XX, com o acesso de uma parcela maior da sociedade à educação, passou a existir um número significativo de pessoas com condições intelectuais e vontade de manifestar sua opinião sem, no entanto, ter as condições materiais para fazê-lo. As barreiras não-estatais ao acesso são também muito mais claras do que Mill poderia prever a partir da era da mídia de massa, na qual a concentração gradualmente do controle dos meios de comunicação apenas acentua o gap entre querer e poder se expressar.

---

[264] Apenas para ficar na formulação clássica de Bentham: “A natureza colocou o género humano sob o domínio de dois senhores soberanos: a *dor* e o *prazer*. (...) O princípio da utilidade reconhece essa sujeição e a coloca como fundamento desse sistema, cujo objetivo consiste em construir o edifício da felicidade através da razão e da lei.” BENTHAM, J. **Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação**. São Paulo: Abril, Coleção Os Pensadores, 1974, p. 9.

[265] MILL, op. cit., p. 21.

O minimalismo estatal como concepção opera para ocultar os nefastos resultados da desigualdade no acesso aos meios de comunicação e seu impacto anulador na liberdade de expressão. Para Robert Nozick, por exemplo, ele se manifesta em uma diretriz de matriz kantiana. Nenhum sacrifício pessoal pode ser justificado globalmente. Essa negação do utilitarismo é especialmente informadora da relação tradicional da cultura americana como conceito de propriedade privada. Nenhuma restrição à posição pessoal praticada por uma entidade central pode ser validada por alguma medida de resultado positivo para o grupo no qual essa pessoa está inserida[266]. Logo, "[o] Estado mínimo é o mais extenso que se pode justificar. Qualquer outro mais amplo viola os direitos da pessoa."[267]

Ao tratar de justiça distributiva, Nozick deliberadamente descarta considerações sobre a realidade de condições desiguais existentes nas sociedades contemporâneas e defende a inconveniência de se considerar as injustiças históricas que levaram a essa desigualdade. Em argumento muito similar ao que é normalmente feito por opositores de ações afirmativas raciais, no sentido de que qualquer tentativa de identificar a raiz histórica de desigualdade recursivamente voltaria sempre mais distante ao passado[268], Nozick pretende uma justiça focada não nas posses atuais, mas nas transações. Um de seus exemplos é esclarecedor: adota como ponto de partida uma situação hipotética na qual, segundo qualquer concepção de justiça que se queira adotar "as pessoas já possuíam sua parcela legítima"[269] de bens sociais. A

---

[266] "Não há compensação moral a cargo de outros em nossa vida que leve a um bem *social* global maior. Nada justifica o sacrifício de um pelos demais. Esta idéia fundamental, isto é, a idéia de que há diferentes indivíduos, com vidas separadas, de modo que ninguém pode ser sacrificado pelos demais, fornece base à existência das restrições morais indiretas, mas também, acredito, leva a uma restrição indireta libertária que proíbe agressões contra outras pessoas." NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Editora Jorge Zahar: Rio de Janeiro, 1991, pp. 48-49.

[267] NOZICK, op. cit., p. 170.

[268] A despeito dessa crítica, programas de ações afirmativas raciais nos Estados Unidos apenas em raras situações são justificados formalmente pela necessidade de reparação de discriminação passada. Há, contudo, fundamento no reconhecimento de que a necessidade de tratamento diferenciado, em razão da desigualdade de fato constatada hoje, decorre justamente dos efeitos atuais da discriminação do passado. Sobre esse aspecto, e sustentando justamente a importância de se perceber no argumento prevalente, da diversidade racial, seu fundo de reparação dos efeitos do escravismo, ver LAWRENCE III, Charles A. Each other's harvest: diversity's deeper meaning. **University of San Francisco Law Review**. n. 31, 1997, p. 657. Esse o entendimento também de SARMENTO, Daniel. **O Negro e a Igualdade no Direito Constitucional Brasileiro:** Discriminação "de facto", Teoria do Impacto Desproporcional e Ações Afirmativas. Disponível em: http://aasn.iuperj.br/portugues/articles/papers2/daniel-sarmento--o-negro-e-a-igualdade.pdf. Acesso em 27 jul 2007.

[269] "Suponhamos que a distribuição preferida por uma dessas concepções é realizada. Vamos presumir ainda que é a que você gosta mais e chamemo-la de *D1*. Talvez todos tenham parcela igual, talvez as parcelas variem de acordo com alguma dimensão a que você atribui grande valor. (...) Todas as demais pessoas já possuíam sua parcela legítima sob *D1*." NOZICK, op. cit., pp. 181-182.

partir daí então defende os méritos de um sistema de transações baseado no respeito à propriedade privada e autonomia.

O uso da posição ideal como ponto de partida é similar ao recurso argumentativo de John Rawls. Esse ponto de partida de distribuição ideal parece o momento de decisão sobre regras de distribuição que seres humanos fazem sob o véu de ignorância[270]. A diferença é que enquanto o véu da ignorância é um mecanismo argumentativo-hipotético, o ponto de partida de Nozick é retórico. Rawls reconhece problemas de igualdade material a serem resolvidos e busca conduzir o raciocínio sobre como resolvê-los fazendo com que as pessoas pensem sobre os possíveis princípios e regras sem poderem favorecer sua real situação no mundo. É uma abstração da realidade para permitir configurar boas regras para a realidade. Nozick, ao contrário, precisa afastar o fato de que a desigualdade material existe para só então conseguir convencer sobre o mérito de um sistema liberal de trocas. É uma negação da realidade.

No campo da liberdade de expressão, a teoria de justiça rawlsiana é menos útil porque pressupõe que indivíduos (especialmente o próprio Rawls) elaborem regras de distribuição de maneira totalmente descolada da sua realidade e experiência pessoal, seus preconceitos, valores e das tradições prevalentes na sociedade que habitam. Como apontado por Michael Sandel, ninguém consegue formular princípios de justiça desconectados da sua própria concepção pessoal do bem[271]. Por essa razão a tensão, de um lado, entre o ideal do livre mercado das ideias que informou um século de dogmática da liberdade de expressão nos Estados Unidos e, de outro, a convicção crescente, mesmo nesse país, da necessidade de se garantir igualdade por meio de uma regulação de conteúdo, consubstanciada pela restrição do discurso de ódio, torna a adoção de um consenso sobreposto[272] muito desafiadora.

A crítica de Sandel parece restar justificada quando comparamos a tradição norte-americana sobre distribuição de renda e papel do Estado e as propostas de Nozick, por exemplo. O desenvolvimento da jurisprudência sobre liberdade de expressão por lá sempre partiu do pressuposto de que na realidade à qual essa regra será aplicada todos têm exatamente a mesma capacidade de comunicação e ela nunca foi influenciada indevidamente por posses materiais ou oportunidades desiguais de instrução. A combinação das concepções

---

[270] RAWLS, John. **A theory of justice**. Cambridge (MA): Harvard University Press, 1999.
[271] SANDEL, Michael. **Liberalism and the limits of justice**. 2a ed. Cambridge University Press, 1998, p. 186.
[272] RAWLS, John. **Liberalismo Político**. Editora Ática, São Paulo, 2000, p. 170.

utilitarista libertária e de estado mínimo contribuem muito para explicar o fato de a dogmática tradicional norte-americana sobre liberdade de expressão – assim como o direito constitucional em geral[273] – ter sido desenvolvida sob o pressuposto de que a desigualdade social é irrelevante e tudo se resume a identificar censuras praticadas pelo poder Executivo[274]. Há críticas[275] a essa tradição, mas estão longe de serem populares.

Essa noção é também presente no Brasil, porém de forma muito menos popular na doutrina e jurisprudência constitucional. Com efeito, é uma terceira vertente de justiça que parece ter informado parte das deficiências do direito da liberdade de expressão em nosso país. Aqui o problema maior é a fetichização da concepção kantiana de valor intrínseco da pessoa humana que permitiu o desenvolvimento de uma proteção exagerada do direito à honra. A ideia de que cada ser humano é um fim em si mesmo[276], afastando os cálculos e considerações possíveis em um utilitarismo claramente serviu como base para o conceito de dignidade adotado no direito brasileiro[277].

Isso não é em si um problema e sim um necessário avanço. Ocorre que uma concepção subjetiva de dignidade passou a ser utilizada como mecanismo argumentativo[278] para

---

[273] O precedente paradigmático é de Richard Posner em Deshaney v. Winnebago Cnty. Dep't. of Soc. Services, 489 U.S. 189, 191 (1989), que entendeu não existir nenhum dever estatal de prevenir o abuso de crianças, mesmo quando uma assistente social sabe da situação e não tenta impedir o fato. Poucos argumentaram em sentido contrário nos Estados Unidos. Um dos poucos exemplos são as defesas feitas por MICHELMAN, Frank. On Protecting the Poor Through the Fourteenth Amendment. **Harvard Law Review**, n. 83, 1969, p. 13 (afirmando que "[S]e definimos a desigualdade dessa forma, dificilmente podemos evitar admitir que o dano consiste mais essencialmente da privação do que da discriminação, que a cura nesse sentido reside mais na disposição do que na equalização e que a realidade do dano e necessidade de cura são determinados em grande parte sem referência a se o dilema do reclamante está de alguma forma visivelmente relacionado à atividade governamental anterior ou atual.") e por REICH, Charles A. Individual Rights and Social Welfare: The Emerging Legal Issues. **Yale Law Journal**, n. 74, 1964, p. 1245 (declarando que "A lei do bem-estar social cresceu sobre a teoria de que o bem-estar é uma "gratificação" fornecida pelo estado e, portanto, pode ser sujeita a qualquer condições que o estado queira impor."). Ele apoia uma noção de direitos que não é muito diferente da de direitos sociais exigíveis.

[274] CASS, Ronald A., NIMMER, Melville B. The Perils of Positive Thinking: Constitutional Interpretation and Negative First Amendment Theory. UCLA Law Review, n. 34, 1987, p. 1424: "No theory will succeed in predicting the course of judicial decisions unless it builds on the intuitions that have informed courts: that the touchstone is concern about government, a negative, reactive basis rather than an affirmative one (…)"

[275] Ver, por exemplo, aquela de Owen Fiss: "The crucial assumption in this theory is that the protection of autonomy will produce a public debate that will be, to use the talismanic phrase once again, 'uninhibited, robust, and wide-open'". FISS, Free Speech and Social Structure, op. cit., p. 1410. Sobre os problemas dessa tradição e como existem importantes exceções a ela, manifestei-me já anteriormente. HARTMANN, Ivar A. M. A Right to Free Internet? On Internet Access and Social Rights. **Journal of High Technology Law**, v. XIII, 2013, p. 311 e ss.

[276] PFORDTEN, Dietmar von der. On the Dignity of Man in Kant. **Philosophy**, n. 84, 2009, p. 382.

[277] SARLET, Ingo Wolfgang. **A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4ª ed.rev.ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 34.

[278] Nesse sentido, LEAL, Fernando A. R. Argumentando com o Sobreprincípio da Dignidade da Pessoa Humana. **Arquivos de Direitos Humanos**, v. 7, p. 41-67, 2007.

superestimar a proteção necessária da honra e confundir a dignidade da pessoa humana com a honra que o próprio indivíduo se atribui ou aquela atribuída socialmente a ele. A leitura errônea daquilo que uma concepção de justiça kantiana exige acabou por autorizar, nas decisões judiciais, o recurso à dignidade intrínseca do indivíduo criticado sem aplicação de critérios de ponderação, proporcionalidade ou, muitas vezes, sem mesmo amparo em precedentes úteis para o caso concreto.

Isso fica claro em razão de duas práticas comuns em decisões judiciais analisadas nos capítulos anteriores, seja na primeira instância, seja no STF. A primeira é alertar que a proteção da imagem ou honra decorrem da dignidade e enquadrar o conflito do caso concreto como uma disputa tendo a honra, imagem e dignidade de um lado e a liberdade de expressão do outro. Na verdade, "[n]o plano dos direitos individuais, a dignidade se manifesta, sobretudo, como *autonomia privada*, presente no conteúdo essencial da *liberdade*, no direito de autodeterminação sem interferências externas ilegítimas."[279] A segunda prática é mais preocupante. A honra e a imagem têm seu núcleo essencial de proteção confundido com seu âmbito inicial de proteção. A mera restrição desses direitos já é considerada inaceitável. Conforme visto, na primeira instância, raríssimas sentenças sequer reconheciam que a honra pode ser restringida. O instituto do *animus difamandi* é centrado na ideia de que querer manchar a reputação de alguém é intrinsecamente incompatível com a proteção da honra. As manifestações dos magistrados são frequentes nesse sentido. Alguns exemplos:

> "Cabe esclarecer que, em uma situação normal, a insinuação acima transcrita poderia ser considerada ofensiva à honra do demandante por expressar, ainda que implicitamente, certa carga de desvalor."[280]

> "Como se sabe, comprovada a identificação do indivíduo na matéria jornalística com viés pejorativo, ofensivo à sua honra e imagem, são presumidas as consequências danosas resultantes desse fato."[281]

Determinada sentença utiliza uma única frase para fundamentar a constatação de dano:

> "Certamente, tal fato caracteriza dano moral, tendo em vista que a honra e a dignidade da autora foram afetadas, o que lhe causou dor, sofrimento e angústia, em razão da imputação de um ilícito penal."[282]

---

[279] BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010, p. 24. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf. Acesso 18 jan 2018.

[280] Sentença do processo 2014.001.068147-4.

[281] Sentença do processo 2015.001.445390-5.

[282] Sentença do processo 2014.001.082425-0.

Na prática, essas decisões apenas usam a dignidade associada à honra como um trunfo em formato de suposta regra: nesse caso, a crítica extrapolou seus limites e ofendeu a honra porque violou a dignidade humana. Pouco ou nada é apresentado em termos de critérios verificáveis ou replicáveis. A dignidade parece ser um instrumento de arbitrariedade.

Essa fetichização da dignidade e da honra oculta uma discussão central: como se constrói a reputação de um indivíduo em sociedade? É a pergunta já feita na primeira parte da tese. A lógica aplicada nessas decisões parte do pressuposto de que a reputação é algo dado de antemão, sem influência de diferentes opiniões dos atores sociais. Em um segundo momento ela deve ser protegida de ataques, pois há um pressuposto de que qualquer ataque à reputação de uma pessoa é, por definição, de alguma forma contrário ao direito.

A reputação na verdade é o resultado líquido de opiniões positivas e negativas que são livremente veiculadas e circulam na sociedade. Em uma sociedade democrática, não há nada que o direito deva dizer sobre qual opinião positiva e negativa deva ser autorizada. Essa é justamente a essência da liberdade de expressão. Um desequilíbrio passível de tutela não pode ser associado à análise de mérito do conteúdo da opinião, mas apenas a análise do equilíbrio nas condições de comunicação.

Do contrário temos o atual panorama brasileiro no qual aqueles com dinheiro para litigar ou poder de influência sobre quem decide podem buscar afastar a crítica à sua reputação que vem de baixo, de cidadãos com igual ou menor capacidade de comunicação. Esse é o exemplo ilustrativo da ação judicial de Gilmar Mendes contra Mônica Iozzi[283]. Uma lógica de proteção da honra como proibição de *inputs* negativos na construção coletiva constante da reputação de um dos membros da sociedade.

É preciso deixar claro que o problema não está na concepção de que a dignidade humana deve ser respeitada de modo a reconhecer que cada ser humano não pode ser usado para fins terceiros. O problema é resultado i) da influência dessa ideia em ii) um ambiente extremamente conservador em relação à manifestação crítica ou negativa e iii) no qual as avaliações judiciais sobre liberdade de expressão e honra estão sendo feitas sem o apoio em critérios de orientem o caminho para o resultado, omitindo a necessária transparência da lógica aplicada a cada caso concreto.

---

[283] O caso acabou finalmente arquivado após o pagamento de R$ 30 mil de indenização. Disponível em: https://oglobo.globo.com/brasil/monica-iozzi-paga-30-mil-de-indenizacao-gilmar-mendes-21374952.

No momento, portanto, urge uma forma de inserir uma trava a essa tendência. Uma trava de correção baseada na avaliação da igualdade material entre as partes sob o ponto de vista da capacidade comunicativa. É também necessário, claro, o maior rigor na atividade judicial de modo a garantir a aplicação de critérios construídos há décadas para a proteção da liberdade de expressão para que sejam utilizados como guias e diminuam a tendência a decisões arbitrárias que acabam informadas apenas pelo preconceito à crítica ácida e à crítica de "pessoas respeitadas". Alcançar esse rigor, entretanto, levará muito mais tempo. Mais importante ainda é o fato de que esses critérios são problemáticos em si justamente porque nunca incorporaram a proteção da igualdade material. É precisamente para essa tarefa que outras concepções de justiça são centrais.

2.1.1.2 Teorias com contribuição positiva

Até aqui busquei descrever como quatro concepções influentes de justiça operam de um modo que explica muito da dogmática jurídica da liberdade de expressão em ao menos dois países. A partir daqui ofereço uma proposta de como outras três concepções poderiam ou deveriam influenciar essa mesma dogmática de maneira transformadora proporcionando maior cuidado com a igualdade material.

A primeira é a clássica distinção de Amartya Sen entre liberdades formais e capacidades[284]. A igualdade a ser buscada não é a igualdade de restrições a que cada cidadão está sujeito como resultado da ação positiva do Estado. Não há igualdade na ausência isonômica de censura governamental para cada indivíduo pois isso é apenas um dos elementos que afeta a capacidade de comunicar-se. A expressão como capacidade exige o conhecimento das diferentes condições de elaboração de pensamento crítico, de sua manifestação e, não menos importante, de sua disseminação. A lista de Sen abrange heterogeneidades pessoais, diversidades ambientais, variações no clima social, diferenças de perspectivas relativas e distribuição na família. Elas apontam considerações ignoradas pelo direito da liberdade de expressão até aqui.

Uma necessidade especial comunicativa como surdez afeta a real capacidade de exercer o direito de manifestação. Os serviços de educação pública ou de telecomunicações à

[284] SEN, Amartya. **Development as freedom**. Nova York: Alfred A Knopf, 2000, p. 90 e ss.

disposição de determinado cidadão influenciam não apenas sua habilidade em expressar uma opinião, mas sua capacidade de circular ideias. O custo de manifestar-se não é objetivamente mensurável, mas sim auferível de maneira relativa – pode variar conforme a comunidade ou país onde vive a pessoa. Ter um blog pressupõe acesso à internet cujo custo varia muito em relação ao salário mínimo ou renda *per capita* de diferentes países. A capacidade de ser ouvido e lido precisa levar em conta mais do que apenas as posses e meios disponíveis para o indivíduo isolado. A unidade básica dessa análise é a família. O exemplo brasileiro de famílias que agrupam donos de jornais, rádios e retransmissoras de televisão ao mesmo tempo que detentores de cargos eletivos ilustra o efeito das estruturas de poder sobre as condições reais para criticar tais políticos.

Em sua essência, o desenvolvimento como liberdade de Sen permite dissecar as influências do poder econômico sobre a capacidade de manifestação de opinião. Essa influência ou impacto é precisamente o que Michael Walzer propõe deveria ser anulada. Sua ideia de justiça pressupõe a distribuição de bens sociais. Esses bens são distribuídos em esferas diferentes como a esfera da educação, a esfera da liberdade de locomoção, a esfera da liberdade expressão e assim por diante. A "relativa autonomia" dessas esferas e dos critérios de distribuição aplicados em cada uma delas é essencial para Walzer[285].

Ele pressupõe a possibilidade de monopólio dentro de cada esfera isoladamente, mas preocupa-se com a dominação de uma esfera sobre outra, ou seja, quando determinadas pessoas conseguem usar sua posição de monopólio ou ascendência em uma esfera para obter monopólio ou ascendência em outra esfera, à revelia dos critérios de distribuição dessa segunda[286]. Um exemplo claro é a situação hipotética do parlamentar que usa seu cargo e poder político para garantir que seu filho receba uma vaga em uma universidade pública à revelia dos critérios para distribuição de bens sociais na esfera da educação.

Em síntese, "*[n]o social good x should be distributed to men and women who possess some other good y merely because they possess y and without regard to the meaning of x.*"[287] No campo da manifestação do pensamento, isso significa que poder político ou poder econômico não deveriam influenciar avaliações sobre o mérito daquilo que pode ou não ser

[285] WALZER, Michael. **Esferas da Justiça**. Editora Martins Fontes, São Paulo, 2003, p. 10.
[286] WALZER, op. cit., p. 19.
[287] WALZER, op. cit., p. 20

dito, daqueles que podem ou não ser criticados. O problema, portanto, é quando um desequilíbrio entre a capacidade econômica de quem critica e aquela de quem é criticado influencia de maneira decisiva as chances (persuasão) dessa ideia (a crítica feita) no mercado. Se uma pessoa compartilha com seus vizinhos verbalmente a opinião de que um terceiro vizinho é "caloteiro" as chances de persuasão não sofrem influência indevida da esfera do poder econômico. Por outro lado, se o mesmo vizinho é chamado de caloteiro em matéria publicada no jornal de maior circulação do país, as chances de que os demais vizinhos fiquem sabendo e sejam persuadidos por essa opinião é influenciada pela posição vantajosa do jornal na esfera do poder econômico, o que lhe garante meios diferenciados e mais eficientes para expressar e disseminar suas ideias, o que afeta diretamente as chances de persuasão no livre mercado.

Até há cerca de duas décadas, as condições fáticas de expressão eram tais que o tamanho da audiência estava sempre diretamente ligado ao poder econômico de quem estava se expressando. Nesse contexto, uma das poucas maneiras de combater a dominação indevida supra-esferas no caso da manifestação do pensamento era a prerrogativa do direito de resposta. Esse instituto faz sentido sobretudo na era da comunicação de massa[288], mas torna-se de muito mais difícil operacionalização agora.

O grande diferencial do direito de resposta é sua orientação para combater exatamente o problema de liberdade de expressão denunciado pela proposta de Walzer. Está direcionado ao desequilíbrio da capacidade comunicativa gerada pela dominação da esfera da manifestação do pensamento por outra esfera. Trata-se de um instituto jurídico excepcional em um contexto no qual sempre se focou em questões de mérito do conteúdo. Mas a operacionalização do direito de resposta é contaminada pela lógica da tutela da opinião que sempre prevaleceu. Embora seja salutar do ponto de vista do *como* combater a dominação indevida supra-esferas, o direito de resposta pressupõe acionamento baseado no *conteúdo*. Existe direito de resposta apenas quando há algum demérito no conteúdo da crítica

[288] Não importa se a dominação está ligada à esfera do poder político (veículos de comunicação concessionários do poder público) ou à esfera do poder econômico (não-concessionários, como jornais e revistas). Daí porque a decisão da Suprema Corte norte-americana em Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo, 418 U.S. 241 (1974) estava equivocada ao validar o direito de resposta apenas no primeiro caso e considerar que o segundo tipo de dominação é irrelevante para a justa distribuição da capacidade de comunicação. A dificuldade de compreender o tratamento diferenciado é relatada por BINENBOJM, Gustavo. Meios de Comunicação de Massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa. As Liberdades de Expressão e de Imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico.** N. 5, 2006, p. 11.

inicialmente veiculada. A análise do mérito da opinião, central a todo o problema da regulação da liberdade de expressão, é prévia à oposição do direito de resposta, razão pela qual acabou sendo considerado incompatível com a proteção da expressão nos Estados Unidos. É uma lição sobre os problemas causados pelo foco excessivo na regulação pelo mérito da opinião.

Mais importante para o ponto que procuro desenvolver aqui é o fato de que um membro do Congresso Nacional poderia exigir direito de resposta e consequente espaço um jornal de circulação municipal. Não há nada na lei brasileira do direito de resposta que previna essa total inversão da lógica por trás do instituto.

Ao pensar justiça – e, especialmente, justiça distributiva –, as principais vertentes exploradas até esse ponto têm dois elementos comuns: o foco em bens sociais como o objeto da preocupação e repartição[289]; o foco no papel centralizador e distribuidor do Estado[290]. A crítica a essas duas características é central para a teoria do reconhecimento de Axel Honneth. Sua opção pelo objeto da autonomia como maneira de alcançar ou garantir o reconhecimento, bem como as formas de desenvolvimento da autonomia, são particularmente úteis para fundar uma dogmática jurídica da proteção e promoção da manifestação do pensamento, inclusive na sua relação com honra e reputação. A fetichização da honra como algo sagrado que proíbe – sempre por meio da tutela estatal – o desenvolvimento necessário e natural da reputação por meio de elogios e críticas opera como um fator paralisante do diálogo e da opinião. O Estado nunca poderá ser um ator ou meio de produção de reconhecimento recíproco artificial. Já o reconhecimento de Honneth pressupõe a autonomia que, na sua veia comunicativa, se constrói por meio da interação, ou seja: "Autonomia é uma dimensão relacional, intersubjetiva, não é uma conquista monológica"[291]. Reconhecimento pressupõe mais comunicação e mais comunicação interativa.

Ao afastar o ataque à reputação como um dado externo à honra, ao fazer isso de um ponto externo ao relacionamento entre o crítico e o criticado, o Estado-juiz impõe justamente

---

[289] HONNETH, Axel. A textura da justiça. Sobre os limites do procedimentalismo contemporâneo. **Civitas**, v. 9, n. 3, 2009, p. 353.

[290] HONNETH, op. cit., p. 351.

[291] "Autonomia é uma dimensão relacional, intersubjetiva, não é uma conquista monológica; aquilo que nos ajuda a adquirir uma tal autonomia resulta de outra matéria que não aquela de que consiste um bem a ser distribuído; ela se compõe de relações vivas de reconhecimento recíproco que são justas na medida em que através delas e dentro delas aprendemos a valorizar reciprocamente nossas necessidades, convicções e habilidades." HONNETH, op. cit., p. 354,

a visão de honra como conquista monológica. Uma leitura possível da teoria do reconhecimento é de que a interação negativa (crítica) é mais do que bem-vinda: é necessária para compor a relação viva de reconhecimento recíproco. Esse reconhecimento não é exclusivamente um reconhecimento do criticado pelo crítico como uma pessoa sem defeitos. É o reconhecimento de que é pessoa humana e justamente por isso tem defeitos. Há muito mais de reconhecimento em ser chamado publicamente de "canalha" do que em um ambiente asséptico tutelado pelo Judiciário no qual somente existe uma metade (elogiosa) das interações possíveis.

A obrigação imposta pelo Judiciário de pagamento de danos morais funciona de forma oposta ao reconhecimento permeado pelo diálogo fundado em autonomia. A parte que critica tem sua autonomia anulada, ao passo que a parte criticada não altera seu status perante a que critica: a opinião continua sendo exatamente a mesma. O Judiciário é utilizado como um obstáculo a uma interação autônoma e honesta, mesmo quando não há qualquer desequilíbrio de capacidade comunicativa favorecendo a parte que criticou.

A grande desigualdade de capacidade comunicativa existente no contexto dos meios de comunicação de massa e que ainda opera de forma mitigada nas primeiras fases da transição para um estado-rede não é um obstáculo para a aplicação da concepção de justiça de Honneth. Pelo contrário, é útil precisamente porque, focada na necessidade de reconhecimento recíproco baseado em autonomia, essa teoria desmascara de forma eficiente as condições sociais e econômicas que dificultam a comunicação.

Nesse ponto, é mais adequada para um país como o Brasil na atualidade do que a teoria do discurso de Jürgen Habermas. Ela tem grande potencial de desenvolvimento em um ambiente de comunicação descentralizada como a internet[292], desde que adequadamente alinhadas as expectativas. A internet tem um papel possível de viabilizar e incrementar, mas nunca de definir ou determinar o discurso[293]. No momento, entretanto, o simples fato de existirem grandes disparidades de poder comunicativo que precisam ser reconhecidas no litígio de liberdade de expressão mostra que não existe ainda um contexto minimamente

---

[292] "New technology may, however, increase the likelihood of achieving the Habermasian scenario of diverse citizens' groups engaging in practical discourses of their own." FROOMKIN, A. Michael. Habermas@discourse.net: Toward a critical theory of cyberspace. **Harvard Law Review**, 116, 2003, p. 753.

[293] "Internet technologies that enable and structure discourse offer a hope for improvement, so long as it is understood that the most we can hope for from them is that they will enable and enhance, but not determine, discourse." FROOMKIN, op. cit., p. 869.

homogêneo de “intersubjetividade mais avançada presente em processos de entendimento mútuo”[294]

Na primeira parte, meu objetivo era mostrar como diferentes teorias de justiça explicam escolhas no plano da dogmática jurídica da liberdade de expressão e seu embate com o direito à honra. Algumas delas levaram a escolhas ineficientes ou excessivamente censuradoras, ao passo que outras ideias como as de Sen, Walzer e Honneth têm potencial para servirem de diretrizes para uma nova maneira de incorporar à proteção da manifestação do pensamento não somente o respeito pela, mas também a realização da igualdade material.

Desmistificando a influência negativa do utilitarismo, do minimalismo estatal, do liberalismo político e da concepção de raiz kantiana sobre o reconhecimento de valor individual intrínseco sobre o direito constitucional da liberdade de expressão e sua aplicação em países como os Estados Unidos e o Brasil, é possível perceber três questões.

Primeiro que a ausência de ação estatal não garante, sobretudo hoje, um mínimo de liberdade de manifestação. O Estado não é o único capaz de censurar e, acima de tudo, os espaços de comunicação são cada dia mais espaços privados[295]. Segundo que em espaços públicos e, mais ainda, em espaços privados, a capacidade econômica predetermina a capacidade de manifestação e disseminação de uma ideia. Terceiro, aceitar que o ser humano é um fim em si mesmo não é o mesmo que determinar que um conceito inatingível de honra, confundido com a própria dignidade da pessoa, seja um fim em si mesmo. A dignidade é, acima de tudo, um valor ligado à autonomia e garantia de auto-suficiência. A crítica sutil ou ataque ácido à reputação de uma pessoa vinda de outra com igual ou inferior capacidade comunicativa não é elemento danoso à honra, mas sim elemento constitutivo da reputação

---

[294] “que se cumprem, por um lado, na forma institucionalizada de aconselhamento em corporações parlamentares, bem como, por outro lado, na rede de comunicação formada pela opinião pública de cunho político. Essas comunicações sem sujeito, internas e externas às corporações políticas e programadas para tomar decisões, formam arenas nas quais pode ocorrer a formação mais ou menos racional da opinião e da vontade acerca de temas relevantes para o todo social e sobre matérias carentes de regulamentação.” HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. *In* **A inclusão do outro:** estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002, p. 281.

[295] Essa é uma das razões pelas quais Molly Sauter defende uma revisão do preconceito com atos comunicativos considerados ilegais ou ilegítimos como o *defacing* e os ataques de distribuídos de negação de serviço (DDoS). Para chamar a atenção e argumentar um ponto, grupos hoje precisam necessariamente ocupar os espaços sempre privados da internet. Nela não existe mais o equivalente da via pública como meio hábil de manifestação de opinião. **The Coming Swarm**: DDOS Actions, Hacktivism, and Civil Disobedience on the Internet. Bloomsbury Academic, 2014.

individual, que é, por sua vez, uma construção social e não um bem monotônico (chapa branca) dado de antemão.

Já a conveniência das propostas de Sen, Walzer e Honneth pode ser identificada também em três pontos. Primeiro, a manifestação do pensamento deve ser medida não por níveis de liberdade formal, mas por níveis de capacidade – essa dependente de diversos fatores alheios à ação estatal, mas que muitas vezes exigem essa ação para garantir igualdade de capacidades. Segundo, a dominação da esfera da comunicação por outras esferas é algo inerentemente ruim. Daí a necessidade de preocupação com a posição social também de quem efetua a crítica e não apenas com o status do criticado, conforme se faz tradicionalmente ao adotar o critério da "figura pública". Terceiro, a autonomia individual passa pelo reconhecimento recíproco que é necessariamente dialógico. Quando o Estado age para isolar determinados *conteúdos* e busca removê-los da discussão, não está contribuindo para o reconhecimento daqueles supostamente protegidos por sua ação.

2.1.2 O papel do Estado na proteção e promoção da igualdade na manifestação do pensamento

A partir de uma concepção de justiça relacionada ao papel da manifestação do pensamento em sociedade que rejeite os três problemas apontados e adote as três contribuições oferecidas, qual deve ser o objetivo do direito? Qual a sintonia fina a ser buscada pela dogmática jurídica? Passo agora a essas duas questões.

Há uma relação direta, elementar entre uma compreensão da democracia e a forma como a lei aborda a questão da comunicação.[296] Do ponto de vista sociológico, isto pode ser explicado pelo fato de que as leis de comunicação são os blocos de construção da própria sociedade.[297] Como não há sociedade sem comunicação, a escolha por uma sociedade de um modelo de auto-governo tem impacto sobre a escolha de como regular as comunicações. Um

---

[296] LUHMANN, Niklas. The Autopoiesis of Social Systems. *in* GEYER, F. e ZOUWEN, J. van (eds.). **Sociocybernetic Paradoxes**: Observation, Control and Evolution of Self-Steering Systems, 1986. Luhmann explica a relação direta entre a democracia e como as leis em uma democracia tratam os problemas da comunicação.

[297] Sistemas sociais usam a comunicação como seu modo particular de reprodução autopoiética. Seus elementos são comunicações que são recursivamente produzidas e reproduzidas por uma rede de comunicações e que não podem existir fora dessa rede. Luhmann enfatiza que a comunicação é o alicerce da sociedade. LUHMANN, op. cit., p, 174.

Estado democrático de direito requer, portanto, mecanismos legais para fomentar e promover a manifestação do pensamento, e não apenas para a prevenção de sua regulamentação abusiva.

Poucos aderem a um modelo elitista de democracia, em que um pequeno grupo de pessoas governa, por serem os únicos com as habilidades e motivação para fazê-lo, enquanto eleições periódicas são realizadas apenas para garantir a alternância no poder e manter as pessoas felizes com o governo, legitimando-o.[298] As posições frequentemente se dividem entre algo parecido com o modelo liberal e algo parecido com o modelo republicano. O modelo liberal de pluralismo é definido como aquele no qual diferentes grupos de interesse barganham e negociam a distribuição de poder e de bens sociais, a fim de chegar a um compromisso, ao passo que o modelo republicano pressupõe que as pessoas podem chegar a acordo sobre um único bem comum por meio do debate[299]. Este último modelo, de acordo com C. Edwin Baker, leva a lição do pluralismo liberal de que um bem comum não existe porque as sociedades, via de regra, estão repletas de diversidade. E ele incorpora a noção de democracia republicana, que dita que o discurso é preciosamente necessário para permitir que os grupos de interesse construam a sua própria identidade e desenvolvam seu próprio conceito de bem comum, de modo a, em seguida, deliberar e se comprometer no nível de toda a sociedade.[300]

Conclui-se que a regulação da comunicação e dos meios de comunicação pretende uma imprensa livre, porque todos os modelos acima descritos para a democracia incluem este ator guardião como um controle sobre o governo. Isto também inclui a liberdade de expressão como uma liberdade negativa para evitar que o governo cale as pessoas. E isso pressupõe que há um valor inerente na mais ampla participação das pessoas na discussão política possível.[301] É aí que reside a necessidade de promover positivamente o discurso em uma democracia complexa. Por essa razão, existe um razoável consenso entre os estudiosos de que evitar a concentração da mídia ou do poder de comunicação é um interesse perseguido à luz de um

---

[298] BAKER, C. Edwin. **Media, Markets, and Democracy**: Communication, Society and Politics. Cambridge University Press, 2001, p. 130. Baker descreve o modelo elitista de democracia e explica a razão pela qual poucos, dominados pelos valores do iluminismo, são propensos a aceitar a idéia.

[299] Essa é a descrição de Habermas a partir da obra de Frank Michelman, entre outros: “A diferença decisiva reside na compreensão do papel que cabe ao processo democrático.” HABERMAS, op. cit., p. 269.

[300] HABERMAS, op. cit., p. 146.

[301] BAKER, op. cit., 267. O autor entende que, a fim de viabilizar uma democracia bem sucedida, é necessária a ampla participação das pessoas no discurso político.

certo conceito daquilo que a democracia exige.[302] Nesse sentido, a defesa de Jack Balkin de uma "culture in which individuals have a fair opportunity to participate in the forms of meaning making that constitute them as individuals."[303]

Este dever do estado pode ser dissecado para revelar dois elementos: uma macro-intervenção e uma micro-intervenção, de acordo com Thomas Emerson.[304] A distinção é desenhada para que os governos estejam mais bem preparados para promover os valores da manifestação do pensamento sem favorecer qualquer visão de mundo política ou específica.[305] A diversidade é para ser valorizada e elevada, não nivelada. A macro-intervenção é a operação pela qual o estado escolhe uma área ou elemento da vida social para agir, afirmativamente promovendo a liberdade de expressão.[306] Micro-intervenção compreende os arranjos e decisões tomadas dentro dessa área, de modo a realizar o objetivo da macro-intervenção.[307]

Existem diferentes tipos de macro-intervenção possíveis para a concretização da manifestação do pensamento como capacidade. Na dogmática de direitos fundamentais, essas macro-intervenções podem ser lidas como a atuação do Estado para garantir promocionalmente e ativamente o direito de expressão em razão da perspectiva objetiva deste [308]. Em trabalho anterior, busquei demonstrar a existência de uma tradição de macro-intervenções na regulação do rádio, da imprensa e da televisão à cabo que revelam existir uma busca por igualdade de capacidade comunicativa mesmo em países como os

---

[302] BENKLER, Yochai. Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain. NYU Law Review, n. 74, 1998, p. 378. Benkler expressa a importância de promover o discurso positivamente em uma democracia. Ou seja, esses argumentos "procuram assegurar um discurso político forte, e defender a ampla distribuição da produção de informações sobre o fundamento de que é fundamental para esse objetivo." Além disso, nos Estados Unidos, "[a] preocupação da Primeira Emenda com a produção de informação concentrada surge quando as instituições jurídicas de uma sociedade criam assimetrias sistemáticas na distribuição de poder entre os seus constituintes para afetar o ambiente de informações." *Id.*, p. 383.

[303] BALKIN, Jack. Digital speech and democratic culture: a theory of freedom of expression for the information society. **New York University Law Review**. V. 79, n. 1, p. 1-58. abr 2004, p. 2.

[304] EMERSON, Thomas I. The Affirmative Side of the First Amendment. **GA. Law Review**, n. 15, 1981, pp. 803-04 (ilustrando a distinção entre macro e micro intervenção do governo em casos afirmativos da Primeira Emenda à Constituição norte-americana).

[305] FISS, op. cit., p. 1416: "[o] dever do estado é preservar a integridade do debate público da mesma maneira como um grande mestre, não para doutrinar, não para não adiantar a "Verdade", mas para salvaguardar as condições para a verdade e para uma auto-determinação coletiva e livre."

[306] EMERSON, op. cit., pp. 803-4.

[307] EMERSON, op. cit., p. 804 (explicando que o poder de controlar a macro-área pode ser manipulado de forma a controlar a micro-área).

[308] Ver SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 167-177. Essa perspectiva objetiva, segundo Alexy, atua como uma ordem branda emitida ao Estado, através de preferências prima facie de determinados valores ou princípios. ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 157.

Estados Unidos, nos quais prevalecem as concepções utilitarista, de estado mínimo e político-liberais sobre a expressão. Naquele contexto, que abrangia também tentativas de efetivar um direito de resposta, a falta de sucesso deveu-se ao fato de que a opção pela macro-intervenção já predispunha automaticamente as medidas tomadas no nível de micro-intervenção.[309]

Em razão da arquitetura centralizada, intrínseca aos meios de comunicação em massa, existente nos meios sobre os quais foi tentada a macro-intervenção, a independência entre a macro e a micro-intervenção, que é palpável em teoria, tornou-se inviável na prática. Por exemplo: ao buscar criar um espaço para resposta, o Estado acaba sendo obrigado a definir necessariamente o tamanho desse espaço, sua periodicidade e outras características relacionadas ao conteúdo da resposta. É muito apropriada a interpretação pluralista daquilo que a Constituição brasileira exige em termos de liberdade de expressão, igualdade e acesso à informação feita por Gustavo Binenbojm, de modo que considero acertado o reconhecimento do papel do direito de resposta como "um instrumento de mídia colaborativa". Mas entendo que a autonomia editorial não permanece intocada[310]. Na verdade, há pouco de autonomia também por parte da pessoa que exerce a prerrogativa.

Mais importante, conforme já apontei aqui anteriormente, o direito de resposta pressupõe uma análise prévia de conteúdo, trazendo consigo todos os problemas inerentes. Outro exemplo: ao procurar privilegiar a licença de operação para rádios utilizando critérios de interesse público e não apenas poder econômico, o Estado abriu a porta para a discriminação na concessão de licenças segundo o critério do conteúdo da programação. O resultado foi a perseguição de licenciados por meio de critérios perversos, inclusive discriminando em função da religião.

Isso selou o destino das políticas de promoção da manifestação do pensamento do governo norte-americano no século 20: a neutralidade que é essencial para a micro-intervenção – não privilegiar um tipo de opinião em detrimento de outra – foi substituída pela operação da própria macro-intervenção.

Existe outro exemplo de macro-intervenção com objetivo de promoção de igualdade. Catherine MacKinnon fez defesa pioneira da necessidade de se compatibilizar a proteção da

[309] HARTMANN, 2013, op. cit., p. 317 e ss.
[310] BINENBOJM, Meios de Comunicação de Massa, op. cit., p. 19.

liberdade de expressão com a proteção da igualdade material por razões similares àquelas que expus aqui[311]. Sua crítica é articulada principalmente em dois pontos: a dogmática jurídica de liberdade de expressão neutra no que diz respeito às relações sociais de poder garantiu espaço para abuso por parte daqueles com poder ao mesmo tempo que negou amparo às minorias com passado histórico reconhecido de opressão legal e social.

MacKinnon aponta aquilo que entende ser um exagero nas garantias de liberdade contra restrição da capacidade de manifestação. Um dos exemplos é o precedente estabelecido no caso New York Times *vs* Sullivan em 1964 pela Suprema Corte norte-americana[312]. Segundo ela, a luta pela realização da igualdade material era central ao caso, já que o comissário de segurança pública (L. B. Sullivan) de Montgomery, capital do Alabama, havia processado o New York Times pela publicação de um anúncio pago denunciando abusos praticados contra membros do movimento pelos direitos civis. É elemento essencial naquele contexto o fato de que quem mais precisava de proteção contra censura operada ou buscada pelo poder público eram os membros do movimento dos direitos civis e não um dos jornais de maior circulação nos Estados Unidos. Segundo MacKinnon, o critério do erro com má-fé (*actual malice*) criado pela Suprema Corte para decidir o caso beneficiava diretamente e no curto prazo os primeiros, mas acabou por garantir ao NYT uma quase imunidade contra processos judiciais, permitindo que esse e outros veículos de imprensa passassem a utilizar seu avantajado poder comunicativo, resultando de poder econômico, de forma irresponsável.

Ao não coibir a publicação de informações falsas a não ser que a falsidade fosse resultante de má-fé, a Suprema Corte garantiu maior força à parte já mais poderosa no contexto. Preocupada menos com o conteúdo da manifestação do pensamento e mais com uma jurisprudência alheia ao desequilíbrio de poder comunicativo, MacKinnon conclui que o

---

[311] Sua descrição do problema é bastante elucidativa, ao alertar que “This mutual one-sidedness in the law has made it virtually impossible to create a community of comprehension that there is a relation, for example, between the use of the epithet "nigger" and the fact that a disproportionate number of children who go to bed hungry every night in this country are African-American; or the use of the word "cunt" and the fact that most prostitutes are women. It creates no room to see that slave codes that made it a crime to teach a slave to read, or schools in which Black children cannot learn to write, deny them freedom of speech; or that judicially eliminating grievance procedures that recognize racist or homophobic vilification as barriers to education officially denies students equality in education.? The tensions and intersections between the deeper principles and wider orbits of equality and speech remain unmapped, equality unspeaking and speech unequal.” MACKINNON, Catherine. **Only Words**. Harvard University Press, 1996, p. 74.

[312] N.Y. Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254, 283-84 (1964) (reconhecendo as limitações constitucionais ao poder do Estado para conceder indenizações por difamação em recursos interpostos por funcionários públicos contra críticos de sua conduta oficial);

precedente de 1964 e outros que o seguiram, ao mirarem as possibilidades de censura estatal, erraram o alvo: “Has this doctrinal edifice guaranteed free and equal speech? These days, censorship occurs less through explicit state policy than through official and unofficial privileging of powerful groups and viewpoints.”[313] Há ao menos uma exceção: ao confirmar a proteção menor assegurada às figuras públicas – uma total impossibilidade de obter danos morais indenizatórios por difamação[314] –, a Suprema Corte foi capaz de embutir um critério necessário ligado às relações de poder existentes entre quem critica e quem é criticado.

De qualquer forma, uma visão equivocada sobre liberdade de expressão protege demais os atores sociais errados. Mas também deixa desprotegidos os membros de minorias. A visão de Alexander Meiklejohn, de que importa o que é dito e não quem se expressa[315], não é compatível com uma sociedade minimamente plural. Em crítica específica à indústria da pornografia, MacKinnon entende que há inclusive práticas que não deveriam sequer ser consideradas “expressão” e que, no entanto, obtém total proteção contra restrições no mesmo nível que o discurso político merece. Ao garantir a legalidade de discurso de ódio contra mulheres, o Estado falha em identificar e coibir instâncias de abuso sexual. Ao proteger o discurso de ódio contra negros e judeus, o Estado oferece plataforma para que membros dos grupos atacados sejam obrigados a reviver a experiência original de abuso.[316]

Jeremy Waldron também percebe o discurso de ódio como um problema de exercícios díspares da manifestação do pensamento. Mais especificamente, a comunicação disseminada e institucionalizada de ódio. Ele pretende examinar mais do que apenas a injuria racial ou instâncias verbais de intolerância. Está preocupado com os efeitos do ambiente: qual é a sensação, para um membro de minoria vivendo em uma sociedade como a norte-americana ou brasileira de viver em um ambiente no qual existem manifestações físicas e concretizadas de ódio sutil e gradualmente sufocante, como placas do tipo “Apenas católicos” ou “Apenas brancos”. Sua atenção está voltada para o “visible display of power”[317]. O problema é

---

[313] MACKINNON, op. cit., p. 77.
[314] Hustler Magazine, Inc. v. Falwell, 485 U.S. 46 (1988) assegura que figuras públicas podem ser criticadas sem direito de retaliar na maioria das circunstâncias.
[315] MEIKLEJOHN, Alexander. **Political Freedom**: The Constitutional Powers of the People. 1965, p. 26.
[316] MACKINNON, op. cit., p. 105
[317] “We can thing about the visible display of power, including the presence and bearing and uniforms of police and security forces, about flags and banners, and civil and military parades. Above all, we can think about publicly visible signage as subsumed under this heading of political aesthetics, from official posters and warnings to advertising hoardings to posters pasted up by citizens. I think that, in political philosophy, we need to pay more attention to all such issues than we do at preset.” WALDRON, op. cit., p. 75.

Não questiono a descrição geral de MacKinnon e de Waldron. Mas, diante disso, o que fazer? A resposta de MacKinnon ao primeiro problema que descreve é menos clara do que ao segundo. O discurso abusivo de ódio, um obstáculo à realização da igualdade formal em sociedades com parcelas historicamente oprimidas, deve ser combatido (macro-intervenção) por meio da discriminação em razão do conteúdo (opção de micro-intervenção). Essa é também a proposta de Waldron – como de tantos outros.

Ao mirar o conteúdo e não as relações de poder, essa opção é fundamentalmente ineficiente[318]. Na moldura apresentada até aqui, a proibição do discurso de ódio falha por três razões. Primeiro, porque não tem qualquer condição de corrigir, ao longo do tempo, a posição deficiente de capacidade comunicativa compartilhada por minorias. Segundo, porque filtros de conteúdo da opinião são sempre mais difíceis de operar e geram um efeito silenciador resultante do risco percebido pelos atores sociais: se a avaliação para identificar o discurso de ódio é subjetiva, então há um risco inerente em qualquer manifestação do pensamento[319]. Terceiro, precisamente porque essa avaliação é subjetiva, o filtro de conteúdo não impede que a proibição de discurso de ódio seja virada de ponta-cabeça para motivar processos contra minorias por terem criticado indivíduos ou grupos conservadores ou de extrema direita – conforme já defendi em capítulo anterior. Quarto, e talvez mais importante, porque todas essas avaliações continuam ocorrendo no ambiente judicial que, conforme também já discutido na primeira parte da tese, reflete – de maneira muitas vezes ainda mais exacerbada – os mesmos problemas de desigualdade que a proibição do discurso de ódio visa a combater. A concorrência de ideias discriminadoras e não discriminadoras, quando judicializada, passa a ocorrer em um ambiente centralizador da avaliação do mérito das ideias e altamente desigual.

---

[318] Ainda que seja possível descreve-la como operando justamente isso: “those same pornography and hate speech regulations might be described alternatively in redistributive terms. On this account, they are designed to redistribute speaking power for the sake of material equality rather than increased ideological competition or a better mix of speech.” SULLIVAN, Kathleen. **Free speech and unfree markets**. UCLA Law Review. n. 42, 1994, p. 958.

[319] Aqui é especialmente perigoso o risco de arbitrariedade nas decisões, gerando insegurança, quando se adota a ponderação judicial, conforme pleiteia Sarmento, naquilo que chama de “Caminho do meio” (SARMENTO, Livres e iguais, op. cit., p. 256 e ss). Diante dos resultados da pesquisa sobre o uso da ponderação da primeira instância do TJ-RJ, não há nada que leve a crer que a ponderação será utilizada com mínima qualidade em casos de discurso de ódio. Por outro lado, concordo plenamente com o autor que uma categorização é ainda pior e não resolve o problema.

Esses problemas não atuam em paralelo, mas sim de forma combinada, quando se pretende que o Judiciário seja o guardião do significado das manifestações pessoais. Mas não há apenas um significado! Há sempre, necessariamente, muitos:

> "Os efeitos indiretos das nossas ações diretas em sede de liberdade de expressão, que sejam "intencionais" ou não, estão presos às palavras que pronunciamos, pois elas nem sempre correspondem aos seus significados; em certo modo, tempo e lugar, a linguagem está repleta de palavras "malditas", de totalitarismos, de afrasias, enfim de sentidos que servem para distrair, desviar, desencaminhar, extraviar o seu emissor e aqueles a quem são dirigidas, seja pela disposição de suas sílabas que por vezes não resulta lógica, nem harmônica, nem apetecível de pronunciar (o amargor das palavras) e, ainda mais, predispõem elas muitas vezes para evocar o contrário ao que se pretendia com a sua emissão."[320]

Assim, ao atacar o discurso de ódio em função exclusivamente de seu conteúdo, a opção de política legislativa é tal que aposta todas as fichas em uma solução que exige que um órgão judicial – estatisticamente, um homem branco heterossexual – possa definir, em detrimento do papel da sociedade, não apenas o significado atual das palavras objeto da discórdia, mas todos seus significados possíveis futuros. Se essa fosse a única saída possível para combater o discurso de ódio, talvez a avaliação sobre sua adoção fosse diferente. Mas está longe de ser a única opção.

2.1.3 A mudança proporcionada pela internet na relação entre igualdade e manifestação do pensamento

Quando a opinião pública circulava apenas por meios de comunicação em massa, talvez a opção judicial fosse comparável. A popularização da internet e a consequente descentralização da comunicação é decisiva.

As condições de discurso em um estado-rede permitem avaliar alternativas totalmente novas para efetivar a infusão de igualdade material de que o direito de manifestação do pensamento sempre precisou. Os problemas de inclusividade nos meios de comunicação e o discurso de ódio utilizados como exemplo até aqui ilustram uma oportunidade de macro-intervenção positiva ou promocional e uma negativa.

---

[320] SARLET, MOLINARO, op. cit., p. 51.

No caso da primeira, conforme já apontei, é possível caracterizar a dimensão objetiva da liberdade de expressão, bem como a eficácia positiva[321] da dimensão subjetiva desse direito. Minha opção, entretanto, é pelo reconhecimento de um direito constitucional de acesso à internet[322]. A eficácia positiva e prestacional desse é que cuidaria das macro-intervenções de inclusividade. Essa dimensão é inclusive passível de controle judicial, conforme defendi em outro trabalho[323].

O problema da igualdade se manifesta na proteção da manifestação do pensamento e aqui isolo dois campos: o discurso de ódio e a proteção da honra. No caso do discurso do ódio, concordo com o diagnóstico de MacKinnon e Waldron, mas acredito que a solução esteja equivocada[324]. Minha proposta é de protagonismo da macro-intervenção promocional e, residualmente, de uma macro-intervenção negativa no sentido de permitir a intervenção judicial no mercado das ideias apenas quando existe desequilíbrio concreto entre a capacidade comunicativa da parte criticada, que se sente ofendida, e da parte que critica. Esse novo standard pode ser aplicado tanto a casos de proteção da honra, quanto a casos de discurso de ódio.

---

[321] A liberdade de expressão, como qualquer outro direito com eficácia eminentemente negativa, possui também um lado positivo, que exige atuação estatal proativa. Essa a lição mais importante de HOLMES, Stephen e SUNSTEIN, Cass R. **The Cost Of Rights**: Why Liberty Depends On Taxes. 1999, pp. 35-36. Um concepção alternativa e visionária da diferença entre as eficácias positiva e negativa de um mesmo direito fundamental pode ser encontrada em HÄBERLE, Peter. Grundrechte im Leistungsstaat. *In* MARTENS, Wolfgang e BACHOF, Otto (orgs.). **Veröffentlichungen Der Vereinigung Der Deutschen Staatsrechtslehrer** n. 30, 1972. Häberle propõe esta questão não como a liberdade e direitos sociais protegidos pelo estado, mas como de um grupo comum dos direitos fundamentais protegidos pelo estado produtivo ou ativo).

[322] HARTMANN, Ivar A. M. O Acesso à Internet como Direito Fundamental. **Alfa-Redi** (Lima), v. 118, p. 2, 2008.

[323] HARTMANN, 2013, op. cit., p. 362 e ss.

[324] Pelas mesmas razões apontadas, por exemplo, por Kathleen Sullivan, para quem não se pode subestimar a diferença entre buscar igualdade material no fluxo do discurso por meio de regulação estrutural, de um lado, e regulação de conteúdo, de outro. Ela discute essa diferença no contexto da invalidação de normas sobre financiamento de campanha política feitas pela Suprema Corte norte-americana em Buckley v. Valeo, 424 U.S. 1 (1976). Naquele caso, a Corte tratou a regulação estrutural e neutra em relação ao ponto de vista ou ideologia, como se fosse uma regulação de conteúdo: “The new speech regulators would too easily relax this distinction. If consequences are all that matter, then the distinction between purpose and effect is irrelevant. But if purpose does matter, then there is an alternative account of what went wrong in Buckley. The mistake in that decision arguably was the equation of spending and speech at the outset. The law partially invalidated in Buckley arguably did not aim at speech but merely at

a market transaction that facilitated it. It was more like aiming at the toaster than at the picture. But it does not follow that laws that aim at the picture are justified simply because they are premised on redistributive ends. Permitting regulation of the literal market for political speech should not bring a host of regulation of metaphorical speech markets along with it.” SULLIVAN, op. cit., pp. 964-965.

Cabe aqui explicar a razão pela qual a internet é uma mudança decisiva no contexto das teorias de justiça exploradas, a descrição do déficit de igualdade na proteção da liberdade de expressão e os problemas específicos tanto da proteção paralisante da honra quanto do discurso do ódio.

A popularização da internet traz consigo uma mudança qualitativa profunda na viabilidade de promover as condições para o discurso prosperar porque o meio online não sofre da mesma deficiência que era inerente às outras mídias: admitir um indivíduo no meio não implica em si nenhuma decisão sobre quando, como e onde essa pessoa vai se expressar. [325] Isto não é o mesmo que uma situação na qual os canais não sejam escassos: eles simplesmente não existem como uma estrutura pré-construída. O problema na internet deixou de ser de escassez de espaço e passou a ser escassez de atenção[326].

Em vez disso, um canal novo e diferente é feito com qualquer ato comunicativo único, isolado. O discurso de um indivíduo pode se sobrepor ao de outro infinitamente, de forma assíncrona. Sem que exista um proporcional custo, as comunicações foram de *one-to-many*, na mídia de massa, para *many-to-many* na internet.

Isso justifica o entusiasmo da Suprema Corte norte-americana com a internet como uma plataforma para o discurso em um dos primeiros casos que trata da *web*[327] e permite condições ideais para a satisfação dos requisitos regulatórios sobre meios de comunicação que resultam da escolha de um modelo complexo de democracia de auto-governo.[328] O nível no

---

[325] BENKLER, **The Wealth of Networks**, op. cit., p. 11. Benkler explica que a diferença entre a internet e a mídia de massa é que "a esfera pública interconectada permite que muitos indivíduos comuniquem as suas observações e seus pontos de vista a muitos outros e a fazê-lo de uma forma que não pode ser controlada pelos donos da mídia e não é tão facilmente corruptível por dinheiro como eram os meios de comunicação de massa". Isso significa que, a partir de um ponto de vista econômico (e, portanto, também social), esta evolução é decisiva, porque implica que "as tecnologias básicas de processamento, armazenamento e comunicação da informação tornaram modelos não proprietários mais atraentes e eficazes do que jamais foi antes possível. Processadores ubíquos de baixo custo, meios de armazenamento e conectividade de rede tornaram praticamente viável para os indivíduos, por si só, e em cooperação com os outros, criar e trocar informações, conhecimento e cultura em padrões de reciprocidade social, redistribuição e partilha, em vez de produção de proprietário, baseada no mercado." *Id.* p. 462.

[326] EMERSON, op. cit., pp. 807-12 (descrevendo os problemas ocasionados pela escassez de instalações físicas como predicados para a intervenção governamental).

[327] Em Reno v ACLU, 521 U.S. 844, 853, 870 (1997) a maioria da Corte afirmou que "[q] ualquer pessoa ou organização com um computador conectado à Internet pode 'publicar' informação" e que "[a]través do uso de salas de bate-papo qualquer pessoa com uma linha telefônica pode se tornar um pregoeiro com voz que soe além do que poderia desde qualquer caixote. Através do uso de páginas da Web, divulgadores de mail e grupos de notícias, o mesmo indivíduo pode se tornar um panfletário".

[328] BAKER, op. cit., pp. 187-192. Estas exigências não são insignificantes! Baker afirma que os democratas complexos têm vários objetivos para a política de mídia: garantir à imprensa o papel de guardião, garantindo que

qual colocar um indivíduo em uma plataforma define as condições de seu discurso, uma vez que existe, é o mais baixo em qualquer meio de comunicação.[329]

Diante disso, resta ao Estado algum papel centralizado de micro-intervenção promocional da liberdade de expressão? Se os aspectos técnicos da internet não forem fundamentalmente alterados, sobra apenas combater os efeitos nefastos da escassez de atenção[330]. Eles são exacerbados por escolhas obscuras de algoritmos das plataformas privadas que são decisivas para a circulação da informação na internet[331]. Há um papel, mas, conforme será explorado em capítulo posterior, esse papel não é do Judiciário.

2.1.4 A capacidade comunicativa como teste prévio na decisão judicial sobre liberdade de expressão

Os efeitos na capacidade comunicativa são claros. O que temos hoje é um ambiente no qual um parlamentar ou celebridade tem potencialmente o mesmo número de seguidores em redes sociais que um jornal de médio ou pequeno porte. O que é mais importante ainda é que mesmo indivíduos com menos influência e audiência direta na internet podem ter uma opinião

---

a mídia permaneça como uma esfera para a discussão de toda a sociedade (como os republicanos); protegendo o pluralismo nos meios de comunicação contra a segmentação e monopolização corrompidas (como os liberais) e assegurando um equilíbrio adequado entre os dois: isolamento de vozes e diálogo comum. A política de comunicação social exige, portanto, o diagnóstico das condições da sociedade, a fim de determinar o que ela precisa de mais em um momento específico: mídia partidária para a construção da identidade e do diálogo intra-grupo ou esferas comuns para discussão e acordo sobre o bem comum por toda a sociedade.

[329] Nesse sentido, BALKIN, op. cit., pp. 5-7. Ele enfoca alguns aspectos principais da diferença entre a velha mídia e a Internet, especialmente aqueles que exacerbam a evolução em termos da viabilidade da política e regulamentação da promoção do discurso. Existem, naturalmente, outros aspectos desta distinção. Balkin alega que a "revolução digital reduz drasticamente os custos da cópia e distribuição de informações"; "a revolução digital torna mais fácil para o conteúdo atravessar fronteiras culturais e geográficas"; "a revolução digital reduz custos de inovar com as informações existentes, de comentar sobre isso e de construir em cima disso"; e, o mais importante, a redução dos custos de transmissão, distribuição, apropriação e alteração da informação democratiza o discurso.

[330] GOODMAN, Ellen P. Media Policy Out of the Box: Content Abundance, Attention Scarcity, and the Failures of Digital Markets. **Berkeley Technology Law Journal**. N. 19, 2004, p. 1454. A autora destaca como provedores existentes no mercado podem reduzir o espaço ou interesses do canal em redes rivais, aumentando seu domínio dentro de um nicho particular.

[331] Esse é um de muitos contextos nos quais existe risco de censura privada na internet – um dos maiores problemas do direito constitucional da liberdade de expressão atualmente. BROWN, Ian e MARSDEN, Christopher T. **Regulating Code**. Good governance and better regulation in the information age. MIT Press, 2013.

disseminada de maneira viral, alcançando centenas de milhares ou milhões de pessoas sem o necessário intermédio de um veículo de imprensa.

Seria ingênuo dizer que o desequilíbrio no poder comunicativo deixou de existir e não há mais risco de dominação da esfera econômica sobre aquela da expressão[332]. O ponto é apenas que o *status quo* trouxe um progresso revolucionário nesse campo. Certamente não se pode "confiar exclusivamente na 'mão invisível' do mercado (...) sobretudo se o mercado comunicativo for tão concentrado como é o brasileiro, e tão associado ao poder econômico." [333] Essa realidade é inegável. Mas estamos muito mais perto de um de equilíbrio agora do que há duas décadas. Quando tudo que havia eram meios de comunicação em massa, fazia pouco sentido um juiz avaliar se a parte autora de um processo visando a coibir dano à honra ou o discurso de ódio estava em igual patamar de capacidade comunicativa que a parte supostamente ofensora. Os casos levados ao Judiciário possuíam na sua quase totalidade um veículo de imprensa no polo passivo. Hoje, entretanto, mais e mais pessoas físicas são processadas pelo que escreveram ou curtiram em redes sociais ou blogs.

Em uma sociedade na qual o default é o equilíbrio do poder comunicativo entre as partes, como é possível justificar a proibição de ataques à reputação? Essa é a razão pela qual o caso Mendes-Iozzi causa perplexidade a partir de seu desfecho. Trata-se de exemplo de uma jornalista mulher criticando acintosamente uma decisão que acentua a falta de proteção reservada às mulheres, resultado machista de um Judiciário formado, em sua cúpula, essencialmente por homens. Esse caso demonstra a falta de eficácia da proibição de discurso de ódio contra mulheres bem como expõe o efeito nefasto da opção por uma cada vez maior tutela judicial do mérito das opiniões.

O novo standard seria utilizado como um teste prévio para verificar a possibilidade de análise judicial de um caso, por exemplo, de pedido de danos morais por restrição do direito à honra. Quaisquer que sejam os mecanismos que a dogmática jurídica oferece para a solução de casos envolvendo a colisão da liberdade de expressão com outros direitos individuais, como a ponderação, ou casos envolvendo uma restrição estatal à liberdade de expressão, como a proporcionalidade, são precedidos de uma pergunta: o ofendido tem capacidade

---

[332] Nesse sentido, é representativa a eficiente crítica de HINDMAN, Matthew. What is the Online Public Sphere Good For? *in* TUROW, Joe e TSUI, Lokman (eds.). **The Hyperlinked Society**. University of Michigan Press, 2008.

[333] SARMENTO, Livres e iguais, op. cit., p. 283.

comunicativa igual ou superior ao ofensor? Caso a resposta seja positiva, o juiz deve exercitar contenção e não entrar no mérito do conteúdo da expressão. Não há papel a ser exercido pelo Estado-juiz nesses casos exceto justamente pela análise das capacidades comunicativas.

Aqui é preciso sumarizar, de forma instrumental, as considerações sobre teorias de justiça feitas anteriormente de modo a localizar a proposta no plano dogmático. Seria possível adotar quatro posições distintas em relação à proteção da imagem, honra e dignidade no que tange a ações individuais por danos morais ou a regulação do discurso de ódio.

1) Os bens jurídicos elencados em contraposição à liberdade de expressão, nesses casos, na verdade não merecem proteção; 2) Os bens jurídicos merecem proteção, porém não são lesados; 3) Os bens jurídicos merecem proteção, são lesados, mas o Estado não deve intervir, pelas razões apresentadas até aqui; 4) Os bens jurídicos merecem proteção, há lesão, o Estado em tese deveria intervir, mas essa intervenção não deveria ocorrer por parte do Judiciário, até em razão das características descritas no resultado da pesquisa empírica realizada na primeira parte da tese.

Adoto a posição 1 apenas em relação à honra. Em sua única menção à honra em toda a sua extensão, no art. 5, X, a Constituição Federal a coloca lado a lado com a imagem. Não acredito que exista razão que justifique trabalhar com ambos os conceitos em paralelo. Por outro lado, conforme já expliquei, entendo que o uso do conceito de honra no direito brasileiro tem causado prejuízo desnecessário. Defendo, portanto, que o dispositivo constitucional seja interpretado como uma referência ao bem jurídico imagem, sendo a menção à honra mero qualificador que auxilia sua interpretação. Dispositivos infra-constitucionais que operam com o conceito de honra em separado do direito de imagem devem ser declarados inconstitucionais.

Entendo que a grande maioria dos casos pode ser descrito pela posição 3. Aqui se enquadram os casos de ofensa à imagem e discurso de ódio quando o ofensor não tem maior capacidade comunicativa do que o ofendido. Existe uma lesão, mas em razão do equilíbrio do poder de informar ou mesmo do desequilíbrio em favor do ofendido, o núcleo essencial de proteção não é atingido. Trata-se de compatibilizar o art. 5, caput, e incisos IV, V e X, de maior concretude normativa, com os fundamentos da República, art. 1º, II, III e V. Entendo

que existe a necessidade de preservar o conteúdo de dignidade[334] na autonomia individual manifestada perante a sociedade pela opinião pessoal, em observância à necessidade de pluralismo político na interação entre efetivos cidadãos, o que, em razão da igualdade material, exige a preponderância da liberdade de expressão no caso concreto, quando há equilíbrio da capacidade comunicativa. Apenas nos casos onde há desequilíbrio o Judiciário está autorizado a realizar a ponderação ou aplicação da proporcionalidade para averiguar se há dano indenizável.

Não adoto o entendimento da posição 4 como um impeditivo imediato de exercício da jurisdição nos casos discutidos. No que tange ao Judiciário, a posição 4 é sim um alerta para a existência de ainda mais um motivo (como se já não houvessem o suficiente...) para se buscar uma real representatividade no Judiciário brasileiro, de forma gradual e sem retrocessos, pois essa deficiência afeta de modo especialmente pungente a qualidade de decisões sobre liberdade de expressão, honra, imagem e discurso de ódio. No que tange aos outros dois Poderes, a posição 4 aponta para a necessidade de atuação proativa, porém não focada na análise governamental ou judicial do conteúdo de manifestações específicas. É necessária a atividade reguladora para atacar as causas estruturais da desigualdade na capacidade comunicativa e fomentar a autorregulação de plataformas privadas que viabilizem uma *moderação descentralizada* do discurso. É dizer que "[o] papel do Estado não deve ser o de árbitro no mercado de idéias – ele não tem nenhuma isenção para isto –, mas o de promotor do pluralismo na esfera pública."[335] O futuro da liberdade de expressão, conforme já observou Jack Balkin há quase uma década, não é a tutela judicial de direitos constitucionais:

> "Protecting free speech values in the digital age will be less and less a problem of constitutional law – although these protections will remain quite important – and more and more a problem of technology and administrative regulation."[336]

Sobre essa esfera necessária de atuação estatal, apresentarei considerações nos últimos capítulos da tese.

---

[334] Aqui entendida como "dever de reconhecimento de determinadas possibilidades de prestação, nomeadamente, a prestação do respeito aos direitos, do desenvolvimento de uma individualidade e do reconhecimento de um auto enquadramento no processo de interação social." SARLET, Ingo W. Notas Sobre a Dignidade (da pessoa) Humana no Âmbito da Evolução do Pensamento Ocidental. **Revista Opinião Jurídica**. Ano 13, n. 17, 2015, p. 258.

[335] SARMENTO, Livres e iguais, op. cit., p. 286.

[336] BALKIN, Jack. **The Future of Free Expression in a Digital Age**. Pepperdine Law Review. v. 36, 2009, p. 441.

O conceito de capacidade comunicativa é, portanto, central para minha proposta. E certamente não é objetivo. Estou ciente do risco de se substituir análises carregadas de subjetividade como a ponderação e aplicação do princípio da proporcionalidade, cuja operação é amparada, entretanto, por décadas de doutrina e jurisprudência, por uma outra análise igualmente subjetiva e com contornos ainda indefinidos. Isso aconteceria apenas nos casos que não passaram pelo teste da capacidade comunicativa. Nos que passam, pressuponho que, na sequência, o magistrado irá continuar resolvendo o conflito como a doutrina já descrita determina.

Mas a realidade, conforme demonstra a pesquisa empírica da primeira parte dessa tese, é que o Supremo Tribunal Federal não foi capaz de criar precedentes úteis para a avaliação de casos envolvendo a liberdade de expressão de modo a reduzir a arbitrariedade das avaliações sobre conteúdo. Na primeira instância, a pesquisa mostra que mesmo o pouco produzido em termos de precedentes e na doutrina especializada não é utilizado. O caminho atualmente sendo trilhado é bastante problemático, portanto.

Por outro lado, a aplicação de um critério de capacidade comunicativa não leva o juiz a uma terra totalmente desconhecida, pois "capacidade econômica" e outros standards similares são utilizados em ramos como o direito tributário e direito administrativo há muito tempo.

No campo da comunicação, a capacidade comunicativa já foi apontada como uma nova característica de consumidores co-produtores de bens culturais a partir da popularização da internet[337]. É esse o tipo de papel e, inclusive, o tipo de sujeito que está no centro da conveniência na utilização inovadora do conceito no contexto da jurisdição sobre liberdade de expressão. Conforme afirmei anteriormente, figuras públicas, grandes empresas e órgãos de mídia sempre tiveram diferentes capacidades de alcançar uma audiência. Como esse grupo de atores era muito reduzido e a diferença entre a capacidade de qualquer um deles e do cidadão médio sempre foi abissal, não havia tanto sentido em considerar o desequilíbrio de capacidade

[337] "O consumo na rede se torna paradigmático do lugar e do papel do consumo contemporâneo: produz-se aí, de forma radical, uma customização massificada, articula-se a personalização com a produção em massa. Passa-se a enfatizar, nas organizações, não exatamente a gestão de produtos mas sim de clientes, consumidores ou co-produtores (em função de sua maior ou menor capacidade comunicativa). O valor agregado, mais do que associado a hardware ou software, está associado à relação com os clientes, à socialização de informações e conhecimento.9 As organizações, especialmente as que atuam no espaço virtual, por exemplo, são, cada vez mais, guiadas pelos consumidores, isto é, encorajadas a apostar na interatividade entre clientes e representantes diretos e indiretos pelo processo produtivo." PEREIRA, Carlos Alberto Messeder, HERSCHMANN, Micael. Comunicação e novas estratégias organizacionais na era da informação e do conhecimento. **Comunicação & Sociedade**. São Bernardo do Campo: PósCom-Umesp, a. 24, n. 38, p. 27-42, 2002, pp. 35-36.

antes da ponderação no caso concreto. Com a viabilização, pela internet, de um salto em capacidade comunicativa por parte daqueles que antes, ao menos diante da comunidade regional ou nacional, eram meros consumidores passivos, passa a ser decisivo trabalhar com o conceito[338].

Essa distinção entre o papel anterior e o atual do cidadão médio perante a audiência da opinião pública também permite separar as habilidades necessárias para a comunicação, ligadas à ideia de competência, de um lado, e as condições procedimentais ligadas à ideia de capacidade[339]. Até a década de noventa, uma pessoa comum tinha maior ou menor fluência nas habilidades para comunicação, no sentido de ser competente para comunicar-se, mas não gozava de condições procedimentais que a permitissem se comunicar por escrita, áudio ou vídeo diretamente com milhões de pessoas.

A despeito do uso da expressão no campo da linguística e da comunicação, não é coincidência que o significado mais próximo e de contexto mais similar ao que busco construir aqui venha da ciência política. Koen Bartels, após extensas pesquisas sobre participação pública em tomadas de decisão, identificou um ponto nevrálgico: a qualidade da interação discursiva entre servidores públicos e eleitores. A partir dessa constatação, propôs elementos que permitiriam um acréscimo decisivo na qualidade da interação nesse contexto o que, por sua vez, aprimoraria substancialmente os resultados de experiências de tomada de decisão participativa. É o que ele então chama de teoria da capacidade comunicativa[340].

---

[338] O conceito também é utilizado no campo da filosofia da comunicação, com a capacidade comunicativa sendo essencial ao ato de referenciar. SALOMÃO, Maria Margarida Martins. Razão, Realismo e Verdade: O Que Nos Ensina o Estudo Sociognitivo Da Referência. **Caderno de Estudos Linguísticos.** n. 44, 2003, p. 72.

[339] Tiro inspiração aqui da definição, feita em termos parcialmente diferentes, proposta por Henry Widdowson e adotada por BAGARIĆ, Vesna. DJIGUNOVIĆ, Jelena Mihaljević. Defining Communicative Competence. **Metodika**. Vol. 8, br. 14, 2007, p. 95: "In an attempt to clarify the concept of communicative competence, Widdowson (1983) made a distinction between competence and capacity. In his definition of these two notions he applied insights that he gained in discourse analysis and pragmatics. In this respect, he defined competence, i.e. communicative competence, in terms of the knowledge of linguistic and sociolinguistic conventions. Under capacity, which he often referred to as procedural or communicative capacity, he understood the ability to use knowledge as means of creating meaning in a language. According to him, ability is not a component of competence."

[340] BARTELS, Koen. Communicative Capacity: The Added Value of Public Encounters for Participatory Democracy. **American Review of Public Administration**. vol. 44, n .6, 2014, p. 657: "The main outcome of the research is a theory of communicative capacity, which claims that, *to enhance the quality of participatory democracy, public professionals and citizens need the ability to recognize and break through dominant communicative patterns by constantly adapting the nature, tone, and conditions of their conversations to the situation at hand*." (grifado no original)

A capacidade comunicativa seria "a social and situated ability that emerges and exists in the interactions between people while being engaged in the process (…) of participatory practice."[341] Estritamente falando, a capacidade comunicativa de que falo é uma condição técnico-econômica social que emerge e existe nas interações entre pessoas e grupos enquanto engajados no debate público. As diferenças são pequenas e o contexto é praticamente o mesmo. A prática participativa e o debate público são *loci* de um estado democrático de direito. Há inclusive um *overlap* enorme entre ambos. A maior diferença, portanto, está no que a capacidade mede. Bartels foca a natureza, tom e condições das conversas, muitas vezes presenciais. Está preocupado em cuidado com o exercício da linguagem. Para o conceito de capacidade comunicativa que proponho aqui, alguma habilidade no exercício da linguagem é um pressuposto e minha preocupação é com as condições técnico-econômicas de alcançar um público.

As questões relevantes são, por exemplo: quantos seguidores a pessoa tem no Twitter? A mídia de massa rotineiramente repercute as declarações feitas por essa pessoa? O grupo tem condições financeiras de pagar por um anúncio de página inteira para responder a uma manchete no mesmo veículo? Quantos assinantes e compradores esporádicos (leitores) tem a revista ou o jornal?

O conceito está muito próximo da ideia de capacidade econômica utilizada no direito regulatório, especialmente quando se trata da regulação de meios de comunicação. A fatia de mercado de uma emissora de televisão, por exemplo, importa para a capacidade comunicativa. Mas a capacidade econômica e a capacidade comunicativa não se confundem porque uma pessoa ou grupo pode ter capacidade econômica baixa e, a despeito disso e graças às redes sociais, uma capacidade comunicativa alta.

Além disso, é possível – e, de fato, necessário – estabelecer algumas diretrizes de aplicação do standard de capacidade comunicativa.

Por se tratar de conceito sustentado na autodeterminação expressiva de cada sujeito participante de uma democracia, ou grupo deles, a capacidade comunicativa pressupõe a capacidade jurídica. Menores de idade podem, eventualmente, ter capacidade comunicativa muito mais alta do que a média. Essa capacidade não pode, entretanto, ser usada contra eles. O conceito tem por objetivo reconhecer a autonomia informativa de construção dialética da

[341] BARTELS, op. cit., p. 670.

própria identidade e prestigiá-la no contexto do debate público. Usar a capacidade comunicativa como obstáculo para impedir um adolescente de buscar indenização seria manejar o conceito como forma de punir alguém que é biologicamente vulnerável, objeto inclusive de proteção excepcional pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em meados de 2017 a adolescente Maisa Silva foi convidada e incentivada a dançar com Dudu Camargo em programa televisivo comandando por Silvio Santos. O apresentador não se deu por satisfeito com a negativa de Maisa e tentou força-la a beijar Dudu. Após o ocorrido, ela manifestou-se nas redes sociais de forma corretamente forte e assertiva em relação ao aspecto profundamente machista e até pedófilo do ocorrido – insistir que uma adolescente de 15 beijasse ao vivo, em rede nacional, um homem de 19, a despeito da clara negativa dela[342]. Suas declarações foram criticadas por algumas pessoas. Se ela, com 11 milhões de seguidores no Instagram, se sentisse assediada ou difamada por alguma das respostas, poderia buscar o Judiciário. Não fosse o fato de ser menor de idade, o teste do equilíbrio comunicativo certamente evitaria a análise do mérito, pois a ofendida tem acesso direto a uma audiência que a vasta maioria de seus críticos jamais sonharia ter. Mas em razão da condição de absolutamente incapaz, Maisa não poderia ser prejudicada pela aplicação do teste.

O outro elemento que afasta a aplicação do teste é o caráter privado ou secreto da manifestação. A ideia de equilíbrio do potencial de se comunicar com uma audiência pressupõe a igualdade ou paridade de armas. A capacidade de o ofendido responder, criticar ou contextualizar perante a comunidade passa pela condição de tal manifestação ter sido feita de maneira aberta em primeiro lugar. O teste da capacidade comunicativa não se presta, por exemplo, a uma situação na qual a manifestação ocorreu em segredo ou em um grupo de rede social do qual o ofendido não participa, tomando conhecimento da manifestação apenas por coincidência. Como uma característica do caso, condições restritas de veiculação da manifestação podem ser consideradas relevantes pelo julgador ao realizar a ponderação. Mas devem excluir o teste prévio da capacidade comunicativa, pois a pessoa que opta por

[342] Em novo desabafo, Maisa critica sociedade machista e diz: "Não é não!". UOL. Disponível em: https://tvefamosos.uol.com.br/noticias/redacao/2017/06/20/em-novo-desabafo-maisa-critica-sociedade-machista-e-diz-nao-e-nao.htm. Acesso 19 jan 2018.

manifestar-se em privado não pode beneficiar-se de uma regra movida pela centralidade do debate público.

A capacidade a ser considerada é a efetiva ou média e não a potencial. A partir do fenômeno da viralização, qualquer pessoa com acesso à internet tem a capacidade potencial de disseminar uma ideia ou opinião para bilhões de pessoas. O que importa é a capacidade real, verificada na audiência média do ofensor e ofendido e seus respectivos grupos (no caso de discurso de ódio) em suas manifestações. Apenas quando uma foto, vídeo ou post viral é precisamente o objeto da ação judicial a avaliação da capacidade comunicativa do ofensor pode ser feita com base nessa viralização já concretizada. Nesses casos, dificilmente o teste prévio barraria a análise do mérito com a aplicação devida da ponderação ou proporcionalidade, já que pouquíssimos atores sociais, como celebridades ou veículos de mídia, têm, na média de suas manifestações, a audiência de uma mensagem viral.

O teste não ignora os efeitos presentes de opressões legalizadas levadas a cabo no passado. Existe uma presunção de menor capacidade comunicativa de membros de minorias historicamente oprimidas e seus respectivos grupos e associações. Essa presunção decorre da própria natureza do discurso de ódio, já que, conforme aponta Daniel Sarmento,

> "o Estado deve ser, a priori, mais tolerante diante dos excessos expressivos cometidos por membros de grupos estigmatizados contra a maioria, do que em relação aos perpetrados por integrantes da maioria contra estes grupos"[343]

Enquanto que tradicionalmente esse é um critério utilizado na avaliação do conteúdo de manifestações supostamente negativas sobre grupos desfavorecidos, aqui opera como um critério utilizado na avaliação da capacidade comunicativa – de maneira totalmente indiferente ao conteúdo em si da manifestação – tanto em casos de manifestações sobre grupos desfavorecidos como em declarações de membros desses grupos.

Se um indivíduo heterossexual processa uma pessoa que não se identifica como heterossexual por tê-lo chamado de "homofóbico" em rede social, ainda que sob outros parâmetros analisados exista igualdade de capacidade comunicativa, o juiz não deve passar à análise do mérito da expressão. Essa presunção não é absoluta e pode ser afastada em casos de gritante desequilíbrio em favor do ofensor. A exemplo, se o deputado Jean Wyllys, com 633 mil seguidores no Twitter, declara que uma pequena empresa do interior de São Paulo adota

[343] SARMENTO, Livres e iguais, op. cit., p. 249.

práticas homofóbicas, a presunção pode ser superada. Existem casos judicializados de celebridades da internet, ou *youtubers*, que utilizaram sua capacidade comunicativa para uma crítica de pessoas sem qualquer condição de alcançar uma audiência parecida. Isso por óbvio não resolve o caso em favor da empresa, no exemplo hipotético de Jean Wyllys. Apenas permite que o juiz possa avaliar o mérito do conteúdo da declaração do deputado. No caso já discutido da revista AzMina, existe a presunção em favor do blog diante de ação promovida pelo usuário que se sentiu ofendido quando criticado por seu machismo. Se a presunção não fosse afastada, o julgador não poderia proceder à ponderação do conflito de direitos fundamentais nesse caso, deixando de avaliar, portanto, o conteúdo da manifestação. Claramente o blog possui maior capacidade comunicativa do que o usuário isolado; no entanto, no caso específico, não creio que exista desequilíbrio de proporção excepcional. A página da revista no Facebook, onde ocorreu a troca, tem 127 mil seguidores. Isso por si só já impede que adquira o nível de influência e capilaridade de uma personalidade com milhões de seguidores, exemplo que será apresentado logo em seguida. Mais importante, no entanto, é que a audiência de 127 mil pessoas da revista é a mesma do autor da ação, pois os seus comentários foram feitos na própria página. Todos que viram a resposta da revista, considerada por ele ofensiva, haviam visualizado também, logo acima, seu comentário inicial.

Mesmo quando não se trata de discurso de ódio, existem declarações muitas vezes voltadas para um membro específico de categoria ou grupo que acabam sendo respondidas, desconstruídas ou criticadas por diversos membros do grupo inteiro. Em 2015, a *youtuber* Kéfera discutiu com um taxista que a transportava e foi expulsa do carro. Lamentou-se para sua audiência de 10 milhões de seguidores, que acabaram por reagir em apoio de Kéfera das mais diversas formas, incluindo realizando milhares de ameaças de morte ao taxista – cujos dados haviam sido divulgados pela *youtuber*. Ela acabou sendo condenada a indenizar o taxista[344]. Esse caso é útil por duas razões. Primeiro, para mostrar como determinadas pessoas tem capacidade comunicativa suficiente para desfazer a presunção de hipossuficiência dos membros de minorias historicamente desfavorecidas explicada acima. Segundo, para ilustrar uma situação hipotética. Os taxistas como grupo poderiam ter se solidarizado e feito uma

[344] Kéfera é condenada a pagar R$ 25 mil a taxista por vídeo de "vingança". UOL. Disponível em: https://entretenimento.uol.com.br/noticias/redacao/2017/11/21/kefera-e-condenada-a-pagar--25-mil-a-taxista-por-video-de-vinganca.htm. Acesso 20 nov 2017.

campanha com escala nacional e ampla repercussão, em apoio ao colega e criticando a atitude de Kéfera. Nesse caso, o teste deveria ser aplicado levando em consideração a capacidade comunicativa dela em comparação com a capacidade do grupo dos taxistas – e não apenas a capacidade do taxista isolado, objeto das críticas em primeiro lugar. É necessário identificar as trocas e oposições em seu ambiente ou ecossistema, que muitas vezes transborda uma única rede social e envolve veículos de imprensa repercutindo o ocorrido, e diferenciar a ação orgânica concentrada, organizada e focada de grupos de respostas esparsas, isoladas e sem impacto.

Para auxiliar as comparações entre a capacidade do ofendido e ofensor, existem diversos parâmetros numéricos úteis. Podem ser comparados os números de seguidores de ofensor e ofendido em redes sociais, o número de leitores nos respectivos sites ou blogs. O número de reações ao post ou vídeo da ofensa pode ser comparado com o número de reações ao post ou vídeo utilizado pelo ofendido em resposta. Uma diferença entre 1 milhão e 100 seguidores não pode ser tratada da mesma forma que uma diferença entre 1 milhão de seguidores e 500 mil acessos únicos diários em uma página, no exemplo de um processo intentado por celebridade contra veículo de imprensa por difamação. Esse é um elemento que reduz um pouco a subjetividade do teste de capacidade comunicativa. Além disso, trata-se de aferições já familiarmente feitas pelo Judiciário, quando se busca dimensionar o dano à imagem ao qual a parte autora foi submetido. Uma das sentenças do TJ-RJ analisadas, por exemplo, afirma que "As referidas 'postagens' tiveram 6 e 4 'curtidas', respectivamente, e poucos comentários, feitos por amigos do réu. Ou seja, a repercussão da opinião do réu foi bem pequena."[345]

A adoção da proposta aqui promovida não é incompatível com o direito de resposta, cujos limites atualmente estão definidos em lei própria, conforme já discutido. Pelo contrário. O critério da capacidade comunicativa permite corrigir a incongruência apontada no direito de resposta atualmente, mediante a qual uma celebridade com 10 milhões de seguidores, uma senadora com enorme repercussão na mídia ou uma empresa multinacional podem exigir direito de resposta em face de uma matéria jornalística veiculada por um jornal municipal com tiragem de 5 mil exemplares.

[345] Sentença do processo 2014.001.237354-0.

O teste passaria então a servir como uma barreira tanto para a análise do mérito do pedido sobre danos morais, quanto para a decisão sobre a conveniência do direito de resposta no caso concreto.

É conveniente discutir a aplicação desses parâmetros em um caso concreto. Em janeiro de 2017 o TJ-SP manteve condenação promovida pela primeira instância ao pagamento de indenização por danos morais em um caso envolvendo manifestações em um grupo de Whatsapp.

O réu da ação fez declarações em grupo do qual a autora não fazia parte. Afirmou que havia mantido relações sexuais com ela e que isso se repetia com frequência, sempre que ele tivesse vontade. Nenhum dos dois é uma figura pública. Apesar de, segundo a autora, não terem relacionamento próximo, ambos fazem parte de círculos sociais comuns que se formaram em razão de escolas frequentadas e persistiram até a época da ação judicial, quando a autora tinha 21 anos. Não há clareza quanto ao início das declarações, de modo que é possível tenham elas ocorrido quando a autora da ação era ainda menor de idade.

O inteiro teor do acórdão não traz qualquer menção à ponderação ou aplicação do princípio da proporcionalidade para resolver a tensão entre a liberdade de expressão do réu e a reputação da autora. A totalidade da porção do voto vencedor que se dedica ao mérito da existência de dano a indenizar não tem qualquer citação a precedente ou doutrina, não usa qualquer dos critérios e parâmetros de ponderação propostas pela literatura sobre o assunto e não faz qualquer consideração sobre a restrição de cada direito envolvido que seria produzida pelas opções possíveis de decisão. Eis a totalidade da fundamentação nessa parte:

> "Aparentemente, e de maneira injustificada, o réu teve o intuito de prejudicar a reputação da autora. Não se demonstrou nos autos que autora e réu tenha tido algum relacionamento anterior, onde tenha restando mágoa ou ressentimento por parte do réu que o tenha levado a praticar tais atitudes. As alegações da autora, comprovadas pelas impressões das telas de mensagens, e as afirmações das testemunhas, demonstram conduta do réu que trouxeram danos que fogem ao mero dissabor e simples chateação cotidiana, merecendo reparação de cunho moral. Ainda que terceiros tenham divulgado as mensagens, foi do réu que partiram, partilhando as afirmações inverídicas com todo um grupo de amigos ou conhecidos, pretendendo se gabar de fatos que nunca ocorreram e que trouxeram à autora vexame e evidente abalo à sua honra. Analisado todo este contexto, de rigor o reconhecimento do ilícito civil, consistente nas ofensas lançadas pelo apelante contra a apelada. O dano moral é evidente, pois é situação que extrapola o dever de urbanidade e respeito à intimidade da pessoa, ainda que tais fatos se reputassem verdadeiros, pois se trata da intimidade da autora, e que não pode ser divulgado sem seu consentimento. Dispõe o art. 953 do CC, 'A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que dela resulte ao ofendido.' De fls. 15/20 consta apenas amostra do baixo calão com que era tratada a autora. São expressões difamatórias, que caracterizam o ilícito civil, conforme

> expressa disposição do Código Civil. Não se trata de um simples desentendimento entre autora e réu. São ofensas fortes e desajuizadas e merecem o reparo da lei. Assim, alvitro ser o caso de se manter a condenação do apelante em indenização pelo dano moral causado à autora, por ter sido ofendida em sua reputação, honra e dignidade."[346]

A decisão repete padrões encontrados na análise das sentenças no TJ-RJ. Adota critérios sem conteúdo minimamente auferível e sem amparo qualquer na Constituição, como "dever de urbanidade". Utiliza a dignidade como um elemento de igual natureza e hierarquia que a reputação e a honra, e que anda somente junto com essas duas e não está relacionado à liberdade de expressão. Esse é o tipo de decisão que torna o teste da capacidade comunicativa necessário como uma proteção adicional contra a arbitrariedade. A porção do voto que toca no mérito faz o oposto daquilo que determina a doutrina e jurisprudência. Mas esse caso é útil por outras razões: ele permite esclarecer a aplicação dos parâmetros do teste.

Por se tratarem de pessoas físicas sem status de figura pública ou celebridade, em princípio o conteúdo das declarações sequer seria analisado. Há equilíbrio da capacidade comunicativa, o que resolveria já de antemão o processo.

No entanto, se a autora de fato era menor de idade quando foram feitas as manifestações, o teste não poderia ser aplicado para prejudicá-la. Caso ela fosse já maior de idade, atuaria a presunção de desequilíbrio em favor da parte que é membro de uma minoria historicamente oprimida – a autora. O caso ilustra bem a conveniência dessa presunção, considerando o contexto e conteúdo das declarações. Uma das maneiras como se perpetua o discurso de estereótipos femininos é em grupos fechados de homens fazendo declarações sobre a sexualidade de determinadas mulheres. O teste da capacidade comunicativa teria resultado que autorizaria a análise do conteúdo das manifestações e a resolução do conflito entre os diretos constitucionais em questão seguindo as diretrizes já pacificadas.

Hipoteticamente, o réu poderia ter feito declarações similares em um grupo de homens sobre outro homem: alegar ter tido relações sexuais com o autor da ação, bem como que isso se repete sempre que ele, réu, deseja. Nesse caso a presunção não opera, dado que o próprio réu faz parte de minoria historicamente perseguida e o autor ou faz parte da mesma minoria ou é heterossexual. O mesmo se daria se declarações sobre competência profissional fossem feitas por uma mulher sobre outra mulher.

---

[346] Apelação nº 1111617-17.2015.8.26.0100. 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/1/art20170117-06.pdf. Acesso 23 jan 2018.

Nesses casos, no entanto, seria aplicado o critério da publicidade da manifestação: se a parte autora nesses exemplos – como a parte autora do caso real discutido – não participasse do grupo, não seria possível aplicar o teste da capacidade comunicativa para beneficiar a parte ré da ação impedindo a ponderação dos direitos fundamentais em conflito.

2.2. Autorregulação

2.2.1 O papel das plataformas

2.2.1.1 Introdução

Maria está muito orgulhosa[347]. Acabou de passar a noite em claro editando uma montagem de fotos e pequenos vídeos de sua turma da faculdade para ser exibida na formatura. Como coordenadora da comissão coube a ela separar imagens nas quais colegas diferentes apareçam, com ninguém piscando ou sendo escondido pela pessoa na frente. Olhar um por um os vários vídeos feitos nas aulas e encontros pré-formatura, circulados no grupo de Whatsapp da turma. Maria então buscou aprender as funções básicas do software de edição de vídeos para editar tudo. A trilha sonora não poderia ser outra senão a música preferida da turma nas últimas festas antes do grande dia: "Shot me down", de David Guetta e Skylar Grey. Depois de tanto trabalho, Maria mal podia esperar para compartilhar o vídeo com os colegas, amigos e família. Salvou o vídeo e fez o upload para o Youtube.

O Youtube é o maior portal de compartilhamento de vídeos da internet. Ninguém paga um centavo para hospedar seu vídeo nos servidores. Mas o custo não é negligível: 6 bilhões de horas de vídeo são assistidas no site todos os dias[348]. Para manter tudo no ar e garantir que os usuários de diferentes países consigam assistir os vídeos sem ter que esperar muito para que cada um carregue, a Google, dona do Youtube, dispende milhões de dólares. É desse serviço que Maria pretendia tomar proveito, até ser surpresa com uma mensagem ao colocar sua montagem no site. Foi informada de que seu vídeo viola os direitos autorais de terceiros e por isso não será disponibilizado para os usuários do Youtube. Após pesquisar e pedir ajuda de amigos que já colocaram vídeos no Youtube, Maria descobre que os terceiros, no caso, são

---

[347] O presente capítulo constitui versão ampliada e bastante alterada do trabalho apresentado como requisito para conclusão da disciplina Direito, Estado e Economia ministrada pela Profa. Dra. Patricia Baptista no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro em 2014.1 e publicado posteriormente em HARTMANN, Ivar A. A autorregulação pelo código: Características, Impacto e Limites de um Novo Modelo. In: Fernando Leal. (Org.). **Direito Privado em Perspectiva**. 1ed. São Paulo: Malheiros, 2016, v. 1, p. 159-185.

[348] Disponível em: https://www.youtube.com/yt/about/press/. Acesso 20 jan 2018.

David Guetta e Skylar Grey. Mais especificamente, a empresa norte-americana que comercializa os direitos sobre as músicas dos dois artistas.

Maria está terminando a faculdade de Direito e estudou propriedade intelectual. Ela sabe que há usos proibidos das músicas e demais criações artísticas de terceiros, mas também usos permitidos – seja no direito norte-americano, seja no direito brasileiro. Ao produzir uma montagem que utiliza como trilha sonora a música "Shot me down", Maria criou uma expressão cultural e artística nova. Não produziu mera cópia, pois as fotos e vídeos de seus amigos dão um contexto peculiar à música e, no todo, há uma criação original. Mas Maria sabe também que essa avaliação é inevitavelmente subjetiva e por isso o Judiciário é acionado com alguma frequência para resolver controvérsias desse tipo. Ainda assim, no entanto, a avaliação feita pelo Youtube produziu uma resposta para Maria em poucos minutos, de madrugada.

Evidentemente não foi um juiz que avaliou se o vídeo de Maria constituía violação de direitos autorais ou expressão artística original. Sequer foi um ser humano com algum conhecimento de direitos autorais no direito brasileiro. Tudo foi decidido por uma máquina rodando um algoritmo desenvolvido pela Google. O sistema chama-se Content ID:

> "Os vídeos enviados ao YouTube são verificados em relação a um banco de dados de arquivos enviados a nós pelos proprietários do conteúdo. Os proprietários de direitos autorais decidem o que acontece quando o conteúdo em um vídeo no YouTube corresponde a uma obra pertencente a eles."[349]

Graças a esse sistema, toda vez que Maria e outras pessoas criarem algo novo utilizando na composição uma música ou trecho de vídeo que consta no banco de dados alimentado pelas empresas da indústria do copyright essa criação será mantida fora do Youtube automaticamente. Sem qualquer avaliação real e passando ao largo de qualquer decisão imparcial do Judiciário. Curioso é que a música "Shot me down" é originalmente de Nancy Sinatra. Guetta e Grey fizeram o mesmo que Maria: usaram partes de criações artísticas existentes para criar algo novo. Mas quando o videoclipe da música de Guetta e Grey foi colocado no Youtube não houve nenhum problema. Isso porque a empresa detentora dos direitos sobre as músicas desses artistas negociou com os detentores dos direitos sobre a música de Sinatra usada na composição. É a remixagem com pedido de permissão e

[349] https://support.google.com/youtube/answer/2797370?hl=pt-BR

pagamento de taxas prévias. Enquanto essa é protegida pelo sistema do Content ID, a remixagem amadora é perseguida. Esse sistema foi adotado pela Google voluntariamente. Tanto nos Estados Unidos, como na Europa, a legislação determina que a empresa atuando como intermediária de conteúdo, plataforma ou rede social, não é responsável por violações de direitos autorais a não ser que tenha sido alertada sobre a violação e não retirou o conteúdo do ar. Nesse caso, o Youtube passa o conteúdo (vídeo) por análise prévia, o que é diferente de esperar que a empresa detentora dos direitos autorais faça notificação. Ou seja, o mecanismo do Content ID não é legalmente exigível.

Mais ainda, essa prática voluntária do Youtube tem custos significativos para a empresa. O Content ID precisou ser desenvolvido e continua sendo constantemente aprimorado, o que significa despesas com desenvolvedores de software. Há também um custo no processamento prévio de todos os milhões de vídeos cujo upload é feito diariamente, o que significa despesas com hardware. Mas, acima de tudo, há o custo da diminuição do valor do serviço prestado pelo Youtube. A empresa faz dinheiro com anúncios. Anúncios dependem de audiência. E a audiência é tanto maior quanto mais vídeos forem postados no site. Ou seja, quanto maior a rede de usuários postando vídeos, mais valor cada um extrai do serviço prestado pelo Youtube – trata-se do chamado "network effect"[350]. Isso significa que, ao barrar vídeos de *remix* e outras composições feitas de maneira amadora por seus usuários, o Youtube age em detrimento do valor de sua própria plataforma.

Seria esse um caso de autorregulação? As características desse tipo de prática permitem classificá-la em uma das categorias tradicionais desse fenômeno? O que há de peculiar nesse tipo de autorregulação, bem como outros no rico contexto atual da internet, que desafiam a teoria tradicional da autorregulação? Este capítulo irá explorar essas questões e apresentar alguns elementos para sua compreensão a partir de constatações acerca do uso da tecnologia na regulação de práticas privadas na internet e do papel que empresas e usuários exercem nesse ecossistema. O exemplo utilizado até aqui envolve regulação de propriedade intelectual como limitadora da liberdade de expressão. O uso de algoritmos como aquele do sistema Content ID, no entanto, é objeto de estudos experimentais[351] e políticas de grandes

[350] Para descrição do *network effect*, ver, por exemplo, WU, Tim. When code isn't law. **Virginia Law Review**, 89, 2003.

[351] Os resultados iniciais, claro, não são perfeitos: "Consistent with previous work, we find that certain terms are particularly useful for distinguishing between hate speech and offensive language. While f*g, b*tch, and n*gga

portais online[352]. São muito populares atualmente propostas de resolver o problema de manifestações abusivas na internet utilizando algoritmos para identificar e remover instâncias de discurso de ódio, cyberbullying, demonstrações terroristas e assim por diante.

A primeira parte apresentará um sumário das idéias clássicas de autorregulação e seus elementos essenciais, trazendo em seguida a noção de que a regulação pelo código ou arquitetura e, nessa seara, a proteção de direitos fundamentais nas relações privadas são elementos novos que precisam ser entendidos e levados em conta na autorregulação do século XXI. Já a segunda parte irá contar novamente a história de Maria e dos esforços de autorregulação do Youtube no âmbito da proteção dos direitos autorais, porém sob um ângulo diferente, que permite detalhar e, assim, compreender com mais precisão o que está em jogo, como a tecnologia é usada e quais os elementos da dinâmica entre a regulação pelo código e pelo direito nesse contexto.

2.2.1.2 A autorregulação clássica e a autorregulação pelo código

A regulação sempre foi vista como um produto da atuação de instituições. Muito embora a escola tradicional de *law & economics* tenha se dedicado em grande parte à identificação das insuficiências da regulação e, portanto, do funcionamento das instituições criadas e operadas para tal finalidade, a crítica atualmente já pode ser refeita ou redirecionada. O problema não é a existência das instituições, pois elas desempenham certas tarefas que reconhecidamente contribuem para a otimização das transferências de valor em sociedade. A principal delas é a de criar certas restrições à conduta individual que viabilizam previsibilidade de tal conduta por parte dos demais indivíduos[353].

---

are used in both hate speech and offensive language, the terms f*ggot and n*gger are generally associated with hate speech. Many of the tweets considered most hateful contain multiple racial and homophobic slurs. While this allows us to easily identify some of the more egregious instances of hate speech it means that we are more likely to misclassify hate speech if it doesn't contain any curse words or offensive terms." DAVIDSON, Thomas et al. Automated Hate Speech Detection and the Problem of Offensive Language. **Proceedings of The 11th International AAAI Conference on Web and Social Media** (ICWSM-17), 2017, p. 4. Disponível em: https://arxiv.org/abs/1703.04009. Acesso 20 jan 2018.

[352] Yahoo's anti-abuse AI can hunt out even the most devious online trolls. Wired. Disponível em: http://www.wired.co.uk/article/yahoo-online-abuse-algorithm. Acesso 20 jan 2018.

[353] "Institutions simplify the decision problem for economic actors, by imposing restraints on each person's conduct which render it substantially predictable to others." MCKAAY, Ejan. History of law and economics. In: BOUCKAERT; DE GHEEST (eds.). **Encyclopedia of Law and Economics**. V. 1, 2000, p. 82.

O problema passa a ser, portanto, o custo-benefício de determinadas configurações institucionais. Ao mesmo tempo em que a restrição de determinadas condutas exige rigidez e alguma estabilidade, essa rigidez e estabilidade criam, com o tempo, um novo problema: o de adequação de determinada instituição e sua respectiva regulação a um determinado mercado[354]. Um formato de instituição com certas regras para um certo mercado pode ser a melhor solução possível para a regulação em 1960 e passar a ser a pior solução possível para esse mesmo mercado em 2000. O exemplo da proteção dos direitos autorais na internet e em redes sociais com o Youtube a partir de um marco regulatório pensado antes da disseminação desse ilustra muito bem a questão do custo-benefício da regulação e as possíveis necessidades de ajustes.

Nem todas as insuficiências que surgem em um contexto como esse, de má adequação de determinadas instituições e set de regulação em um mercado, decorrem da regulação em si. Em parte, as falhas podem ser atribuídas a um descompasso entre a crença sobre a ação humana compartilhada por aqueles que desenharam a regulação e a realidade da ação humana descoberta por estudos da antropologia e, principalmente, psicologia. Não é simples arquitetar a regulação de condutas humanas quando, ao invés de seres perfeitamente racionais, a regulação irá tratar com pessoas que exibem racionalidade condicionada, vontade condicionada e egoísmo condicionado.[355]

Sem prejuízo dessa e de outras críticas do campo de *behavioral law & economics* a tentativas tradicionais de coagir a conduta humana de maneira planejada, existem ainda problemas da regulação por entidades estatais que deram azo ao fenômeno da autorregulação. Uma explicação também tradicional para a necessidade da regulação é dada por Joseph Stiglitz: “regulation is necessary because social and private costs and benefits, and hence

---

[354] “Their virtue lies in the relative fixity they provide. But the fixity is also their weakness. At the time of its creation, an institution may be chosen so as to provide generally the best trade-off in the face of the circumstances of the moment. As circumstances change, institutions may come to represent less than optimal trade-offs and yet their fixity prevents them from being instantly adjusted. The benefit of fixity and predictability is bought at the risk of ill fit over time.” MCKAAY, op. cit., p. 83.

[355] “it is useful for purposes of behavioral law and economics analysis to view human actors as departing from traditional economic assumptions in three distinct ways: human actors exhibit bounded rationality, bounded willpower, and bounded self-interest.” JOLLS, Christine. **Behavioral law and economics**. Public Law and Legal Theory Paper no. 130, p. 10. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=959177. Acessado em: 17 nov 14.

incentives, are misaligned."[356] Daí porque qualquer sistema regulatório precisa levar três fatores em conta, segundo Stiglitz.

Primeiro, as assimetrias de informação. O regulador – o ator que desenha a regulação ou a aplica – muitas vezes tem menos informações sobre o mercado específico e seus fenômenos que os indivíduos que serão regulados. Segundo, o risco moral na atuação do regulador. Ele pode operar um sistema regulatório com objetivo escuso ou até mesmo nobre, mas que não está alinhado com o bem-estar social que tal sistema foi desenhado para buscar. Terceiro, a falibilidade do ser humano. Erros são parte natural da atuação humana e seus custos não podem ser evitados por completo, apenas minimizados[357].

Dessas três características, duas resultam justamente do fato de que o ator que regula é diferente do ator que é regulado. No contexto da autorregulação não há assimetrias de informação entre o regulador e o regulado, pois são a mesma entidade/pessoa. Tampouco há o risco de o regulado aplicar um esquema regulatório que lhe restrinja a liberdade em níveis desnecessários ou que traga vantagens injustas para o tradicional regulador (ente estatal). Bem verdade que o risco é justamente o contrário na autorregulação: restringir de menos a liberdade do regulado. Precisamente por isso o caso do mecanismo de censura de vídeos criado e mantido pelo Youtube é contraintuitivo, pois restringe mais do que o legislador ou o próprio Judiciário exigiriam.

Conforme elenca Anthony Ogus em seu seminal trabalho sobre a autorregulação, ela ocorre quando três condições são preenchidas: i) falha de mercado, ii) impossibilidade ou inadequação de instrumentos de direito privado para corrigir tal falha e iii) a autorregulação apresenta custo menor que a regulação pelo poder público para resolver tal falha[358]. Preenchidas tais condições, a autorregulação seria mais vantajosa, segundo Ogus, por pelo menos quatro motivos.

Primeiro porque os agentes da regulação (agências de autorregulação, por exemplo) detêm maior expertise sobre o mercado regulado do que o governo. Segundo, os custos de fiscalização e aplicação do marco regulatório são menores. Terceiro, ajustes de percurso ao longo do tempo são inevitáveis em qualquer sistema regulatório e afiguram-se mais fáceis e

---

[356] STIGLITZ, Joseph. Regulation and failure. *In*: MOSS, David A.; CISTERNINO, John A. **New perspectives on regulation**. Cambridge: The Tobin Project, 2009, p. 13.
[357] STIGLITZ, op. cit., p. 13.
[358] OGUS, Anthony. Rethinking self-regulation. **Oxford Journal of Legal Studies**. V. 15, 1995, p. 97.

rápidos em sistema de autorregulação. Quarto, os custos da regulação são internalizados pelos atores regulados, em vez de caberem aos cidadãos em geral[359]. Não há dúvida, portanto, que subsistam diferenças marcantes entre a regulação tradicional e a autorregulação. Estado e entes privados têm dificuldades e vantagens diferentes ao trabalharem para alcançar um mesmo objetivo. De qualquer maneira, o fenômeno da autorregulação não pode mais ser analisado sob a antiga dicotomia do público vs privado, entre outras razões porque, assim como os entes privados agem por vezes como Estado ao (auto(r)) regularem, o Estado também age por vezes como entidade privada, ainda que visando a fins de bem-estar social[360].

Os modelos de autorregulação poderiam adotar, então, três formatos.

O primeiro é do estabelecimento de agências de autorregulação. Essas agências seriam responsáveis pela criação de regras, sua aplicação e inclusive a adjudicação nos casos de controvérsias sobre a aplicação. Um exemplo desse modelo no Brasil é o CONAR – Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária.

O segundo modelo é o da negociação entre grupos. Grupos de atores privados com interesses diferenciados poderiam estabelecer contratos criando voluntariamente restrições nas condutas de parte a parte. Esse modelo pressupõe que os diferentes grupos detêm um nível mínimo de informações sobre seu mercado, que podem recorrer ao Judiciário caso a outra parte desrespeite o contrato e que conseguem alcançar um grau mínimo de organização interna que os permita agir de forma aparelhada. O exemplo comum desse modelo é o sistema de dissídios coletivos no direito trabalhista brasileiro.

O terceiro e último modelo é aquele de competição entre agências de autorregulação. Diferentes grupos de atores privados aderem a diferentes agências constituídas por eles. Sob a égide de cada uma imperam regras diferentes de restrição de conduta, às quais os membros voluntariamente aderiram. Nesse modelo a identificação ou marca de cada agência é essencial, pois permite que a pertença e submissão a determinada agência possam ser usadas como sinal de mérito do ator privado perante aqueles com os quais deseja contratar. Um exemplo são os selos de qualidade ambiental adotados por determinadas empresas no mundo

---

[359] OGUS, op. cit., p. 98.

[360] Segundo Robert Hockett e Saule Omarova, há pelo menos 4 tipos de atuação em papel de agente privado por parte do Estado: como formador de mercado, como influenciador de mercado, como ampliador de mercado e como preservador de mercado. Ver HOCKETT, Robert; OMAROVA, Saule. “Private” means to “public” ends: Governments as market actors. Cornell Law School research paper no. 13-84, p. 5. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=2222444. Acessado em: 17 nov 14.

inteiro, especialmente aquelas cuja matéria prima é normalmente extraída diretamente da natureza. Ao ostentar o selo do FSC – Forest Stewardship Council uma empresa sinaliza a seus potenciais consumidores que adotou um conjunto de restrições à sua conduta que é diferente – e supostamente melhor.

Mas nenhum desses modelos abrange ou sequer explica o que aconteceu com Maria e o uso do Content ID pelo Youtube. Nenhum desses modelos abrange a regulação do discurso de ódio ou abuso em posts de rede social por meio de algoritmos. Há várias razões para isso. A primeira delas é que o Youtube está restringindo a sua conduta – censurando parte dos vídeos que são tão valiosos para sua plataforma e seu serviço – mas também a dos usuários. O Youtube não aderiu a uma agência de autorregulação e nem ostenta o Content ID como marca de um coletivo de atores privados que desejam se autorregular. O Content ID é tecnologia própria. Maria não faz parte de um grupo de atores privados que negociou com o grupo do qual o Youtube faça parte para então aderir a regras que restringem a conduta dela, Maria.

Esse aparente paradoxo revela uma inovação central: os usuários são regulados porque são aqueles responsáveis pela produção do conteúdo que é consumido no portal. O Youtube não produz nenhum vídeo. O Facebook não escreve posts. O Instagram não tem uma equipe de fotógrafos própria. Os verbetes da Wikipedia consumidos por milhões de internautas foram produzidos por eles mesmos. O valor do serviço do Google está em apontar páginas produzidas por terceiros. Nesses ecossistemas, o usuário é, ao mesmo tempo, consumidor e produtor dos bens informacionais hospedados, catalogados, organizados, destacados e, eventualmente, filtrados, pela plataforma.

O consumidor nesse contexto é servido por dois entes com papeis distintos, porém umbilicalmente interativos: a plataforma e o usuário. Nesse capítulo enfrento a novidade representada pelo fato de que o consumidor é também produtor do bem ou serviço. Mas há outra característica desse cenário que foge dos conceitos existentes de autorregulação: o usuário-consumidor é também regulador quando participa do processo de definição das regras a serem seguidas – como determinar se discurso de ódio é ou não aceito na plataforma, por exemplo – da aplicação delas aos casos concretos – ao tomar decisões sobre se posts, fotos e vídeos específicos constituem ou não discurso de ódio – e, por fim, da execução das decisões tomadas – ao apertar o botão que demove, remove ou marca como ilegal um determinado

conteúdo. O papel dos usuários nesse contexto inédito de autorregulação será descrito no próximo capítulo.

Outro elemento inovador, central para esse modelo, é o caráter do *enforcement.* Maria não tinha qualquer chance de desrespeitar a regra criada e aplicada pelo Youtube. Ela sempre terá seu upload submetido ao software do Content ID e suas composições sempre serão censuradas quando incluírem elementos de músicas ou vídeos sobre os quais existem direitos autorais oponíveis. Maria não tem a opção de violar a regra da autorregulação e ser posteriormente punida. Não há necessidade de procedimento de adjudicação sobre o upload de vídeo que desrespeitou o mecanismo do Content ID. Não há previsão de punição para uma conduta impossível como essa.

Compreender o significado da maneira como a tecnologia opera nesse contexto exige aceitar que o direito e o mercado não são as únicas formas de restringir condutas humanas. Conforme Lawrence Lessig explicou em um clássico trabalho da década de 1990, existem quatro formas[361]. O direito é a mais óbvia, operando as restrições por meio de regras. Porque são passíveis de descumprimento, é necessário determinar e aplicar punições para a não-observância dessas regras. O mercado também restringe condutas: embora o direito não proíba, um professor de ensino fundamental não pode comprar uma cobertura no bairro do Leblon. As leis da natureza também limitam o que podemos fazer. Nenhum ser humano consegue voar em razão da gravidade. Tampouco há necessidade de processos de adjudicação para controvérsias acerca do descumprimento da lei da gravidade, pois não existe a possibilidade de desrespeitá-la.

A quarta forma de regulação elencada por Lessig é similar às leis da natureza nesse sentido. Mas, ao invés das leis do mundo natural, trata-se das leis do mundo virtual. É inegável que uma regulação foi viabilizada ao passar do tempo pelas modificações na estrutura física e programática da internet. Lessig defende que esse plano técnico, que ele denomina simplesmente de “código”, configurado por engenheiros, é exatamente uma forma de regulação, tanto quanto a lei. A arquitetura do mundo virtual restringe o que podemos ou não fazer.

Por um lado, isso garante um controle *ex ante* do respeito às normas, na medida em que a forma como é desenhado o código define o que o indivíduo consegue faticamente fazer,

---

[361] LESSIG, Lawrence. The new Chicago school. **The Journal of Legal Studies**. V. 27, n. 2. Junho, 1998.

e não o que ele deve ou não fazer, juridicamente[362]. Mas o aumento do controle pelo Estado implica um afastamento de formas democráticas de normatização. Lessig alerta, portanto, para a possibilidade de o código ser usado como forma de regulação opressiva pelo Estado, hipótese que sugere uma preocupação ainda maior com uma co-participação e liderança de atores da sociedade civil, ao menos em algumas das camadas regulatórias[363]. A autorregulação é justamente uma dessas camadas.

Tim Wu trata da força do código sob uma perspectiva diferente, reconhecendo a função apontada por Lessig, mas apontando ainda outra, que de certa forma se opõe à garantia de cumprimento da regulação (ou autorregulação). Para Wu o código é também uma ferramenta antirregulatória que pode ser usada por determinados grupos para diminuir o custo do cumprimento da lei, gerando a obtenção de uma vantagem[364]. Os grupos que não desejam cumprir a lei têm duas opções: mudá-la ou evitá-la. A primeira opção é política e requer grande capacidade de organização e, principalmente, poder econômico para o lobby necessário a obter uma mudança da lei. Já aqueles que não têm o poder econômico ou a capacidade de organização utilizam mecanismos para evitar o cumprimento da lei. Nesse contexto "evitar o cumprimento da lei" significa contornar o respeito a uma lei do direito por meio de mudanças no código. Mas é crucial ressaltar que, enquanto as leis jurídicas podem ser violadas sem que tenham sido modificadas, as leis do código e da arquitetura da rede somente podem ser alteradas, mas nunca descumpridas sem alteração[365].

É evidente que o número de pessoas capazes de alterar o código clandestinamente para "descumpri-lo" é muito inferior ao número de pessoas capazes (ainda que não tenham o intuito de) descumprir as leis jurídicas. Essa assimetria traz maior complexidade a esse contexto de regulação pelo código. Mas as alterações não-clandestinas das regras do código são ainda mais decisivas nesse panorama.

---

362 "Regulation in cyberspace is, or can be, different. If the regulator wants to induce a certain behavior, she need not threaten, or cajole, to inspire the change. She need only change the code-the software that defines the terms upon which the individual gains access to the system, or uses assets on the system". LESSIG, The zones of cyberspace, op. cit., p. 1407.

363 "If cyberspace were to become this perfect technology of technology *and* democracy, then there would be little reason to worry. But a perfect technology of control does not entail a perfect technology of justice, and it is this that commends a continued check.", LESSIG, op. cit., p. 1411.

364 WU, When code isn't law, op. cit., p. 682.

365 LESSIG, Lawrence. **Code**. Version 2.0. New York: Basic Books, 2006, p. 7.

Apenas o Estado produz e modifica leis jurídicas. As leis do mundo natural sequer são passíveis de mudança. Mas as leis da arquitetura da internet e seus sub-espaços – como as redes sociais – são criadas e modificadas muitas vezes unilateralmente por grupos privados ou empresas como o Google. Ao criar e aplicar o Content ID a empresa afetou de maneira profunda a conduta de pessoas no que tange à produção de composições artísticas e remixagens. E esse algoritmo tem impacto infinitamente maior na proteção dos interesses de músicos que qualquer dispositivo da lei de direitos autorais.

Aqui, é possível perceber o peso da atuação na internet de entes privados – grandes empresas ou usuários – sobre o exercício de direitos fundamentais como a liberdade de expressão, o acesso à informação, a privacidade, a propriedade, o exercício de atividade econômica e assim por diante. É dizer, nesse campo de autorregulação intermediada pelo código a questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais adquire importância central. Isso resta evidente quando nos deparamos com questionamentos como: o Youtube violou a liberdade de expressão de Maria ao censurar de forma automática e voluntária sua expressão artística? O Youtube violaria o direito à propriedade (intelectual) dos músicos caso tornasse o Content ID optativo para os usuários que realizam upload de vídeos? O Content ID conforme aplicado atualmente constitui violação do direito de acesso à informação de terceiros que restam impossibilitados de assistir à montagem de Maria?

Conforme já indiquei na primeira parte da tese, não acredito que o campo mais relevante de disputa da liberdade de expressão, honra e imagem, ou mesmo de coibição do discurso de ódio, seja, no futuro, a moderação do conteúdo pelo Judiciário. Tanto sob o ponto de vista do volume de manifestações avaliadas, quanto sob o aspecto da complexidade jurídica, o futuro está na regulação. Quando essa regulação se dá pelo código envolvendo conteúdo produzido pelos próprios consumidores, o paradigma de autorregulação precisa ser revisto. Muitos dos problemas da filtragem pelo algoritmo foram já discutidos no primeiro capítulo da tese. Qual o papel do direito constitucional nesse contexto novo? Mais especificamente: há balizas para a regulação empreendida pelas redes sociais quando impinge na liberdade de expressão?

A parte da teoria dos direitos fundamentais que trata da eficácia nas relações entre particulares tem sido objeto de boa e razoavelmente volumosa produção doutrinária no Brasil recentemente. A temática é tratada por influência imediata de autores constitucionais e

privatistas portugueses e mediatamente impressionada pelas teorias alemãs[366]. O que importa é que os direitos fundamentais não podem ser considerados como assunto estranho às relações entre particulares. Ao menos isso já nos separa do lugar-comum no direito norte-americano. Até mesmo nos Estados Unidos a doutrina da *state action* já está sofrendo revisão[367]. Preferimos aqui enfatizar não tanto o fato de que há uma eficácia – que pode por vezes ser direta, quanto ao fato de que é absolutamente imprescindível a determinação de critérios que auxiliem a identificação dos casos nos quais essa eficácia é direta.

Dessa maneira, ainda que se propugne, no direito brasileiro, uma eficácia *prima facie* direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares – o que jogaria luzes peculiares sobre o problema da autorregulação praticada por redes sociais como o Youtube – parece-nos mais adequado enfatizar a convivência dialógica da eficácia direta e da eficácia indireta – conforme defende Ingo Wolfgang Sarlet[368] – e, no caso da eficácia indireta, mormente por meio da teoria dos deveres de proteção, anteriormente abordada. Alinho-me com o autor, que sustenta a identificação de critérios para viabilizar a implementação da tese da eficácia direta[369].

Daniel Sarmento possui entendimento diferente em relação à preponderância da eficácia indireta ou direta, mas igualmente defende critérios para aplicação da eficácia direta ao caso concreto. São critérios especialmente úteis no campo da moderação da liberdade de expressão por plataformas privadas. Primeiro, a desigualdade material, expressada nesse contexto pela diferença de poder entre, por exemplo, o Facebook e um usuário isolado. Para Sarmento:

---

366 PINTO, Paulo Mota. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado português. In: SARLET, Ingo; NEUNER, Jörg; MONTEIRO, António Pinto. **Direitos fundamentais e direito privado**. Uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Almedia, 2007; CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2003; e ainda, ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987, p. 245 e ss.; CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1253 e ss. e SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais**, 6ª ed, op. cit., p. 398 e ss.

367 Pondo em evidência as insuficiências dessa doutrina, como, por exemplo, o fato de que ela é contra o reconhecimento da vinculação de particulares aos direitos fundamentais não porque não há qualquer base para isso na Constituição norte-americana, mas sim para evitar a construção dessas posições pelo Poder Judiciário, TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights**: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law. Princeton: Princeton University Press, 2007.

368 SARLET, Ingo Wolfgang. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro. *In*: SARLET, Ingo; NEUNER, Jörg; MONTEIRO, António Pinto. **Direitos fundamentais e direito privado**. Uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Almedina, 2007, p. 144.

369 SARLET, A influência dos direitos fundamentais, op. cit., p. 134.

> "um dos papéis essenciais dos direitos fundamentais é a proteção da pessoa humana contra o poder. Por isso, como já destacado antes, uma das razões para a extensão destes direitos às relações entre particulares é exatamente a constatação empírica de que, na sociedade contemporânea, existem inúmeros outros pólos de poder além do Estado, que podem oprimir o indivíduo."[370]

Existem diversas áreas nas quais o reconhecimento da vinculação de plataformas privadas online aos direitos fundamentais orienta escolhas legislativas, por meio da eficácia indireta, e opções pontuais ou decisões judiciais, por meio da eficácia direta. Entre essas, aquela com maior impacto social é certamente a responsabilidade civil dos intermediários na internet. A assimetria de poder entre o usuário isolado e a empresa que remove seu post, muitas vezes sem grandes esclarecimentos, mostra o caráter quase estatal da censura, o que exige reconhecer que as plataformas de conteúdo oferecem hoje maior risco de silenciamento sistemático do que as autoridades públicas.

A responsabilidade civil de intermediários online é um campo específico no qual existe já significativa produção acadêmica e jurisprudencial. Não pretendo aqui discorrer sobre os méritos das opções disponíveis ao legislador ou, diante do vácuo legislativo (existente durante muito tempo no Brasil), aos tribunais. Como já mencionei na primeira parte da tese, o STF reconheceu a repercussão geral da matéria e, posteriormente o Marco Civil da Internet adotou a regra da responsabilidade após notificação judicial. Importa apenas observar que essa foi uma boa escolha para o país[371], pois constitui um balanceamento muito melhor da vinculação de empresas privadas que hospedam conteúdo aos direitos fundamentais à liberdade de expressão – de quem postou – e privacidade, honra ou imagem – de quem se sentiu lesado. A regra da responsabilidade após notificação extrajudicial estabelecida pelo legislador norte-americano no contexto da proteção da propriedade intelectual acabou criando incentivos para a censura excessiva por parte das plataformas como forma de reduzir o risco do dever de indenizar[372].

---

[370] SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 264.

[371] "The 'notice and take-down' system, however, is flawed because it allows arbitrary removal of content based on a simple complaint made by the interested person, without the necessary due process of law. Furthermore, it is a system that condones censorship, temporary or permanent, or else intimidates or restricts freedom of expression." MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Secondary Liability of Service Providers in Brazil: The Effect of the Civil Rights Framework. *in* DINWOODIE, Graeme B. (ed.). **Secondary Liability of Internet Service Providers.** Cham: Springer, 2017, p. 179.

[372] Citando diversos estuos de casos e levantamentos, ver SELTZER, Wendy. Free Speech Unmoored in Copyright's Safe Harbor: Chilling Effects of The DMCA on The First Amendment. **Harvard Journal of Law and Technology**. N. 24, 2010, p. 171. A autora alerta para um cenário ainda pior no caso da adoção da

O segundo critério arrolado por Sarmento é a natureza do direito fundamental das partes privadas em cada polo. Isso porque "a tutela da autonomia privada no que se refere ao que chamamos de questões existenciais é muito mais intensa do que a conferida às decisões de caráter econômico-patrimonial."[373] Ou seja, é preciso dar maior peso à liberdade de expressão do usuário, direito da personalidade, que aos interesses econômicos da plataforma na manutenção de seus anunciantes.

Terceiro, a eficácia direta deve respeitar a diversidade política e cultural e não pode resultar em imposições que nivelem por baixo a heterogeneidade de valores, crenças e pontos de vista. As políticas de conduta ou termos de uso de redes sociais frequentemente impõem limitações homogeneizadoras e puritanas em uma aparente busca utópica por um ambiente asséptico no qual ninguém se choca com a diferença do próximo – porque ela é apagada. Um exemplo ilustrativo é a suspensão de usuários do Facebook por terem compartilhado de fotos de aborígenes seminus. As fotos não se adequavam os padrões de decência e, portanto, violavam os standards da comunidade da rede social[374]. Nesse contexto a lição de Sarmento tem aplicação especialmente pertinente. Anos antes da popularização das redes sociais, já havia o autor afirmado que

> "[a] incidência dos direitos fundamentais no campo privado deve respeitar o pluralismo social, abstendo-se de impor padrões homogêneos e 'politicamente corretos' de conduta para as pessoas e entidades intermediárias da sociedade civil, o que atropelaria as respectivas identidades culturais."[375]

Nessa linha, também aciona a possibilidade do reconhecimento de eficácia entre privados a heteronormatividade que ancora muitas políticas e decisões pontuais de plataformas online ao buscar produzir um ambiente "familiar". O Facebook já incorreu no erro diversas vezes[376]. Essa prática mostra a necessidade de reconhecer a vinculação das

---

responsabilidade relativa do intermediário: "Moreover, the chilling effect analysis indicates that over-deterrence is a problem deeper than the DMCA notice-and-takedown regime; it is a problem endemic to copyright law and its secondary liabilities. As copyright expands in scope, time, and breadth, its erroneous application and the chill of secondary liability assume greater significance.", p. 227.

[373] SARMENTO, **Direitos fundamentais e relações privadas**, op. cit., p. 267.

[374] Facebook's censorship of Aboriginal bodies raises troubling ideas of 'decency'. The Guardian. Disponível em: https://www.theguardian.com/technology/2016/mar/23/facebook-censorship-topless-aboriginal-women. Acesso 19 jan 2018.

[375] SARMENTO, Direitos fundamentais..., op. cit., p. 329.

[376] Por exemplo, em 2011 (Facebook Apologizes For Censoring Gay Kiss Photo. Huffpost. Disponível em: http://www.huffpostbrasil.com/entry/facebook-gay-kiss_n_850941. Acesso 31 jan 2018) e novamente em 2013, quando a foto constava da página do maior jornal brasileiro (Facebook Deletes Folha's Post on Gay 'Kiss-in'. Disponível em:

plataformas privadas não apenas ao direito de igualdade, no sentido de barrar discriminações, mas também à liberdade de expressão. A Constituição brasileira, portanto, impõe limites à censura praticada por redes sociais de manifestações de seus membros.

Um quarto critério é "a proximidade da relação jurídica entre particulares da esfera pública" conforme sugerido por Jane Reis[377]. Nesse caso, a ligação profunda entre a prática democrática e o exercício da liberdade de expressão em uma comunidade torna a questão peculiarmente central à esfera pública e, portanto, tende a autorizar o reconhecimento da vinculação dos gestores das plataformas privadas ao direito fundamental de liberdade de expressão.

A aplicação da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares apenas no âmbito da defesa da dignidade da pessoa humana, conforme sustenta, na Alemanha, Jörg Neuner[378], parece-nos um bom exemplo de uma convivência dialógica entre a eficácia indireta e direta, mesmo que as diferenças entre aquele sistema constitucional e o nosso não permitam uma transposição tão simples dessa concepção. Aqui é relevante a conexão entre, de um lado, o caráter definidor da identidade individual que possuem a liberdade de expressão, a imagem e a privacidade, todos ligados à questão do discurso do ódio e, de outro lado, a dignidade.

Mas é preciso compreender os papeis desempenhados pelo Estado e pelos diferentes atores privados na internet. Lessig aponta que a concepção da Internet se deu por engenheiros e acadêmicos avessos ao controle, e circunscrita ao objetivo do exército de criar uma rede descentralizada. Sua configuração, seu código, como resultado disso, foi estruturado de maneira que resultou no ambiente livre e democrático dos primeiros anos da popularização da *World Wide Web*. No entanto, a partir do momento que o interesse comercial de grandes empresas entrou na equação, o código passa a ser alterado para permitir certo privilegiamento de determinados entes com mais recursos financeiros.

---

http://www1.folha.uol.com.br/internacional/en/brazil/2013/07/1315835-facebook-deletes-folhas-post-on-gay-kiss-in.shtml. Acesso 31 jan 2018.)

[377] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. *in* BARROSO, Luís Roberto (org). **A nova interpretação constitucional**. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 188.

[378] NEUNER, Jörg. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado alemão. *In*: SARLET, Ingo; NEUNER, Jörg; MONTEIRO, António Pinto. **Direitos fundamentais e direito privado**. Uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Almedina, 2007, p. 235.

A relação desse temor com a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares está em que por vezes o Estado incentiva, pressiona ou até força as empresas de telecomunicações, provedoras de acesso, fornecedoras de conteúdo, a realizarem essas modificações no código, sendo o Poder Público apenas mediatamente o violador da liberdade de acesso. Em outros casos empresas detentoras de direitos autorais pressionam redes sociais como o Youtube a adotar regras na sua arquitetura que protejam a propriedade intelectual ainda que ao custo de toda e qualquer liberdade de expressão.

Tendo em vista a complexidade dos problemas associados às iniciativas de autorregulação na internet, é preciso repensar o tipo de eficácia a ser aplicado para as relações entre particulares nesse contexto. Vagias Karavas traz contribuições arrojadas, enumerando vários sistemas novos de eficácia de direitos fundamentais na sociedade-rede. Para o autor, mesmo a teoria dos deveres de proteção de Claus-Wilhelm Canaris resultaria em uma proteção estatal por meio da proibição de excesso e proibição de insuficiência que traria a falha de contemplar o indivíduo apenas como objeto de uma política de proteção pública e não como um responsável coautor do Direito ou como um solucionador de problemas[379]. Conforme já apontei, Maria deve ser vista como agente definidor de regras perante o Youtube tanto quanto o reverso.

Karavas menciona as proposições de três teóricos. A primeira é a de uma "polyarquia", oferecida por Oliver Gestemberg: um novo entendimento da democracia. A produção de normas é feita de maneira autônoma e não por instâncias superiores ou através da delegação de competências. Os direitos fundamentais, graças à proteção do Judiciário, desempenham o papel de garantidores das chances de participação nesse processo de produção privada do Direito. A segunda, oferecida por Karl-Heinz Ladeur, condiciona uma atuação judicial possivelmente mais ampla que na polyarquia ao respeito à racionalidade própria dos particulares, em uma conciliação entre as necessidades da comunicação e a autorregulação da sociedade privada[380]. A terceira proposição, feita por Gunther Teubner, é a

---

379 KARAVAS, Vagias. **Digitale Grundrechte**. Elemente einer Verfassung des Informationsflusses im Internet. Baden-Baden: Nomos, 2007, p. 80.

380 "Als Netzwerk sollten in einer rechts- und sozialwissenschaftlichen Perspektive primär nicht-hierarchische Beziehungen zwischen privaten oder öffentlichen Akteuren, Ressourcen und Entscheidungen verstanden werden, deren Selbstkoordination emergente, nicht unabhängig von Prozess ihrer Hervorbringung denkbare Regeln, Handlungsmuster und Erwartungen erzeugen kann." LADEUR, Karl-Heinz. Der Staat der „Gesellschaft der Netzwerke". Zur Notwendigkeit der Fortentwicklung des Paradigmas des „Gewährleistungsstaates". **Der Staat**. 2, 2009, p. 175. Para o autor, o Estado pode, assim, "durch strategische Intervention, als Moderator oder

compreensão dos direitos fundamentais, também no âmbito privado, como não apenas direitos subjetivos, mas garantias institucionais de pluralidade de discurso na sociedade, como asseguradores da riqueza estrutural da sociedade, a partir da constatação de que a produção normativa por uma autoridade não é capaz de solucionar os conflitos da sociedade.

Pertinente nessa linha também o alerta de Thomas Vesting de que o Tribunal Constitucional Alemão ainda não sabe como reagir a um sistema de telecomunicações que não tem o Estado como centro supremo, mas sim reflete um novo modelo de sociedade acêntrica. O Tribunal deveria então concentrar-se apenas em dar suporte e estabilização aos processos de auto-organização e autorregulação, mesmo que isso implique correção de certas falhas[381]. No campo da liberdade de expressão, Jack Balkin vê a questão de maneira semelhante. Para ele

> "The model of judicial protection of individual rights remains crucially important in the digital age. But it will not be able to protect freedom of speech fully. (…) A healthy and well-functioning system of free expression depends on technologies of communication and a public ready and able to use those technologies to participate in the growth and development of culture"[382].

Apesar de algumas insuficiências das teorias clássicas de eficácia entre particulares, no contexto do cyberespaço, apontadas por Karavas e outros autores, parece-nos ser o melhor caminho no momento o uso concomitante, na esteira de uma convivência dialógica há pouco defendida, da eficácia indireta como regra e da eficácia direta em casos específicos. Ou seja, aplica-se a teoria dos deveres de proteção de Canaris[383], sendo função do legislador produzir as determinações normativas específicas para garantir a proteção necessária dos direitos fundamentais dos autorreguladores e daqueles sujeitos aos efeitos dessa autorregulação, respeitando os limites da proibição de proteção excessiva e proibição de proteção insuficiente [384]. Por outro lado, em algumas das situações acima apresentadas, é salutar a aplicação da eficácia direta na medida em que determinados entes (como o Youtube) restam em posição

---

‚*knowledge-broker*' den Varietätspool den Relationierungsmöglichkeiten erweitern und damit die ‚Kollektive Intelligenz' von Netzwerken steigern – ohne genau zu wissen, was am Ende herauskommen wird.", p. 176.

[381] VESTING, Zur Entwicklung einer „Informationsordnung", op. cit., pp. 239-240.

[382] BALKIN, Digital speech and democratic culture, op. cit., pp. 51-52.

[383] CANARIS, op. cit., p. 56 e ss.

[384] Sobre tais limites, ver SARLET, Ingo W.. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.** n.81, p.325-386, 2005.

assimétrica na relação com internautas (como Maria), dando azo a abusos violadores do núcleo essencial de direitos como a liberdade de expressão. Essa argumentação, sustentada pela proposição de solução diferenciadora de J. J. Gomes Canotilho[385], deve levar em conta, todavia, que as relações de dominância verificáveis na sociedade – que serviriam de base para uma aplicação diferenciada da eficácia entre os diferentes entes privados – não se transpõem imutadas para a sociedade-rede. Isso não significa que não haja assimetria e, acima de tudo, que o núcleo essencial de determinados direitos fundamentais não reste por vezes ameaçado.

O que proponho aqui não é a revisão judicial de cada post, foto ou vídeo em redes sociais. Essa tarefa imediata de moderação está sendo e deve continuar sendo feita por entes privados em um contexto de autorregulação, especialmente como uma maneira de garantir maior autonomia da liberdade de expressão em face do Estado[386].

A eficácia entre entes privados apenas aponta que empresas como o Facebook não têm inteira liberdade na elaboração e aplicação – seja pelo código, seja pela governança humana – de regras que restringem a liberdade individual de expressão de seus usuários. Há limites e eles podem ser esporadicamente reconhecidos por decisões judiciais que possam servir de paradigma para a moderação generalizada. O Judiciário tem assim um papel essencial de apontar ajustes necessários em sistema privados de regulação da manifestação de opinião, mas não tem condições fáticas e nem é conveniente, inclusive pelas razões que listei na primeira parte da tese, de realizar ele mesmo a ponderação em cada caso isolado.

2.2.1.3 Elementos da autorregulação pelo código e a influência do direito

A história de Maria se repete com outros usuários de outros produtos e serviços em plataformas virtuais. João compra um iPhone no Brasil e paga o valor mais alto do mundo[387]. Mas está satisfeito com o aparelho e acredita que o investimento é justo para ser o proprietário de um *gadget* de última geração. Após algumas semanas, no entanto, descobre que não pode instalar o que bem entender no seu iPhone. Apenas os aplicativos autorizados pela fabricante

---

[385] CANOTILHO, **Direito constitucional e teoria da constituição**, op. cit., p. 1253 e ss.

[386] BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia. Ordenação. Regulação**. Transformações Político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 310.

[387] Brasil tem o iPhone X mais caro do mundo; veja preços em 33 países. Infomoney. Disponível em: http://www.infomoney.com.br/minhas-financas/gadgets/noticia/7057880/brasil-tem-iphone-mais-caro-mundo-veja-precos-paises. Acesso 20 jan 2018.

do aparelho são disponibilizados na plataforma que João acessa para buscar aplicativos, a *App Store*. É simplesmente impossível colocar um aplicativo nessa loja sem que tenha passado pelo crivo da Apple. Não há qualquer penalidade prevista para lançar aplicativos na App Store de maneira clandestina ou sem autorização porque isso simplesmente não é possível. Apesar de ser proprietário do telefone, João não tem o direito de escolher o que instalar nele. Apenas a Apple tem essa prerrogativa. Ela é usada em tese para combater riscos de segurança, vetando aplicativos maliciosos. Mas acaba sendo usada para restringir a liberdade de expressão[388] e mesmo o livre exercício de atividade econômica por empresas concorrentes[389].

Para se ver livre da regulação de aplicativos praticada pela Apple, João tem apenas uma saída: alterar o código. Esse mecanismo de autorregulação por meio da mudança da arquitetura não permite o descumprimento sem a alteração das regras, como ocorre com as regras jurídicas. A prática de alterar o código do iPhone para garantir o total acesso a qualquer aplicativo que se deseje é conhecida como *jailbreak* – fuga da prisão. É interessante notar que o usuário que deseja ter controle total sobre o aparelho pelo qual pagou alguns milhares de reais é obrigado a recorrer a uma prática que o iguala a um apenado escapando da prisão. Mas o desincentivo não está apenas no simbolismo do nome: a Apple retira a garantia dos aparelhos que tenham sido desbloqueados pelo *jailbreak*[390].

No exemplo de João e as restrições que ele sofre pela ação da Apple cabe também entender porque se fala de autorregulação por parte da empresa. A Apple tem na App Store um dos principais segredos do sucesso comercial do iPhone. Em tese, qualquer desenvolvedor de software pode criar um aplicativo para iPhone e disponibilizá-lo na App Store. A diversidade, quantidade e qualidade do repositório de aplicativos é um critério determinante na escolha entre smartphones ou tablets de marcas e sistemas operacionais diferentes. Ter mais aplicativos diversificados em sua App Store significa para a Apple uma vantagem competitiva sobre o Google.

---

[388] Há diversos casos de jogos ou aplicativos com mensagens de fundo político que foram banidos da App Store. Um exemplo é o jogo que simula uma fábrica com trabalhadores explorados pelo patrão. http://www.cnet.com/news/game-maker-apple-banned-our-sweatshop-ipad-game/

[389] O caso paradigmático foi o bloqueio do aplicativo Google Voice, da grande concorrente da Apple, que teria funcionalidades parecidas com aplicativos da fabricante do iPhone e constituiria, portanto, ameaça à sua atuação no mercado de aplicativos. http://www.cnet.com/news/apple-blocks-google-voice-app-for-iphone/

[390] https://macmagazine.com.br/2013/02/10/artigo-de-leitor-uma-analise-juridica-sobre-jailbreak/

Assim como o Youtube se beneficia do *network effect* quando mais usuários postam vídeos e remixagens no site, também a Apple se beneficia da App Store quando mais desenvolvedores criam e disponibilizam mais aplicativos na plataforma. Restringir o número de aplicativos por meio da censura, portanto, é uma autorregulação voluntária. Isso não significa que a Apple não tenha qualquer incentivo para filtrar os aplicativos da App Store. Ela tem o mesmo incentivo de qualquer ator privado na autorregulação: buscar corrigir uma falha de mercado. Nesse caso, a falha é a existência de aplicativos que podem fraudar usuários, danificar ou prejudicar o bom funcionamento dos iPhones. Há também a necessidade de proteger a propriedade intelectual de terceiros, que seria violada caso aplicativos piratas fossem colocados à venda na App Store.

Esses exemplos ilustram escolhas similares feitas pelas plataformas em relação à liberdade de expressão. O conteúdo produzido por terceiros e disseminado é central à proposta de valor das empresas de redes sociais, hospedagem e buscadores. A manifestação é um bem de consumo. A empresa que administra a plataforma pretende impulsionar a atividade de produção por parte dos próprios usuários, alavancando a noção de que todos estão contribuindo para um bem comum ao postarem novos comentários, vídeos ou aplicativos. Existe aí uma influência do fenômeno da economia do compartilhamento, ou *sharing economy*, que corre em paralelo a essa autorregulação pelo código. Por outro, alguns tipos de manifestação podem diminuir a utilidade da plataforma para os próprios usuários. Elemento relacionado a essa participação ativa do usuário é a dinâmica entre a autorregulação e a necessidade de evitar a responsabilidade civil por conteúdo produzido e tornado disponível por terceiros. Tratarei disso no próximo capítulo, com especial ênfase ao papel dos usuários nessa dinâmica.

Outro aspecto relevante da autorregulação pelo código é a necessidade de configuração precisa nos mecanismos de restrição de conduta. A empresa precisa tomar cuidado para não desenhar as regras de filtragem da arquitetura de modo a produzir ou reiterar discriminação proibida. No caso do Content ID, os detentores de direitos sobre as músicas ou vídeos colocam seu material no banco de dados que será usado para a verificação de cada vídeo enviado ao Youtube e decidem o que deve acontecer quando houver uma identificação positiva. A regra mais comum é que o usuário não consegue colocar o vídeo no ar. Mas seriam possíveis outras regras.

Imaginemos que o detentor dos direitos sobre a música “Shot me down” de David Guetta e Skylar Grey determinasse que ela pode ser usada em remixagens postadas por usuários de qualquer lugar do Brasil, com exceção daqueles moradores das regiões Norte e Nordeste. A empresa está preocupada com a onda de discriminação surgida após o segundo turno das eleições presidenciais no país e não quer permitir que a imagem de seus músicos seja associada a pessoas que seus consumidores das regiões Sul e Sudeste parecem repudiar. Essa regra é perfeitamente viável. O Content ID sabe a localização geográfica do usuário que está fazendo upload do vídeo e poderia vetar o vídeo de formatura postado por Maria se ela estivesse em Teresina ou autorizá-lo se ela estivesse em Blumenau. Essa regra é estapafúrdia pela discriminação que aplica, mas o ponto aqui é ilustrar o alcance do grau de controle eficaz permitido pela regulação por via do código.

Qual o risco de um algoritmo discriminador no mecanismo de autorregulação do exemplo dado? A jurisprudência norte-americana já enfrentou essa questão. Dois casos que alcançaram as cortes de apelação da justiça federal norte-americana mostram que a distinção entre um mecanismo de autorregulação legal e um ilegal é operacionalizável, mas está longe de constituir uma regra clara. Essa situação é propícia para a interpretação caso-a-caso e, portanto, mantém sempre presente a possibilidade de o intermediário ser condenado. No caso Fair Housing Council of San Fernando Valley vs Roommates.com, LLC, 521 F.3d 1157 (9th Cir. 2008) o gestor de um site que serve como ponto de encontro para pessoas procurando alguém para compartilhar apartamentos foi considerado responsável por violação do *Fair Housing*[391]. Os usuários que quisessem participar da plataforma eram forçados a preencher um perfil que pedia informações sobre gênero, orientação sexual e número de crianças, entre outras informações. Isso porque o mecanismo de busca do site continha alternativas de filtragem que empregavam tais critérios. Para determinar se o Roommates.com era um serviço de computador interativo (e, portanto, imune à responsabilidade jurídica) ou um provedor de conteúdo (responsável), o tribunal averiguou se o administrador havia agido como co-desenvolvedor e se teria induzido os usuários à conduta discriminatória[392]. Ambas

[391] Trata-se de lei federal norte-americana que proíbe a discriminação de pessoas no mercado de imóveis em função de determinadas características, como a raça.

[392] “CDA does not grant immunity for inducing third parties to express illegal preferences. Roommate's own acts--posting the questionnaire and requiring answers to it--are entirely its doing and thus section 230 of the CDA does not apply to them. Roommate is entitled to no immunity.” Fair Housing Council of San Fernando Valley v. Roommates.com, LLC, 521 F.3d, p. 1165. Em seu voto, o juiz Kozinski também afirmou que “reading

perguntas foram respondidas positivamente nesse caso, tornando o Roommates.com responsável.

Mas o resultado foi diferente em Chicago Lawyers' Committee For Civil Rights Under Law, Inc. vs Craigslist, Inc., 519 F.3d 666 (7th Cir., 2008). O *Craigslist* (uma espécie de MercadoLivre norte-americano, especialmente para contratação de serviços) foi acusado com base no mesmo dispositivo do *Fair Housing Act*, sob alegação de que era responsável por anúncios de moradia discriminatórios postados por seus usuários. A corte, entretanto, garantiu a imunidade do site por entender que os administradores não haviam de qualquer maneira induzido os usuários a disseminar tais anúncios – não havia campos de preenchimento obrigatório a constituir pré-condição para o uso da plataforma[393].

Esses casos servem como ilustração do grau de ingerência estatal adequado à natural e eficiente dinâmica existente em plataformas de conteúdo, onde tanto a empresa gestora, por meio especialmente do código, quanto os usuários, desempenham papel central de regulação do conteúdo. O fundamento da decisão sobre o caso Craigslist não está ligada a uma análise pontual do mérito de um post ou vídeo compartilhado por um usuário. Em vez disso, ela foca as características estruturais e procedimentais da interação entre usuários no site, fazendo um juízo de valor sobre a escolha da arquitetura do sistema. Essa escolha é neutra em relação aos anúncios – que, inclusive, poderiam ser discriminatórios. Muitas decisões judiciais sobre redes sociais no Brasil hoje focam apenas a manifestação que gerou descontentamento da parte autora da ação e subestimam a delicadeza do equilíbrio buscado pelas plataformas ao realizar escolhas sobre a arquitetura da comunicação entre os internautas. Essas escolhas resultam de reiterada calibragem de detalhes aparentemente triviais como a posição do botão

---

the exception for co-developers as applying only to content that originates entirely with the website--as the dissent would seem to suggest--ignores the words 'development . . . in part' in the statutory passage 'creation or development in whole or in part.' 47 U.S.C. § 230(f)(3) (emphasis added). We believe that both the immunity for passive conduits and the exception for co-developers must be given their proper scope and, to that end, we interpret the term 'development' as referring not merely to augmenting the content generally, but to materially contributing to its alleged unlawfulness. In other words, a website helps to develop unlawful content, and thus falls within the exception to section 230, if it contributes materially to the alleged illegality of the conduct.", pp. 1167-1168.

[393] Nesse sentido, o tribunal considerou que o site Craigslist atuava da mesma maneira que uma companhia de telefone, por exemplo: "Online services are in some respects like the classified pages of newspapers, but in others they operate like common carriers such as telephone services, which are unaffected by § 3604(c) because they neither make nor publish any discriminatory advertisement, text message, or conversation that may pass over their networks." Chicago Lawyers' Committee For Civil Rights Under Law, Inc. v. Craigslist, Inc., 519 F.3d, p. 668.

para expressar uma curtida ou a ordem na qual aparecem na tela do usuário as atualizações de seus amigos.

Conforme defendi há pouco, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre a empresa e os internautas garante a possibilidade de intervenção judicial para corrigir excesso, porém essa intervenção deve corrigir defeitos procedimentais e não buscar a moderação do conteúdo em si das manifestações. O mesmo vale para a possível intervenção do Poder Executivo nesse campo. Conforme aponta Sérgio Guerra, ela deve ser guiada pela reflexividade administrativa, mormente porque "deve se basear na situação concreta, em si mesma, de maneira cíclica, prospectiva, para estabilizar sistemas complexos e minimizar insegurança jurídica", reconhecendo que essa estabilidade ocorre por meio de ajustes procedimentais, garantindo que, de regra, a resposta a ser dada para os casos específicos deve vir da plataforma e dos usuários entre si, já que a intervenção administrativa

> "deve servir de base para a busca e concretização dos interesses ambivalentes identificados pela Administração Pública, por agentes regulados (e seus representantes) e pela sociedade em geral, priorizando-se a participação dos interessados na decisão final."[394]

Uma última característica da atuação de empresas de tecnologia na autorregulação pelo código deve ser mencionada. A falha da gestora de uma plataforma em adequadamente ajustar os critérios e o crivo do filtro automático aplicado pode ser considerada uma questão de responsabilidade social corporativa, ou *corporate social responsibility* (CSR) [395]. Os avanços nas telecomunicações e na computação nas últimas duas décadas aumentaram significativamente as expectativas dos usuários em relação à abertura e transparência[396], de modo que empresas de tecnologia que aplicam determinado mecanismo de autorregulação são especialmente suscetíveis a um escrutínio de alto nível.

É preciso reconhecer que qualquer mecanismo de autorregulação mecanizada é operacionalizável apenas quando acessa, identifica e armazena informações sobre a atividade

---

[394] GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, Regulação e Reflexividade**. Uma nova teoria sobre Escolhas Administrativas. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 252.

[395] Evitar a filtragem excessiva parece ser, pelo menos em princípio, uma tarefa mais relevante que ativamente buscar políticas de incentivo à liberdade de expressão. Isso se dá em razão de "a tendency to see CSR in negative terms, in other words, with an emphasis on things that companies should *not* do, such as employing children or violating human rights, rather than on seeking positive development outcomes, such as helping to eradicate poverty." JENKINS, Rhys. Globalization, Corporate Social Responsibility and poverty. **International Affairs**. N. 81, v. 3, 2005, p. 528.

[396] BRENNAN, Linda L.; JOHNSON, Victoria E. Technology Management for Corporate Social Responsibility. **IEEE Technology and Society Magazine**. V. 23, 2004, p. 41.

e a própria identidade dos usuários. O sistema do Youtube, por exemplo, aplica penalidades diferenciadas para usuários que tiveram um ou três vídeos considerados ilegais. São os chamados três *strikes*[397]. A proteção dos dados pessoais dos usuários passa então a ser ainda mais crítica e o Youtube precisa ter o cuidado de não incorrer em violações de privacidade ao buscar evitar violações de direitos autorais, por exemplo. É por essa razão que políticas de privacidade que sejam adequadamente desenhadas e implementadas tendem a tornar-se um aspecto relevante de CSR para empresas de tecnologia[398].

De qualquer modo, a CSR desempenha um incentivo meramente adicional para que plataformas (que empreendem autorregulação) façam um esforço no sentido de atender grupos de interesse que desejam filtragens mais rigorosas e mesmo aqueles grupos – normalmente os usuários – que desejam menor rigor. Isto é, a CSR não é irrelevante para o lucro da empresa, conforme estudos demonstram[399], e portanto não necessariamente atua como um incentivo independente daqueles de ordem econômica.

Em razão da alta permeabilidade da tecnologia da informação e da internet na vida do cidadão médio brasileiro na atualidade, mecanismos de autorregulação pelo código produzem impacto mais direto, mais profundo e mais difícil de contornar para os entes privados que contratam com os entes autorregulados que os modelos tradicionais de autorregulação. Entre outras razões, a principal é o fato de que o *enforcement* da autorregulação pelo código é *ex ante*, e não *ex post*. Não há possibilidade de descumprimento das regras da arquitetura a não ser pela mudança dessas regras, algo que exige domínio de computação em nível alcançado por menos de 1% dos indivíduos afetados. A relação entre o direito e tais mecanismos aparenta ser mais complexa. Os mecanismos de autorregulação pelo código são planejados, executados e, quando necessário, suspensos, com maior versatilidade e rapidez que os tradicionais. Isso permite que sejam aliados a mecanismos jurídicos – sejam decisões judiciais, sejam alterações legislativas – com mais eficiência para produzir resultados potencialmente diferentes do que aqueles viáveis nos modelos tradicionais.

---

[397] Ver https://support.google.com/youtube/answer/2814000?hl=en

[398] Ainda que em meados de 2010 isso fosse por ora um elemento novo e subdesenvolvido da CSR. POLLACH, Irene. Online privacy as a corporate social responsibility: an empirical study. **Business Ethics**: A European Review. N. 20, pp. 88-102, 2011.

[399] Ver McWILLIAMS, Abagail; SIEGEL, Donald. Corporate Social Responsibility: A Theory of the Firm Perspective. **The Academy of Management Review**. N. 26, pp. 117-127, 2001.

Procurei mostrar nesse capítulo algumas razões pelas quais esse fenômeno não pode ser compreendido a partir da teoria tradicional da autorregulação. Tais mecanismos guardam diferenças fundamentais em termos de protagonistas, objetivos, operacionalização, impacto sobre os demais entes privados e relacionamento com o sistema estatal de regulação.

Descrevi brevemente os aspectos centrais dos mecanismos de autorregulação pelo código. O objetivo não era o de esgotamento ou de delineamento de uma nova teoria de autorregulação que possa adequadamente abarcar esse novo modelo, pois isso fugiria ao escopo dessa tese. Minha finalidade nessa porção era apenas demonstrar que esse novo fenômeno não pode ser explicado facilmente pelas teorias tradicionais sobre como se restringe abusos da liberdade de expressão e tampouco pelas definições existentes de autorregulação no direito administrativo. Ainda assim, se adotado um conceito aberto de autorregulação, reconhecendo a diversidade de experiências de autorregulação e sua constante evolução, os critérios de compreensão e avaliação enumerados por Gustavo Binenbojm descrevem ao menos alguns dos elementos centrais da resposta que o direito deve dar a esse fenômeno:

> "(i) as efetivas possibilidades práticas de viabilização e exploração, no maior grau possível, de espaços institucionais mais aptos à cooperação envolvendo agentes privados e Estado; (ii) a estrutura de incentivos e a identificação das formas mais eficientes de relacionamento mútuo entre Estado, regulados e partes interessadas; (iii) a existência de métodos, técnicas ou instrumentos disponíveis aptos a estimular a transparência e a qualidade dos produtos e serviços oferecidos no mercado a ser regulado; (iv) a identificação das opções regulatórias mais aptas a propiciar maior segurança jurídica e fortalecer o controle sobre atos praticados no âmbito da estrutura regulatória escolhida; e (v) o estímulo específico à produção cooperativa e tempestiva de normas aptas à obtenção eficiente dos resultados regulatórios pretendidos."[400]

O *enforcement ex ante* é um elemento que fortalece o controle sobre os atos – talvez até de forma excessiva, conforme mostrei nesse capítulo. A atuação dos usuários nesses ecossistemas aponta para um novo papel, mais eficiente, de relação entre regulados e partes interessadas, inclusive, mas não só, em razão do grau de cooperação na elaboração de normas. Esse papel será descrito no próximo capítulo. Cabe aqui, por último, uma consideração sobre a vital transparência dos mecanismos da autorregulação descrita.

Estudos mais aprofundados da aplicação e efeitos de mecanismos de autorregulação pelo código mostram-se essenciais para que os indivíduos conheçam os limites fáticos e legais das restrições colaterais às quais estão sujeitos. Menos informação sobre tais mecanismos

---

[400] BINENBOJM, **Poder de Polícia**, op. cit., p. 309.

perpetua um contexto no qual os usuários têm menos condições de proteger seus interesses legítimos e as empresas, por sua vez, beneficiam-se de uma concentração desproporcional de poder ao agir alavancadas pelo desconhecimento dos demais atores privados e estatais acerca desses novos mecanismos de autorregulação viabilizada pelo domínio e livre reconfiguração da arquitetura dos espaços virtuais da sociedade-rede.

Esse fenômeno é o campo de análise de estudos que tratam da transparência ou *accountability* de algoritmos[401]. Conhecer e compreender os rumos da moderação das manifestações do pensamento na internet exige atualmente conhecer e compreender os algoritmos. O papel central do software e da inteligência artificial na determinação dos limites da liberdade de expressão no contexto da proteção da imagem ou do discurso do ódio é inevitável. Mas a falta de *accountability* dos entes privados que desenham, aprimoram e utilizam esses algoritmos não é inevitável.

2.2.2 O papel dos usuários

Conforme descrevi na primeira parte da tese, o ideal de auto-determinação entre internautas era bastante saliente na década de noventa e meados dos anos 2000. Esta noção perdeu impulso com o reconhecimento de que países conseguem e estão de fato regulando a internet – mas ela não foi inteiramente abandonada. Os usuários de plataformas online têm vontade de exercer algum nível de prerrogativa de autorregulação mediante a qual desempenhariam papeis de *enforcement* direto ou indireto. Esse é um elemento decisivo da autorregulação proposta nessa tese, em conjunto com o papel das plataformas, delineado há pouco. A atuação dos usuários resolve problemas das plataformas quando, para elas, filtrar conteúdo é arriscado ou traz custos políticos ou financeiros[402]. Vista sob lentes tradicionais,

---

[401] Para evitar propostas simplistas, fundamental a contribuição de ANNANY, Mike. Crawford, Kate. Seeing without knowing: Limitations of the transparency ideal and its application to algorithmic accountability. **New Media & Society**. 2013. https://doi.org/10.1177/1461444816676645. Os autores listam 10 razões pelas quais a transparência pura não é viável para algoritmos complexos como aqueles utilizados hoje pelo Facebook ou Google, mas não descartam a possibilidade de *accountability*. Ver também DIAKOPOULOS, Nicholas. Accountability in Algorithmic Decision Making. **Communications of the ACM**. Vol. 59 No. 2, 2016.

[402] Ainda que fake news não faça parte do objeto de análise desse trabalho, o exemplo da estratégia adotada pelo Facebook para combater esse problema é um ótimo exemplo do tipo de autorregulação cooperativa entre plataformas e usuários que busco descrever aqui. O CEO da empresa, Mark Zuckerberg, afirmou que "We could try to make that decision ourselves, but that's not something we're comfortable with (…) We considered asking outside experts, which would take the decision out of our hands but would likely not solve the objectivity

essa relação poderia parecer uma terceirização. Mas minha proposta é de que deve ser vista como relação dialógica socialmente necessária e eficiente, especialmente porque o futuro da moderação da manifestação do pensamento encontra-se em novas formas de regulação e não na análise judicial isolada de milhões de posts, fotos e vídeos[403]. O objetivo desse capítulo é, nesse enquadramento da autorregulação como alternativa, discutir o papel dos usuários na avaliação e tomada de decisões sobre, por exemplo, quais manifestações devem ser removidas, quais devem apenas receber menos destaque, ou até quando a crítica ou resposta deve receber maior destaque do que a própria manifestação que a motivou.

Duas observações são necessárias antes de descrever o papel dos usuários nesse contexto. Primeiro, estou discutindo uma opção de estratégia que empresas privadas podem adotar para reduzir seus custos de operação. Elas poderiam empregar a motivação para auto-governo dos usuários como um instrumento para sua própria finalidade. Os gestores das plataformas manteriam, portanto, a última autoridade sobre escolhas relacionadas ao código e à arquitetura, bem como sobre as escolhas de moderação do conteúdo feitas pelos usuários[404]. A moderação ou filtragem de determinados discursos abusivos pelos internautas, nesse contexto, não é um primeiro passo para que eles se libertem e tomem controle. A empresa continua exercendo sua influência de forma indireta e sistêmica, em escolhas gerais, ou poder de decisão em casos pontuais.

O exemplo do Reddit é bastante ilustrativo. Trata-se de uma das plataformas de fóruns de discussão mais clássicas e populosas da internet ocidental, conhecida por ter usuários com uma visão libertária dos limites da liberdade de expressão e, portanto, comunidades nas quais

---

problem. We decided that having the community determine which sources are broadly trusted would be most objective." Facebook's Latest Fix for Fake News: Ask Users What They Trust. Wired. Disponível em: https://www.wired.com/story/facebooks-latest-fix-for-fake-news-ask-users-what-they-trust/. Acesso 31 jan 2018.

[403] Esse parece ser, por exemplo, o melhor caminho para combater *fake news*. Um dos poucos trabalhos já publicados na esteira da eleição presidencial de 2016 nos Estados Unidos sobre os aspectos jurídicos da restrição daquilo que se tem chamado de *fake news* aponta para soluções fora dos tribunais: "Not all regulations affecting fake news publishers are strictly legal in nature. Many advertising networks, social media companies, and other Internet partners enact and enforce their own restrictions relevant to the publication of fake news." KLEIN, David O. WUELLER, Joshua R. Fake News: A Legal Perspective. **Journal of Internet Law**. v. 20, n. 10, 2017, p. 10.

[404] Essa é uma presunção da qual parto nesse capítulo. Para uma discussão detalhada desse aspect da relação entre empresas e usuários, especialmente por uma perspectiva marxista, ver FUCHS, Christian Fuchs. Critique of the Political Economy of Web 2.0 Surveillance. **The Internet & Surveillance-Research Paper Series**. n. 3, 2010.

tudo era liberado. A despeito de uma tradicional postura de não intervenção, em 2015 o Reddit passou a tomar medidas para coibir episódios de bullying e assédio[405].

Segundo, as características do papel dos usuários na autorregulação descritas aqui tratam da sua atuação na identificação e avaliação de manifestações de outros usuários. Não é meu objetivo tratar de opções mais arrojadas de atuação desses usuários como a produção de um novo modelo de norma jurídica com aplicação além dos espaços nos quais atuam. Embora o tema não esteja no foco dessa tese, é possível imaginar que a autorregulação em plataformas online com participação proativa de usuários seja o primeiro passo de um caminho que leva a uma mudança profunda no desenvolvimento do direito a partir de elementos *peer-to-peer*[406].

As pessoas compartilhando um ambiente online ao longo de determinado tempo tendem a cultivar uma ligação com a plataforma em si, mas também com seus coabitantes. Um estudo mostrou, por exemplo, que postar e ler posts de outros usuários tem um impacto positivo no *senso de comunidade virtual* do participante[407]. Outro revelou que uma ligação emocional do usuário com a plataforma, baseada na identidade com o grupo, é fácil de ser alcançada e que tal ligação varia de acordo com o tipo da comunidade online[408]. Também é relevante notar que

> "Most if not all of [Wikipedia's] growth is grassroots and bottom up. This growth is not explained by traditional vectors of funding, fiat, or momentum. Instead, the multidimensional, sociological, and psychological motivations of individual contributors take center stage."[409]

Isso é realmente o que acontece em redes sociais como o Facebook, sites com conteúdo produzido e curado por usuários, como a Wikipedia ou 9GAG e mundos virtuais como o de World of Warcraft[410]. Uma noção de comunidade é desenvolvida que evoca a

---

[405] Reddit wants to exile trolls. But growing up is hard. Wired. Disponível em: http://www.wired.com/2015/05/reddit-wants-exile-trolls-growing-hard/ Acesso 3 jun 2015.

[406] Ver ROSNAY, Melanie Dulong de. Peer-to-Peer as a Design Principle for Law: Distribute The Law. **Journal of Peer Production**. N. 6, 2015. Ainda que eu não pretenda apoiar esse argumento mais arrojado, acredito que ele é compatível com as ideias básicas que alicerçam esse capítulo.

[407] TONTERI, Lisbeth et al. Antecedents of an experienced sense of virtual community. **Computers in Human Behavior**. n. 27, 2011.

[408] REN, Yuqing et al. Building Member Attachment in Online Communities: Applying Theories of Group Identity and Interpersonal Bonds. **MIS Quarterly**. N. 36, 2012, p. 3.

[409] RAFAELI, Sheizaf. ARIEL, Yaron. Online Motivational Factors: Incentives for Participation and Contribution in Wikipedia. *in* BARAK, Azy. (ed.). **Psychological Aspects of Cyberspace.** Theory, research, applications. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 261.

[410] Sobre o potencial da filtragem pela comunidade, Yochai Benkler afirma que "[c]onsistent with what we have been seeing in more structured peer-production projects like Wikipedia, Slashdot, or free software, communities of interest use clustering and mutual pointing to peer produce the basic filtering mechanism necessary for the

sensação de independência e auto-determinação do grupo, algo que existiu na internet desde o início. Há indícios de que o senso de comunidade é proporcional ao grau de descolamento do mundo real que o ambiente produz. Os *games* multijogadores massivos online estão possivelmente em um dos extremos desse espectro[411]. De qualquer forma, na maioria das demais plataformas mantidas por intermediários o zelo dos internautas pelo espaço e recursos comuns é disseminado e persistente. Existe uma grande diferença na percepção de usuários entre um filtro de conteúdo imposto pela empresa dona da plataforma e uma filtragem controlada por eles próprios. O primeiro é uma imposição de valores de cima para baixo; o segundo é um exercício horizontal de auto-governo e autoridade independente. É verdade que essa autoridade decorre do desejo do intermediário de manter a plataforma e o comportamento nela compatível com a lei, o que significa que nem todos os valores da empresa são sempre compartilhados pelos usuários. No entanto, quando alguns desses valores de fato unem a empresa e os usuários e quando eles – e não a empresa – adotam o protagonismo da tarefa de colocar tais visões de mundo em prática (como coibir o discurso de ódio), existem de fato elementos de um auto-governo nesse contexto. Isso reduz significativamente a insatisfação dos usuários com a filtragem e remoção de conteúdo.

A questão é se os usuários conseguiriam empreender essa governança com sucesso. No contexto desse trabalho, essa governança consiste em desempenhar um papel parecido com aquele do Judiciário e identificar manifestações abusivas, tomando medidas para que elas sejam tratadas de forma diferente daquelas não abusivas. Encontrar e remover conteúdo que viola direitos autorais ou encontrar e remover pornografia infantil. Em alguns casos, é uma espécie de censura sendo aplicada ao fluxo de informação, de modo a também denunciar, confrontar ou demover o usuário responsável. Visto sob outra ótica, é a produção

---

public sphere to be effective and avoid being drowned in the din of the crowd." BENKLER, Yochai. **The Wealth Of Networks**: How Social Production Transforms Markets and Freedom. 2006, p. 258.

411 A formação de laços emocionais e desenvolvimento de objetivos comuns aos membros da comunidade podem ser notados em todos os tipos de jogos online, não apenas aqueles com traços similares aos do Second Life "As these examples indicate, each virtual world is different, making categorical statements about virtual worlds suspect. Still, the lines drawn between worlds might not be as bright as they seem at first. For instance, while *The Sims Online* does not involve gaining power and wealth through leveling, prestige and affluence are motivating forces for many participants. And while leveling worlds such as *Ultima Online* often force players to engage in repetitive killing exercises, what makes this bearable seems to be the social bonds formed among players, who may find more fulfillment in being virtual seamstresses, alchemists, and blacksmiths." LASTOWKA, F. Gregory. HUNTER, Dan. Virtual Worlds: A Primer. *in* BALKIN, Jack. NOVECK, Beth (eds.). **The State of Play**. Law, Games, and Virtual Worlds. Nova York: NYU Press, 2006, p. 24.

descentralizada e comunitária de um bem social de cunho imaterial e informacional: a filtragem de manifestações. Esse modelo comunitário descentralizado de produção depende de modularidade, granularidade e heterogeneidade, conforme descreve Yochai Benkler[412]. A moderação só pode ser desempenhada por usuários de maneira descentralizada se o trabalho pode ser particionado em diversos pedaços (modularidade); se esses pedaços ou partes isoladas são suficientemente pequenas (granularidade); e se têm diferentes níveis de complexidade (heterogeneidade). Mecanismos como a denúncia ou *red-flagging* hoje incorporados à muitas redes sociais e plataformas de conteúdo coletivo[413] e, por isso, familiares para os internautas, contribuem significativamente para garantir modularidade e granularidade.

A tarefa também possui heterogeneidade: enquanto algumas manifestações são mais claramente abusivas ou incompatíveis com os padrões adotados por aquela comunidade, outros conteúdos são mais ambíguos. Existe a venda de música pirateada e existe a remixagem de diferentes mídias para produzir algo novo; existem fotos de crianças nuas e existem pinturas artísticas que incluem crianças nuas na composição de um conjunto; existe o post "negros são macacos!" e o post "não acredito que a venda da obra *Minha Luta* de Hitler deva ser ilegal".

A moderação por parte de usuários é um mecanismo de *gatekeeping* porque concerne o controle do fluxo de informação. O gatekeeping pode ser definido como

> "the process of controlling information as it moves through a gate. Activities include, among others, selection, addition, withholding, display, channeling, shaping, manipulation, repetition, timing, localization, integration, disregard, and deletion of information."[414]

Mas a atividade dos internautas é um tipo peculiar de *gatekeeping* porque significa uma inversão na qual aqueles tradicionalmente sujeitos à prática passam agora a ser os *gatekeepers* ou guardiões[415], os tomadores da decisão sobre se uma manifestação passa pelo

---

[412] BENKLER, Yochai. Coase's Penguin, or, Linux and The Nature of the Firm. **Yale Law Journal**. n. 112, 2002, p. 435-436.

[413] Em alguns sites isso é até mesmo requisitado dos usuários. No norte-americano Craigslist, por exemplo, quando pessoas acessam alguma das seções de classificados pessoais elas são prontificadas a concordar com determinadas regras para continuar. Uma delas determina que "I agree to flag as "prohibited" anything illegal or in violation of the craigslist terms of use." Disponível em: http://boston.craigslist.org/cgi-bin/personals.cgi?category=stp Acesso 26 abr 2012.

[414] BARZILAI-NAHON, Karine. Toward a Theory of Network Gatekeeping: A Framework for Exploring Information Control. **Journal of The American Society For Information Science and Technology**. n. 59, 2008, p. 1496.

[415] Idem, p. 1506.

escrutínio e pode continuar visível perante uma comunidade. Esse *gatekeeping* descentralizado por meio do qual os usuários de uma plataforma buscam coletivamente alcançar um objetivo ligado ao controle da corrente informacional[416].

Para que a filtragem por usuários funcione, a coordenação é menos relevante do que em outras empreitadas coletivas, como a produção de verbetes enciclopédicos na Wikipedia. Lá, por exemplo, a coordenação por meio de ferramentas de comunicação online está associada à qualidade dos verbetes com maior frequência do que o número de editores que colaboraram nele[417]. Mas é crucial, de qualquer jeito, que os internautas discutam suas opiniões ou produzam standards e diretrizes para a moderação, caso contrário, o processo inteiro colapsa com filtragem excessiva ou insuficiente. Isso não significa que sem unanimidade em relação a uma lista de regras a autorregulação é impossível. O consenso bruto pode desempenhar um papel em comunidades online, mas o fato é que a existência de alguns parâmetros comuns para a moderação serve como forma de guiar os usuários, ainda que não como uma fonte para autoridade coercitiva[418].

O *crowdsourcing* do trabalho de filtragem – gratuito ou pago – beneficia-se também de alguns mecanismos de hierarquia entre os usuários de modo a garantir um mínimo de ação coordenada[419]. A gestão descentralizada da Wikipedia, por exemplo, apoia-se em diferentes estratos de usuários para evitar um número alto ou baixo demais de reversões das edições feitas pelos indivíduos[420].

---

[416] Como explica Aaron Shaw, em uma análise da plataforma moderada por usuários Daily Kos: "decentralized gatekeeping consists of numerous, micro-level interactions between individuals engaged in a particular collective endeavor." SHAW, Aaron. Centralized and Decentralized Gatekeeping in an Open Online Collective. **Politics & Society**. n. 40, 2012, p. 357.

[417] Esse é o resultado da pesquisa empírica de KITTUR, Aniket. KRAUT, Robert E. Harnessing the Wisdom of Crowds in Wikipedia: Quality Through Coordination. **CSCW'08**, 8-12 Novembro, San Diego, California, EUA, 2008, p. 44.

[418] É por essa razão que o *gatekeeping* descentralizado não é completamente inútil mesmo sem regras codificadas e previamente consentidas. A codificação aqui serve o propósito de guiar, não de legitimar: "even if users consent to being governed by community norms, they often have no idea what they are consenting to, and more important-ly, they have no ability to find out other than through trial and error. There are no pre-announced, publicly available, attainable, written, forward-looking, impartially enforced rules." RISCH, Michael. Virtual Rule of Law. **West Virginia Law Review**. n. 112, 2009, p. 35.

[419] Uma estrutura teórica melhor para explicar o uso de mecanismos hierárquicos é uma agenda de pesquisa importante para o *crowdsourcing* gratuito e pago, conforme apontam KITTUR, Aniket et al., The Future of Crowd Work. **Anais do CSCW'13**. 23–27 fevereiro, San Antonio, Texas, EUA, 2013.

[420] Uma extensa etnografia fornece um relato detalhado em JEMIELNIAK, Dariusz. **Common Knowledge?**: An Ethnography of Wikipedia. Stanford: Stanford University Press, 2014.

Resta evidente até aqui que a autorregulação proposta para a manifestação online nessa tese pressupõe a interação entre os papeis das plataformas e dos usuários. Um dos aspectos dessa interação reside nas escolhas feitas pela empresa em relação à arquitetura da plataforma e das dinâmicas de comunicação dentro dela. Existem certos aspectos de design que viabilizam e até facilitam a moderação pelos usuários. Se existe um sistema de medida de reputação do usuário, se a identificação do usuário responsável por um post ou remoção (ainda que não se saiba a identidade física dele) e se certos mecanismos de monitoramento pelos usuários estão incorporados, então a moderação e filtragem pode ser precisa e efetiva[421].

Por exemplo: a plataforma poderia conter um sistema de remoção de posts sem supervisão da empresa gestora mediante o qual um post é retirado se três usuários diferentes o marcam como ilegal ou abusivo. Quando alguém está considerando se decide pela remoção, a confiança no usuário que fez o primeiro voto contra o post importa muito. Caso aconteça de esse primeiro usuário ter seus votos "confirmados" por dois outros votos de remoção subsequentes no mesmo post, isso pode aumentar a medida de sua reputação. Após diversos meses, esse usuário pode ter um perfil de 95% de votos de remoção "confirmados". Nesse caso, o segundo usuário a votar pode avaliar mais rapidamente sobre se adiciona também seu voto. Esses mecanismos de confiança e colaboração podem permitir que um usuário se beneficie das decisões sobre visualizar ou não o conteúdo tomadas por outros internautas[422], de modo que as manifestações lidas cada vez menos ao longo do tempo podem ser mais vulneráveis aos votos de remoção do que aquelas que são muito lidas e compartilhadas. O design pode também fazer o inverso: se a preocupação maior é com o discurso de ódio que é muito visível e compartilhado, então os posts pouco lidos talvez representem uma ameaça menor. Assim, considerando que a censura completa deve ser a última alternativa, esses posts podem estar imunes à remoção de forma que o resultado de três votos negativos dos usuários é apenas a inserção de um alerta para os próximos leitores.

---

[421] Isso é especialmente verdade em mundos de jogos massivos online: "Reputation is a key element of social value to many players. The accumulation of social status is part of the reward for participation. Players institute their own regimes of surveillance." HUMPHREYS, Sal. Ruling the Virtual World. Governance in Massively Multiplayer Online Games. **European Journal of Cultural Studies**. n. 11, 2008, p. 162.

[422] "Using previous experiences from users who change options easily, it is possible to further expand the role of ratings in structuring large-scale online conversations to provide customized, worthwhile content to a heterogeneous community of users." LAMPE, Cliff et al. Follow the Reader: Filtering Comments on Slashdot. *in* **Anais da ACM Conference on Human Factors in Computing Systems** (CHI'07). San Jose, California, 28 abr – 3 maio, 2007, p. 1261.

Nessa linha, o resultado de uma avaliação negativa da manifestação não precisa ser a remoção da plataforma. Ela pode ser a suspensão temporária da disponibilidade do post ou foto; a desindexação pelo mecanismo de busca interno – o que, conforme demonstrado pela decisão sobre direito ao esquecimento da Corte Europeia de Justiça, muitas vezes quase equivale à remoção; a suspensão da possibilidade de curtidas e compartilhamentos durante tempo determinado ou indefinidamente e assim por diante. Importante notar que existem duas grandes vantagens em relação à tutela judicial mandamental. O número de pessoas influenciando diretamente o resultado é muito maior, o que diminui o impacto do *bias* descrito na primeira parte da tese. As opções de o que fazer diante de uma decisão negativa sobre a manifestação são muito mais numerosas e permitem muito mais nuance.

Evidentemente existem problemas a serem consideradas com diferentes variantes possíveis do papel dos usuários proposto aqui. Os quatro mais desafiadores são os incentivos para a moderação, as bolhas ideológicas, a tendência de censura excessiva e a representatividade dos usuários atuando como moderadores.

A proibição de disseminação de pornografia infantil e do *revenge porn* são raros consensos praticamente mundiais no campo dos limites ao fluxo de informação ou liberdade de expressão. Se a empresa pretende implementar um sistema complexo de filtragem descentralizada de modo a fornecer aos usuários as ferramentas para coletivamente detectar e remover (além de denunciar ao poder público) esse tipo de conteúdo, não há dúvida de que eles irão usá-las. O usuário médio ativamente censuraria conteúdo pedófilo e proativamente trabalharia para excluir os responsáveis.

O ponto crucial é que a restrição de conteúdos que a empresa precisa seja feita em sua plataforma é baseada em normas jurídicas ou valores que nem sempre são apoiados pelos usuários. O combate ao discurso de ódio é a pauta de apenas parte dos internautas, ao passo que banir o compartilhamento de obras protegidas por direitos autorais nem sempre é uma ideia popular[423]. No já mencionado caso do Reddit, uma plataforma que apoia fortemente o auto-governo, os usuários têm uma noção bastante expansiva de liberdade de manifestação.

[423] A noção de que o compartilhamento de obras sem autorização dos detentores de seus direitos autorais é moralmente aceitável é especialmente proeminente entre adolescentes, com estudos mostrando que eles diferenciam completamente o furto material do imaterial: “In an August 2003 Gallup Youth Survey, 83% of teens (aged 13 to 17) said that it is morally acceptable to download ‘music from the Internet for free’.” Teens OK With Letting Music Downloads Play. Gallup News. Disponível em: http://news.gallup.com/poll/9373/teens-letting-music-downloads-play.aspx. Acesso 31 jan 2018.

Como isso prejudica as tentativas de restringir o assédio predatório, as novas normas da empresa para disciplinar os *trolls* parecem "change the social norms and values of the site, to create na emerging culture of free expression online that is sensitive to harassment."[424]

Afinal, é um formato descentralizado de *gatekeeping*, mas continua sendo *gatekeeping*. Os intermediários ainda seguram as rédeas e podem potencialmente influenciar os valores e práticas dos usuários seja de forma direta e rápida, seja de maneira gradual e indireta. No capítulo anterior, ao tratar do papel das empresas, procurei expor em maior detalhe os limites das escolhas à disposição dos gestores da plataforma ao tomar decisões com impacto sistêmico ou mesmo de direcionamento pontual. Tanto a escolha dos valores, quanto dos mecanismos e da arquitetura da plataforma na definição dos objetivos da empresa, estão balizados pela eficácia dos direitos fundamentais entre atores privados. A empresa não pode escolher um rito de punição de usuários que exponha seus dados pessoais à comunidade. Tampouco pode optar por uma política de censura desproporcional sem cuidado com a liberdade de expressão dos usuários. Uma filtragem que aplaine diferenças culturais buscando produzir um ambiente artificialmente "agradável" e "familiar" viola também o direito de manifestação.

E se os próprios usuários fossem pagos para contrariar suas convicções e filtrar mesmo o que não desejam? Nesse caso, o senso de auto-governo e autonomia dos internautas seria erodido se a empresa optasse por um sistema no qual a compensação financeira é o único incentivo. Há um risco de que isso se volte contra a empresa[425] e, portanto, o melhor caminho é realmente o diálogo e a cooperação, garantindo que o usuário sempre se entenda como um parceiro e protagonista da moderação do conteúdo.

Tudo depende, portanto, do quanto as empresas conseguem encontrar e exercitar os estímulos adequados. Um exemplo: a reputação do usuário poderia ser ampliada com maior intensidade quando seu voto posteriormente confirmado por outros dois pares mirava conteúdo pirata em vez de discurso de ódio. Inversamente, a empresa pode decidir que são

---

[424] Reddit wants to exile trolls, op. cit.

[425] A descoberta de um livro de regras para filtragem que censores profissionais recebem do Facebook causou alguma revolta de usuários da rede social. Nesse caso, a frustração dos internautas estava direcionada principalmente ao conteúdo das regras, não ao notório fato de que a empresa emprega mão-de-obra barata para realizar a sua filtragem. No entanto, esse incidente mostrou que o Facebook está exposto à crítica precisamente por causa dessa prática, independentemente dos critérios de censura adotados. Inside Facebook's Outsourced Anti-Porn and Gore Brigade, Where 'Camel Toes' are More Offensive Than 'Crushed Heads'. Gawker. Disponível em: http://gawker.com/5885714/ Acesso 26 abr 2012.

necessários 10 votos para efetivar a remoção de conteúdo pirata, bastando apenas 5 para um post homofóbico. As empresas talvez teriam maior dificuldade polindo a arquitetura do sistema de modo a influenciar a motivação dos usuários para incentivar libertários a proteger direitos autorais ou seduzir conservadores a combater assédio sexual, mas a pesquisa empírica sugere que isso é possível[426].

O segundo problema é a tendência de isolamento ideológico. Explorei anteriormente os relatos otimistas da década de 1990 sobre o impacto da internet na democracia. Sua forma decentralizada e instantânea de comunicação levou muitos a saudá-la como a concretização das condições perfeitas para o debate político. Essa descrição positiva foi contraditada – porém não desacreditada – por uma crítica de segunda geração, na virada do século e no início da década passada. Essa crítica é centrada no argumento de que a possibilidade de exercitar maior escolha em relação à informação à qual se tem acesso ocasionará um isolamento comunicativo[427] e não uma maior comunhão de ideias. Isso ocasionaria o fortalecimento, senão a radicalização, de cada ponto de vista isolado[428].

Se a internet se resumisse a comunidades altamente homogêneas de usuários convictos de suas posições políticas, a moderação descentralizada de discurso de ódio seria possivelmente inviabilizada. O contato entre as ideias opostas precisa acontecer em algum ambiente, por mais estressante, frustrante e sem efeito que ele possa, à primeira vista, parecer.

Estudos empíricos estão lentamente averiguando se há verdade nas previsões otimistas ou nos argumentos que as desafiam. Parece que há, de fato, trocas que cruzam as barreiras ideológicas e o extremismo das opiniões não é intensificado com o tempo[429]. Além disso, alguns estudos desempenham um papel essencial ao aprimorar a compreensão do que há para ser analisado: é preciso observar a enorme quantidade de interações ocorrendo dentro de cada

---

[426] Isso porque "users may continue to participate in a site for different reasons than those that led them to the site", de acordo com evidências empíricas de LAMPE, Cliff et al. Motivations to Participate in Online Communities. **Anais da SIGCHI Conference on Human Factors in Computing Systems**. v. 3, Abril 10-15, Atlanta, EUA, 2010, p. 1927.

[427] KETTNER, Mattias. Deliberative democracy: from rational discourse to public debate. *in*: GOUJON, Philippe; LAVELLE, Sylvain; DUQUENOY, Penny; KIMPPA, Kai; LAURENT, Veronique; BERLEUR, Jacques (Eds.). **The information society**: innovation, legitimacy, ethics and democracy: in honor of Professor Jacques Berleur s.j. New York, NY: Springer, 2007.

[428] SUNSTEIN, Cass R. **Republic.com 2.0.** Princeton University Press, 2009.

[429] HARGITTAI, Eszter et al. Cross-ideological discussions among conservative and liberal bloggers. **Public Choice**. N. 134, p. 67-86, 2008.

nódulo do diálogo, pois blogs altamente colaborativos são fundamentalmente diferentes de um tradicional canal de televisão[430].

Nos últimos anos as redes sociais brasileiras parecem ter sido tomadas por mais debate político, qualquer que seja seu nível de qualidade, o que contribui para a percepção de que o radicalismo aumentou. As pessoas não estão comparativamente mais conservadoras, racistas ou machistas. A diferença é apenas que elas agora têm um meio para expressar suas posições, ao contrário do contexto de consumo passivo que caracterizava o papel do cidadão comum na sociedade da mídia de massa.

Ainda assim, o risco é que "bolhas de filtro" produzidas pela classificação e disponibilização de conteúdo a partir de algoritmos estariam aproximando as pessoas com ideologias similares e eliminando os espaços de convivência de posições políticas opostas. As já mencionadas mudanças realizadas pelo Facebook no algoritmo que define qual conteúdo é mostrado a qual usuário na *news feeed* parecem contribuir para exacerbar o problema ao aumentar as chances de que cada pessoa leia e ouça mais pessoas que pensam exatamente como ela. Mas há evidência empírica de que as escolhas dos usuários desempenham um papel mais importante do que o algoritmo do Facebook na limitação da exposição a manifestações provenientes do outro lado do espectro ideológico[431]. Talvez mais importante, um estudo mostrou que essa exposição – considerada saudável e necessária para a democracia – ocorre com maior frequência pelo contato do usuário com manifestações de seus amigos na rede social do que em razão de seu consumo de veículos tradicionais de imprensa[432].

A preocupação com o isolamento não pode ser rapidamente descartada. Não há evidência empírica até aqui, entretanto, que confirme as percepções e teorias mais pessimistas.

O terceiro problema é o filtro excessivo. Quando detêm poder, os usuários têm a tendência de aplicar critérios gradualmente mais rigorosos e remover cada vez mais conteúdo. As redes sociais são constantemente atribuladas com isso e o Facebook já teve de enfrentar a

---

[430] BENKLER, Yochai and SHAW, Aaron. A Tale of Two Blogospheres: Discursive Practices on the Left and on the Right. **American Behavioral Scientist**. V. 56, n. 4, p. 459-487, 2012.

[431] BAKSHY, Eytan. MESSING, Solomon. ADAMIC, Lada A. Exposure to ideologically diverse news and opinion on Facebook. **Science**. V. 348, n. 6239, 2015.

[432] Ademais, o consumo de notícias se dá majoritariamente pelo acesso direto, pelo navegador, à página inicial da fonte favorita e habitual do usuário. FLAXMAN, Seth. GOEL, Sharad. RAO, Justin M. Filter Bubbles, Echo Chambers, and Online News Consumption. **Public Opinion Quarterly**. V. 80, n. S1, 2016.

fúria online e off-line[433] de mães que se mobilizaram contra a remoção de fotos que retratam mulheres amamentando[434]. Esse problema exige mecanismos que atuem como um freio ou barreira para as decisões de filtragem dos usuários. Mas essa restrição não precisa vir na forma de intervenção direta da empresa em cada caso, revertendo a decisão de remoção feita por um usuário. Outros mecanismos de freios e contrapesos podem ser implementados, como a construção distribuída de confiança, um requisito de confirmação múltipla (como nos exemplos supracitados, nos quais são necessários 3, 5 ou 10 votos – e poderiam ser 1000 em determinadas situações) ou a reavaliação rígida e transparente das decisões de usuários com um histórico de alto número de votos de remoção. Todas essas alternativas garantem a sustentabilidade da moderação descentralizada e democrática.

O quarto problema que afeta as chances de o *gatekeeping* descentralizado tornar-se, no contexto da autorregulação, um mecanismo confiável e efetivo estão relacionadas majoritariamente à exclusão digital que assola muitos países e impacta negativamente a diversidade de comunidades online. A falta de meios de acesso à rede ou o analfabetismo digital apresentam um desafio que não está limitado à atuação de usuários na moderação. Aqui é preciso distinguir o panorama do início dos anos 2000 com a atual situação, por exemplo, do Brasil, que, conforme já discutido na primeira parte da tese, aponta níveis de desigualdade no acesso à internet menores do que aqueles do Judiciário nacional. Mas o problema persiste.

Graham, Straumann e Hogan mostraram como a "Wikipedia is characterized by highly uneven geographies of participation"[435]. Seu estudo revelou que usuários de países em desenvolvimento dedicam-se à edição de verbetes focados em países desenvolvidos, o que sugere que talvez uma comunidade moderadora de bom funcionamento em páginas e grupos

---

[433] Breastfeeding women protest outside Facebook offices. ZDNET. Disponível em: http://www.zdnet.com/blog/facebook/breastfeeding-women-protest-outside-facebook-offices/8673 Acesso 26 abr 2012.

[434] A empresa centralizava as decisões finais sobre remoção de conteúdo, mas dependia de input dos usuários para identificá-lo, conforme informou em um anúncio para a imprensa: "It is important to note that any breastfeeding photos that are removed – whether inappropriately or in accordance with our policies – are only done so after being brought to our attention by other Facebook users who report them as violations and subsequently reviewed by Facebook." Facebook clarifies breastfeeding photo policy. ZDNET. Disponível em: http://www.zdnet.com/blog/facebook/facebook-clarifies-breastfeeding-photo-policy/8791 Acesso 26 abr 2012.

[435] GRAHAM, Mark. STRAUMANN, Ralph K. HOGAN, Bernie. Digital Divisions of Labor and Informational Magnetism: Mapping Participation in Wikipedia. **Annals of the Association of American Geographers**. v. 105, n. 6, 2015.

relacionados a países pobres poderia ser difícil mesmo quando os primeiros passos para superar o problema do acesso começam a ser superados. Estudos sobre experiências de democracia eletrônica mostram que existe falta de diversidade entre os participantes e alguns grupos (especialmente homens) são sobre-representados em relação a outros, repetindo tendências encontradas em oportunidades de governança pública offline[436]. Assim como com a desigualdade social, o analfabetismo digital só pode ser combatido gradualmente, com a implementação de políticas de inclusão digital. Acima de tudo, é crucial que os governos invistam em infraestrutura de banda larga, assim como em capacitação para o uso de tecnologia da informação, reconhecendo o acesso à internet como direito fundamental com uma dimensão positiva complexa. Essa proposta não é o objeto desse trabalho, mas foi já mencionada no primeiro capítulo da segunda parte, quando discuti a relação entre a liberdade de expressão e a busca por igualdade material.

2.3. Conclusão intermediária

A segunda parte dessa tese é mais propositiva do que descritiva. As duas inovações são o uso da capacidade comunicativa como um teste prévio a ser aplicado pelo magistrado diante de casos de liberdade de expressão, honra, imagem e discurso de ódio e a autorregulação consubstanciada pela protagonismo dialógico de empresas e usuários para empreender uma moderação descentralizada das manifestações online.

O critério da capacidade comunicativa se insere como um teste anterior à ponderação e aplicação do princípio da proporcionalidade. Não se trata, portanto, de alterar a maneira consolidada pela doutrina como adequada para a solução judicial de conflitos de direitos fundamentais informacionais. Minha proposta é apenas que essa atividade seja deslocada para uma segunda etapa de maneira condicional: ela somente é iniciada se o caso passa no teste da capacidade comunicativa.

A aplicação desse teste prévio diminuiria o número de decisões judiciais que, ao enfrentarem o mérito da colisão dos direitos, utilizam fundamentação arbitrária ou pecam pela

---

[436] Esses os resultados de LINDNER, Ralf. RIEHM, Ulrich. Broadening Participation Through E-Petitions? An Empirical Study of Petitions to the German Parliament. **Policy & Internet**. v. 3, n. 1, 2011. VICENTE, María Rosalía. NOVO, Amparo. An empirical analysis of e-participation. The role of social networks and e-government over citizens' online engagement. **Government Information Quarterly**. n. 31, 2014.

total falta dela, conforme demonstrado no capítulo com os dados da pesquisa sobre sentenças do TJ-RJ. Essa diminuição resulta do fato de que muitas vezes o teste teria resposta negativa (não há desequilíbrio de capacidade comunicativa favorecendo a parte ré da ação), evitando que o magistrado chegasse à etapa de manifestar-se sobre o mérito do conteúdo da manifestação. A operação que atualmente é realizada de maneira defeituosa, com prejuízo para a liberdade de expressão, conforme os dados revelaram, passaria a ser menos frequente.

Com a capacidade comunicativa, porém, pretendo mais do que isso. Ainda que absolutamente todas as decisões judiciais sobre liberdade de expressão no Brasil aplicassem a ponderação e proporcionalidade de maneira perfeita, existiria um déficit de consideração da igualdade material. Procurei mostrar como a escolha por considerar o problema da desigualdade por meio da regulação do *conteúdo* das manifestações é problemático e, na melhor das hipóteses, largamente insuficiente. O teste da capacidade comunicativa, dessa forma, insere o componente da igualdade no litígio sobre liberdade de expressão sem depender de avaliações sobre o conteúdo, mas sim de equilíbrio entre as *condições de se comunicar* com uma determinada audiência.

Por evitar avaliações do *mérito* das manifestações em si e focar, em vez disso, os *meios* dos quais os indivíduos dispõe para exercerem a liberdade de expressão, o teste está sujeito por definição a uma carga de subjetividade muito menor. Ela nem por isso é ausente, é claro. Por essa razão apresentei uma série de critérios que podem balizar a aplicação do teste.

Estou ciente de que o ciclo pode se repetir: uma proposta acadêmica é feita sobre como magistrados devem decidir diante de um determinado tipo de caso, ela não é bem recebida ou compreendida e acaba não sendo usada, dando lugar ao arbítrio. Assim como fazem ao citar descompromissadamente a dignidade humana e a ponderação, magistrados podem passar a brandir a capacidade comunicativa como uma cortina de fumaça para produzir exatamente a mesma sentença que teriam elaborado sem nunca ouvir falar do teste. Isso não é razão, no entanto, para descartar a ideia da capacidade comunicativa pela mesma razão que minha resposta para os resultados da pesquisa sobre o TJ-RJ não foi sugerir a abolição da ponderação e da proporcionalidade. Qualquer proposta deve ser seguida de estudos que, por meio de método científico empírico, acompanhem e avaliem sua implementação prática. A capacidade comunicativa não é exceção.

O efeito colateral previsto e desejado pela minha proposta de capacidade comunicativa é que mesmo manifestações cujo conteúdo seria consensualmente ilegal pelos padrões jurídicos atuais deixariam de sofrer restrição judicial por envolver pessoas ou grupos em equilíbrio de condições de comunicação. Na raiz, o teste proposto não tem apenas uma constatação sobre uso insatisfatório da ponderação e proporcionalidade por magistrados. Tem também – e isso é mais importante – um posicionamento sobre o papel da manifestação em uma sociedade democrática. Salvo para frear distorções de poder de disseminação de discurso, ninguém deve ter qualquer opinião – falsa ou verdadeira, respeitosa ou difamatória, tolerante ou odiosa – avaliada pelo Estado.

É importante perceber que essa opção normativa é perfeitamente compatível com a ponderação e proporcionalidade conforme consolidadas pela literatura. Esses métodos não pressupõem uma resposta ou escolha de balanceamento de antemão. Sua aplicação é influenciada, claro, pela visão de mundo do intérprete quando ele mede o impacto das restrições sobre cada direito e avalia seus custos sociais. Acredito que o jurista brasileiro médio, ao realizar essas medidas e considerar esses custos, tem uma perspectiva muito diferente sobre o papel e valor da liberdade de expressão em uma sociedade. Mas as etapas e parâmetros de aplicação da ponderação ou proporcionalidade permanecem os mesmos. Conforme minha proposta, a proteção da honra e reputação não é anulada ou impossibilitada. Ela é apenas realocada para casos nos quais há desequilíbrio de capacidade comunicativa favorecendo ofensor. Nada do que propus nessa segunda parte da tese impede que tenha sucesso uma ação judicial com pedido de indenização por dano moral em função de ataque à honra. Pelo contrário, ao tirar do caminho os casos nos quais a parte ofendida não precisa do Judiciário, o teste da capacidade comunicativa permite que os magistrados aumentem o foco e cuidado com os casos nos quais um jornal de circulação nacional destrói a reputação de uma pessoa até ali conhecida por um pequeno número de pessoas.

Esses casos sempre existiram e continuam existindo hoje, mas devem se tornar cada vez menos frequentes em uma sociedade na qual a opinião pública é formada por um número gradualmente maior de contribuintes. As condições de manifestação do pensamento mudaram e o direito precisa adaptar e renovar suas ferramentas – ou mesmo aprender a trabalhar com ferramentas novas. A primeira proposta dessa tese é uma adaptação de ferramenta pré-existente. O teste da capacidade comunicativa mira casos comuns hoje, porém menos

comuns a longo prazo. A segunda proposta é de desenvolvimento de uma ferramenta nova. A autorregulação mira casos comuns hoje e cuja frequência e volume aumentarão no futuro.

Na parte dessa tese dedicada à autorregulação, primeiro tratei da autorregulação pelo código e dos desafios jurídicos que ela traz. Na sequência, tratei do papel proativo dos próprios membros da comunidade dessas plataformas na tarefa de moderação do conteúdo das manifestações online. Acredito que o caminho a trilhar, no que tange ao combate de violação do direito à imagem ou do discurso de ódio, seja a moderação descentralizada, que é necessariamente participativa. Como procurei explicar, as decisões que diferenciam o aceitável do não-aceitável em termos de liberdade de expressão trazem um nível de subjetividade peculiar em relação a outros campos do direito e, também por essa razão, devem ficar, sempre que possível, confiadas ao maior número possível de pessoas. Centralizar judicialmente essas avaliações era mais necessário e talvez a única alternativa antes da internet, mas não mais. A democratização dos meios de acesso à manifestação, tão importante para a Constituição de 1988, precisa andar de mãos dadas com a democratização da moderação da opinião.

Concretizar essa democratização é uma tarefa complexa, dependente da atuação de empresas e usuários muitas vezes em tensão ou desacordo, mas balizada a nível sistêmico (e não pontual) pelo Judiciário. Ao decidir sobre a arquitetura de sistemas de *gatekeeping* descentralizado que viabilizem o combate coletivo de discurso de ódio ou de ataques à honra nos quais há desequilíbrio de capacidade comunicativa, as empresas devem respeitar os limites impostos pela eficácia dos direitos fundamentais entre privados. A autonomia dos usuários necessária para o desempenho de tarefas de moderação e filtragem, bem como a proporcionalidade dos mecanismos utilizados para tanto, exigem considerações cujas respostas já são orientadas pela literatura sobre a proteção de direitos como a liberdade de expressão, a imagem e a privacidade.

Os usuários sentem-se intitulados a essa governança e sua atuação, mesmo quando pouco mobilizada ou organizada, tem resultados concretos e impactantes. Na primeira parte da tese, busquei mostrar que o Judiciário não é mais a melhor ou a única alternativa para ditar os limites da liberdade de expressão, especialmente na internet, o que significa reconhecer que usuários hoje têm poder real de coação. Justine Sacco e William Waack sabem disso. Ao apresentar o panorama de autorregulação da liberdade de expressão online com o qual o

direito deve trabalhar, estou menos preocupado em garantir condições para que os internautas continuem tendo essa força e mais preocupado com o desenho das plataformas que mitigue o uso excessivo e, acima de tudo, impulsivo dessa força. A moderação descentralizada é tão importante para empoderar usuários quanto para impor freios à mentalidade de turba. As soluções de arquitetura que permitem esvaziar o discurso de ódio são as mesmas que garantem meios para evitar que intolerância seja instintivamente respondida com mais intolerância.

Conclusão

A proteção da liberdade de expressão e a definição de seus limites se diferencia de outras áreas do direito pela maior dificuldade em escolher caminhos que permitam tangenciar a enorme subjetividade da tarefa de atribuir sentido à manifestação do pensamento de terceiros. Mas esse campo é similar a tantos outros no que tange à necessidade de revisão periódica dos institutos com o passar do tempo e as mudanças da sociedade, bem como a relevância de pesquisas empíricas que revelem o grau e modo de aplicação, na prática, das teorias sedimentadas pela literatura. Nessa tese, busquei cumprir essas duas tarefas necessárias ao produzir dados sobre o desempenho do Judiciário nos casos de liberdade de expressão, honra e imagem e analisar seus resultados, bem como ao contextualizar criticamente a literatura representativa, no cenário de profunda mudança de paradigma que a internet trouxe para a comunicação. Nunca subestimei, no entanto, a complexidade de se discutir institutos jurídicos que, para determinar o tratamento dado a um emissor, são ancorados em decisões sobre o significado atribuído por terceiros a essa emissão ou mensagem.

As ideias e argumentos sobre liberdade de expressão consolidadas pela doutrina e jurisprudência foram testados pela nova realidade da escassez de atenção, proteção da honra e rejeição do discurso de ódio em uma sociedade-rede escorada em um estado democrático de Direito. O resultado da primeira parte da tese é a constatação de que o Judiciário não desempenha seu papel na adjudicação da liberdade de expressão da forma como tradicionalmente muitos recomendavam e pensavam que o fizesse. Em paralelo, a inclusividade no debate social proporcionada pela internet, apesar de estar longe de atualmente completa ou perfeitamente equilibrada, mostra já um cenário totalmente diferente do fluxo da comunicação do que aquele conhecido pelo constituinte brasileiro e pelos redatores de nosso código civil.

A relação entre o Estado, a imprensa e a opinião pública foi profundamente alterada e as respostas que o direito historicamente ofereceu para as questões de liberdade de expressão, honra, imagem e discurso de ódio precisam ser no mínimo revistas, quando não, em alguns casos, abandonadas.

A proposta inédita dessa tese é que a regulação da liberdade de expressão hoje deve ser reorganizada sob o ponto de vista de dois elementos – um pontual, relacionado à atividade judicial e concernente a fenômenos atuais porém menos frequentes no futuro, e um sistêmico, relacionado à autorregulação e concernente a fenômenos atuais e crescentes no futuro. Ou seja: a primeira proposta reage ao passado recente e às demandas do Judiciário no presente, enquanto a segunda tem o olho no futuro.

A capacidade comunicativa é um critério que permite impregnar a atividade judicial sobre liberdade de expressão com a capacidade de identificar e reagir à desigualdade material refletida em frequentes instâncias de desequilíbrio no poder de comunicar. É um antídoto para o litígio levado a cabo pelos poderosos para censurar privadamente seus pares ou aqueles que têm muito menos espaço no debate público. É também uma forma de reduzir a concentração de julgamentos arbitrários que ignoram a aplicação da ponderação e proporcionalidade indicadas pela doutrina e produzem decisões arbitrárias, aumentando a imprevisibilidade sobre o que pode ou não pode ser dito no Brasil. Mas essa primeira proposta ataca apenas parte do problema e dos desafios.

O desafio de longo prazo é delinear o direito sobre a liberdade de expressão de maneira que ele, por sua vez, permita balizar a configuração da arquitetura de plataformas de interação comunicativa. A autorregulação é uma proposta mais ambiciosa, que leva a cabo a transição necessária de uma moderação do discurso predominantemente judicial para uma moderação descentralizada e socialmente inclusiva. Os grandes problemas informacionais enfrentados pelo mundo hoje, como as *fake news*, ilustram a necessidade de se investir em critérios de regulação da estrutura das comunicações, e não em critérios de avaliação de conteúdo. O direito administrativo passa a ter papel tão importante quanto o direito constitucional para a solução das múltiplas e permanentes tensões entre liberdade de expressão, honra, imagem, discurso de ódio e privacidade.

As duas propostas, da capacidade comunicativa e da autorregulação, levam a sério tanto a essência da noção de livre mercado das ideias – o Estado não pode ter papel na autoria de sentidos, símbolos e opiniões – quanto as justas e realistas críticas que essa recebeu ao longo do último século. Assim como o livre mercado possui falhas exploradas por aqueles com maior poder, também o livre mercado das ideias é distorcido pelo desequilíbrio da capacidade comunicativa. O Judiciário deve incorporar esse critério ao decidir sobre

manifestação do pensamento, mas deixou de ser o principal campo de batalha. A solução está nas escolhas sobre como estruturar as comunidades online e seus mecanismos de interação discursiva, instrumentalizando a vontade de auto-governo dos internautas. A solução está na rede.

Referências

ADORNO, Sérgio. Discriminação Racial e Justiça Criminal em São Paulo. **Novos Estudos**. N. 43, 1995.

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

AMARAL, Adriana. COIMBRA, Michele. Expressões de Ódio nos Sites de Redes Sociais: O Universo dos Haters no Caso #Eunãomereçoserestuprada **Contemporanea**. Revista de Comunicação e Cultura. v. 13, n. 2, 2015.

ANDERSON, Luvell. Racist humor. **Philosophy Compass**. N. 10, v. 8, 2015.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. A tutela dos direitos da personalidade no direito brasileiro em perspectiva atual. **Revista de Derecho Privado**. n.º 24, 2013.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.

ANNANY, Mike. Crawford, Kate. Seeing without knowing: Limitations of the transparency ideal and its application to algorithmic accountability. **New Media & Society**. 2013.

ARGUELHES, Diego Werneck. HARTMANN, Ivar A. M. Law in the Books and Books in the Court. Are Social Rights Literature and Judicial Practice on the same page in Brazil? **Annuaire International des Droits de L'Homme**, v. VII, 2014.

AUSTEN-SMITH, David. BANKS, Jeffrey S. Information Aggregation, Rationality, and the Condorcet Jury Theorem. **American Political Science Review**. V. 90, n. 1, 1996.

BAGARIĆ, Vesna. DJIGUNOVIĆ, Jelena Mihaljević. Defining Communicative Competence. **Metodika**. Vol. 8, br. 14, 2007.

BAKER, C. Edwin. **Media, Markets, and Democracy**: Communication, Society and Politics. Cambridge University Press, 2001.

BAKSHY, Eytan. MESSING, Solomon. ADAMIC, Lada A. Exposure to ideologically diverse news and opinion on Facebook. **Science**. V. 348, n. 6239, 2015.

BALKIN, Jack. Digital speech and democratic culture: a theory of freedom of expression for the information society. **New York University Law Review**. V. 79, n. 1, p. 1-58. abr 2004.

BALKIN, Jack. **The Future of Free Expression in a Digital Age**. Pepperdine Law Review. v. 36, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula da. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. Intimidade e Pessoas Notórias. Liberdades de Expressão e de Informação e Biografias. Conflito entre Direitos Fundamentais. Ponderação, Caso Concreto e Acesso à Justiça. Tutelas Específica e Indenizatória. **Revista Direito Público**. n. 5, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf. Acesso 18 jan 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. **Revista de Direito Administrativo**. N. 235, Jan-Mar 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARTELS, Koen. Communicative Capacity: The Added Value of Public Encounters for Participatory Democracy. **American Review of Public Administration**. vol. 44, n .6, 2014.

BARZILAI-NAHON, Karine. Toward a Theory of Network Gatekeeping: A Framework for Exploring Information Control. **Journal of The American Society For Information Science and Technology**. n. 59, 2008.

BELLI, Luca. A heterostakeholder cooperation for sustainable internet policymaking. **Internet Policy Review**. n. 4, 2015.

BENKLER, Yochai and SHAW, Aaron. A Tale of Two Blogospheres: Discursive Practices on the Left and on the Right. **American Behavioral Scientist**. V. 56, n. 4, p. 459-487, 2012.

BENKLER, Yochai. Coase's Penguin, or, Linux and The Nature of the Firm. **Yale Law Journal**. n. 112, 2002.

BENKLER, Yochai. Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain. **NYU Law Review**. n. 74, 1998.

BENKLER, Yochai. **The Wealth Of Networks**: How Social Production Transforms Markets and Freedom. 2006.

BENTHAM, J. **Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação**. São Paulo: Abril, Coleção Os Pensadores, 1974.

BERG, Terrence. www.wildwest.gov: The impact of the Internet on state power to enforce the law. **Brigham Young University Law Review**, 2000.

BERTONI, Eduardo Andrés. The Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights: a dialogue on freedom of expression standards. **European Human Rights Law Review**. N. 3, 2009.

BEZNOS, Clovis. A liberdade de manifestação do pensamento e de expressão e a proteção da intimidade e da vida privada. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Nº 27 – julho/agosto/setembro de 2011.

BINENBOJM, Gustavo. Meios de Comunicação de Massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa. As Liberdades de Expressão e de Imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico.** N. 5, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia. Ordenação. Regulação**. Transformações Político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BONELLI, Maria Gloria. Profissionalismo, gênero e significados da diferença entre juízes e juízas estaduais e federais. **Contemporânea** - Revista de Sociologia da UFSCar, v. 1, p. 103-123, 2011.

BRENNAN, Linda L.; JOHNSON, Victoria E. Technology Management for Corporate Social Responsibility. **IEEE Technology and Society Magazine**. V. 23, 2004.

BROWN, Ian. MARSDEN, Christopher T. **Regulating Code**. Good governance and better regulation in the information age. MIT Press, 2013.

BURK, Dan L. Federalism in Cyberspace. **Connecticut Law Review**. n. 28, 1996.

CALVERT, Clay. Revenge Porn and Freedom of Expression: Legislative Pushback to an Online Weapon of Emotional and Reputational Destruction. **Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal**. v. 24, n. 3, 2015.

CAMINKER, Evan H. Why Must Inferior Courts Obey Superior Court Precedents? **Stanford Law Review**. N. 46, 1994.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Clara Rafaela Prazeres de. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO STF E STJ. Disponível em: http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2010/relatorios/ccs/dir/DIR-Clara%20Rafaela%20Prazeres%20de%20Carvalho.pdf. Acesso 13 out 2016.

CASS, Ronald A., NIMMER, Melville B. The Perils of Positive Thinking: Constitutional Interpretation and Negative First Amendment Theory. **UCLA Law Review**. n. 34, 1987.

CASTELLS, Manuel. Infomationalism, Networks, and the Network Society: A Theoretical Blueprint. In: CASTELLS, Manuel (Org.). **The network society**: a cross-cultural perspective. Cheltenham: Edward Elgar, 2004.

CITRON, Danielle Keats. FRANKS, Mary Anne. Criminalizing Revenge Porn. **Wake Forest Law Review**. v. 49, 2014.

CITRON, Danielle Keats. **Hate crimes in cyberspace**. Cambridge: Harvard University Press, 2014.

Conselho Nacional de Justiça. **Censo do Poder Judiciário 2013**. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 2013.

Conselho Nacional de Justiça. **Censo do Poder Judiciário 2013**. Tribunal de Justiça de São Paulo, 2013.

Conselho Nacional de Justiça. **Censo do Poder Judiciário**. VIDE. Vetores iniciais e dados estatísticos. Brasília: CNJ, 2014.

Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2017**: ano-base 2016. Brasília: CNJ, 2017.

Conselho Nacional de Justiça. **Supremo em Ação 2017**. Ano-base 2016. Brasília: CNJ, 2017.

COTTER, David A. et al. The glass ceiling effect. **Social Forces**. N. 80, v. 2, dez. 2001.

CRAWFORD, Colin. Cyber*place*: defining a right to Internet access through public accommodation law. **Temple Law Review**. n. 76, 2003.

CURRAN, James. Reinterpreting the Internet. *in* CURRAN, James. FENTON, Natalie. FREEDMAN, Des (eds.) **Misunderstanding the Internet**. Londres: Routledge, 2012.

DALMOLIN, Aline Roes. A Legislação do Ódio e os Limites à Liberdade de Expressão: Enfoques Contemporâneos na Mídia e no Direito. **Anais do 3º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede**. UFSM, Santa Maria, 2015.

DAVIDSON, Thomas et al. Automated Hate Speech Detection and the Problem of Offensive Language. **Proceedings of The 11th International AAAI Conference on Web and Social Media** (ICWSM-17), 2017. Disponível em: https://arxiv.org/abs/1703.04009. Acesso 20 jan 2018.

DENARDIS, Laura. Hidden Levers of Internet Control. **Information, Communication & Society**. n. 15, 2012.

DIAKOPOULOS, Nicholas. Accountability in Algorithmic Decision Making. **Communications of the ACM**. Vol. 59 No. 2, 2016.

DIAMOND, Shari Seidman; MUELLER, Pam. Empirical legal scholarship in law reviews. **Annual Review of Law and Social Science**, v. 6, p. 581-599, 2010.

DIAS, Roberto. Liberdade de Expressão: biografias não autorizadas. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. n. 41, 2012.

EASTERBROOK, Frank H. Cyberspace and the law of the horse. **University of Chicago Legal Forum**. 207, 1996.

Editorial. Judicial Behavior and Legal Responsiveness. **Law & Society Review**. V. 3, 1967.

EMERSON, Thomas I. The Affirmative Side of the First Amendment. **GA. Law Review**, n. 15, 1981.

EPSTEIN, Lee. LANDES, William M. POSNER, Richard A. **The Behavior of Federal Judges**. A Theoretical & Empirical Study of Rational Choice. Cambridge: Harvard University Press, 2013.

EPSTEIN, Lee. MARTIN, Andrew D. Quantitative Approaches to Empirical Legal Research. *In* **The Oxford Handbook of Empirical Legal Research**. New York: Oxford University Press, 2010.

EPSTEIN, Lee. PARKER, Christopher M. SEGAL, Jeffrey A. **Do Justices Defend the Speech They Hate? In-Group Bias, Opportunism, and the First Amendment**. American Political Science Association 2013 Annual Meeting. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2300572. Acessado em: 5 maio 2015.

EPSTEIN, Lee; KING, Gary. Building an infrastructure for empirical research in the law. **Journal of Legal Education**, v. 53, n. 3, 2003.

EVANS, Malcolm D. From Cartoons to Crucifixes: Current Controversies Concerning The Freedom of Religion and The Freedom of Expression Before The European Court of Human Rights. **Journal of Law & Religion.** V. 26, 2010.

FACHIN, Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FALCÃO, Joaquim; ABRAMOVAY, Pedro; LEAL, Fernando; HARTMANN, Ivar A. **II Relatório Supremo em Números**. O Supremo e a Federação. Rio de Janeiro: Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, 2013.

FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo; WERNECK, Diego. **I Relatório Supremo em Números**. O Múltiplo Supremo. Rio de Janeiro: Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, 2011.

FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; ALMEIDA, Guilherme de; CHAVES, Luciano. **V Relatório Supremo em Números**. O Foro Privilegiado e o Supremo. Rio de Janeiro: Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, 2017.

FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P. **III Relatório Supremo em Números**. O Supremo e o Tempo. Rio de Janeiro: Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, 2014.

FALCÃO, Joaquim; MORAES, Alexandre de; HARTMANN, Ivar A. **IV Relatório Supremo em Números**. O Supremo e o Ministério Público. Rio de Janeiro: Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, 2016.

FARIA, Fernanda Miana de. ARAÚJO, Júlia Silveira de. JORGE, Marianna Ferreira. Caiu na Rede é Porn: Pornografia de Vingança, Violência de Gênero e Exposição da "Intimidade". **Contemporanea. Revista de Comunicação e Cultura**. v.13, n. 3, 2015.

FELDMAN, Adam. Counting on quality: The effects of merits brief quality on Supreme Court Decisions. **Denver Law Review**. V. 94, 2016.

FGV Direito SP. **Justiça Eleitoral e Conteúdo Digital nas Eleições de 2014**. São Paulo: FGV Direito SP, 2016. Disponível em: http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/pesquisa_justica_eleitoral_fgv_2.pdf . Acesso 20 jan 2018.

FILHO, Ilton Robl. SARLET, Ingo W. Estado Democrático de Direito e os Limites da Liberdade de Expressão na Constituição Federal de 1988, com Destaque Para O Problema Da Sua Colisão Com Outros Direitos Fundamentais, Em Especial, Com Os Direitos De Personalidade. **Constituição, Economia e Desenvolvimento**: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba. vol. 8, n. 14, 2016.

FILHO, Theóphilo Cavalcanti. A liberdade de imprensa na formação constitucional brasileira. CLÉVE, Clèmerson Merlin. BARROSO, Luís Roberto (orgs). **Direito Constitucional**: teoria geral da Constituição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FISS, Owen M. Free Speech and Social Structure. **Iowa Law Review.** n. 71, 1986.

FLAUSS, Jean-François. The European Court of Human Rights and the Freedom of Expression. **Indiana Law Journal**. V. 84, n. 3. 2009.

FLAXMAN, Seth. GOEL, Sharad. RAO, Justin M. Filter Bubbles, Echo Chambers, and Online News Consumption. **Public Opinion Quarterly**. V. 80, n. S1, 2016.

FRANCIULLI NETTO, Domingos. A proteção ao direito à imagem e a Constituição Federal. **Informativo jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva**, Brasília, DF, v. 16, n. 1, jan./jul. 2004. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/139>. Acesso em: 3 out 2016.

FRANKLIN, Zak. Justice for Revenge Porn Victims: Legal Theories to Overcome Claims of Civil Immunity by Operators of Revenge Porn Websites. **California Law Review**. v. 102, n. 5, 2014.

FRANKS, Mary Anne. **Drafting an Effective 'Revenge Porn' Law**: A Guide for Legislators. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2468823. Acesso 23 fev 2015.

FRIED, Charles. **Saying What the Law Is: The Constitution in the Supreme Court.** Cambridge: Harvard University Press, 2004.

FROOMKIN, A. Michael. Habermas@discourse.net: Toward a critical theory of cyberspace. **Harvard Law Review**. N. 116, 2003.

FUCHS, Christian Fuchs. Critique of the Political Economy of Web 2.0 Surveillance. **The Internet & Surveillance-Research Paper Series**. n. 3, 2010.

GALISON, Peter. MINOW, Martha. Our Privacy, Ourselves in the Age of Technological Intrusions. in WILSON, R. Ashby. **Human Rights in the 'War on Terror'**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

GOLDMAN, Sheldon. Behavioral Approaches to Judicial Decision-Making: Toward a Theory of Judicial Voting Behavior. **Jurimetrics Journal**. V. 11, 1971.

GOLDSMITH, Jack L. Against Cyberanarchy. **University of Chicago Law Review**. n. 65, 1998.

GOLDSMITH, Jack. WU, Tim. **Who Controls the Internet?** Illusions of a Borderless World. Oxford: Oxford University Press, 2006.

GOODMAN, Ellen P. Media Policy Out of the Box: Content Abundance, Attention Scarcity, and the Failures of Digital Markets. **Berkeley Technology Law Journal**. N. 19, 2004.

GRAHAM, Mark. STRAUMANN, Ralph K. HOGAN, Bernie. Digital Divisions of Labor and Informational Magnetism: Mapping Participation in Wikipedia. **Annals of the Association of American Geographers**. v. 105, n. 6, 2015.

GRIMMELMANN, James. Speech Engines. **Minnesota Law Review**. N. 98, 2014.

GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, Regulação e Reflexividade**. Uma nova teoria sobre Escolhas Administrativas. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

GUERRA, Sidney. Direito fundamental à intimidade, vida privada, honra e imagem. *In*: **ANAIS DO XV ENCONTRO PREPARATÓRIO PARA O CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

HÄBERLE, Peter. Grundrechte im Leistungsstaat. *In* MARTENS, Wolfgang e BACHOF, Otto (orgs.). **Veröffentlichungen Der Vereinigung Der Deutschen Staatsrechtslehrer** n. 30, 1972.

HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. *In* **A inclusão do outro:** estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002.

HARGITTAI, Eszter et al. Cross-ideological discussions among conservative and liberal bloggers. **Public Choice**. N. 134, p. 67-86, 2008.

HART, H. L. A. Hart. Positivism and the Separation of Law and Morals. **Harvard Law Review**. n. 71, 1958.

HARTMANN, I. A. M.. A Sociedade-rede e o Estado-rede. **Revista Brasileira de Meio Ambiente Digital e Sociedade da Informação**, v. 1, p. 2-47, 2014.

HARTMANN, Ivar A. A autorregulação pelo código: Características, Impacto e Limites de um Novo Modelo. In: Fernando Leal. (Org.). **Direito Privado em Perspectiva**. 1ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

HARTMANN, Ivar A. ALMEIDA, Guilherme F. C. F. VALIM, Beatriz N. LIMA, Clarissa E. L. MARIANO, Gabriel B. NUNES, José Luiz. CAMPOS, Larissa L. E. A influência da TV Justiça no Processo Decisório do STF. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**. v. 4, p. 38-56, 2017.

HARTMANN, Ivar A. CHADA, Daniel. A razão sem condições de qualidade. VILHENA, Oscar. GLEZER, Rubens (Orgs.). **A razão e o voto**. Diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. São Paulo: FGV Direito SP Editora, 2017.

HARTMANN, Ivar A. Let the Users be the Filter? Crowdsourced Filtering to Avoid Online Intermediary Liability. **Journal of the Oxford Centre for Socio-Legal Studies**. v. 2017, n. 1, 2017.

HARTMANN, Ivar A. Liberdade de Manifestação Política e Campanhas: É preciso atenção aos algoritmos. In: Joaquim Falcão. (Org.). **Reforma Eleitoral no Brasil**. 1ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

HARTMANN, Ivar A. M. A Right to Free Internet? On Internet Access and Social Rights. **Journal of High Technology Law**, v. XIII, 2013.

HARTMANN, Ivar A. M. O Acesso à Internet como Direito Fundamental. **Alfa-Redi** (Lima), v. 118, p. 2, 2008.

HARTMANN, Ivar Alberto. Livres no Estrangeiro, Censuradas no Brasil. Uma Perspectiva do Direito Comparado da Liberdade de Expressão e Biografias. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia.** v. 14, n. 14.2, 2013..

HE, Xin. LIN, Fen. The Losing Media? An Empirical Study of Defamation Litigation in China. **The China Quarterly**. n. 230, June 2017.

HINDMAN, Matthew. What is the Online Public Sphere Good For? *in* TUROW, Joe e TSUI, Lokman (eds.). **The Hyperlinked Society**. University of Michigan Press, 2008.

HOCKETT, Robert; OMAROVA, Saule. “Private” means to “public” ends: Governments as market actors. Cornell Law School research paper no. 13-84, p. 5. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=2222444. Acessado em: 17 nov 14.

HOLLANDER, Teri N. Enjoining Unauthorized Biographies and Docudramas. **Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review.** V. 16, 1995.

HOLMES, Stephen. SUNSTEIN, Cass R. **The Cost Of Rights**: Why Liberty Depends On Taxes. 1999.

HONNETH, Axel. A textura da justiça. Sobre os limites do procedimentalismo contemporâneo. **Civitas**, v. 9, n. 3, 2009.

HORNUNG, Gerrit. SCHNABEL, Christoph. Data protection in Germany I: The population census decision and the right to informational self-determination. **Computer Law & Security Review**. v. 25, n. 1, 2009.

HUMPHREYS, Sal. Ruling the Virtual World. Governance in Massively Multiplayer Online Games. **European Journal of Cultural Studies**. n. 11, 2008.

IPEA. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório sobre os Juizados Especiais**. Brasília: IPEA, 2013.

ISENSEE, Josef. KIRCHHOF, Paul. **Handbuch des Staatsrechts**. Band IV – Freiheitsrechte. Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, 1989.

ISTAMATI, Gisela Barroso. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO: ANÁLISE DE CASOS APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988. Monografia apresentada à Sociedade Brasileira de Direito Público como trabalho de conclusão do curso da Escola de Formação do ano de 2008. Disponível em http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/119_giselafinal.pdf. Acesso 13 out 2016.

JEMIELNIAK, Dariusz. **Common Knowledge?**: An Ethnography of Wikipedia. Stanford: Stanford University Press, 2014.

JENKINS, Rhys. Globalization, Corporate Social Responsibility and poverty. **International Affairs**. N. 81, v. 3, 2005.

JOHNSON, David R. POST, David. Law And Borders - The Rise of Law in Cyberspace. **Stanford Law Review**. n. 48, 1995.

JOLLS, Christine. **Behavioral law and economics**. Public Law and Legal Theory Paper no. 130, p. 10. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=959177. Acessado em: 17 nov 14.

KARAVAS, Vagias. **Digitale Grundrechte**. Elemente einer Verfassung des Informationsflusses im Internet. Baden-Baden: Nomos, 2007.

KELSEN, Hans. **Pure Theory of Law.** 2ª. Ed, 1978.

KETTNER, Mattias. Deliberative democracy: from rational discourse to public debate. *in*: GOUJON, Philippe; LAVELLE, Sylvain; DUQUENOY, Penny; KIMPPA, Kai; LAURENT, Veronique; BERLEUR, Jacques (Eds.). **The information society**: innovation, legitimacy, ethics and democracy: in honor of Professor Jacques Berleur s.j. New York, NY: Springer, 2007.

KITTUR, Aniket et al., The Future of Crowd Work. **Anais do CSCW'13**. 23–27 fevereiro, San Antonio, Texas, EUA, 2013.

KITTUR, Aniket. KRAUT, Robert E. Harnessing the Wisdom of Crowds in Wikipedia: Quality Through Coordination. **CSCW'08**, 8-12 Novembro, San Diego, California, EUA, 2008.

KLEIN, David O. WUELLER, Joshua R. Fake News: A Legal Perspective. **Journal of Internet Law**. v. 20, n. 10, 2017.

KLEINWÄCHTER, Wolfgang. Internet co-governance. Towards a multilayer multiplayer mechanism of consultation, coordination and cooperation (M_3C_3). *in*: MANSELL, Robin (Org.). **The information society**. v. III (Democracy, governance and regulation). New York: Routledge, 2009.

KOPPEN, Peter J. Van. KATE, Jan Ten. Individual Differences in Judicial Behavior: Personal Characteristics and Private Law Decision-Making. **Law & Society Review**. V. 18, n. 2, 1984.

KRIEGER, Linda Hamilton. Civil Rights Perestroika: Intergroup Relations after Affirmative Action. **California Law Review**. vol. 86, pp. 1251-1333, dez 1998.

KROL, Heloísa. Jurisdição constitucional, democracia e liberdade de expressão: análise do caso Ellwanger. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. ano 8, n. 32, 2008.

LADEUR, Karl-Heinz. Der Staat der „Gesellschaft der Netzwerke“. Zur Notwendigkeit der Fortentwicklung des Paradigmas des „Gewährleistungsstaates“. **Der Staat**. 2, 2009.

LADHA, Krishna K. The Condorcet Jury Theorem, Free Speech, and Correlated Votes. **American Journal of Political Science**. v. 36, n. 3, 1992.

LAMPE, Cliff et al. Follow the Reader: Filtering Comments on Slashdot. *in* **Anais da ACM Conference on Human Factors in Computing Systems** (CHI'07). San Jose, California, 28 abr – 3 maio, 2007.

LAMPE, Cliff et al. Motivations to Participate in Online Communities. **Anais da SIGCHI Conference on Human Factors in Computing Systems**. v. 3, Abril 10-15, Atlanta, EUA, 2010.

LASTOWKA, F. Gregory. HUNTER, Dan. Virtual Worlds: A Primer. *in* BALKIN, Jack. NOVECK, Beth (eds.). **The State of Play**. Law, Games, and Virtual Worlds. Nova York: NYU Press, 2006.

LAWRENCE III, Charles A. Each other's harvest: diversity's deeper meaning. University of San Francisco Law Review. n. 31, 1997.

LEAL, Fernando A. R. Argumentando com o Sobreprincípio da Dignidade da Pessoa Humana. **Arquivos de Direitos Humanos**, v. 7, p. 41-67, 2007.

LEITE, Fábio Carvalho. Liberdade de Expressão e Direito à honra: novas diretrizes para um velho problema. In: Clèmerson Merlin Clève; Alexandre Freire. (Org.). **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional**: análise, crítica e contribuições. 1ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LEITER, Brian. Cleaning Cyber-cesspools: Google and Free Speech. *in* NUSSBAUM, Martha. LEVMORE, Saul (eds.) **The Offensive Internet**: Speech, Privacy, and Reputation. Cabridge: Harvard University Press, 2010.

LEONCY, Leo Ferreira. Colisão de direitos fundamentais a partir da Lei nº 6.075/97: o direito à imagem de presos, vítimas e testemunhas e a liberdade de expressão e de informação. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 34 n. 136 out./dez. 1997.

LESSIG, Lawrence. **Code**. Version 2.0. New York: Basic Books, 2006.

LESSIG, Lawrence. The new Chicago school. **The Journal of Legal Studies**. V. 27, n. 2. Junho, 1998.

LESSIG, Lawrence. The zones of cyberspace. **Stanford Law Review**. V. 48, 1996.

LIMBERGER, Têmis. A Informática e a Proteção à Intimidade. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, n. 80, p. 319-333, dez. 2000.

LINDNER, Ralf. RIEHM, Ulrich. Broadening Participation Through E-Petitions? An Empirical Study of Petitions to the German Parliament. **Policy & Internet**. v. 3, n. 1, 2011.

LINS, Beatriz Accioly. "Ih, vazou!": pensando gênero, sexualidade, violência e internet nos debates sobre "pornografia de vingança". **Cadernos de Campo**. n. 25, 2016.

LUHMANN, Niklas. The Autopoiesis of Social Systems. *in* GEYER, F. e ZOUWEN, J. van (eds.). **Sociocybernetic Paradoxes**: Observation, Control and Evolution of Self-Steering Systems, 1986.

MACIEL, Marilia. ZINGALES, Nicolo. FINK, Daniel. The Global Multistakeholder Meeting on the Future of Internet Governance (NETmundial). Multistakeholder as governance groups: observation from case-studies. **Research Publication 2015/001**, Berkman Center, 2015. Disponível em: https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/16140635/Berkman_2015-1-revision.pdf?sequence=1. Acesso 30 jan 2018.

MACKINNON, Catherine. **Only Words**. Harvard University Press, 1996.

MAÑAS, José Luis Piñar. El Derecho Fundamental a la Protección de Datos Personales. In: MAÑAS, José Luis Piñar (org). **Protección de Datos de Carácter Personal en Iberoamérica**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

MARIOTTO, Laura. SILVA, Rosane Leal da Silva. Discursos de Ódio Online: Uma Análise da Colisão de Direitos Fundamentais no Ambiente Virtual. **Simpósio de Ensino, Pesquisa e Extensão**. UNIFRA, Santa Maria, 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**. Curitiba, vol. 7, n. 1, p. 105-132, jan./jun. 2016.

MARWICK, Alice E. BOYD, danah. Networked privacy: How teenagers negotiate context in social media. **New Media & Society**. v. 16, n. 7, 2014.

MASSARO, Toni M. NORTON, Helen. Siri-ously? Free Speech Rights and Artificial Intelligence. **Northwestern Law Review**. N. 110, 2016.

MCKAAY, Ejan. History of law and economics. In: BOUCKAERT; DE GHEEST (eds.). **Encyclopedia of Law and Economics**. V. 1, 2000.

McWILLIAMS, Abagail; SIEGEL, Donald. Corporate Social Responsibility: A Theory of the Firm Perspective. **The Academy of Management Review**. N. 26, pp. 117-127, 2001.

MEIKLEJOHN, Alexander. **Political Freedom**: The Constitutional Powers of the People. 1965.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes e Vinculação. Instrumentos do Stare Decisis e Prática Constitucional Brasileira. **Revista de Direito Administrativo**. N. 241, 2005.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes Vinculantes nos Estados Unidos da América e no Direito Brasileiro: Um Estudo Comparado. **Revista de Direito Internacional**. V. 13, n. 3, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. **Revista de Informação Legislativa**. V. 31, n. 122, mai-jul, 1994.

MICHELMAN, Frank. On Protecting the Poor Through the Fourteenth Amendment. **Harvard Law Review**, n. 83, 1969.

MILL, John Stuart. **On liberty**. Floating Press, 2009.

MOELLER, Justin. LEVEY, Brian. 'For the times they are a-changing': Explaining voting patterns of U.S. Supreme Court Justices through identification of micro-publics. **BYU Journal of Public Law**. V. 28, 2013.

MOREIRA, Renato de Castro. O Direito à Liberdade Informática. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, p. 139-167, dez. 1999.

MUELLER, Milton et al. The Internet and Global Governance: Principles and Norms for a New Regime. **Global Governance**. n. 13, 2007.

MUELLER, Milton L. **Networks and States**. The Global Politics of Internet Governance. Cambridge: The MIT Press, 2010.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Secondary Liability of Service Providers in Brazil: The Effect of the Civil Rights Framework. *in* DINWOODIE, Graeme B. (ed.). **Secondary Liability of Internet Service Providers.** Cham: Springer, 2017.

MULHOLLAND, Caitlin. O direito de não saber como decorrência do direito à intimidade. **Civilistica.com**. Ano 1, n. 1, 2012.

MURDOCK, Graham. GOLDING, Golding. Information poverty and political inequality. *in* MANSELL, Robin (org). **The information society**. v. III (Democracy, governance and regulation), 2009.

NASS, Clifford. MOON, Youngme. GREEN, Nancy. Are Machines Gender Neutral? Gender-Stereotypic Responses to Computers With Voices. **Journal of Applied Social Psychology**. v. 27, n. 10, 1997.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freite. Honra e imagem do morto? Por uma crítica à tese da sobrevida dos direitos da personalidade. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 44 n. 175 jul./set. 2007.

NETANEL, Neil Weinstock. Cyberspace Self-Governance: A Skeptical View from Liberal Democratic Theory. **California Law Review**. n. 88, 2000.

NEUNER, Jörg. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado alemão. *In*: SARLET, Ingo; NEUNER, Jörg; MONTEIRO, António Pinto. **Direitos fundamentais e direito privado**. Uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Almedina, 2007.

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Editora Jorge Zahar: Rio de Janeiro, 1991.

OGUS, Anthony. Rethinking self-regulation. **Oxford Journal of Legal Studies**. V. 15, 1995.

ONÇA, Luciane da Silva; SILVA, Leda Maria Messias. Os direitos da personalidade da imagem, honra, privacidade e intimidade do empregado nas relações de emprego. **Revista Jurídica Cesumar** - Mestrado, v. 10, n. 1, p. 235-259, jan./jun. 2010.

PEREIRA, Carlos Alberto Messeder, HERSCHMANN, Micael. Comunicação e novas estratégias organizacionais na era da informação e do conhecimento. **Comunicação & Sociedade**. São Bernardo do Campo: PósCom-Umesp, a. 24, n. 38, p. 27-42, 2002.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. *in* BARROSO, Luís Roberto (org). **A nova interpretação constitucional**. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PFORDTEN, Dietmar von der. On the Dignity of Man in Kant. **Philosophy**, n. 84, 2009.

PHILLIPS, Whitney. **This Is Why We Can't Have Nice Things**: Mapping the Relationship between Online Trolling and Mainstream Culture. Cambridge: MIT Press, 2016.

PINTO, Paulo Mota. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado português. In: SARLET, Ingo; NEUNER, Jörg; MONTEIRO, António Pinto. **Direitos fundamentais e direito privado**. Uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Almedia, 2007.

POLLACH, Irene. Online privacy as a corporate social responsibility: an empirical study. **Business Ethics**: A European Review. N. 20, pp. 88-102, 2011.

POST, David G. „The Unsettled Paradox": The Internet, The State, and the consent of the Governed. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, 5, 1998.

RAFAELI, Sheizaf. ARIEL, Yaron. Online Motivational Factors: Incentives for Participation and Contribution in Wikipedia. *in* BARAK, Azy. (ed.). **Psychological Aspects of Cyberspace.** Theory, research, applications. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

RAWLS, John. **A theory of justice**. Cambridge (MA): Harvard University Press, 1999.

RAWLS, John. **Liberalismo Político**. Editora Ática, São Paulo, 2000.

REICH, Charles A. Individual Rights and Social Welfare: The Emerging Legal Issues. **Yale Law Journal**, n. 74, 1964.

REIDENBERG, Joel R. Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology. **Texas Law Review**, 76, 1998.

REN, Yuqing et al. Building Member Attachment in Online Communities: Applying Theories of Group Identity and Interpersonal Bonds. **MIS Quarterly**. N. 36, 2012.

RHEINGOLD, Howard. **The virtual community**: homesteading on the electronic frontier. Cambridge: The MIT Press, 2000.

RISCH, Michael. Virtual Rule of Law. **West Virginia Law Review**. n. 112, 2009.

ROSNAY, Melanie Dulong de. Peer-to-Peer as a Design Principle for Law: Distribute The Law. **Journal of Peer Production**. N. 6, 2015.

ROTHEMBURG, Walter Claudius. STROPPA, Tatiana. Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio: O Conflito Discursivo nas Redes Sociais. **Anais do 3º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede**. Santa Maria: UFSM, 2015.

SACHS, Michael. **Grundgesetz Kommentar**. 4a. ed. Munique: C.H. Beck, 2007.

SALOMÃO, Maria Margarida Martins. Razão, Realismo e Verdade: O Que Nos Ensina o Estudo Sociognitivo Da Referência. **Caderno de Estudos Linguísticos.** n. 44, 2003.

SANDEL, Michael. **Liberalism and the limits of justice**. 2a ed. Cambridge University Press, 1998.

SANTANA, Selma Pereira. Calúnia contra a presidente da república: a tensão entre o exercício da liberdade de expressao e a tutela da honra. **Revista Brasileira de Direito**, 12(1): 42-52, jan.-jun. 2016.

SARLET, Ingo W. MOLINARO, Carlos Alberto. Liberdade de Expressão! [Superando os Limites do “Politicamente (In)Correto”]. **Revista da Ajuris**. v. 39, n. 126, 2012.

SARLET, Ingo W. Notas Sobre a Dignidade (da pessoa) Humana no Âmbito da Evolução do Pensamento Ocidental. **Revista Opinião Jurídica**. Ano 13, n. 17, 2015.

SARLET, Ingo W.. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.** n.81, p.325-386, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4ª ed.rev.ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 11ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro. *In*: SARLET, Ingo; NEUNER, Jörg; MONTEIRO, António Pinto. **Direitos fundamentais e direito privado**. Uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Almedina, 2007.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**. Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SARMENTO, Daniel. **O Negro e a Igualdade no Direito Constitucional Brasileiro:** Discriminação "de facto", Teoria do Impacto Desproporcional e Ações Afirmativas. Disponível em: http://aasn.iuperj.br/portugues/articles/papers2/daniel-sarmento--o-negro-e-a-igualdade.pdf. Acesso em 27 jul 2007.

SAUTER, Molly. **The Coming Swarm**: DDOS Actions, Hacktivism, and Civil Disobedience on the Internet. Bloomsbury Academic, 2014.

SCHÄFER, Jairo Gilberto, DECARLI, Nairane. A colisão dos direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem versus a liberdade de expressão e informação. **Prisma Jurídico**, n. 6, 2007.

SCHAUER, Frederick. Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect. **Boston University Law Review**. N. 58, 1978.

SCHAUER, Frederick. Incentives, Reputation, and the Inglorious Determinants of Judicial Behavior. **University of Cincinnati Law Review**. V. 68, 2000.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHREIBER, Anderson. Marco Civil da Internet: Avanço ou Retrocesso? A responsabilidade civil por dano derivado do conteúdo gerado por terceiro. *in* LUCCA, Newton de. FILHO, Adalberto Simão. LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords). **Direito e Internet III**. Tomo II. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

SCHUBERT, Glendon. The Importance of Computer Technology to Political Science Research in Judicial Behavior. **Jurimetrics Journal**. V. 8, 1968.

SCHWARTZ, Thomas. Judicial Behavior and the First Amendment. **Communications and the Law**. V. 8, 1986.

SELTZER, Wendy. Free Speech Unmoored in Copyright's Safe Harbor: Chilling Effects of The DMCA on The First Amendment. **Harvard Journal of Law and Technology**. N. 24, 2010.

SEN, Amartya. **Development as freedom**. Nova York: Alfred A Knopf, 2000.

SHAHSHAHANI, Sepehr. LIU, Lawrence J. Religion and Judging on the Federal Courts of Appeals. **Journal of Empirical Legal Studies**. V. 14, n. 4, dez 2017.

SHAW, Aaron. Centralized and Decentralized Gatekeeping in an Open Online Collective. **Politics & Society**. n. 40, 2012.

SILVA, Artenira da Silva e. PINHEIRO, Rossana Barros. Exposição que Fere, Percepção que Mata: A Urgência de Uma Abordagem Psicosociojurídica Da Pornografia de Vingança à Luz da Lei Maria da Penha. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. V. 62, n. 3, 2017.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais. São Paulo. v. 798. p. 23-50. abr. 2002.

SILVA, Rosane Leal da et al. Discursos de Ódio em Redes Sociais: Jurisprudência Brasileira. **Revista Direito GV**. v. 7, n. 2, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without Deliberating. **International Journal of Constitutional Law**. V. 11, n. 3, 2013.

SOLOVE, Daniel J. A taxonomy of privacy. **University of Pennsylvania Law Review**. v. 154, n. 3, 2006.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STARCK, Christian. **Kommentar zum Grundgesetz**. Band I. Band 1, Präambel, Artikel 1 bis 19. Munique: Franz Vahlen GmbH, 2005.

STERN, Klaus. **Das Staatsrecht Der Bundesrepublik Deutschland**. Band IV/1. Die einzelnen Grundrechte. Munique: C.H. Beck, 2006.

STIGLITZ, Joseph. Regulation and failure. *In*: MOSS, David A.; CISTERNINO, John A. **New perspectives on regulation**. Cambridge: The Tobin Project, 2009.

STROUD, Scott R. The Dark Side of the Online Self: A Pragmatist Critique of the Growing Plague of Revenge Porn. **Journal of Mass Media Ethics**. v. 29, 2014.

SUCHMAN, Mark C.; MERTZ, Elizabeth. Toward a new legal empiricism: empirical legal studies and new legal realism. **Annual Review of Law and Social Science**. v. 6, p. 555-579, 2010.

SULLIVAN, Kathleen. **Free speech and unfree markets**. UCLA Law Review. n. 42, 1994.

SUNSTEIN, Cass R. **Republic.com 2.0.** Princeton University Press, 2009.

SUNSTEIN, Cass. SCHKADE, David. ELLMAN, Lise Michelle. Ideological Voting on Federal Courts of Appeals: A Preliminary Investigation. **Virginia Law Review**. V. 90, n. 1, 2014.

SWEET, Alec Stone. Constitutional Courts. in ROSENFELD, Michel. SAJÓ, András. **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

SWEET, Alec Stone. MATHEWS, Jud. Proportionality balancing and Global Constitutionalism. **Columbia Journal of Transnational Law**. N. 47, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. Direito sobre biografias no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**. v. 262, p. 2013.

TIMOFEEVA, Yulia A. Hate Speech Online: Restricted or Protected? Comparison Of Regulations In The United States And Germany. **Journal of Transnational Law & Policy**. V. 12, n. 2, 2003.

TONTERI, Lisbeth et al. Antecedents of an experienced sense of virtual community. **Computers in Human Behavior**. n. 27, 2011.

TUFEKCI, Zeynep. Algorithmic Harms Beyond Facebook and Google: Emergent Challenges of Computational Agency. **Colorado Technology Law Review.** n. 13, 2015.

TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights**: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law. Princeton: Princeton University Press, 2007.

ULMER, S. Sidney. STOOKEY, John A. Nixon's Legacy to the Supreme Court: A Statistical Analysis of Judicial Behavior. **Florida State University Law Review**. N. 3, 1975.

UNWIN, David. **Defamation Litigation Patterns Across the United States, England, and Australia**. Disponível em https://works.bepress.com/david_unwin/1/download/. Acesso 10 jan 2018.

VERONESE, Alexandre. O problema da pesquisa empírica e sua baixa integração na área de Direito: uma perspectiva brasileira da avaliação dos cursos de pós-graduação do Rio De Janeiro. **Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI**. Belo Horizonte, 2007. Disponível em: <http://

www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/alexandre_veronese2.pdf>. Acesso em: 11/2012.

VESTING, Thomas. Zur Entwicklung einer „Informationsordnung“. *In*: BADURA, Peter; DREIER, Horst (Eds.). **Festschrift 50 jahre bundesverfassungsgericht**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001.

VICENTE, María Rosalía. NOVO, Amparo. An empirical analysis of e-participation. The role of social networks and e-government over citizens' online engagement. **Government Information Quarterly**. n. 31, 2014.

VILHENA, Oscar. GLEZER, Rubens (Orgs.). **A razão e o voto**. Diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. São Paulo: FGV Direito SP Editora, 2017.

VOLOKH, Eugene. Freedom of Speech and The Right of Publicity. **Houston Law Review.** v. 40, 2003.

WALDRON, Jeremy. **The Harm in Hate Speech**. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

WALZER, Michael. **Esferas da Justiça**. Editora Martins Fontes, São Paulo, 2003.

WEDEKING, Justin. ZILIS, Michael A. Disagreeable Rhetoric and the Prospect of Public Opposition: Opinion Moderation on the U.S. Supreme Court. **Political Research Quarterly**. 2017.

WHITMAN, James Q. Enforcing civility and respect: three societies. **Yale Law Journal**. V. 109, 2000.

WU, Tim. When code isn't law. **Virginia Law Review**. N. 89, 2003.

YANOW, Dvora; SCHWARTZ-SHEA, Peregrine (Ed.). **Interpretation and method**: empirical research. Methods and the interpretive turn. M. E. Sharpe, 2006.

ZITTRAIN, Jonathan Zittrain. **Be Careful What You Ask For**: Reconciling a Global Internet and Local Law. Harvard Law School Harvard Law School Public Law Research Paper No. 60, 2003. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=395300. Acesso 23 abr 2012.