



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

André Farah Alves

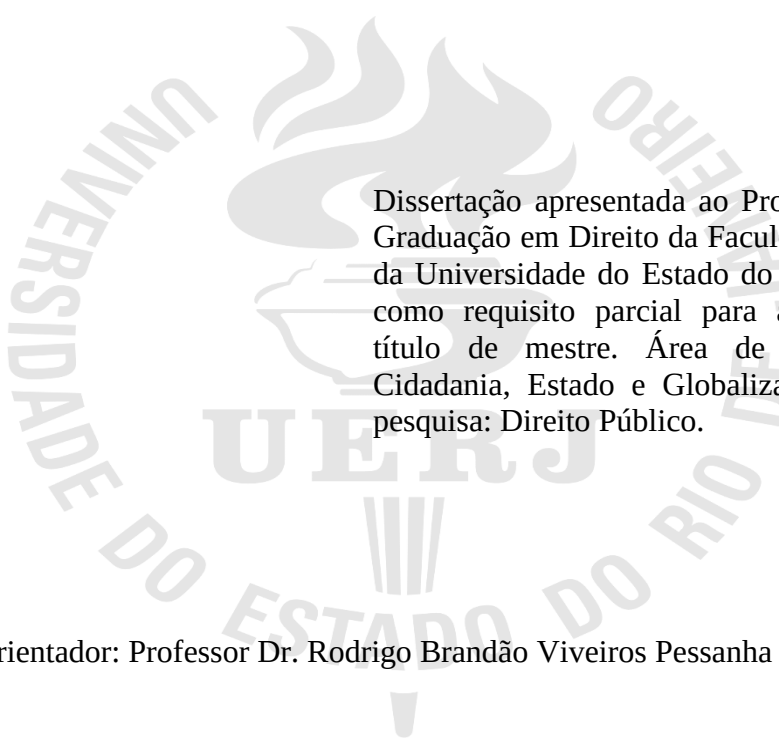
**Liberdade de expressão e remoção de conteúdo da Internet: anonimato,
URL, árbitro e interação em portal de notícias**

Rio de Janeiro

2018

André Farah Alves

Liberdade de expressão e remoção de conteúdo da Internet: anonimato, URL, árbitro e interação em portal de notícias



Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro como requisito parcial para a obtenção do título de mestre. Área de Concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de pesquisa: Direito Público.

Orientador: Professor Dr. Rodrigo Brandão Viveiros Pessanha

Rio de Janeiro

2018

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

A474

Alves, André Farah.

Liberdade de expressão e remoção de conteúdo da internet: anonimato, url, árbitro e interação em portal de notícias / André Farah Alves. - 2018. 245 f.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Brandão Viveiros Pessanha.

Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Liberdade de expressão - Teses. 2. Anonimato (Direito) – Teses. 3. Internet – Teses. I. Pessanha, Rodrigo Brandão Viveiros. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 343.45

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

André Farah Alves

Liberdade de expressão e remoção de conteúdo da Internet: anonimato, URL, árbitro e interação em portal de notícias

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro como requisito parcial para a obtenção do título de mestre. Área de Concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de Pesquisa: Direito Público.

Aprovada em 21 de fevereiro de 2018.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Rodrigo Brandão (Orientador)

Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Carlos Affonso Pereira de Souza

Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Fábio Leite

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro

2018

DEDICATÓRIA

*À minha mãe, Teresa Cristina Farah, maior incentivadora de todo o plano
jurídico da minha vida no mundo do Direito.*

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço à minha mãe, à minha esposa e ao meu pai pelo apoio durante a elaboração da dissertação. Apesar de todas as angústias, dúvidas e ausência, não apenas souberam respeitar o momento pelo qual passava, como, cada um ao seu modo, procurou dar o suporte que me fortaleceu na árdua caminhada que é completar um trabalho sério de mestrado. Teresa, se pudesse ser atribuído algum tipo de qualificação, foi mais do que essencial, antes mesmo do início do mestrado, ainda na fase da seleção. A impressão que dava, é que me tornava mais de uma pessoa. Com apoio diuturno, sentia-me mais firme para continuar. Sem dúvida, se as pessoas tivessem mães como ela, o mundo estaria melhor. Flávia, mais do que esposa, mais do que amiga, foi e é uma pessoa essencial para o meu equilíbrio, ante a tantos momentos atribulados. A experiência por ter passado recentemente pelo mesmo momento que trilho agora, serviu a mim de espelho e, pelo visto, a ela, de sabedoria em como lhe dar com as vicissitudes da vida. Sem sua leveza, a dureza do dia a dia teria sido por demais pesada. Nelson, com calmas palavras, buscou sempre estar atento a tudo que se passava e dar o incentivo necessário para o bom desenvolvimento dos estudos. Um adendo é preciso ser feito. Realmente, é impossível deixar de fora desses primeiros agradecimentos um ser tão carinhoso e atencioso. Bono Favacho, seu olhar de amor vale mais que mil palavras.

Ao Rodrigo Brandão, meu orientador, não só agradeço brindar-me com suas palavras na orientação dessa dissertação, mas também e desde o início, pelo convívio nessa laboriosa tarefa. A tranquilidade e a segurança com que passa suas ideias são predicados importantíssimos para aqueles que, como eu, tentam fazer o seu melhor para se aproximar do nível de qualidade que possui. O agradecimento se estende também devido ao tema, a mim, confiado, ante a sua contemporaneidade e consequente dificuldade.

É preciso agradecer e muito à UERJ, não por obrigação, mas por carinho. Sem dúvida, a linha de Direito Público da Instituição é referência nacional e isso torna o sonho mais dificultoso. E é por isso que a felicidade enche o coração. A simples possibilidade de estar lado a lado com figuras notórias do universo jurídico é mais do que motivo para a exaltação do espírito. Qualquer tipo de agradecimento é pequeno frente à realidade que sinto apenas em pensar no conteúdo e na convivência que me foram oportunizados. Portanto, sou extremamente grato pela dedicação dos professores com quem tive a honra de ser aluno. À

professora Ana Paula de Barcellos, por viabilizar um grupo de pesquisa de ímpar relevância no assunto das políticas públicas; à professora Jane Reis, por nos dedicar, em dois momentos primorosos, conhecimento sobre jurisdição constitucional e interpretação; ao professor Daniel Sarmiento, por nos agradecer com seu conhecimento incrível, também em duas oportunidades, sobre direitos fundamentais e filosofia constitucional; e ao professor Luís Roberto Barroso, por dividir-se entre Brasília e o Rio, e trazer aulas fantásticas, que aliaram conhecimento teórico empolgante e acontecimentos políticos de extrema saliência. Além deles, minha enorme gratidão ao professor Carlos Affonso que me recebeu de braços abertos em suas disciplinas essenciais sobre direito e Internet.

Devo à UERJ o reencontro e encontro de grandes amigos. Daqueles, cito Carlos Nelson Konder, Luis Claudio Araujo e Joana de Menezes, pessoas que foram, talvez sem saber, muito importantes nos passos dados nesse mestrado. Destes, aponto André Tosta, Carol Tauk, Eduardo Aidê, Eduardo Lasmar, Julio Araujo, Luisa Lacerda, Marcelo Palladino, Mariana Vianna, Matheus Escossia, Rafaela Caneti e Rodrigo Correa, além dos mais antigos, Luiz Fernando Esteves, Isabela Ferrari, Daniel Capecchi e Daniel Cardinali.

Agradeço igualmente a amigos que me incentivaram nos transcorrer dos estudos e que não poderia deixar de mencionar: Patricia Villela, Marcelo Lima e Tulio Caiban. Nesse mesmo sentido, agradeço o amor da amizade que prossegue depois de muitos anos de Marcos, André, Carlos Felipe, Pedro, Gustavo e Paulinha.

Também agradeço ao professor Fábio Leite que aceitou o convite de participar da banca examinadora da presente dissertação e pelas argutas observações à mesma apontada.

Por fim, agradeço ao Ministério Público do Rio de Janeiro que me possibilitou o afastamento parcial essencial para bem concluir o presente trabalho com a seriedade necessária. A teoria alimenta a prática. A prática alimenta a teoria.

[...]quem quer que seja pode dizer o que quer que seja, ao menos na linha de partida das coisas, pois a verdade, a beleza, a justiça e a bondade – só para citar os quatro valores por excelência da filosofia grega – podem depender dessa total apriorística liberdade de pensamento e de expressão para poder vir a lume. (grifo no original)

- Carlos Ayres Britto, então ministro do STF, quando de seu voto no julgamento da ADPF 130.

RESUMO

ALVES, André Farah. *Liberdade de Expressão e Remoção de Conteúdo da Internet: anonimato, URL, árbitro e interação em portal de notícias*. 2018, 245f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2018.

A presente dissertação tem por objetivo avaliar se a remoção de conteúdo da Internet, no Brasil, obedece à liberdade de expressão e, a partir daí, oferecer novos argumentos. Para tanto, foram escolhidas quatro questões afinadas à ideia de remoção: anonimato, URL, árbitro e interação em portal de notícias. Com olhos voltados a estes quatro pontos, foi necessário apresentar uma doutrina que dê robustez à liberdade de expressão, termo utilizado em sua acepção ampla. O primeiro capítulo dedica-se a trabalhar os valores fundantes da liberdade de expressão, sua posição preferencial, seus elementos e a possibilidade de regulação. Desenhado o quadro dessa liberdade, passou a ser relevante expor assuntos vitais do mundo digital. O segundo capítulo, para tanto, traz a evolução da Internet, seus dados no cenário nacional, suas características, a possibilidade de regulação e como funcionam os provedores de serviço. A partir dos aportes teóricos dos dois capítulos iniciais, o terceiro capítulo debruça-se sobre a realidade brasileira em relação à remoção de conteúdo da Internet. Assim, este capítulo trata de como a remoção é vista em dados quantitativos. Nele, ainda, é descrito como se porta a jurisprudência dos tribunais superiores, em relação aos quatro temas antes indicados. Em vista de uma forte doutrina da liberdade de expressão, da noção do funcionamento da Internet e do estado em que se encontra a remoção de conteúdo no Brasil, o quarto e último capítulo propõe-se a enfrentar e a responder os temas do anonimato, da funcionalidade do URL, de quem pode ser o árbitro da remoção de conteúdo e de como deve ser caracterizada a interação em portal de notícias.

Palavras-Chave: Liberdade de Expressão. Remoção de Conteúdo da Internet. Anonimato.

URL. Árbitro. Interação em Portal de Notícias.

ABSTRACT

ALVES, André Farah. *Free speech and Internet content removal: anonymity, URL, referee and interaction in news portal*. 2018. 245f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2018.

The purpose of this dissertation is to evaluate whether the Internet content removal in Brazil obeys freedom of expression and, from there, offer new arguments. In order to do so, four issues were chosen: anonymity, URL, referee and interaction in news portal. Focused on these points, it was necessary to present a doctrine that gives robustness to the freedom of expression, term used in its broad sense. The first chapter deals with the founding values of freedom of expression, its preferential position, its elements and the possibility of regulation. Designed the framework of this freedom, it became relevant to expose vital subjects of the digital world. The second chapter, therefore, brings the evolution of the Internet, its data on the national scene, its characteristics, the possibility of regulation and how service providers work. Based on the theoretical contributions of the two initial chapters, the third one looks at the Brazilian reality regarding the Internet content removal. Thus, this chapter deals with how removal is seen in quantitative data. It is also described how is the higher courts jurisprudence, in relation to the four themes indicated above. In view of a strong doctrine of freedom of expression, of the notion of the functioning of the Internet and of the state of content removal in Brazil, the fourth and final chapter proposes to address and respond to the themes of anonymity, functionality of the URL, who can be the arbiter of the content removal, and how the interaction in the news portal should be characterized.

Keywords: Freedom of Expression. Internet Content Removal. Anonymity. URL. Referee.
Interaction in News Portal.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AC	Ação Cautelar
ADI	Ação direta de inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de descumprimento de preceito fundamental
AgInt	Agravo Interno
AgRg	Agravo Regimental
AI	Agravo de Instrumento
ANC	Assembléia Nacional Constituinte
AREsp	Agravo em Recurso Especial
ARPANET	<i>Advanced Research Projects Agency's network</i>
Art.	Artigo
CDA	<i>Communication Decency Act</i>
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CGI.br	Comitê Gestor da Internet no Brasil
DMCA	<i>Digital Millennium Copyright Act</i>
EUA	Estados Unidos da América
HC	Habeas Corpus
IP	<i>Internet Protocol</i>
MC	Medida Cautelar
MCI	Marco Civil da Internet
MPE	Ministério Público Eleitoral
MPES	Ministério Público do Espírito Santo
MPRO	Ministério Público de Rondônia
MS	Mandado de Segurança
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
ONU	Organização das Nações Unidas
PCdoB	Partido Comunista do Brasil
PDT	Partido Democrático Trabalhista
PFL	Partido da Frente Liberal
PL	Projeto de Lei
PMDB	Partido do Movimento Democrático Brasileiro

Rcl	Reclamação
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
REspe	Recurso Especial Eleitoral
SGAE	Sociedade Geral de Autores e Editores
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TCP	<i>Transmission Control Protocol</i>
TCU	Tribunal de Contas da União
TJAC	Tribunal de Justiça do Acre
TJAL	Tribunal de Justiça de Alagoas
TJCE	Tribunal de Justiça do Ceará
TJES	Tribunal de Justiça do Espírito Santo
TJGO	Tribunal de Justiça de Goiás
TJMG	Tribunal de Justiça de Minas Gerais
TJPA	Tribunal de Justiça do Pará
TJRJ	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
TJSC	Tribunal de Justiça de Santa Catarina
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo
TRE	Tribunal Regional Eleitoral
TSE	Tribunal Superior Eleitoral
UERJ	Universidade do Estado do Rio de Janeiro
URL	<i>Uniform Resource Locator</i>

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	14
1	LIBERDADE DE EXPRESSÃO	20
1.1	Considerações Iniciais	20
1.2	Fundamentos da Liberdade de Expressão.....	25
1.2.1	<u>O mercado de ideias e a busca pela verdade.....</u>	29
1.2.2	<u>O autogoverno democrático.....</u>	32
1.2.3	<u>A autonomia e a autorrealização.....</u>	36
1.2.4	<u>A democracia cultural.....</u>	39
1.3	Posição Preferencial.....	43
1.4	Elementos	51
1.4.1	<u>Elementos internos ou objetivos.....</u>	51
1.4.2	<u>Elementos externos ou subjetivos.....</u>	62
1.5	Regulação	65
1.6	O “Chilling Effect”.....	75
1.6.1	<u>Noções gerais.....</u>	75
1.6.2	<u>A definição de “chilling effect”.....</u>	79
2	A INTERNET.....	85
2.1	Breve Evolução da Internet.....	85
2.2	Dados sobre a Internet no Brasil	88
2.3	Algumas Características da Era da Internet	91
2.4	Regulação da Internet	96
2.4.1	<u>O pensamento não regulatório</u>	97
2.4.2	<u>O pensamento regulatório</u>	100
2.4.2.1	O mundo virtual é o mundo real.....	100
2.4.2.2	A promoção da democracia e a arquitetura da rede.....	102
2.4.2.3	A Internet aberta	105
2.4.2.4	A neutralidade de rede	108
2.4.2.5	Fomento, universalidade e abundância.....	109
2.5	Provedores de Serviço de Internet.....	112

2.5.1	<u>As camadas da Internet</u>	112
2.5.2	<u>Os tipos de provedores de serviço de Internet</u>	113
2.5.3	<u>IP, URL e algoritmo</u>	117
3	A REMOÇÃO DE CONTEÚDO NA INTERNET BRASILEIRA	121
3.1	Os Dados do Brasil e o Cenário Mundial	121
3.2	A Jurisprudência Brasileira dos Tribunais Superiores	124
3.2.1	<u>A vedação ao anonimato e a ideia de IP</u>	125
3.2.2	<u>A indicação de URL</u>	127
3.2.3	<u>A necessidade de decisão judicial para remoção de conteúdo</u>	130
3.2.4	<u>A imposição de fiscalização prévia</u>	136
4	AS QUESTÕES CENTRAIS SOBRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E REMOÇÃO DE CONTEÚDO DA INTERNET	140
4.1	Anonimato	140
4.1.1	<u>O debate constituinte</u>	141
4.1.2	<u>O STF e a teleologia da vedação ao anonimato</u>	146
4.1.3	<u>O anonimato como norma regra</u>	149
4.1.4	<u>A experiência norte americana</u>	151
4.1.5	<u>Em defesa do discurso anônimo</u>	152
4.1.6	<u>O discurso abusivo anônimo na Internet</u>	156
4.2	Localizador de Conteúdo	163
4.2.1	<u>A jurisprudência da Corte fluminense</u>	164
4.2.2	<u>A importância do URL para a liberdade de expressão</u>	174
4.3	Ator Juiz da Remoção	178
4.3.1	<u>Experiências de tribunais estrangeiros</u>	179
4.3.2	<u>O lado negativo dos sistemas</u>	182
4.3.3	<u>A interpretação do art. 19 do MCI</u>	187
4.3.3.1	Necessidade de ordem judicial para a remoção	188
4.3.3.2	Remoção através de notificação extrajudicial ou judicial	189
4.3.3.3	Proposta de interpretação	191
4.4	Caracterização da Interação em Mídia Jornalística Digital	200
4.4.1	<u>O entendimento do STJ</u>	201
4.4.2	<u>O entendimento da doutrina</u>	202
4.4.3	<u>Argumentos contrários ao entendimento do STJ</u>	204

CONCLUSÃO.....	217
REFERÊNCIAS.....	231

INTRODUÇÃO

O progresso do final do século XX e início do século XXI descortinou uma Internet ainda não imaginada. Como um ambiente aberto, a mesma pode caracterizar-se como um local para o pleno desenvolvimento da liberdade de expressão¹. A troca de experiências e o crescimento pessoal e social são fatos acelerados pela soma entre a referida liberdade e o desenho da Internet atual. É inegável o bem que aliados ambos proporcionam. A ciência expande seus conhecimentos, a política nacional enxerga sua co-irmã, o esporte e a cultura, como um todo, bebem de fontes estrangeiras, a economia toma como positivo ou negativo os acontecimentos ocorridos em lugar distante do globo terrestre. Estas e inúmeras experiências sedimentam-se em uma atividade que soma a liberdade de dar livre fluxo em ideias e fatos à arquitetura ainda não alterada do mundo digital.

Apesar disso, tal liberdade, quando mal empregada, igualmente associada às características hodiernas do universo “online”, pode acabar por ocasionar situações bastante indesejadas. Não à toa, é correto afirmar a existência de verdadeiras redes de intolerância². A divulgação de fatos inverídicos, como se verdadeiros fossem, também despertou a atenção de todos³, gerando, dentre outras consequências, o fenômeno da pós verdade⁴. Além disso, principalmente por meio de redes sociais, ofensas diretas ou indiretas a pessoas, públicas ou não, famosas ou não, passaram a ser uma constância⁵. Houve uma exacerbação da divisão entre as pessoas⁶, gerando uma polarização⁷ que muitas vezes não é saudável. E uma vigilância⁸ passou a ser melhor implementada, a partir das novas tecnologias.

¹ CHANDER, Anupam. Googling Freedom. *California Law Review*, vol. 99, n. 01, 2011, p. 04.

² MATSUURA, Sérgio. Ódio na Internet. Redes de Intolerância. *O Globo*, Brasília, 03 ago. 2016, p. 27. Confirma essa constatação o dossiê intitulado *Dossiê Intolerâncias. Visíveis e Invisíveis no Mundo Digital*. Publicado pela Nova sb/Comunica Que Muda, em 2016. Disponível em: <<http://www.comunicaquemuda.com.br/dossie/intolerancia-nas-redes/>>. Acesso em: 03 fev. 2017.

³ MIRANDA, André. O ano da pós-verdade. Teia de mentiras. *O Globo*, Brasília, 17 dez. 2016, p. 34. PAINS, Clarissa. Rede de mentiras. *O Globo*. Brasília, 09 fev. 2017, 2ª edição, p. 27.

⁴ LATGÉ, Luiz Claudio. O mundo pós-verdade. *O Globo*, Brasília, 23 nov. 2016, p. 21.

⁵ ALVIM, Mariana. O outro lado dos memes. Privacidade estilhaçada. *O Globo*. Brasília, 03 jan. 2017, p. 24. MAGALHÃES, Luiz Ernesto; NIKLAS, Jan; e BOERE, Natália. Covardia na rede. Crime à espera de castigo. *O Globo*. Brasília, 28 nov. 2017, p. 07.

⁶ NETANEL, Neil Weinstock. Cyberspace 2.0. *Tex. L. Rev.*, v. 79, 2000.

Como se pode imaginar, ultrapassado o limite do legítimo uso da liberdade de expressão, algumas soluções, dentro da Internet, podem ser levadas a efeito. Dentre elas, podem ser citados, a título de exemplo, o bloqueio ou suspensão da própria rede, em uma localidade ou país; o bloqueio ou suspensão de um provedor de conexão, de um provedor de hospedagem, de um provedor de conteúdo ou de um provedor de informação; e a remoção de conteúdo⁹. Ocorre que, em muitas hipóteses, a solução encontrada não olha para a liberdade de expressão ou, ainda que a enxergue, considerações importantes a respeito da mesma são ignoradas na concretização da eliminação do discurso.

O Brasil, como o presente estudo busca consignar, é um dos países em que mais se remove conteúdo da Internet. E isso, em geral, refere-se ao conteúdo gerado ou postado por terceira pessoa. Seja a partir de notificação extrajudicial ao provedor, seja por meio de decisão judicial, existem evidências claras de que no país muitas vezes se ignora um desenho mais robusto da liberdade de expressão, privilegiando-se outros direitos fundamentais. Assim, o problema que este trabalho se ancora é que, em questões afetas à remoção de conteúdo da Internet, no Brasil não se atribui a relevância devida à liberdade de expressão, faltando, em muitos temas ligados a esta remoção, uma preocupação maior em retratar uma estrutura que confira maior peso à referida liberdade.

O propósito da dissertação, então, é contribuir para os debates a respeito da remoção de conteúdo, seja para trazer argumentos a fim de entregar uma nova direção ao que se vem pensando ou decidindo; seja para trazer ideias que robusteçam a proteção da liberdade de expressão, com base em teorias ligadas a este direito.

Não obstante esse intento, quando alguém se depara com o estudo da remoção de conteúdo e suas implicações para a liberdade de expressão, verifica a enormidade de assuntos correlatos. De forma ilustrativa, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), muitas vezes não percebendo o elo com a liberdade de expressão, precisou enfrentar tópicos como a fixação do

⁷ SUNSTEIN, Cass R. # *Republic: Divided Democracy in the Age of Social Media*. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2017.

⁸ CHANDER, Anupam. Googling Freedom. *California Law Review*, vol. 99, n. 01, 2011, p. 04.

⁹ Conquanto Ammori diga que o Facebook é menos apto a remover um mesmo conteúdo em uma localidade e não em outra, afirma que a companhia consegue tornar uma postagem inacessível, de país em país. AMMORI, Marvin. The New New York Times: Free Speech Lawyering in the Age of Google and Twitter. *Harvard Law Review*, v. 127, 2014, p. 2.281.

valor da indenização¹⁰, o prazo para a efetivação da remoção¹¹, a possibilidade de remoção preventiva¹² e a restrição ou eliminação de resultado¹³. Por conta de tão vasto material, foi

¹⁰ Brasil. STJ. AgRg no REsp 1.396.963/RS; Agravo Regimental no Recurso Especial 2012/0221494-1; Relator(a): Ministro Raul Araújo; Órgão Julgador: Quarta Turma; Data do Julgamento: 08/05/2014; Data da Publicação/Fonte: DJe 23/05/2014; AgRg no AREsp 495.503/RS; Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 2014/0070834-0; Relator(a): Ministro Marco Buzzi; Órgão Julgador: Quarta Turma; Data do Julgamento: 26/05/2015; Data da Publicação/Fonte: DJe 01/06/2015; AREsp 440.506/RJ; Agravo em Recurso Especial 2013/0394719-3; Relator(a): Ministro João Otávio de Noronha; Decisão monocrática; Data da Publicação: 14/03/2016.

¹¹ Brasil. STJ. REsp 1.308.830/RS; Recurso Especial 2011/0257434-5; Relator(a): Ministra Nancy Andrighi; Órgão Julgador: Terceira Turma; Data do Julgamento: 08/05/2012; Data da Publicação/Fonte: DJe 19/06/2012; RDDP vol. 114; p. 134. REsp 1.186.616/MG; Recurso Especial 2010/0051226-3; Relator(a): Ministra Nancy Andrighi; Órgão Julgador: Terceira Turma; Data do Julgamento: 23/08/2011; Data da Publicação/Fonte: DJe 31/08/2011; LEXSTJ vol. 267; p. 140; REsp 1.175.675/RS; Recurso Especial 2010/0005439-3; Relator(a): Ministro Luis Felipe Salomão; Órgão Julgador: Quarta Turma; Data do Julgamento: 09/08/2011; Data da Publicação/Fonte: DJe 20/09/2011; REsp 1.323.754/RJ; Recurso Especial 2012/0005748-4; Relator(a): Ministra Nancy Andrighi; Órgão Julgador: Terceira Turma; Data do Julgamento: 19/06/2012; Data da Publicação/Fonte: DJe 28/08/2012; RDTJRJ vol. 100; p. 245; RT vol. 928; p. 748; AREsp 494.800/RJ; Agravo em Recurso Especial 2014/0070144-3; Relator(a): Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva; Decisão monocrática; Data da Publicação: 07/05/2015; REsp 1.377.966/AM; Recurso Especial 2013/0107797-0; Relator(a): Ministro Paulo de Tarso Sanseverino; Decisão monocrática; Data da Publicação: 25/05/2016.

¹² Brasil. STJ. REsp 1.323.754/RJ; Recurso Especial 2012/0005748-4; Relator(a): Ministra Nancy Andrighi; Órgão Julgador: Terceira Turma; Data do Julgamento: 19/06/2012; Data da Publicação/Fonte: DJe 28/08/2012; RDTJRJ; vol.100; p. 245; RT vol.928; p. 748; AgRg no AREsp 240.713/MG; Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 2012/0212476-4; Relator(a): Ministro Marco Buzzi; Órgão Julgador: Quarta Turma; Data do Julgamento: 17/09/2013; Data da Publicação/Fonte: DJe 27/09/2013; AREsp 494.800/RJ; Agravo em Recurso Especial 2014/0070144-3; Relator(a): Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva; Decisão monocrática; Data da Publicação: 07/05/2015; AREsp 893.764/RJ; Agravo em Recurso Especial 2016/0082068-2; Relator(a): Ministro Marco Buzzi; Decisão monocrática; Data da Publicação: 27/04/2016.

¹³ Brasil. STJ. REsp 1.316.921/RJ; Recurso Especial 2011/0307909-6; Relator(a): Ministra Nancy Andrighi; Órgão Julgador: Terceira Turma; Data do Julgamento: 26/06/2012; Data da Publicação/Fonte: DJe 29/06/2012; RDTJRJ vol. 91 p. 74; RSTJ vol. 227 p. 553; Rcl 5.072/AC; Reclamação 2010/0218306-6; Relator(a): Ministro Marco Buzzi; Relator(a) p/ Acórdão: Ministra Nancy Andrighi; Órgão Julgador: Segunda Seção; Data do Julgamento: 11/12/2013; Data da Publicação/Fonte: DJe 04/06/2014; REsp 1.407.271/SP; Recurso Especial 2013/0239884-1; Relator(a): Ministra Nancy Andrighi; Órgão Julgador: Terceira Turma; Data do Julgamento: 21/11/2013; Data da Publicação/Fonte: DJe 29/11/2013; AgRg no AREsp 577.704/SP; Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 2014/0225369-6; Relator(a): Ministro Antônio Carlos Ferreira; Órgão Julgador: Quarta Turma; Data do Julgamento: 03/02/2015; Data da Publicação/Fonte: DJe 10/02/2015; AREsp 823.820/RJ; Agravo em Recurso Especial 2015/0308951-8; Relator(a): Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva; Decisão monocrática; Data da Publicação: 01/02/2016; AREsp 123.568/RS; Agravo em Recurso Especial 2011/0289024-5; Relator(a): Ministra Maria Isabel Gallotti; Decisão monocrática; Data da Publicação: 22/02/2016; AREsp 982.469/RJ; Agravo em Recurso Especial 2016/0241619-7; Relator(a): Ministro Marco Aurélio Bellizze; Decisão monocrática; Data da Publicação: 07/10/2016; REsp 1.462.627/RJ; Recurso Especial 2014/0077941-4; Relator(a): Ministro Moura Ribeiro; decisão monocrática; Data da Publicação: 07/10/2016; AgInt no REsp1.593.873/SP; Agravo Interno no Recurso Especial 2016/0079618-1; Relator(a): Ministra Nancy Andrighi; Órgão Julgador: Terceira Turma; Data do Julgamento: 10/11/2016; Data da Publicação/Fonte: DJe 17/11/2016; AgRg no AREsp 730.119/RJ; Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 2015/0145226-0; Relator(a): Ministro João Otávio de Noronha; Órgão Julgador: Terceira Turma; Data do Julgamento: 02/06/2016; Data da Publicação/Fonte: DJe 09/06/2016; REsp 1.582.981/RJ; Recurso Especial 2015/0223866-0; Relator(a): Ministro Marco Aurélio Bellizze; Órgão Julgador: Terceira Turma; Data do Julgamento: 10/05/2016; Data da Publicação/Fonte: DJe 19/05/2016; RSTJ vol. 243 p. 514; AgInt no REsp 1.599.054/RJ; Agravo Interno no Recurso Especial 2016/0120495-5; Relator(a): Ministro Moura Ribeiro; Órgão Julgador: Terceira Turma; Data do Julgamento: 25/04/2017; Data da Publicação/Fonte: DJe 11/05/2017.

preciso escolher algumas temáticas para desenvolver o estudo da liberdade de expressão na remoção de conteúdo da Internet. Estas, frente à contemporaneidade da discussão que concretizam, bem como considerando o foco constitucional emprestado, são a vedação ao anonimato na Internet; a necessidade de indicação do “Uniform Resource Locator” (URL), para executar a remoção de conteúdo; o árbitro – o ator privado (provedor) ou o juiz - que pode decidir pela remoção; e a caracterização da interação em portal de notícias.

Com olhos nisso, o presente trabalho almeja cumprir mais dois objetivos. O primeiro objetivo é trazer aportes doutrinários que contribuam para uma doutrina mais sólida da liberdade de expressão, sem se descurar do fato de que esta hoje vive em um ambiente “online”. Nesse sentido, o Capítulo 1 tratou de se debruçar sobre aspectos importantes da doutrina da liberdade de expressão, principalmente com foco no direito comparado. Estudou-se, então, os valores fundantes da liberdade de expressão, como o mercado livre de ideias e a busca pela verdade, a democracia política, a autonomia e a autorrealização, e a democracia cultural. Na sequência, colocou-se a compreensão da posição preferencial da liberdade de expressão. Após, foram expostos os elementos objetivos (internos) e subjetivos (externos) da referida liberdade. A partir daí, foi importante traçar algumas considerações a respeito da regulação da liberdade de expressão, já que, no fundo, a remoção de conteúdo pode ser entendida como consectário da regulação do discurso. Por fim, o capítulo cuidou do “chilling effect”, matéria importantíssima para o desenvolvimento das questões centrais da dissertação.

Como o âmbito do presente trabalho é a Internet, o Capítulo 2 não se furtou em analisar aspectos deste mundo que se vinculam à liberdade de expressão, alimentando e preparando o leitor para os debates do último capítulo. Foi com este desiderato que se escreveu a respeito da evolução da Internet e sobre os dados da mesma no Brasil. De igual modo, foram apresentadas várias características dela e discutiu-se a possibilidade de regulá-la. O dito antes aqui tem cabimento. A remoção de conteúdo da Internet pode ser encarada como consequência da sua regulação. Ao final, mostrou-se muito relevante explicitar o que são e como funcionam os provedores de serviço. Nesta medida, foram desenvolvidas breves noções sobre as camadas da rede, os tipos de provedores, o “Internet Protocol” (IP), o URL e o algoritmo.

Os dois capítulos iniciais servem de arcabouço teórico. Mas o Capítulo 3 entrega o estado da arte no qual a prática trata os temas escolhidos da remoção de conteúdo. Tal capítulo, em contraposição aos anteriores, não é normativo. Ligado a dados de como o Brasil trata do assunto remoção de conteúdo, assim como o fazem os Tribunais Superiores, esta

parte da dissertação procura, em verdade, demonstrar como a liberdade de expressão é desconsiderada ou pouco aprofundada.

Com esse cenário, surge o segundo objetivo que é, a partir do que se expôs, discorrer sobre argumentos pertinentes ao anonimato, o URL, o árbitro e a interação em portal de notícias. O Capítulo 4 aprofunda a discussão e apresenta soluções baseadas em reflexões de tutela da liberdade de expressão, para os quatro temas antes mencionados. É importante dizer que não se olvida da necessidade que vários casos concretos apresentam de derrubada de um discurso e por isso o trabalho trata, por exemplo, de URL. Entretanto, ainda aqui, existem justificativas de peso e com olhos na liberdade de expressão, mesmo que para a efetivação da remoção. É nesse capítulo que os aportes teóricos do primeiro capítulo, aliado aos conhecimentos trazidos pelo segundo, são aplicados, para a solução dos assuntos eleitos. Algumas vezes, a solução apresentada será diversa da que se vê em decisões judiciais; outras vezes, a solução traz outros pensamentos que se juntam ao que já se escreveu.

Posteriormente aos capítulos mencionados, o trabalho apresenta suas conclusões. Como a pretensão da dissertação foi entregar ao leitor, aos poucos, de capítulo em capítulo, ideias que se somam, para, ao final, melhor debater as questões do Capítulo 4, pareceu-nos que esta caminhada progressiva poderia, sem problemas, ser encerrada com um único momento de exposição de conclusões. Assim, porque os capítulos se interligam, no intuito de debater os quatro assuntos mencionados, foi decidido que não existiriam conclusões provisórias a cada final de capítulo.

Por último, é preciso dizer que o trabalho trata de remoção de conteúdo da Internet, em relação àquilo que é postado por terceiro. Discussões vizinhas podem até ter sido ventiladas, mas não compõem seu moto. Da mesma forma, não pretendeu o mesmo desenhar uma doutrina pronta e acabada da liberdade de expressão, ainda mais no âmbito digital. Em verdade, as dificuldades que ano a ano se apresentam como novas ou com uma roupagem diversa da antes existente no mundo “offline” talvez impossibilitem esta pretensão. As inovações tecnológicas sempre poderão ser um novo desafio para uma doutrina fechada da liberdade de expressão. Assim, tal liberdade, com a evolução da sociedade e da tecnologia da informação, pode passar a ter novas vestes, em futuro não muito longínquo. No entanto, frente ao quadro presente, sobretudo no Brasil, e proporcionado pela jurisprudência, é possível pelo menos constatar que muitas das ideias angariadas dos estudiosos da liberdade de expressão não vêm sendo nem mesmo debatidas. Se o presente trabalho conseguir levar a uma maior

reflexão as questões que levanta, ainda que não se concorde com suas razões, terá obtido um bom resultado, porque isso, ao cabo, nada mais é do que a liberdade de expressão.

1 LIBERDADE DE EXPRESSÃO

1.1 Considerações Iniciais

A necessidade de expor seus sentimentos sempre foi uma constante na vida humana¹⁴. Não somente o ser humano, mas os animais¹⁵, como um todo, sempre precisaram trocar experiências, até mesmo como uma condição para a sobrevivência de uma determinada espécie. Hoje e sempre, o tema da exteriorização de fatos e pensamentos acompanha a evolução da história da mulher e do homem.

Apesar disso, é curioso notar que o próprio ser humano, invariavelmente, eleva-se a uma posição diferenciada e impinge aos demais, em uma sociedade, o sofrimento que muitas vezes vem acompanhado do silêncio. Não é preciso ir muito longe para comprovar a correção dessas palavras. Alguns marcos históricos denotam o despontar de um homem e o rebaixamento de uma multidão.

Na Alemanha nazista, a ascensão de Adolf Hitler, a partir do nacional socialismo, levou à perseguição, prisão e morte de inúmeros grupos considerados inferiores à raça ariana. O exemplo mais claro foi o ataque aos judeus, silenciados em campos de concentração. A mesma lógica se reproduziu em vários regimes de força espalhados no mundo, sempre com o intuito de opressão. O fascismo, o salazarismo e o franquismo foram igualmente ideais que, no fundo, ensejaram o silêncio de muitos e, por consequência, a impossibilidade de externalização de fatos e pensamentos.

¹⁴ Ingo Wolfgang Sarlet assevera que a liberdade de expressão corresponde “a uma das mais antigas exigências humanas”. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4ª ed. ampl., incluindo novo capítulo sobre princípios fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 488.

¹⁵ Em que pese o estudo aqui versar sobre a liberdade de expressão sob uma perspectiva humana, é acertada a preocupação de Martha Nussbaum, quando amplia a visão sobre os direitos humanos, de certo modo abandonando a ideia de métrica de satisfação desses direitos – por meio da opulência, bem estar ou distribuição de recursos, pelo ideal de capacidades. Ver NUSSBAUM, Martha C. Capabilities and human rights. *Fordham L. Rev.*, v. 66, 1997, p. 276. Com preocupação em três questões de justiça (a justiça para as pessoas com impedimentos físicos e mentais, a ampliação da justiça para todos os cidadãos do mundo, a fim de concretizar um mundo justo, e a justiça no tratamento de animais não humanos), Nussbaum apresenta uma visão muito interessante que alia a liberdade de expressão com o florescimento do animal não humano. Ver NUSSBAUM, Martha C. *Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. Tradução de Susana de Castro. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, pp. 02-03.

No Brasil, a situação não foi diferente. A ditadura militar iniciada na década de 1960 e encerrada nos anos 1980 se notabilizou também pela censura e a tentativa diária de silenciamento de quem se colocasse na posição contrária ao regime¹⁶. A anterior Constituição de 1946, preocupada com os direitos sociais e econômicos¹⁷, foi substituída pela Constituição de 1967 que transformou um autoritarismo presidencial em ditadura presidencial¹⁸. Curiosamente, o art. 150, §8º, dizia ser “livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação sem sujeição à censura, salvo quanto a espetáculos de diversões públicas”. O mesmo dispositivo ainda emendava que a “publicação de livros, jornais e periódicos independe de licença da autoridade”. A prática, entretanto, era diversa, sobretudo em decorrência do Ato Institucional nº 5. Como nos lembra Luís Roberto Barroso, houve um período de censura generalizada aos meios de comunicação e às artes, como cinema, teatro, música e televisão. Jornais impressos eram forçados a estampar poesias e receitas culinárias, ou, até mesmo, a deixar em branco parcela do seu conteúdo¹⁹.

O tempo passou, os ares da redemocratização sopraram e a partir da década de 1980, o Brasil passou a se afinar mais com um sentimento democrático, avesso ao autoritarismo. Desse modo, aproximou-se do pensamento internacional retratado em vários documentos relevantes na matéria. Por possuírem elo com o Brasil, considerando ser ele um país sul americano, é de ser destacada, em primeiro lugar e por sua importância histórica, a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), que, em seu art. 19, afirma ser direito de qualquer um a liberdade de opinião e expressão, o que engloba sustentar sua opinião sem interferência e perseguição, receber e transmitir informações e idéias, através de qualquer meio e sem obstaculização de fronteiras²⁰. De igual

¹⁶ Não é possível, porém, ignorar a história e afirmar que a oscilação do respeito à liberdade de expressão deu-se apenas e pontualmente no período mencionado. Por exemplo, no Estado Novo, entre 1937 e 1945, tal direito de liberdade também foi violado. 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. *RDA - Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 235, jan./mar., 2004, p. 33.

¹⁷ HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, pp. 57-60.

¹⁸ HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 63.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão, censura e controle da programação de televisão na Constituição de 1988. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*, 2ª edição, Tomo I. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 345.

²⁰ No original: “Article 19. Everyone has the right to freedom of opinion and expression; this right includes freedom to hold opinions without interference and to seek, receive and impart information and ideas through any

modo, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos²¹ tutela a liberdade de expressão em seu art. 19, quando aduz que “ninguém poderá ser molestado por suas opiniões” e que esse direito “incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha”. O mesmo ideal veio estampado na Convenção Americana sobre Direitos Humanos²² (Pacto de São José da Costa Rica), em seu art. 13, que recebeu o título de liberdade de pensamento e de expressão, mas que não deixou de contemplar a liberdade de informação, o que deve incluir a liberdade de imprensa.

O cenário da liberdade de expressão no século XX tinha um enfoque primordialmente voltado para um mundo Pré Digital. Com a evolução da Internet dando-se a partir da metade daquele século, porém a passos curtos e raio de abrangência diminuto, como mais adiante ficará consignado, o estudo da liberdade de expressão foi forjado em ambiente distinto do que vemos hoje no século XXI. Pensadores liberais e a própria doutrina da Primeira Emenda²³ à Constituição norte americana de 1787²⁴, com efeito, não fixaram suas premissas e raciocínios com olhos na Era Digital. Pelo contrário, muitas vezes a preocupação era com meios de

media and regardless of frontiers”. Ver sítio eletrônico das Nações Unidas. Disponível em: <<http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/index.html>>. Acesso em: 15 maio 2017.

²¹ A norma internacional foi internalizada por meio do Decreto nº 592, de 06 de junho de 1992.

²² A norma internacional foi internalizada por meio do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992.

²³ A doutrina da Primeira Emenda, em verdade, não foi e nem é formatada apenas por raciocínios acadêmicos, sem levarem-se em consideração casos concretos, ou seja, julgamentos. Pelo contrário, em razão da sistemática levada a efeito pelo sistema norte americano, não está incorreto afirmar que os Tribunais e, em especial, a Suprema Corte norte americana, verdadeiramente, doutrinam, no que importa aqui para o presente trabalho, em matéria de liberdade de expressão, dando cor e luz ao dispositivo da Carta de Direitos, bem como dialogando com a academia em si.

²⁴ A explicação de Oreste Pollicino é que a Primeira Emenda veio como uma garantia de liberdades civis aos Estados que, à época, recusavam-se a assinar a Constituição dos Estados Unidos da América (EUA). Ao mesmo tempo, serviu aos propósitos dos anti federalistas como meio de exporem livremente suas opiniões políticas. No original: “The reasons why such extensive protection was granted to free speech in 1791 relate, at first glance, to the historical background of the settlement of the US. The Bill of Rights was adopted because some of the states had refused to sign the US Constitution without appropriate guarantees of civil liberties. The First Amendment, in particular, was supposed to meet the anti-Federalist states’ expectation of their freedom to express (primarily political) opinions. At the time, the right in question was meant to be a freedom from any undue interference from public bodies in the enjoyment of free speech. It was thus a rule intended to produce ‘vertical effects’”. POLLICINO, Oreste. European Judicial Dialogue and the Protection of Fundamental Rights in the New Digital Environment: An Attempt at Emancipation and Reconciliation: The Case of Freedom of Speech. In: MORANO-FOADI, Sonia; VICKERS, Lucy (Eds.). *Fundamental Rights In The EU. A Matter Of Two Courts*. Oxford: Hart Publishing, 2015, p. 97 (nota de rodapé nº 06).

comunicação distintos, como rádio e televisão, assim como com jornais periódicos impressos e situações diversas atinentes à referida liberdade.

A importância do arcabouço construído, no trato da matéria da liberdade de expressão, pelo direito comparado é indiscutível. Sem precisar fazer qualquer tipo de referência, é até mesmo explicado por razões históricas os motivos pelos quais a doutrina brasileira muitas vezes busca fundamentar-se nos casos, lições e explicações de outros países. O Brasil é um país novo e com uma democracia mais nova ainda. Tendo como espelho experiências de outras nações que se elevaram a uma democracia sólida, é normal que nossa doutrina e jurisprudência se densifiquem nos paradigmas de fora. Apenas para dar um exemplo, o Supremo Tribunal Federal (STF), pela caneta do Min. Luiz Fux, ao analisar a discussão sobre a caracterização do financiamento eleitoral de campanha por pessoa jurídica, como um aspecto da liberdade de expressão, fez alusão a casos julgados pela Suprema Corte norte americana²⁵.

E não é só. Cortes de outros países, em um momento ou outro, fazem ligação entre a liberdade de expressão e as decisões da principal Corte dos EUA. A Suprema Corte da Índia é um exemplo. Ao deparar-se com um caso sobre se o uso da bandeira nacional por cidadãos é um direito fundamental ou não, utilizou de comparação com o direito norte americano para explicar a matéria. No caso concreto, um cidadão indiano, Naveen Jindal, foi processado por estar fazendo sinais com a bandeira nacional da Índia, em situação na qual o mesmo não tinha permissão para tanto. No ponto que interessa, a Suprema Corte entendeu que o direito de usar a bandeira nacional com respeito e dignidade é um direito fundamental do cidadão, dentro do

²⁵ Brasil. STF. ADI 4650/DF – Distrito Federal; Ação Direta de Inconstitucionalidade; Relator(a): Ministro Luiz Fux; Julgamento: 17/09/2015; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; Publicação Processo Eletrônico DJe-034 Divul 23-02-2016; Public 24-02-2016. Vale citar pequeno trecho da decisão que faz tal tipo de referência: “Por outro lado, tampouco o precedente paradigma *Citizens United v. Federal Election Commission* proferido pela Suprema Corte americana (558 U.S. 310 (2010)) ampara a tese de que a doação por pessoas jurídicas encerra um exercício de liberdade de expressão. É que no referido precedente a Suprema Corte não cuidou especificamente do financiamento realizado diretamente por pessoas jurídicas a campanhas eleitorais. Ao contrário, a questão de fundo versava a possibilidade de se efetuar os cognominados *gastos independentes* realizados por empresas, ou seja, gastos realizados em favor de candidato sem a sua prévia consulta.

O referido *distinguishing* entre doações e gastos foi feito pela primeira vez no célebre caso *Buckley v. Valeo* (424 U.S. 1 (1976)), proferido em 1976, pela Suprema Corte americana. No caso, questionava-se a validade de inúmeras disposições do *Federal Election Campaign Act – FECA*, editado em 1971. Ao decidir a controvérsia, a Suprema Corte asseverou que as restrições aos *gastos independentes* violariam a liberdade de expressão, reputando, por outro lado, como constitucionais os limites impostos pela legislação a doações diretas estabelecidas no FECA.

Portanto, mesmo nos Estados Unidos, país cuja tradição de respeito e valorização à liberdade de expressão é amplamente reconhecida, não há um pronunciamento da Suprema Corte a favor das doações por pessoas jurídicas feitas diretamente às campanhas eleitorais. Pelo contrário: ao que se depreende de *Buckley v. Valeo*, a Corte não vislumbrou que tais doações diretas realizadas por empresas privadas decorrem diretamente da liberdade de expressão, tal como o assentou nas hipóteses de *gastos independentes*. Importa também notar aqui que o próprio STF reconheceu expressamente o destaque da doutrina da Primeira Emenda.

sentido do art. 19 (1) (a) da Constituição da Índia, sendo uma expressão e manifestação de sua fidelidade e sentimento de orgulho pela nação; e que tal não é um direito absoluto, mas qualificado, podendo ser submetido a restrições razoáveis, em conformidade com a cláusula 2 do art. 19, da Constituição da Índia²⁶.

Do mesmo modo, a Suprema Corte do Canadá, em determinados momentos, costuma fazer comparações do seu direito interno com o pensamento jurídico externo. Em *R. v. Keegstra*²⁷, a Corte, ao enfrentar o tema do “hate speech”, em um caso no qual um professor intencionalmente promovia o ódio contra um grupo identificado, ao proferir discurso anti semita aos alunos, fez um claro cotejo da postura norte americana sobre o assunto.

Assentada a relevância do estudo do direito comparado, igualmente importante é, desde logo, informar que a pesquisa que aqui se pretende realizar não é sobre uma teoria geral e ampla da liberdade de expressão. Em que pese alguns tópicos serem fundamentais e deverão ser abordados, o escopo desse capítulo é apenas ser um passo inicial de transição para o

²⁶ Índia. Suprema Corte. *Union of India vs Naveen Jindal & Anr.* Apelação (civil) 2.920 de 1996, data: 23 de janeiro de 2004. Referindo-se ao controle do pensamento, com olhos em precedente americano, a Suprema Corte indiana disse, no original: “Before parting with this case, we must express our unhappiness with attempts at thought control in a democratic society like ours. Human history is witness to the fact that all evolution and all progress is because of power of thought and that every attempt at thought control is doomed to failure. An idea can never be killed. Suppression can never be a successful permanent policy. Any surface serenity it creates is a false one. It will erupt one day. Our Constitution permits a free trade, if we can use the expression, in ideas and ideologies. It guarantees freedom of thought and expression - the only limitation being a law in terms of clause (2) of Article 19 of the Constitution. Thought control is alien to our constitutional scheme. To the same effect are the observations of Robert Jackson, J. in *American Communications Association v. Douds* (339 US 382, 442-43 (1950): 94 L Ed 925) with reference to the U.S. Constitution : ‘Thought control is a copyright of totalitarianism, and we have no claim to it. It is not the function of our Government to keep the citizen from falling into error; it is the function of the citizen to keep the Government from falling into error. We could justify any censorship only when the censors are better shielded against error than the censored’”. E apontando distinções entre a sistemática da Índia e dos EUA, aduziu: “Here it is necessary to notice the distinction between the Constitution of India and that of United States of America and that is that in U.S.A. the first amendment gives an absolute right to a citizen of religion and free expression, but under Constitution of India Article 19(1)(a) does not confer such an absolute right of free speech and expression. It only provides for a qualified right. Such a fundamental right of a citizen of speech and expression is subject to the regulatory measures contained in clause (2) thereof. So long as the expression is confined to nationalism, patriotism and love for motherland, the use of the National Flag by way of expression of those sentiments would be a fundamental right. It cannot be used for commercial purpose or otherwise”.

²⁷ Canadá. Suprema Corte. *R. v. Keegstra* - [1990] 3 S.C.R. 697 - 1990-12-13. A Corte, através do Chef Justice Dickson, expressamente reconheceu a importância dos aportes teóricos do direito comparado e fazendo menção à doutrina da Primeira Emenda, aduziu à página 740: “The question that concerns us in this appeal is not, of course, what the law is or should be in the United States. But it is important to be explicit as to the reasons why or why not American experience may be useful in the s. 1 analysis of s. 319 (2) of the *Criminal Code*. In the United States, a collection of fundamental rights has been constitutionally protected over two hundred years. The resulting practical and theoretical experience is immense, and should not be overlooked by Canadian courts. On the other hand, we must examine American constitutional law with a critical eye, and in this respect La Forest J. has noted in *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588, at p. 639. (...) Canada and the United States are not alike in every way, nor have the documents entrenching human rights in our two countries arisen in the same context. It is only common sense to recognize that, just as similarities will justify borrowing from the American experience, difference may require that Canada’s constitutional vision depart from that endorsed in the United States”.

subsequente, que irá trazer alguns assuntos relevantes do universo da Internet. Por isso, a ideia das seções seguintes é formar uma base que dê sustentação ao estudo da liberdade de expressão nesse novo mundo que se descortinou com mais saliência a partir do final dos anos 1990 e início dos anos 2000.

1.2 Fundamentos da Liberdade de Expressão

O trato do pensamento liberal no presente estudo não será e nem conseguiria ser outro que não o vinculado à liberdade de expressão. Um assunto tão vasto merece centenas de folhas, como o fez grandes pensadores. Aqui a ideia, porém, não é estudar esse pensamento liberal. O foco é na liberdade de expressão e isso deve ser mantido. Não obstante, fato é que essa corrente de pensamento muito influenciou a formatação da liberdade em análise e, por isso, não poderia deixar de ser recordada.

Seguindo tal raciocínio, é interessante destacar a existência de uma suspeição voltada contra o Estado. Ausente uma confiança e dependência em relação ao Estado, o liberal, em verdade, muitas vezes, nutre um sentimento de suspeita. Diante de uma estrutura estatal, às vezes volumosa, às vezes mais modesta, o ideal de liberdade serviria para breçar o avanço sobre a pessoa individual.

De mãos dadas com o sentimento de suspeição, tem-se também a compreensão de neutralidade. Similarmente porque o crescimento do Estado pode representar, eventualmente, um ingresso indesejado sobre o patrimônio jurídico da pessoa, bem como pela crença de que um auto ajuste pode ser encontrado sem a figura estatal, postula-se que a mesma seja neutra e não tome iniciativa inclusive em questões agudas²⁸.

John Stuart Mill tinha uma noção quase absolutista da liberdade de expressão e de completa proteção do discurso político²⁹. A liberdade conteria uma lógica de limitação de poderes por duas vias: a imunidade e a checagem constitucional. Através das liberdades ou direitos políticos, existiria o reconhecimento de imunidades em favor das pessoas. E por meio

²⁸ No plano da liberdade de expressão, a caracterização do Estado neutro pode dar azo à manutenção de um *status quo* no qual poucos têm acesso à posição de falante, com domínio, então, da agenda de uma dada comunidade.

²⁹ DEMASKE, Chris. *Modern power and free speech: Contemporary culture and issues of equality*. Laham: Lexington Books, 2009, p. 10.

do estabelecimento de checagem constitucional, pelo qual deveria haver o consentimento da comunidade ou de seu corpo representativo, para a prática dos atos mais importantes por parte do governo, haveria uma limitação de poder. Surge, no entanto, a questão da maioria e a possibilidade de opressão sobre um grupo minoritário. No ponto, Mill chama a atenção para a tirania poder ser praticada não apenas por agentes públicos, mas pela própria sociedade, seus indivíduos. A imposição de idéias e práticas como regras de conduta, por óbvio, abafaria o dissidente, e nesse sentido a liberdade o protegeria³⁰. Trabalhando a compreensão do dissenso, Cass R. Sunstein, ao referir-se a Mill, expõe o efeito coercitivo da opinião pública, chamando a atenção para o fato de as pessoas se calarem para não despertar irritação e abjeção dos amigos, ou o enfraquecimento da reputação do grupo a que pertencem, ou porque confiam nos membros desse grupo. Não obstante, ainda assim, um canal tem que existir para que as pessoas se sintam livres para expor o que pensam. Uma cultura que acolha a divergência deve criar meios para que o dissenso venha à tona e um modo para que isso tenha sucesso é o anonimato. Assim, sem revelarem suas identidades, as pessoas estarão mais propensas a dizer o que sabem e pensam³¹.

A ideia de liberdade, na doutrina de Stuart Mill, era de tamanha relevância que, através da construção do princípio do dano, não seria legítima a interferência sobre o indivíduo ou a comunidade, sem sua vontade, a não ser que fosse para prevenir o dano aos outros. Fora isso, a pessoa, no que concerne ao seu corpo e mente, seria soberana. Nesse sentido, a liberdade abrangeria o domínio interior da consciência, com a liberdade de consciência, a liberdade de pensamento e de sentimento, e uma absoluta liberdade de opinião, em qualquer tipo de assunto – científico, moral ou teológico. Não havendo dano a uma terceira pessoa, a liberdade englobaria gostos e atividades dos mais variados, ainda que considerados errados e perversos³².

³⁰ MILL, John Stuart. *On Liberty*. Auckland: The Floating Press, 2009, pp. 05-10.

³¹ SUNSTEIN, Cass R. Porque as sociedades precisam de dissenso. Tradução de Marçal Justen Filho. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 4, n. 13, p. 55-90, jan./mar. 2006. Tradução da Introdução e parte do Capítulo I da obra *Why Societies Need Dissent*. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=34597>>. Acesso em: 3 mar. 2010.

³² MILL, John Stuart. *On Liberty*. Auckland: The Floating Press, 2009, pp. 18-19 e 22-23. Importa ressaltar aqui que Mill expressamente desenha esse raciocínio excluindo as pessoas que não tenham suas faculdades amadurecidas, como aquelas que impescindem de cuidado. Assim, por exemplo, crianças precisam ser protegidas contra ofensas externas. Na questão específica afeta à pornografia infantil, ainda que se considere a pornografia como dentro do raio da liberdade de expressão, Mill concluiria haver a necessidade de proteção a tais pessoas.

Para Stuart Mill, silenciar a expressão é roubar a raça humana, a posterioridade e a geração existente. Se a opinião está errada, perde-se a oportunidade de trocar o erro pela verdade. Se está certa, perde-se a possibilidade de percepção e impressão da verdade, quando do choque com a opinião errada. A verdade de uma opinião é parte de sua utilidade e o conhecimento dessa verdade é indispensável³³. Mesmo em um consenso quase absoluto, em determinada matéria, seria importante ouvir a voz dissidente. Do contrário, a verdade perderia com o silenciamento da minoria. Assim, o pensador traça quatro fundamentos distintos para a liberdade de expressão: um, se uma opinião é compelida ao silêncio, esta opinião provavelmente é verdadeira; dois, uma opinião errada pode conter uma porção de verdade, assim como uma opinião prevalecente pode não ser no todo verdadeira, por isso, é da colisão entre opiniões adversárias que poderá surgir parcela de verdade; três, o mero conhecimento apenas da “verdade”, ou seja, de uma opinião sem competição com outra, faz com que as pessoas a recebam sem compreensão dos seus fundamentos racionais; e, quatro, a ausência dessa disputa entre idéias, fará com que o próprio sentido de uma determinada doutrina reste enfraquecido ou em perigo de se perder³⁴.

Pela exposição acima, verifica-se que o pensamento de John Stuart Mill é fincado na imagem de que somente a partir de um discurso aberto a verdade pode ser descoberta e na linha do que ressaltado no parágrafo anterior, haveria certa impossibilidade de restrição do discurso por conta da falsidade da sua concepção. Isso se daria porque a opinião suprimida pode ser a verdadeira; porque todas as idéias falsas têm elementos de verdade; e porque as opiniões falsas são necessárias para manter a “vida” da verdade³⁵.

Isaiah Berlin, em “Two Concepts of Liberty”, propõe duas formulações sobre a liberdade. Batiza-as de liberdade negativa e liberdade positiva. A primeira liberdade deve responder à pergunta sobre qual a área na qual o sujeito deve ser deixado para fazer ou ser o que sabe fazer ou ser, sem interferência de outras pessoas. A segunda deve responder à indagação sobre quem é a fonte de controle ou interferência que pode determinar uma pessoa a fazer algo. Com relação à liberdade negativa, um mínimo de liberdade pessoal deve ser preservado, caso contrário haveria uma negação da própria natureza humana. Para tanto, faz-se necessária a construção de uma área de não interferência. Aqui, o sentido é de uma área de

³³ MILL, John Stuart. *On Liberty*. Auckland: The Floating Press, 2009, pp. 29-30 e 39-40.

³⁴ MILL, John Stuart. *On Liberty*. Auckland: The Floating Press. 2009, pp. 81 e 88-89.

³⁵ DEMASKE, Chris. *Modern power and free speech: Contemporary culture and issues of equality*. Laham: Lexington Books, 2009, p. 10.

liberdade para a pessoa perseguir seu próprio bem através de seu meio particular. Toda pessoa tem sua respectiva liberdade, na qual todos os demais devem respeito³⁶. É interessante frisar que há quem concorde com a distinção entre uma concepção positiva e uma concepção negativa de liberdade, porém, quanto a esta, discorde da única noção de ausência de interferência. Nesse passo, uma formatação da liberdade negativa seria aquela na qual a vontade é autônoma até o ponto de ser ameaçada ou sofrer coerção. A outra formatação seria direcionada a negar que a vontade pode ser autônoma a não ser que seja livre da dependência da vontade dos demais³⁷.

No tocante à liberdade positiva, Berlin expressa que, nesse contexto, a pessoa quer que sua vida e decisões dependam de si e não de forças externas. A obediência à lei, daí derivada, será uma obediência a si próprio e de forma não coercitiva³⁸. Ao tratar da colisão entre vontades e da fronteira entre direitos das pessoas em uma dada coletividade, o autor contrói a lógica de que pessoas racionais entenderão que o que é certo para um indivíduo, também é correto para o outro. O Estado livre é governado por esse tipo de leis, que, por sua vez, são aceitas pelas pessoas, já que elas participaram da promulgação das mesmas, foram ouvidas e apontaram suas demandas. A fronteira, então, será a desenhada por essa atividade³⁹. Nessa acepção, a liberdade positiva é afeta à participação das pessoas na construção do Estado, na feitura das suas leis.

Com a importância da liberdade de expressão crescendo com o passar do tempo, as teorias e pensadores foram surgindo. Do mercado de ideias, com a busca pela verdade, passando pela importância do discurso para o processo político, pelo valor humano desse discurso, por uma área de liberdade individual e pelo propósito de promover a autorrealização do indivíduo⁴⁰, até chegar a uma ideia de formatação do “eu” e da cultura de uma sociedade, a

³⁶ BERLIN, Isaiah. *Liberty*. Incorporating Four Essays On Liberty. Henry Hardy. Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 168-169 e 173-174.

³⁷ SKINNER, Quentin. A third concept of liberty. *Proceedings of the British Academy*. Oxford: Oxford University Press, v.117, 2002, pp. 261-263.

³⁸ BERLIN, Isaiah. *Liberty*. Incorporating Four Essays On Liberty. Henry Hardy. Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 178-183.

³⁹ BERLIN, Isaiah. *Liberty*. Incorporating Four Essays On Liberty. Henry Hardy. Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 191.

⁴⁰ SCHAUER, Frederick. The Second-Best First Amendment. *Wm. & Mary L. Rev.*, v. 31, 1989, p. 04. DALY, Angela, *The Internet, and Rationales for Free Expression* (March 20, 2010). Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1600242> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1600242>>. Acesso em: 20 dez. 2016, p. 02. HILL QC, Lord Lester of Herne. Free Speech Today. *XXXIII POLISH Yearbook of International Law* 2013, Warsaw: Wydawnictwo Naukowe Scholar, 2014, p. 130.

liberdade de expressão foi sendo montada⁴¹. A seguir serão expostos os principais raciocínios fundantes e imprescindíveis à liberdade de expressão.

1.2.1 O mercado de ideias e a busca pela verdade

O mercado de ideias e a busca pela verdade⁴², como antes visto, fizeram parte do pensamento de John Stuart Mill. O desenvolvimento desse raciocínio deu-se fortemente nos EUA, por aqueles que pensavam a aplicação da Primeira Emenda⁴³. Historicamente, a liberdade de expressão tem se baseado no discurso aberto e na busca da verdade⁴⁴. O conhecimento da verdade resultaria de um processo dialógico e crítico racional de potencial acesso a todos⁴⁵. O Justice Oliver Wendell Holmes Jr., no início do século XX, trabalhou, em seu voto dissidente, em *Abrams v. United States*⁴⁶, a concepção de mercado de ideias como o melhor teste para o encontro da verdade. Esta poderia ser melhor obtida através de um diálogo aberto e desembaraçado, no qual todas as partes são livres para expressar suas opiniões. A

⁴¹ Além de correntes consideradas tradicionais, foram ainda desenhadas teorias críticas que, em comum, questionavam a assunção do paradigma liberal que pressuporia um grau de igualdade e, portanto, uma autonomia individual, uma possibilidade de busca pela verdade e uma habilidade de se ser neutro. Algumas dessas ideias vieram, dentre outros, dos que defendem o fortalecimento da raça e do feminismo. A crítica importante, mas que por questão de espaço e objeto este trabalho não conseguirá tratar, direciona-se ao fato de as correntes clássicas, em verdade, servirem à manutenção do *status quo*, mantendo a posição do já empoderado, e esquecidos os grupos historicamente invisíveis. DEMASKE, Chris. *Modern power and free speech: Contemporary culture and issues of equality*. Laham: Lexington Books, 2009, pp. 05 e 12-13.

⁴² Machado avisa que “a teoria do mercado livre das ideias acaba por conduzir a resultados substancialmente diversos daqueles que procedem da teoria da procura da verdade”. Para esta, “a verdade aparece materialmente associada às ideias de mais informação”, “traduzindo a unidade essencial entre consciência subjetiva e a realidade objectiva”. Já a teoria do mercado livre de ideias se estruturaria em uma interação comunicativa. Assim arremata o autor, referindo-se a esta última teoria, “[s]e de procura da verdade se trata, então está-se perante uma verdade ‘legitimada através do procedimento’, qualquer coisa como o produto casual de uma luta pela sobrevivência da ideia mais apta”. MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade de expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Coimbra: Universidade de Coimbra. Coimbra editora, 2002, p. 247.

⁴³ DALY, Angela, *The Internet, and Rationales for Free Expression* (March 20, 2010). Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=1600242> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1600242>>. Acesso em: 20 dez. 2016, p. 02.

⁴⁴ BARENDT, Eric. *Freedom of speech*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 07.

⁴⁵ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade de expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Coimbra: Universidade de Coimbra. Coimbra editora, 2002, p. 238.

⁴⁶ EUA. Suprema Corte. *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919).

formulação de mercado, aqui, envolve a noção de não interferência governamental. Nesse sentido, se a ideia é verdadeira, pessoas racionais ficarão convencidas, e a crença será reconhecida e incorporada pela sociedade⁴⁷.

Assim, “todas as ideias, boas e más, devem ser capazes de competir neste mercado, e que o remédio para o mau discurso é mais discurso, não o silêncio forçado”⁴⁸, levando, então, à neutralidade de conteúdo, segundo a qual “o governo não pode proibir qualquer expressão devido ao seu conteúdo, particularmente por causa do ponto de vista que ela expressa”⁴⁹. A legislação regulatória que fizer discriminação com base no ponto de vista do conteúdo do discurso, tende a sofrer um controle judicial mais rígido (“strict scrutiny”)⁵⁰.

Considerando que o presente trabalho não se circunscreve à liberdade de expressão como um todo, mas sobre tão fantástico direito ligado à Internet, uma pitada do potencial deste último instrumento vale a pena ser colocado aqui. A ideia da busca da verdade em um mercado de competição recebe outros contornos no mundo cibernético. Aliás, é bom ser dito, desde logo, que a Suprema Corte norte americana, em *Reno v. ACLU*⁵¹, nos idos de 1997, expressou ser a Internet o novo mercado de ideias. Verdade e mentira, atualmente, digladiam-se na esfera digital, com um grau de participação e intensidade inimaginável anteriormente. Um exemplo da disputa entre verdade e mentira foi a corrida eleitoral presidencial para a Casa

⁴⁷ ROIG, Jorge R. Decoding First Amendment Coverage of Computer Source Code in the Age of YouTube, Facebook and the Arab Spring. *NYU Annual Survey of American Law*, v. 68, n. 2, 2012, pp. 350-351.

⁴⁸ SEDLER, Robert A.. Um Ensaio sobre a Liberdade de Expressão: Os Estados Unidos versus o Resto do Mundo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Liberdade de Expressão no Século XXI*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 94.

⁴⁹ SEDLER, Robert A.. Um Ensaio sobre a Liberdade de Expressão: Os Estados Unidos versus o Resto do Mundo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Liberdade de Expressão no Século XXI*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 94.

⁵⁰ BARENDT, Eric. *Freedom of speech*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 07.

⁵¹ EUA. Suprema Corte. *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844 (1997). A Corte Constitucional da Colômbia também entende ser a liberdade de expressão aplicável ao mundo digital, assim como no mundo real. No original: “Cabe afirmar que lo publicado en redes sociales está amparado por la libertad de expresión, pero también está sujeto a los límites que antes se mencionaron, implicando que las manifestaciones difamatorias, groseras e insultantes, entre otras, no se encuentran bajo la protección señalada en el artículo 20 de la Carta, ni por los instrumentos internacionales que la consagran. También, como se observó, el amparo de dicha garantía y sus respectivos límites, se aplica a internet y las redes sociales de la misma manera que a los demás medios de comunicación. (...) Por tanto, y dado que a la internet se le deben aplicar las mismas reglas del “mundo no virtual” (...)”. Colômbia. Corte Constitucional. Sentença T-050/16, j. 10.02.16. No mesmo sentido, ver a Sentença T-550/12, j. 13.07.2012. O tema voltará a ser tratado no próximo capítulo.

Branca, entre Hillary Clinton e Donald Trump, em 2016⁵². Outro bom exemplo é o próprio sítio eletrônico Wikipedia⁵³, no qual as informações são descentralizadas e oferecidas por qualquer pessoa. Nele há uma vigilância mas também uma busca pela verdade⁵⁴. Tanto isso é real que existe sempre um incentivo pela colaboração a quem esteja pesquisando no referido sítio.

A crítica que se destaca ao pensamento acima é em relação à assunção de que tal desenho leva necessariamente à descoberta da verdade e às melhores decisões. Como o que se propõe acima é, a depender do ângulo, uma ausência de regulação sobre o discurso, empiricamente, nem sempre é a verdade que será encontrada. O regime nazista, segundo Eric Barendt, nasceu em um ambiente de relativa liberdade política e, mesmo assim, consolidou-se⁵⁵. É, portanto, de se chamar a atenção para o fato de que, muitas vezes, a descoberta da verdade pode ser camuflada, por exemplo, por um verniz majoritário e não necessariamente legítimo. Haveria uma certa ingenuidade na concepção de que através do debate a verdade surgirá. Evidenciam isso o nacionalismo, o racismo e o sexismo. Ademais, as verdades paralelas, interpretações de realidades razoáveis, as experiências e pré compreensões do indivíduo desmistificariam o encontro da verdade⁵⁶.

Robert A. Sedler, fazendo um contraponto e olhando para o direito norte americano, aduz que a história dos EUA é a de grupos dissidentes procurando acesso ao mercado e que, durante o transcorrer dos anos, o governo sempre tentou abafar pensamentos que muitos acreditavam ser ruins. São exemplos dessas tentativas governamentais a restrição ao ideal comunista, ao ideal de liberdade contra a escravidão, nos Estados do Sul, e ao ideal de (anti)patriotismo, na guerra do Vietnã. Para o autor, a lista de más ideias é potencialmente

⁵² Para uma leitura sobre o que aconteceu nos EUA e a disputa entre o que havia de verdade e mentira, apenas a título exemplificativo, ver MAX, Fisher. Russia and the U.S. Election: What We Know and Don't Know. *New York Times*. Nova Iorque, 12 dez. 2016. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2016/12/12/world/europe/russia-trump-election-cia-fbi.html?_r=0>. Acesso em: 02 fev. 2017; e Facebook and the Digital Virus Called Fake News. *New York Times*. Nova Iorque, 19 nov. 2016. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2016/11/20/opinion/sunday/facebook-and-the-digital-virus-called-fake-news.html>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

⁵³ Para melhor conhecimento, ver <<https://www.wikipedia.org/>>. Acesso em: 05 jan. 2017.

⁵⁴ CHANDER, Anupam; LÊ, Uyên P. Free Speech. *Iowa Law Review*, v. 100, n. 2, 2015, p. 510.

⁵⁵ BARENDT, Eric. *Freedom of speech*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 09.

⁵⁶ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade de expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Coimbra: Universidade de Coimbra. Coimbra editora, 2002, p. 242.

infinita e a possibilidade de supressão abriria margem ao desaparecimento do discurso público, tornando-se o Estado o censor do que é uma “má ideia”⁵⁷.

Por sua vez, Eric Barendt, explicando que o raciocínio de mercado livre de ideias tem origem no mercado econômico, afirma que não faz sentido um governo eleito democraticamente, assim como age com a economia, quando proíbe práticas ilegais, não poder regular e impedir atividades discursivas ilegítimas. Além disso, o mercado de ideias, de fato, não é aberto a todos, para apresentarem suas opiniões. Igualmente, a agenda do que irá ao mercado, por certo, poderá ser manipulada por outros interesses, como o lucro de uma periódico impresso, de modo a não entrar no debate assuntos relevantes⁵⁸. E, por último, a teoria da qual aqui se trata pressupõe que se conceba haver sempre uma racionalidade no que se debate e chega ao auditório, para que haja, então, uma melhoria na sociedade. Esta é pressuposição um tanto quanto otimista do retrato da vida⁵⁹. Como coloca Chris Demaske, em um destaque que explica a razão pela qual a presente teoria tende a não funcionar em sociedades assimétricas, o livre mercado só tem lugar na hipótese das partes serem igualmente capazes de interagir e produzir o mesmo nível de força social, o mesmo nível de autonomia⁶⁰.

1.2.2 O autogoverno democrático

O autogoverno democrático significa que todos têm direito de entender as questões políticas, para participarem da construção da democracia. A democracia pode ser encarada como um governo de opinião ou um governo por intermédio da discussão, sendo a liberdade de expressão uma condição para seu correto funcionamento. A dimensão da tutela jurídica da

⁵⁷ SEDLER, Robert A.. Um Ensaio sobre a Liberdade de Expressão: Os Estados Unidos versus o Resto do Mundo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Liberdade de Expressão no Século XXI*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, pp. 94-95.

⁵⁸ DEMASKE, Chris. *Modern power and free speech: Contemporary culture and issues of equality*. Laham: Lexington Books, 2009, pp. 38-39.

⁵⁹ BARENDT, Eric. *Freedom of speech*. Oxford: Oxford University Press, 2005, pp. 11-12.

⁶⁰ No original: “This free trade, of course, can only occur between parties equally capable of interacting with and producing the same level of social force, the same level of autonomy”. DEMASKE, Chris. *Modern power and free speech: Contemporary culture and issues of equality*. Laham: Lexington Books, 2009, p. 40.

liberdade de expressão serviria como um medidor a aferir a saúde política e institucional⁶¹. Desse modo, a liberdade de expressão serviria à formação de uma opinião pública em questões políticas. As mais variadas e amplas informações deveriam ser dadas ao público. Entretanto, por esse olhar, apenas assuntos de política estariam cobertos pelo núcleo da liberdade de expressão. O propósito da liberdade de expressão seria servir à democracia e, portanto, não cobriria o discurso a favor de sua derrubada. No contexto do autogoverno democrático pode e deve ser considerada a posição dos dissidentes e grupos minoritários, na contribuição da formação do que, em determinado momento, a democracia de uma certa sociedade pensa⁶².

Dois caminhos podem ser percorridos quando se estuda esse valor de fundamentação da liberdade de expressão. O primeiro caminho segue os passos daquele que se manifesta; o segundo caminho, os passos de quem recebe a manifestação. Apresenta-se como voz do primeiro pensamento, o professor Robert Post; e do segundo, Alexander Meiklejohn.

Robert Post enxerga a liberdade de expressão como realização da democracia, tendo o autogoverno democrático um viés participativo, através de um processo comunicativo, na esfera pública⁶³. Assim, com acesso à esfera pública, o cidadão participa da formação da opinião pública⁶⁴. Com isso, a tomada de decisão do governo terá que ou deverá olhar para a opinião pública⁶⁵. O engajamento participativo no discurso público e o envolvimento na vida política fazem o indivíduo sentir-se parte do corpo político⁶⁶. Desse modo, as pessoas tenderão a respeitar e sentir-se mais confortáveis com as ações dos governantes⁶⁷. O discurso público, importante para Post, refere-se ao processo de comunicação pelo qual as ideias e opiniões circulam em uma comunidade para produzir uma opinião pública. Esse discurso

⁶¹ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade de expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Coimbra: Universidade de Coimbra. Coimbra editora, 2002, p. 261.

⁶² BARENDT, Eric. *Freedom of speech*. Oxford: Oxford University Press, 2005, pp. 18-20.

⁶³ POST, Robert. Participatory Democracy and Free Speech. *Virginia Law Review*, v. 97, n. 03, 2011, p. 482.

⁶⁴ POST, Robert. Participatory Democracy and Free Speech. *Virginia Law Review*, v. 97, n. 03, 2011, p. 483.

⁶⁵ POST, Robert. Participatory Democracy as a Theory of Free Speech: A Reply. *Virginia Law Review*, v. 97, n. 03, 2011, pp. 620-621.

⁶⁶ POST, Robert. Participatory Democracy as a Theory of Free Speech: A Reply. *Virginia Law Review*, v. 97, n. 03, 2011, pp. 624.

⁶⁷ ROIG, Jorge R. Decoding First Amendment Coverage of Computer Source Code in the Age of YouTube, Facebook and the Arab Spring. *NYU Annual Survey of American Law*, v. 68, n. 2, 2012, pp. 352-353.

público, então, recebe uma proteção constitucional porque promove a legitimidade democrática⁶⁸.

Alexander Meiklejohn apresenta um olhar para a busca da verdade e para o autogoverno, pontuando que o discurso que serve à democracia e à política é o que merece proteção⁶⁹. Partindo da ideia de que toda autoridade para governar vem do povo, sendo este, portanto, governante e governado, surge a formulação autogoverno democrático. Nesse passo, o autor explica que várias formas de comunicação que não se encontrem no universo da atividade governamental, estão fora da proteção da Primeira Emenda. O refinamento da matéria, na mente de Meiklejohn, é que a referida proteção existirá quando o tema for afeto aos negócios do apontado governo⁷⁰. Através da metáfora do “town meeting”, o pensador propõe que as pessoas de uma dada comunidade possam se reunir. Nesse encontro todos os assuntos de interesse público podem e devem ser pensados e debatidos. Todos são livres para estar presente e são iguais. Porém, o que importa não são as palavras dos oradores, mas a mente dos ouvintes, porque, ao final, relevante será a votação que esses ouvintes farão⁷¹. Importa destacar que, para o autor, o objetivo final da liberdade de expressão é garantir a circulação de opiniões e informações necessárias para decisões sábias. O essencial, então, não é que todos falem, mas tudo que valha ser dito, o seja, posto que as pessoas precisam do maior número de informações possível, para um voto melhor informado. Ou seja, o importante não é assegurar a autonomia individual e sim garantir que o público esteja bem informado⁷². O foco, portanto, é na informação, no acesso à informação⁷³ e na deliberação

⁶⁸ BALKIN, Jack M. Information Fiduciaries and the First Amendment. *UC Davis L. Rev.*, v. 49, 2016, pp. 1.210-1.211.

⁶⁹ DEMASKE, Chris. *Modern power and free speech: Contemporary culture and issues of equality*. Laham: Lexington Books, 2009, p. 11.

⁷⁰ MEIKLEJOHN, Alexander. The First Amendment is an absolute. *The Supreme Court Review*, v. 1961, 1961, pp. 253-259. MEIKLEJOHN, Alexander. *Free speech and its relation to self-government*. New York: Harper & Brothers Publishers, 1948, pp. 15-16.

⁷¹ MEIKLEJOHN, Alexander. *Free speech and its relation to self-government*. New York: Harper & Brothers Publishers, 1948, pp. 22-27. No tocante ao raciocínio não que todos tenham a palavra, mas que todas as palavras válidas sejam ditas, expressa o autor: “The First Amendment, then, is note the guardian of unregulated talkativeness. It not require that, on every occasion, every citizen shall take part in public debate. Nor can it even give assurance that everyone shall have opportunity to do so. If, for example, in a town meeting, twenty like-minded citizens have become a ‘party’, and if one of them has read to the meeting an argument which they have all approved, it would be ludicrously out of order for each of the others to insist on reading it again. No competent moderator would tolerate that wasting of time available for free discussion. What is essential is not that everyone shall speak, but that everything worth saying shall be said”. MEIKLEJOHN, Alexander. *Free speech and its relation to self-government*. New York: Harper & Brothers Publishers, 1948, p. 25.

⁷² BALKIN, Jack M. O Futuro da Liberdade de Expressão na era Digital. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Liberdade de Expressão no Século XXI*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 368. BALKIN, Jack M.

sobre questões de interesse público⁷⁴. É possível dizer que a visão de Meiklejohn era influenciada pela arquitetura da mídia de massa do século XX, onde existia menos autonomia das pessoas e participação criativa⁷⁵. É nessa lógica que a analogia do “town meeting” é desenhada para viabilizar a agenda do discurso público de assuntos sérios. Poucos falam, porém as pessoas ficam informadas⁷⁶.

Por ser estruturante à democracia, a liberdade de expressão, avançando uma ideia de democracia comunicativa, já foi considerada um subprincípio concretizador do princípio democrático. Mas não é só. Importante também é destacar a relação com o ideal republicano de participação cívica na discussão e decisão de questões políticas⁷⁷.

Relevante, na sequência dessa visão, é expressar que a liberdade de expressão serve à fiscalização da atividade do governo e dos agentes públicos⁷⁸. Assim, críticas inclusive ácidas e veementes devem ser consideradas protegidas pela liberdade de expressão⁷⁹.

Digital speech and democratic culture: A theory of freedom of expression for the information society. *NYUL rev.*, v. 79, 2004, pp. 27-30.

⁷³ ROIG, Jorge R. Decoding First Amendment Coverage of Computer Source Code in the Age of YouTube, Facebook and the Arab Spring. *NYU Annual Survey of American Law*, v. 68, n. 2, 2012, p. 353.

⁷⁴ BALKIN, Jack M. O Futuro da Liberdade de Expressão na era Digital. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Liberdade de Expressão no Século XXI*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 368.

⁷⁵ BALKIN, Jack M. O Futuro da Liberdade de Expressão na era Digital. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Liberdade de Expressão no Século XXI*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 368.

⁷⁶ BALKIN, Jack M. Digital speech and democratic culture: A theory of freedom of expression for the information society. *NYUL rev.*, v. 79, 2004, p. 40.

⁷⁷ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade de expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Coimbra: Universidade de Coimbra. Coimbra editora, 2002, pp. 259-260. No ponto, Machado aduz que “[p]ara este entendimento, os indivíduos têm o *dever cívico de falar livremente* sobre os assuntos de interesse comunitário, acentuando-se a responsabilidade especial de vigilância permanente que anda associada ao auto-governo”.

⁷⁸ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade de expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Coimbra: Universidade de Coimbra. Coimbra editora, 2002, p. 266.

⁷⁹ O Ministro Celso de Mello já aduziu que “A liberdade de imprensa, enquanto projeção das liberdades de comunicação e de manifestação do pensamento, reveste-se de conteúdo abrangente, por compreender, dentre outras prerrogativas relevantes que lhe são inerentes, (a) o direito de informar, (b) o direito de buscar a informação, (c) o direito de opinar e (d) o direito de criticar. – A crítica jornalística, desse modo, traduz direito impregnado de qualificação constitucional, plenamente oponível aos que exercem qualquer atividade de interesse da coletividade em geral, pois o interesse social, que legitima o direito de criticar, sobrepõe-se a eventuais suscetibilidades que possam revelar as pessoas públicas ou as figuras notórias, exercentes, ou não, de cargos oficiais. – A crítica que os meios de comunicação social dirigem às pessoas públicas, por mais dura e veemente que possa ser, deixa de sofrer, quanto ao seu concreto exercício, as limitações externas que ordinariamente resultam dos direitos de personalidade. – Não induz responsabilidade civil a publicação de matéria jornalística cujo conteúdo divulgue observações em caráter mordaz ou irônico ou, então, veicule opiniões em tom de crítica severa, dura ou, até, impiedosa, ainda mais se a pessoa a quem tais observações forem dirigidas ostentar a condição de figura pública, investida, ou não, de autoridade governamental, pois, em tal contexto, a liberdade de

Atualizando esse raciocínio, ainda que adiantando o universo que virá à tona no próximo capítulo, Anupam Chander e Uyên Lê apresentam um olhar digital e, sem dúvida, correto do elo entre o autogoverno democrático e a Internet. O papel participativo da sociedade no autogoverno democrático ganha novo colorido no universo “online”. De fato, a “Internet não apenas reduz as barreiras para participação, mas aumenta o andamento para o ativismo e o discurso – petições e protestos podem ser oferecidos com poucas tecladas digitais”⁸⁰.

Escrevendo e debatendo a possibilidade de regulação, ou não, de televisão, rádio e Internet, trazendo o questionamento a respeito de o Estado buscar um horário eleitoral gratuito para candidatos a cargos públicos, Cass R. Sunstein aponta que aqueles que defendem a liberdade de expressão com fulcro no ideal de autogoverno democrático posicionar-se-ão pela legitimidade da regulação, enquanto outros que defendam uma postura mais contrária à intromissão estatal na liberdade de expressão, opor-se-ão à ideia⁸¹. O importante desta constatação é, a um só tempo, permitir a regulação da liberdade de expressão e da Internet, com base no mesmo fundamento: o autogoverno democrático.

1.2.3 A autonomia e a autorrealização

No contexto da proteção da autonomia, a liberdade de expressão serviria como uma barreira à ação estatal. Ao indivíduo é permitido falar o que bem desejar, livre da interferência do Estado. Haveria, assim, uma zona de não interferência, na qual o Estado não poderia cruzar⁸². Por intermédio da liberdade de expressão com olhos na autonomia, o indivíduo

crítica qualifica-se como verdadeira excludente anímica, apta a afastar o intuito doloso de ofender” (Brasil. STF. AI 705630 AgR/SC – Santa Catarina; Ag. Reg. no Agravo de Instrumento; Relator(a): Ministro Celso de Mello; Julgamento: 22/03/2011; Órgão Julgador: Segunda Turma; Publicação DJe-065 Divulg 05-04-2011; Public 06-04-2011; EMENT VOL-02497-02 PP-00400; RT v. 100, n. 909, 2011, p. 435-446).

⁸⁰ CHANDER, Anupam; LÊ, Uyên P. Free Speech. *Iowa Law Review*, v. 100, n. 2, 2015, p. 510. Tradução livre redigida pelo autor. No original consta: “The Internet not only reduces barriers to participation, it increases the pace of activism and discourse – petitions and protests can be offered with a few keystrokes”.

⁸¹ SUNSTEIN, Cass R. *Republic.com 2.0*. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2009, pp. 177-178. No mesmo sentido, admitindo a possibilidade de regulação da liberdade de expressão, quando se fulcra na teoria do autogoverno democrático, ver PARK, Chang Sup. Online speech and democratic culture: a comparison of freedom of online speech between South Korea and the United States. *Asian Journal of Communication*, 2016, pp. 03-04.

⁸² FISS, Owen M. Why the state?. *Harvard Law Review*, v. 100, n. 4, 1987, p. 785.

buscaria seu autodesenvolvimento e realização. Qualquer tipo de restrição, inibiria o crescimento da personalidade do indivíduo. O direito de expressar crenças e atitudes políticas reflete o que é ser humano. Nesse contexto, até a expressão do que parecer inimigo ao bem estar da sociedade restaria abrangida. A liberdade de expressão, por essa perspectiva, seria um valor intrínseco, um bem independente⁸³. É nessa toada que se afirma aí se estar tutelando a dignidade humana^{84 85}.

Por outro lado, a liberdade de expressão, sob a conotação da autonomia, significaria uma liberdade de escolha e seria um pressuposto da autenticidade da pessoa. Para formatar o seu “eu”, o indivíduo deve ser livre para alcançar as informações que desejar. Com isso, o passo seguinte é essa pessoa comunicar-se com os outros da melhor forma que entender adequada. Expõe-se que essa racionalidade da liberdade de expressão ultrapassa os limites da discussão pública dos assuntos políticos, para alcançar domínios diversos como a cultura, a arte ou a religião, não havendo, pois, submissão a padrões comunitários de correção, moralidade e decência⁸⁶, já que o Estado não pode controlar os pensamentos de um indivíduo.

⁸³ BARENDT, Eric. *Freedom of speech*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 13.

⁸⁴ CHANDER, Anupam; LÊ, Uyên P. Free Speech. *Iowa Law Review*, v. 100, n. 2, 2015, p. 510.

⁸⁵ Sobre a dignidade humana e sua configuração, Luís Roberto Barroso traça três elementos essenciais: o valor intrínseco, a autonomia e o valor comunitário (social). Explica o professor e Ministro do STF que o valor intrínseco é o elemento ontológico, inerente a todos os seres humanos, um valor objetivo, alheio às circunstâncias pessoais de cada um. Deste elemento combate-se o utilitarismo e o autoritarismo. A autonomia, por sua vez, possui duas dimensões, uma privada, e outra, pública. A autonomia privada liga-se à liberdade, no direito à autodeterminação sem interferências externas ilegítimas. A autonomia pública, a seu turno, relaciona-se com o direito à participação no processo democrático. Ainda nesse ponto, destacam-se os “direitos sociais materialmente fundamentais”, porque para “ser livre, igual e capaz de exercer sua cidadania, todo indivíduo precisa ter satisfeitas as necessidades indispensáveis à sua existência física e psíquica. Vale dizer: tem direito a determinadas prestações e utilidades elementares”. O último elemento seria o valor comunitário, um valor social, que é o indivíduo em relação ao grupo. Traz valores compartilhados pela comunidade e funciona como uma constrição externa em relação à liberdade do indivíduo. Apesar disso, muita atenção deve haver em relação às políticas paternalistas, ao enfraquecimento dos direitos, ao moralismo e à tirania da maioria. Para uma leitura da exposição completa, ver 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, pp. 22-29. Por sua vez, Daniel Sarmento apresenta cinco componentes da dignidade da pessoa humana. São eles: o valor intrínseco da pessoa, a igualdade, a autonomia, o mínimo existencial e o reconhecimento. Pelo primeiro componente, impede-se que a pessoa seja um meio, um instrumento. A igualdade busca confrontar as hierarquias, a fim de emprestar um nivelamento cultural e social. Já o terceiro elemento, a autonomia, intenta valorizar a autodeterminação individual (autonomia privada) e a democracia (autonomia pública). O quarto viés é o mínimo existencial. Por este, luta-se pela existência de condições mínimas materiais de vida digna. E, por fim, quanto ao reconhecimento, faz-se uma ligação “com o respeito à identidade individual e coletiva das pessoas nas instituições, práticas sociais e relações intersubjetivas”. SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana; conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Forum, 2016, p. 92.

⁸⁶ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade de expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Coimbra: Universidade de Coimbra. Coimbra editora, 2002, pp. 285-287.

Assim, a pessoa é livre para desenvolver suas faculdades e alcançar o máximo potencial através de sua autorrealização⁸⁷.

No ponto, entretanto, Owen Fiss argumenta que a autonomia não é protegida por ser um fim em si mesmo, nem como um meio a auto atualização, mas sim como um propósito político, pois a autonomia irá produzir debates de questões políticas importantes. A preocupação é menos com quem figuraria como falante e mais com a qualidade do discurso público. Nesse sentido, a autonomia só deveria ser protegida quando enriquecer o debate público⁸⁸. Outras duas críticas postas em desfavor do valor autonomia são que, por meio da autonomia e autorrealização, não apenas o discurso deveria ser protegido. Diversas atividades humanas são levadas a efeito e podem ser fundamentadas nessa autorrealização. Assim, não existiria um padrão para separar e entregar uma proteção diferenciada à autonomia para fins de discurso. Além disso, essa tese da autonomia como valor fundante da liberdade de expressão encontraria problema na solução do conflito entre a autonomia do falante e a autonomia do ouvinte, tornando-se grave tal conflito ao se deparar com situações em que, em tese, deveria existir certa limitação, como na difamação⁸⁹ e, especificamente quanto ao universo digital, no “cyberbullying”.

⁸⁷ ROIG, Jorge R. Decoding First Amendment Coverage of Computer Source Code in the Age of YouTube, Facebook and the Arab Spring. *NYU Annual Survey of American Law*, v. 68, n. 2, 2012, p. 354.

⁸⁸ FISS, Owen M. Why the state?. *Harvard Law Review*, v. 100, n. 4, 1987, pp. 785-786. FISS, Owen M. Free speech and social structure. *Iowa L. Rev.*, v. 71, 1986, pp. 1.410-1.411. Fiss aponta claramente para uma instrumentalidade da autonomia e um sobre valor da ideia de debate público: “Autonomy is protected not because of its intrinsic value, as a Kantian might insist, but rather as a means or instrument of collective self-determination. We allow people to speak so others' can vote. Speech allows people to vote intelligently and freely, aware of all the options and in possession of all the relevant information.

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.” The Tradition assumes that by leaving individuals alone, free from the menacing arm of the policeman, a full and fair consideration of all the issues will emerge. The premise is that autonomy will lead to rich public debate. From the perspective of the street corner, that assumption might seem plausible enough. But when our perspective shifts, as I insist it must, from the street corner to, say, CBS, this assumption becomes highly problematic. Autonomy and rich public debate—the two free speech values—might diverge and become antagonistic. 22 Under CBS, autonomy may be insufficient to insure a rich public debate. Oddly enough, it might even become destructive of that goal.

(...) Speech is protected when (and only when) it does, and precisely because it does', not because it is an exercise of autonomy. In fact, autonomy adds nothing and if need be, might have to be sacrificed, to make certain that public debate is sufficiently rich to permit true collective self-determination. What the phrase “the freedom of speech” in the first amendment refers to is a social state of affairs, not the action of an individual or institution”.

⁸⁹ ROIG, Jorge R. Decoding First Amendment Coverage of Computer Source Code in the Age of YouTube, Facebook and the Arab Spring. *NYU Annual Survey of American Law*, v. 68, n. 2, 2012, p. 355.

1.2.4 A democracia cultural

A democracia cultural ou cultura democrática⁹⁰ é uma concepção mais moderna de fundamento para a liberdade de expressão. Optou-se por colocá-la no presente momento porque a mesma serve como justificação da liberdade de expressão e também por servir de ponte a ligar esta liberdade e o novo mundo que se descortinou com a Internet. Jack M. Balkin explica que o foco no ideal de cultura se dá porque a cultura é central para a individualidade de uma pessoa⁹¹.

Por essa visão, a liberdade de expressão não deve se apoiar somente⁹² em uma democracia política, mas sim em uma democracia cultural. Com isso, existe uma expansão do fundamento democrático para os fins da liberdade de expressão⁹³. É uma ampliação da restrita visão de proteção da liberdade de expressão para assuntos apenas de índole política. As pessoas, então, ao participarem da cultura, influenciam-se e modelam-se, assim como influenciam e modelam a cultura em que vivem. O indivíduo ordinário é livre para criar,

⁹⁰ O professor Jack M. Balkin se utiliza da expressão “democratic culture” e “cultural democracy” para apresentar a mesma teoria a respeito da liberdade de expressão, por exemplo, em dois trabalhos seus: *How rights change: freedom of speech in the digital era*, e *Cultural Democracy and the First Amendment*. Com visão para a Era Digital, Balkin diz que a concepção de cultura democrática enfatiza: 1. a criatividade individual e a expressão tornadas possíveis nessa nova época; 2. a participação na cultura e a habilidade de apropriação da cultura, e a possibilidade de usá-la em novos sentidos; 3. os novos métodos de organização da produção da cultura e de compartilhamento dos produtos da cultura; e 4. a democratização dos meios da produção da cultura, e a criação de novas infraestruturas de telecomunicação e instrumentos de software que tornaram possível a democratização da produção cultural. BALKIN, Jack M. *Cultural Democracy and the First Amendment*. *Northwestern University Law Review*, v. 110, n. 5, 2016, p. 08. A democracia cultural ou a cultura democrática não são o mesmo que cultura de massa. As pessoas, na democracia cultural, não são meros consumidores da cultura de massa. Pelo contrário, por serem produtores, transformam essa cultura de massa com a criatividade que lhe é inerente. BALKIN, Jack M. *Digital speech and democratic culture: A theory of freedom of expression for the information society*. *NYUL rev.*, v. 79, 2004, p. 43.

⁹¹ BALKIN, Jack M. *How rights change: freedom of speech in the digital era*. *Sydney L. Rev.*, v. 26, 2004, p. 10.

⁹² Balkin expressamente aduz que seu argumento não descarta a democracia política. Afirmo o autor, no original: “My argument does not discard political democracy as a ground of freedom of speech in favor of cultural democracy”. BALKIN, Jack M. *Cultural Democracy and the First Amendment*. *Northwestern University Law Review*, v. 110, n. 5, 2016, p. 25.

⁹³ BALKIN, Jack M. *O Futuro da Liberdade de Expressão na era Digital*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Liberdade de Expressão no Século XXI*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 367. BALKIN, Jack M. *Cultural Democracy and the First Amendment*. *Northwestern University Law Review*, v. 110, n. 5, 2016, p. 02. BALKIN, Jack M. *Digital speech and democratic culture: A theory of freedom of expression for the information society*. *NYUL rev.*, v. 79, 2004, p. 32.

inovar e participar de um processo de constituição e renovação do significado que constitui essa pessoa⁹⁴.

O sentido de democracia da democracia cultural não é voltada ao voto. É sim direcionada a que todos participem da produção da cultura⁹⁵. Tal participação é importante por duas razões. A primeira é porque permite a criação e evolução de um processo de construção de sentido que modela a própria pessoa e faz parte dela. E a segunda razão é porque, quando a pessoa é criativa e inovadora, tornando-se produtora da cultura, exercita sua liberdade e se torna uma pessoa livre⁹⁶.

Percebem-se, então, duas duplas visões na democracia cultural. Uma abordagem é individualista e coletivista. É porque, a partir de cada um, expressa-se a própria individualidade na criação e na participação na constituição do sentido da cultura. Esse processo, todavia, também é realizado em uma aceção coletiva⁹⁷.

Além disso, é possível enxergar sob uma ótica interna e uma ótica externa. Há, então, uma visão de formação do próprio “eu”, e a visão de formação do ambiente cultural, tudo através do ideal da cultura⁹⁸. O que se pontua aqui é que, a partir da liberdade de expressão, especialmente na vida cibernética, o indivíduo se constitui, ou seja, formata-se, através da cultura que o rodeia. Ao mesmo tempo, esse ambiente cultural, igualmente, molda a coletividade na qual tem vez.

A democracia cultural é uma crítica à famosa visão de Alexander Meiklejohn, no sentido de que nem todos devem se expressar, mas que o que vale a pena ser dito assim o seja. A visão de Balkin é outra. Para o professor da “Yale Law School”, o importante é que todos

⁹⁴ BALKIN, Jack M. How rights change: freedom of speech in the digital era. *Sydney L. Rev.*, v. 26, 2004, p. 02. PARK, Chang Sup. Online speech and democratic culture: a comparison of freedom of online speech between South Korea and the United States. *Asian Journal of Communication*, 2016, p. 04.

⁹⁵ BALKIN, Jack M. O Futuro da Liberdade de Expressão na era Digital. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Liberdade de Expressão no Século XXI*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 366.

⁹⁶ BALKIN, Jack M. Digital speech and democratic culture: A theory of freedom of expression for the information society. *NYUL rev.*, v. 79, 2004, p. 33.

⁹⁷ BALKIN, Jack M. How rights change: freedom of speech in the digital era. *Sydney L. Rev.*, v. 26, 2004, p. 08. BALKIN, Jack M. Cultural Democracy and the First Amendment. *Northwestern University Law Review*, v. 110, n. 5, 2016, p. 10.

⁹⁸ BALKIN, Jack M. Digital speech and democratic culture: A theory of freedom of expression for the information society. *NYUL rev.*, v. 79, 2004, pp. 03-04.

tenham chance de se expressar⁹⁹. E, por outro lado, critica-se a centralidade da política, posto que, um, esta trata a cultura apenas como uma forma de ajudar a educar as pessoas para questões políticas e de promover a discussão sobre questões sérias de preocupação pública; e, dois, a partir desse raciocínio, gradua a cultura e a qualifica como importante ou desimportante, menosprezando a cultura popular¹⁰⁰.

Ele aponta três razões pelas quais as teorias de base democrática anteriores são insuficientes no mundo digital: a primeira razão liga-se à proteção constitucional da arte e a liberdade de se engajar na expressão artística nesse novo mundo; a segunda relaciona-se ao discurso público global que transcende as fronteiras das nações (esfera pública global¹⁰¹); e a terceira vincula-se ao caráter global da Internet que pode acabar sendo enfraquecida ou ameaçada por uma regulação nacional das mídias de telecomunicação¹⁰². A primeira razão nos faz lembrar que arte e política nem sempre se conectam. Se é possível expressar-se politicamente pela arte, usualmente a arte tem utilidade além da questão política. A segunda razão tem sentido se lembrarmos que o raciocínio do autogoverno democrático foi rascunhado em um mundo anterior à Internet e realmente ligado às questões políticas domésticas. A terceira razão é uma preocupação importante até agora não solvida. Os países têm visões, em vários assuntos, diametralmente diferentes, e desejam regulá-los ao seu modo (quando muito, ao modo de sua região). A Internet, global que é, fica à mercê de tais vontades¹⁰³.

⁹⁹ BALKIN, Jack M. How rights change: freedom of speech in the digital era. *Sydney L. Rev.*, v. 26, 2004, p. 11. PARK, Chang Sup. Online speech and democratic culture: a comparison of freedom of online speech between South Korea and the United States. *Asian Journal of Communication*, 2016, p. 04.

¹⁰⁰ BALKIN, Jack M. Cultural Democracy and the First Amendment. *Northwestern University Law Review*, v. 110, n. 5, 2016, p. 04.

¹⁰¹ Preocupado com a associação de discurso público ou esfera pública a assuntos sobre legitimação de poder político, Balkin ressalta, no original: “If one insists that the terms “public discourse” or “public sphere” must be reserved for a discursive phenomenon that legitimates national or international political power, then we do not have global public discourse, and we do not have a global public sphere, and we will not for a very long time. But if public discourse refers to the circulation of ideas and opinions globally, then we already have global public discourse, just not one that effectively legitimates nation-states or even supra-national entities like the European Union”. BALKIN, Jack M. Cultural Democracy and the First Amendment. *Northwestern University Law Review*, v. 110, n. 5, 2016, p. 39.

¹⁰² BALKIN, Jack M. Cultural Democracy and the First Amendment. *Northwestern University Law Review*, v. 110, n. 5, 2016, pp. 37-40.

¹⁰³ Vale mencionar como exemplo o distinto tratamento que o “hate speech” e as “fake news” têm recebido por parte da Alemanha e dos EUA. Enquanto este país adota uma posição atualmente de não regulação, aquele vem empreendendo esforço combativo em desfavor desses assuntos. Ver Parlamento alemão aprova multa contra discurso de ódio nas redes. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 30 jun. 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2017/06/1897365-parlamento-da-alemanha-aprova-multa-contra-discurso-de-odio-nas-redes.shtml>>. Acesso em: 19 jul. 2017.

Sob outro aspecto, a mudança de foco para a democracia cultural importa em três diferenças importantes. Em primeiro lugar, abandona-se a estreita ligação da liberdade de expressão com o que se relaciona com o discurso político e apegam-se à troca que existe na construção de uma cultura. Em segundo lugar, a cultura popular, antes vista como de relevância periférica, torna-se central na definição do significado da liberdade de expressão e passa a não existir mais uma fronteira entre “cultura de alto nível” e “cultura de baixo nível”. Em terceiro lugar, assume-se com destaque que as pessoas não apenas devem ser informadas, mas também devem participar da criação e inovação, ou seja, todos devem poder falar e ouvir, são espectadores e consumidores, porém, ao mesmo tempo, comentaristas e transmissores¹⁰⁴.

Com isso tudo, a liberdade de expressão, sob os olhares da democracia cultural, significa: o direito de publicar, distribuir e alcançar uma audiência; o direito de interagir com outras pessoas e trocar ideia com elas, incluindo o direito de influenciar e de ser influenciado, de transmitir cultura e de absorvê-la; o direito de se apropriar de materiais de cultura que estejam em suas mãos, de inovar, de combinar e de compartilhar os resultados com terceiros; e o direito de participar da cultura e produzir cultura, e então o direito de ter uma palavra no desenvolvimento da cultura e nas forças de comunicação¹⁰⁵.

Vale consignar, como um fecho do que aqui se expôs, que podem os valores acima ser divididos em uma visão substantiva e uma visão instrumental. A visão substantiva é a que propugna a liberdade de expressão como um valor em si e abraça o fundamento de desenvolvimento da personalidade, incorporado na autonomia, dignidade humana e autorrealização. Com outra ótica, a visão instrumental propõe que a liberdade de expressão é um meio para se tutelarem outros valores: a busca da verdade e a democracia (política e cultural). Claramente as duas visões se somam e devem ser conjuntamente aferidas no caso posto em análise¹⁰⁶.

Encerradas as palavras a respeito dos valores fundantes da liberdade de expressão, é possível enxergar um múltiplo horizonte se abrindo à frente. As explicações apresentadas, de

¹⁰⁴ BALKIN, Jack M. Digital speech and democratic culture: A theory of freedom of expression for the information society. *NYUL rev.*, v. 79, 2004, pp. 35-41.

¹⁰⁵ BALKIN, Jack M. Digital speech and democratic culture: A theory of freedom of expression for the information society. *NYUL rev.*, v. 79, 2004, p. 43.

¹⁰⁶ KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. As liberdades de expressão e de imprensa da jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 393-397. SCHREIBER, Simone. Liberdade de Expressão: Justificativa Teórica e a Doutrina da Posição Preferencial no Ordenamento Jurídico. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*. São Paulo: Renovar, 2007, pp. 218-236.

relevância ímpar na formatação histórica da liberdade de expressão, encaminham-nos a tratar de quatro novos temas importantes para o assunto dessa liberdade na seara digital. É inclusive com fundamento nas teorias acima que surge a doutrina da posição preferencial. Igualmente, com olhos nos retratos pintados pelas mesmas que os temas referentes aos elementos da liberdade de expressão e à possibilidade, ou não, de regulação são tratados. E, por fim, tudo isso somado é um bom ambiente para se estudar o “chilling effect”.

1.3 Posição Preferencial

A liberdade de expressão traz em sua raiz valores dos mais relevantes do ponto de vista constitucional. Estão internalizados em seu âmago a democracia e a autonomia, com forte vínculo com a dignidade humana. Um direito com tamanha envergadura é tributário de um tratamento distinto.

A origem da doutrina da posição preferencial é alvo de debate acadêmico. Enxerga-se, dentro de uma cronologia histórica, quem pontue que a posição preferencial nasceu quando da propositura da Primeira Emenda, no período anterior a 1791, como uma reação à ausência de liberdade de expressão à época na Inglaterra e suas colônias¹⁰⁷.

Por outro ângulo, o caso *United States v. Carolene Products Co.*¹⁰⁸, julgado pela Suprema Corte norte americana, em 1938, em sua nota de rodapé número 4¹⁰⁹, é visto por

¹⁰⁷ MCKAY, Robert B. The Preference for Freedom. *NyUL Rev.*, v. 34, 1959, p. 1.185. CAHN, Edmond. The Firstness of the First Amendment. *The Yale Law Journal*, v. 65, n. 4, 1956.

¹⁰⁸ EUA. Suprema Corte. *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938).

¹⁰⁹ A ideia, no original, está assim estampada: “There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth. See *Stromberg v. California*, 283 U. S. 359, 283 U. S. 369-370; *Lovell v. Griffin*, 303 U. S. 444, 303 U. S. 452.

It is unnecessary to consider now whether legislation which restricts those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation is to be subjected to more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment than are most other types of legislation. On restrictions upon the right to vote, see *Nixon v. Herndon*, 273 U. S. 536; *Nixon v. Condon*, 286 U. S. 73; on restraints upon the dissemination of information, see *Near v. Minnesota ex rel. Olson*, 283 U. S. 697, 283 U. S. 713-714, 283 U. S. 718-720, 283 U. S. 722; *Grosjean v. American Press Co.*, 297 U. S. 233; *Lovell v. Griffin*, *supra*; on interferences with political organizations, see *Stromberg v. California*, *supra*, 283 U. S. 369; *Fiske v. Kansas*, 274 U. S. 380; *Whitney v. California*, 274 U. S. 357, 274 U. S. 373-378; *Herndon v. Lowry*, 301 U. S. 242, and see *Holmes, J.*, in *Gitlow v. New York*, 268 U. S. 652, 268 U. S. 673; as to prohibition of peaceable assembly, see *De Jonge v. Oregon*, 299 U. S. 353, 299 U. S. 365.

outros como a semente dessa doutrina¹¹⁰. Em que pese o caso, em si, tratar de matéria estranha à liberdade de expressão – o assunto girava em torno do federalismo –, começou-se a pensar em uma forma de controle de constitucionalidade mais rígida (ou estrita), que não se contentasse com a mera racionalidade da lei, para quando presentes restrições a direitos como a liberdade de expressão¹¹¹.

Por último, ainda existe a afirmação de que, com foco no caso *Jones v. Opelika*¹¹², julgado pela Suprema Corte norte americana, em 1942, o voto do Justice Halen Stone deu início a essa doutrina¹¹³. No caso, discutia-se a legitimidade de uma legislação da cidade de Opelika que exigia uma prévia licença e o pagamento de taxa, para que alguém pudesse vender livros e panfletos, nas ruas ou de casa em casa. A questão foi levantada com fundamento na liberdade de expressão e na liberdade de religião. Na opinião do Justice Stone, a referida lei deveria ser considerada inválida por duas razões: uma, porque a taxa anual é uma inconstitucional restrição a tais liberdades; e, dois, porque a exigência de licença prévia, quando esta é revogável à mercê da vontade administrativa, sem causa ou de forma

Nor need we enquire whether similar considerations enter into the review of statutes directed at particular religious, *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U. S. 510, or national, *Meyer v. Nebraska*, 262 U. S. 390; *Bartels v. Iowa*, 262 U. S. 404; *Farrington v. Tokushige*, 273 U. S. 284, or racial minorities, *Nixon v. Herndon*, *supra*; *Nixon v. Condon*, *supra*: whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry. *Compare 17 U. S. Maryland*, 4 Wheat. 316, 17 U. S. 428; *South Carolina v. Barnwell Bros.*, 303 U. S. 177, 303 U. S. 184, n 2, and cases cited". *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 152-3 n. 4 (1938). Para uma maior explanação a respeito da nota de rodapé número 4, ver MASON, Alpheus Thomas. The Core of Free Government, 1938-40: Mr. Justice Stone and "Preferred Freedoms". *The Yale Law Journal*, v. 65, n. 5, 1956, pp. 598-604.

¹¹⁰ MCKAY, Robert B. The Preference for Freedom. *NyUL Rev.*, v. 34, 1959, pp. 1.183-1.185. MARTEL, Letícia de Campos Velho. Hierarquização de direitos fundamentais: a doutrina da posição preferencial na jurisprudência da Suprema Corte Norte-americana. *Revista Sequência*, n. 48, 2004, pp. 100-108. SHAPIRO, Martin. Judicial Modesty Political Reality and Preferred Position. *Cornell Law Quarterly*, v. 47, 1962, pp. 200-204. Mason atribui ao legado do Justice Stone a construção da doutrina da posição preferencial. MASON, Alpheus Thomas. The Core of Free Government, 1938-40: Mr. Justice Stone and "Preferred Freedoms". *The Yale Law Journal*, v. 65, n. 5, 1956.

¹¹¹ ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança: Uma Teoria do Controle Judicial de Constitucionalidade*. Tradução Juliana Lemos; revisão técnica Alonso Reis Freire; revisão da tradução e texto final Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 100.

¹¹² EUA. Suprema Corte. *Jones v. Opelika*, 316 U.S. 584 (1942).

¹¹³ MCKAY, Robert B. The Preference for Freedom. *NyUL Rev.*, v. 34, 1959, p. 1.183. MARTEL, Letícia de Campos Velho. Hierarquização de direitos fundamentais: a doutrina da posição preferencial na jurisprudência da Suprema Corte Norte-americana. *Revista Sequência*, n. 48, 2004, pp. 109-110. Apontando *Jones v. Opelika* como a primeira vez em que se intitulou o fenômeno como posição preferencial (ou liberdades preferenciais), ver GILLMAN, Howard. Preferred Freedoms: The Progressive Expansion of State Power and the Rise of Modern Civil Liberties Jurisprudence. *Political Research Quarterly*, v. 47, n. 3, 1994, p. 645.

discrecionária, afigura-se igualmente uma restrição a essas liberdades¹¹⁴. Assim, o Justice Stone asseverou que a proteção à liberdade de expressão não se dá apenas quando ela está sob ataque imediato, mas, de forma ampla, como na hipótese, quando uma taxaço a restrinja, já que tal mecanismo – a taxaço – torna-se uma condição para o exercício da liberdade, podendo ser usada para o controle ou a supressão da mesma¹¹⁵.

Com o desenvolvimento da posição preferencial da liberdade de expressão se espalhando para além das fronteiras norte americanas, foi possível divisar duas posturas a respeito da amplitude da matéria. A primeira é perfilhada pelos seus criadores e tem uma aplicação de largo alcance¹¹⁶. A segunda, por sua vez, ligada à liberdade de expressão cujo discurso é voltado para a democracia, o interesse público ou a opinião pública, é mais restrita¹¹⁷.

¹¹⁴ No original: “The ordinance in the *Opelika* case should be held invalid on two independent grounds. One is that the annual tax, in addition to the 50 cent “issuance fee” which the ordinance imposes, is an unconstitutional restriction on those freedoms, for reasons which will presently appear. The other is that the requirement of a license for dissemination of ideas, when, as here the license is revocable at will without cause and in the unrestrained discretion of administrative officers, is likewise an unconstitutional restraint on those freedoms”. *Jones v. Opelika*, 316 U.S. 600 (1942). Para uma descrição do caso, ver MASON, Alpheus Thomas. The Core of Free Government, 1938-40: Mr. Justice Stone and “Preferred Freedoms”. *The Yale Law Journal*, v. 65, n. 5, 1956, pp. 623-624.

¹¹⁵ No original: “The First Amendment is not confined to safeguarding freedom of speech and freedom of religion against discriminatory attempts to wipe them out. On the contrary, the Constitution, by virtue of the First and the Fourteenth Amendments, has put those freedoms in a preferred position. Their commands are not restricted to cases where the protected privilege is sought out for attack. They extend at least to every form of taxation which, because it is a condition of the exercise of the privilege, is capable of being used to control or suppress it”. *Jones v. Opelika*, 316 U.S. 608 (1942).

¹¹⁶ BALKIN, Jack M. Cultural Democracy and the First Amendment. *Northwestern University Law Review*, v. 110, n. 5, 2016, pp. 16-19.

¹¹⁷ SCHREIBER, Simone. Liberdade de Expressão: Justificativa Teórica e a Doutrina da Posição Preferencial no Ordenamento Jurídico. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*. São Paulo: Renovar, 2007, pp. 236-237. Miguel Azpitarte com olhos nas opções decisórias do Tribunal Constitucional espanhol, explica que a Corte entendeu que a liberdade de expressão funda-se na dimensão política. Excluem-se os valores da verdade e da dignidade. Prosseguindo, o autor também expressa a adoção, pela jurisprudência do Tribunal Constitucional, pela posição preferencial, que, então, diante do pressuposto de fundamentação da liberdade de expressão adotado, dirige-se ao conteúdo político democrático. Diz o autor, no original: “En definitiva, el TC realiza una firme opción político-jurídica que vincula el ejercicio de las libertades de expresión e información a su dimensión política. Se marginan así, otras posibles opciones que podían haber sustentado configuraciones bien distintas de ambas libertades. Por ejemplo, su contenido no se construye desde el fin de la verdad, que podría excluir las informaciones que no encontraram la coartada de la ‘exceptio veritatis’, reforzando así la protección del honor. O tampoco se levanta su contenido a partir del bien jurídico de la dignidad, que extendería la protección a confines mucho más amplios”. E mais adiante, diz: “El pressupuesto político-jurídico escogido por el TC conduce también a una clara consecuencia jurídico-técnica dada la finalidad última del ejercicio de las libertades de expresión e información: ‘la posición preferente de las libertades de expresión e información’ (son un ‘valor superior’ tienen una eficacia irradiante) (...)” AZPITARTE, Miguel. Libertad de expresión y jurisprudencia constitucional. El caso español. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos fundamentais, Informática e Comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 256. O Tribunal Constitucional espanhol diz que para haver a posição preferencial, a informação precisa ser verdadeira e o assunto estar ligado ao interesse público. Caso isso não ocorra, não

A defesa de uma posição preferencial, todavia, não significa a existência de uma hierarquia¹¹⁸ entre direitos fundamentais ou um absolutismo. O que se propugna é uma carga valorativa maior, entregando maior peso¹¹⁹ e uma proteção reforçada à liberdade de expressão, exatamente por conta dos valores antes mencionados e inerentes a tal direito. A colisão de direitos que importem em princípios continua sendo resolvida pela ponderação, no caso concreto¹²⁰. Presente a liberdade de expressão, porém, esta gozará de áurea protetiva maior.

Não é difícil enxergar a adoção de instrumentos e mecanismos que significam a opção pela posição preferencial, seja no plano internacional, seja no Brasil¹²¹. Na jurisprudência da

prevalece a liberdade apontada sobre os direitos da personalidade. Vale a transcrição, no original: “Se añade, seguidamente, una amplia serie de consideraciones sobre la relación entre el derecho a la información y el derecho al honor, afirmando que, en caso de colisión, el derecho a informar es preferente siempre que la información sea veraz. (...) El efecto legitimador del derecho de información, que se deriva de su valor preferente, requiere, por consiguiente, no sólo que la información sea veraz - requisito necesario directamente exigido por la propia Constitución, pero no suficiente-, sino que la información tenga relevancia pública, lo cual conlleva que la información veraz que carece de ella no merece la especial protección constitucional” (STC 171/90, rel. Magistrado Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, julgamento: 12 de novembro de 1990). “Tal valor preferente, sin embargo, no puede configurar se como absoluto, puesto que, si viene reconocido como fundamento de la opinión pública, solamente puede legitimar las informaciones que impliquen una intromisión en otros derechos fundamentales cuando tales informaciones guarden congruencia con esa finalidad, es decir, cuando resulten relevantes para la formación de la opinión pública sobre asuntos de interés general y no lleven la intromisión en la intimidad o el honor de otros, más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad. (...) El efecto legitimador del derecho de información, que se deriva de su valor preferente, requiere, por consiguiente, no sólo que la información sea veraz -requisito necesario directamente exigido por la propia Constitución, pero no suficiente-, sino que la información tenga relevancia pública, lo cual conlleva que la información veraz que carece de ella no prevalece frente al derecho al honor o a la intimidad. (...) Por lo tanto, dichas expresiones y esa afirmación son exteriorizaciones comunicativas que, por su ausencia de relevancia pública, un sacrificio, innecesario del honor e intimidad de una persona que no encuentra justificación en el valor preferente de la libertad de opinión y de información, por tanto, lesionan gratuitamente el derecho al honor e intimidad de la persona a la que se refieren” (STC 172/90, rel. Magistrado Eugenio Díaz Eimil, julgamento: 12 de novembro de 1990). BARENDT, Eric. *Freedom of speech*. Oxford: Oxford University Press, 2005, pp. 155-162.

¹¹⁸ DE BARCELLOS, Ana Paula. 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. *DPU - Direito Público*, v. 11, n. 55, jan.-fev./2014, p. 63.

¹¹⁹ MARTEL, Letícia de Campos Velho. Hierarquização de direitos fundamentais: a doutrina da posição preferencial na jurisprudência da Suprema Corte Norte-americana. *Revista Sequência*, n. 48, 2004, pp. 99-100.

¹²⁰ MCKAY, Robert B. The Preference for Freedom. *NyUL Rev.*, v. 34, 1959, pp. 1.193-1.203.

¹²¹ Cabe apontar que o STF vem se inclinando em aceitar a ideia da posição preferencial da liberdade de expressão, inclusive fazendo referência à sua origem norte americana. São exemplos os julgamentos da ADPF nº 130 (ADPF 130/DF - Distrito Federal; Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental; Relator: Carlos Britto; Julgamento: 30/04/2009; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; DJe-208 Divulg 05-11-2009; Public 06-11-2009; Ement Vol-02381-01 PP-00001; RTJ Vol-00213-01 PP-00020) e da ADPF nº 187 (ADPF 187/DF - Distrito Federal; Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental; Relator: Ministro Celso de Mello; Julgamento: 15/06/2011; Órgão julgador: Tribunal Pleno; DJe-102 Divulg 28-05-2014; Public 29-05-2014).

Suprema Corte dos EUA, os *standards* do perigo real e iminente¹²², do “actual malice”¹²³, da impossibilidade, como regra, da discriminação com base em conteúdo do discurso¹²⁴, da proibição de regras vagas¹²⁵ e do “strict scrutiny”¹²⁶ significam uma prioridade pela liberdade de expressão. Também a lógica de que para o exercício da liberdade de expressão (notadamente, a liberdade de imprensa), que não sejam serviços de radiodifusão (serviços de TV e rádio), estarem dispensados de atos de consentimento estatal como concessão, permissão ou autorização, implica em reconhecer uma posição prevalente a tais liberdades. A

¹²² Em *Shenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919), a Suprema Corte enfrentou um caso no qual uma pessoa foi processada, através da Lei de Espionagem (“Espionage Act 1917”), por expressar opinião contrária ao alistamento militar e a participação na guerra, através de circulação de panfletos. O raciocínio da doutrina do “clear and present danger” é aferir se as palavras, no caso, criam um perigo real e iminente que enseje um mal imediato, a legitimar uma prevenção por parte do Congresso. Isso irá depender das circunstâncias do caso. BARENDT, Eric. *Freedom of speech*. Oxford: Oxford University Press, 2005, pp. 157-158. DEMASKE, Chris. *Modern power and free speech: Contemporary culture and issues of equality*. Laham: Lexington Books, 2009, p. 33. MARTEL, Letícia de Campos Velho. Hierarquização de direitos fundamentais: a doutrina da posição preferencial na jurisprudência da Suprema Corte Norte-americana. *Revista Sequência*, n. 48, 2004, pp. 103-104. Não é o objetivo deste trabalho aprofundar o estudo da citada doutrina. A intenção é apenas ligá-la à posição preferencial. Para uma leitura mais acurada sobre o assunto, inclusive com críticas, ver MCKAY, Robert B. The Preference for Freedom. *NyUL Rev.*, v. 34, 1959, pp. 1.203-1.212.

¹²³ O caso paradigmático foi *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964), que envolveu liberdade de imprensa e direito à honra de agente público. O *standard* criado é aplicado apenas a veículos de imprensa. Decidiu-se, e posteriormente expandiu-se o critério para outras figuras públicas, um, matéria a respeito do ônus da prova - esta recairia sobre a pessoa dita ofendida que busca responsabilizar outrem - e, dois, matéria atinente à configuração da responsabilidade. Esta somente se configuraria se publicada a matéria houvesse conhecimento da falsidade da informação ou temerária desconsideração pela verdade.

¹²⁴ Sobre o assunto, ver o subcapítulo a respeito da regulação da liberdade de expressão mais a frente.

¹²⁵ MCKAY, Robert B. The Preference for Freedom. *NyUL Rev.*, v. 34, 1959, pp. 1.219-1.220. A ideia principal em se proibir a existência de regras vagas toca a hipótese de as mesmas conflitarem com a liberdade de expressão. Regras proibitivas vagas dariam margem a uma variação de interpretações, deixando à mercê da vontade do intérprete saber até onde é legítimo o exercício da liberdade de expressão, o que iria contra a própria lógica da posição preferencial. Nesse contexto, pode ser incluído o “direito ao esquecimento”, de conceituação disputada na doutrina, este instituto mostra-se, desde o início, perigoso à liberdade de expressão.

¹²⁶ O escrutínio estrito é um dos modos de levar a efeito o controle de constitucionalidade executados pela Suprema Corte norte americana. Dos três modelos, o teste da racionalidade (de exigências mais leves em relação ao ato impugnado), o teste intermediário e o escrutínio estrito (de exigências mais rígidas), este é o mais difícil de uma legislação receber aprovação. Há quase uma inversão de constitucionalidade por uma presunção de inconstitucionalidade, sendo o método utilizado, como regra, para casos que envolvem limitação à liberdade de expressão. Não basta ao governo demonstrar a racionalidade da legislação ou mesmo a vinculação a um fim. É preciso evidenciar um interesse cogente contrário à liberdade de expressão e que não existe um meio menos restritivo, para levar a efeito a concretização do apontado interesse. Apenas como exemplos de aplicação desse *standard*, ver *Sable Communications v. FCC*, 492 U.S. 115 (1989) e *Police Department v. Mosley*, 408 U.S. 92, 95 (1972). PECK, Robert S. *Libraries, The First Amendment, and Cyberspace: What you need to know*. Chicago and London: American Library Association, 2000, pp. 18-19 e 33-34. Sobre interesse cogente ou “compelling interest”, ver MARTEL, Letícia de Campos Velho. Hierarquização de direitos fundamentais: a doutrina da posição preferencial na jurisprudência da Suprema Corte Norte-americana. *Revista Sequência*, n. 48, 2004, pp. 113-114.

vedação de censura, propriamente dita, é uma colocação *a priori* de preferência à liberdade de expressão.

Por fim, é interessante apontar o critério levado a efeito pela Corte Constitucional da Colômbia ao assentar que a liberdade de expressão tem uma posição preferencial¹²⁷. Quando do julgamento, em 22 de maio de 2007, a Segunda Sala de Revisão da Corte se deparou com um caso em que se apontou que um programa de rádio, transmitido às manhãs, era prejudicial à formação da juventude¹²⁸. Nessa ocasião, reconhecendo expressamente, como dito, a posição preferencial, a Corte Constitucional extraiu algumas importantes ilações. Disse a mesma que dessa posição se derivam quatro presunções: presunção de cobertura de uma expressão pelo âmbito de proteção da liberdade de expressão¹²⁹; presunção de primazia da liberdade de expressão frente a outros direitos, valores e princípios constitucionais¹³⁰; presunção de suspeita de inconstitucionalidade das limitações sobre a liberdade de expressão, com aplicação de um controle de constitucionalidade estrito^{131 132}; e presunção de proibição

¹²⁷ Disse textualmente a Corte, no original: “La Corte Constitucional ha subrayado que la libertad de expresión ocupa una posición preferente dentro de los regímenes como el que establece la Carta Política colombiana al ser ‘un elemento decisivo para crear condiciones democráticas en la sociedad y la realización misma de la democracia’, y ‘un elemento estructural básico para la existencia de una verdadera democracia participativa’”. Sentença T-391/07, j. 22.05.2007.

¹²⁸ De forma bastante sintética, inclusive por que a própria Corte, em sua sentença, reconheceu a complexidade fática e jurídica do caso, é possível dizer que o mesmo tratou de um processo promovido pela Fundação “Um Sonho pela Colômbia” contra o Ministério das Comunicações e a Radio Cadeia Nacional S.A. RCN, por violação à moral pública, aos bons costumes, aos valores, à integridade física e psíquica da sociedade, e aos direitos coletivos, como patrimônio público, cultural, segurança e salubridade e os direitos dos consumidores e usuários de rádio na Colômbia. A vulneração viria da transmissão do programa “El Mañanero”, de segunda a sexta feira, de 5:30 a 10:00, pela emissora “La Mega”, na frequência 90.9 FM, que corromperia a juventude por causa da vulgaridade do seu conteúdo.

¹²⁹ Disse a Corte, no original: “En principio, toda expresión se presume cubierta por la libertad consagrada en el artículo 20 Superior, salvo que se demuestre en cada caso concreto y de forma convincente que, por sus características, se justifica la limitación de tal expresión, por estar dadas las condiciones constitucionales para ello (...)”. Sentença T-391/07, j. 22.05.2007.

¹³⁰ Disse a Corte, no original: “Su posición privilegiada exige que se haya de otorgar, en principio, una primacía a la libertad de expresión; dicha primacía cesará cuando se demuestre que el otro derecho, valor o principio constitucional adquiere mayor peso en el caso concreto, a la luz de las circunstancias generales en que el conflicto se ha suscitado, y con cumplimiento de las condiciones constitucionales que admiten la limitación de esta libertad”. Sentença T-391/07, j. 22.05.2007.

¹³¹ Disse a Corte, no original: “Cualquier limitación estatal sobre la libertad de expresión, a través de los actos de cualquier autoridad pública –en ejercicio de funciones legislativas, administrativas, judiciales, policivas, militares o de otra índole–, se ha de entender como una intervención constitucionalmente sospechosa. En la misma medida en que existe una presunción de protección constitucional de toda expresión, existe una sospecha de inconstitucionalidad de las regulaciones estatales del ejercicio de esta libertad. En consecuencia, toda limitación de la libertad de expresión está sujeta a un control constitucional estricto, en el curso del cual se ha de determinar si están dadas las exigentes condiciones jurídicas que permiten dicha limitación en casos concretos, las cuales imponen a la autoridad que pretende establecer tal limitación una carga de justificación especialmente elevada”. Sentença T-391/07, j. 22.05.2007.

da censura¹³³. Além disso, a mesma afirmou a existência de três ônus de fundamentação concatenados um ao outro, da seguinte forma: ônus definitivo¹³⁴; ônus argumentativo¹³⁵ e ônus comprobatório¹³⁶. Por fim, a Corte ainda consignou a existência de uma margem de tolerância, por parte do poder público, na avaliação dos riscos sociais decorrentes do exercício da liberdade de expressão¹³⁷. Interessante notar que em ocasiões posteriores, o referido Tribunal, no julgamento dos casos C-592/12¹³⁸ e T-050/16¹³⁹, sendo este último bastante recente, expressamente reafirmou a existência da posição preferencial apontada.

¹³² Azpitarte também aponta, com base em decisão do Tribunal Constitucional espanhol (STC 20/90, rel. Magistrado Fernando García-Món y González-Regueras, julgamento: 15 de fevereiro de 1990), que, por conta da posição preferencial, deve haver uma rigorosa ponderação de qualquer norma ou decisão que coarcte o exercício da liberdade de expressão. AZPITARTE, Miguel. Libertad de expresión y jurisprudencia constitucional. El caso español. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 256. MCKAY, Robert B. The Preference for Freedom. *NyUL Rev.*, v. 34, 1959, pp. 1.212-1.213.

¹³³ Disse a Corte, no original: “La propia Carta enuncia en forma contundente una presunción que no admite ser desvirtuada: la censura previa está prohibida de tal forma que cualquier regulación estatal o decisión de un funcionario del Estado que constituya censura implica, ipso jure, una violación del derecho a la libertad de expresión”. Sentença T-391/07, j. 22.05.2007.

¹³⁴ Disse a Corte, no original: “Carga definitiva: Es la carga de decir en qué consiste la finalidad que se persigue mediante la limitación de la libertad de expresión; cuál es su fundamento legal preciso, claro y taxativo; y cuál es de manera específica la incidencia que tiene el ejercicio de la libertad de expresión sobre el bien que se pretende proteger mediante la limitación”. Sentença T-391/07, j. 22.05.2007.

¹³⁵ Disse a Corte, no original: “Carga argumentativa: Con base en el cumplimiento de la carga definitiva, compete a las autoridades que pretenden establecer limitaciones a la libertad de expresión plasmar, en el acto jurídico de limitación, los argumentos necesarios para demostrar fehacientemente que se han derrotado las distintas presunciones constitucionales que amparan la libertad de expresión, y que se ha cumplido con cada uno de los requisitos que deben reunir las limitaciones a dicha libertad, según se explican más adelante”. Sentença T-391/07, j. 22.05.2007.

¹³⁶ Disse a Corte, no original: “Carga probatoria: Finalmente, las autoridades que limitan la libertad de expresión deben asegurarse de que los elementos fácticos, técnicos o científicos que sustentan su decisión de limitar la libertad de expresión cuenten con una base sólida en evidencias que den suficiente certeza sobre su veracidad”. Sentença T-391/07, j. 22.05.2007.

¹³⁷ Disse a Corte, no original: “(...) su ejercicio genera riesgos e impone cargas sociales que resultan por regla general tolerables, a la luz de los diferentes objetivos que se persiguen mediante su protección. En este sentido, se reitera la sentencia C-087 de 1998, en la cual se sostuvo que la libertad de expresión conlleva un riesgo social implícito en los sistemas democráticos, cuya supresión implicaría renunciar a uno de los postulados inherentes de tales sistemas; y que en las sociedades democráticas, es más tolerable el riesgo derivado de los eventuales daños generados por la expresión, que el riesgo de una restricción general de la libertad correspondiente. En consecuencia, la expresión —con los riesgos que conlleva— goza de un margen de inmunidad ante las limitaciones estatales mayor que el de otras conductas no expresivas que podrían estar cobijadas por otras libertades”. Sentença T-391/07, j. 22.05.2007.

¹³⁸ No ponto que interessa, quando do julgamento do caso C-592/12, disse a Corte, no original: “La libertad de expresión ocupa un lugar preferente en el ordenamiento constitucional colombiano, no sólo por cuanto juega un papel esencial en el desarrollo de la autonomía y libertad de las personas y en el desarrollo del conocimiento y la cultura sino, además, porque constituye un elemento estructural básico para la existencia de una verdadera democracia participativa. Por ello, esta Corporación ha destacado la importancia y trascendencia de esta libertad,

Não obstante tudo isso, é importante apontar para uma experiência diversa. Nesse sentido, Winfried Brugger afirma que a liberdade de expressão, no direito alemão, não goza do *status* de preferência acima explicado. O professor alemão diz que “embora a liberdade de expressão não seja, em regra, um direito prevalecente na Alemanha, ela possui o *status* de direito de especial importância devido às funções a que serve”¹⁴⁰.

Finalizada a exposição da posição preferencial que deve ser atribuída à liberdade de expressão, também como consectário dos valores expostos em seção anterior, os elementos da liberdade de expressão deverão ser apresentados. Sobre tal matéria trata o próximo item.

que protege no sólo la facultad de difundir y expresar opiniones e ideas, o libertad de expresión en sentido estricto, sino también la posibilidad de buscar, recibir y difundir informaciones de toda índole, o derecho y libertad de informar y ser informado. Directamente ligado a la libertad de expresión, la Carta protege también de manera preferente la posibilidad de fundar medios masivos de comunicación (CP art. 20), tradicionalmente conocida como libertad de prensa, la cual goza también de una especial protección del Estado (CP art. 74), pues también es una condición estructural de funcionamiento de la democracia y del Estado de derecho. En efecto, sólo con una prensa libre, pluralista e independiente, puede desarrollarse un debate democrático vigoroso y pueden los ciudadanos controlar los eventuales abusos de los gobernantes”. Sentença C-592/12, j. 25. 07.2012.

¹³⁹ Igualmente, por ser bastante relevante e elucidativo, a Corte Constitucional, no julgamento da T-050-16, lecionou, no original: “El lugar preferente que ocupa la libertad de expresión en el ordenamiento superior, emanan las siguientes presunciones: (i) que toda expresión está amparada prima facie por el derecho a la libertad de expresión; (ii) que en los eventos de colisión del derecho a la libertad de expresión con otros derechos fundamentales, en principio, aquél prevalece sobre los demás; (iii) que cualquier limitación de una autoridad pública al derecho a la libertad de expresión se presume inconstitucional, y por tanto debe ser sometida a un control constitucional estricto; (iv) que cualquier acto de censura previa, por parte de las autoridades es una violación del derecho a la libertad de expresión, sin que ello admita prueba en contrario”. Sentença T-050/16, j. 10.02.2016.

¹⁴⁰ BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. *Direito Público*, nº 15, jan-fev-mar/2007, p. 123. Apesar disso, vale a pena uma passada de olhos no caso *Luth*. Eric Luth, então presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo e defensor da causa reconciliatória entre alemães e judeus, apoiou o boicote a um filme de pós guerra do diretor nazista Veit Harlan. As Cortes inferiores decidiram em desfavor de Luth, entendendo que o mesmo foi causador de dano. Por conta disso, Luth apresentou uma reclamação à Corte Constitucional Federal, alegando que fora violada sua liberdade de expressão e que este direito deveria ser aplicado também entre particulares. O Tribunal entendeu pela aplicação horizontal e aduziu haver um efeito irradiante dos direitos fundamentais para todo o ordenamento jurídico. Mas anotando que uma norma da Lei Fundamental alemã aduz que os direitos fundamentais são direcionados contra o Estado, foi necessário, para remediar esse obstáculo, explicar que para uma norma infraconstitucional ser constitucional, precisaria ser compatível com a norma maior. A norma legal deveria, então, ser interpretada à luz do respectivo direito fundamental e isso era possível devido ao conteúdo ambíguo ou aberto da lei. Ao final, no caso, a Corte asseverou que a liberdade de expressão prevalecia sobre os interesses econômicos da companhia cinematográfica, posto que Luth não tinha interesse econômico no boicote e sua atitude caracterizava-se como de alto significado público, não se encaixando em uma conduta imoral ou contra política pública. Vê-se daí que o Tribunal Constitucional entendeu haver na liberdade de expressão um alto significado público. A par disso, ao comentar tal decisão, Dieter Grimm disse que essa questão, em outros casos, poderia ser resolvida de forma diferente e que a liberdade de expressão não é uma liberdade preferencial. GRIMM, Dieter. The role of fundamental rights after sixty-five years of constitutional jurisprudence in Germany. *International Journal of Constitutional Law*, v. 13, n. 1, 2015, pp. 21-23.

1.4 Elementos

Tópico importante da matéria aqui estudada são os elementos internos e externos, ou elementos objetivos e subjetivos da referida liberdade. Desde logo, é preciso explicar o que se deseja com isso. Das duas seções prévias já se pode vislumbrar que, ainda que em termos de gênero intitule-se o assunto como liberdade de expressão, vale a pena explicar que especificamente enxerga-se a liberdade de expressão e a liberdade de informação, além da liberdade de imprensa. As especificidades apresentam diferenças que serão aqui expostas. Além disso, pelo que já se percorreu, destacou-se que, a depender do olhar de cada pensador, o foco recaiu, às vezes, no falante ou no ouvinte. Também disso se tratará aqui.

1.4.1 Elementos internos ou objetivos

A perspectiva dos elementos internos é uma visão voltada para dentro do discurso. Trata de analisar as características da liberdade de expressão e da liberdade de informação, sob o ângulo do seu conteúdo e da sua forma. É sobre isso que a presente subseção trabalhará.

A Constituição de 1988 traçou o que se pode chamar de direito geral de liberdade e de direitos de liberdade específicos¹⁴¹. Ao lado dessas liberdades, com olhos no próximo capítulo, existe quem defenda, então, a possibilidade de falar-se em “liberdade de utilização da informática” e no “livre e igual acesso à rede de comunicação como liberdades fundamentais especiais não nominadas”¹⁴². Assim, no âmbito da liberdade de expressão¹⁴³,

¹⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4ª ed. ampl., incluindo novo capítulo sobre princípios fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 476-477.

¹⁴² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4ª ed. ampl., incluindo novo capítulo sobre princípios fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 478.

¹⁴³ A título de curiosidade, a nomenclatura liberdade de expressão não foi adotada pela Constituição de 1988, o que não passou despercebido por Ingo Wolfgang Sarlet. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4ª ed. ampl., incluindo novo capítulo sobre princípios fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 482-483.

têm-se uma cláusula geral de liberdade, as liberdades diversificadas positivadas no texto constitucional¹⁴⁴ e as liberdades não nominadas.

Na seara das liberdades, é possível ainda traçar uma dicotomia entre liberdade formal e liberdade material. A liberdade formal é aquela desenhada para não permitir que se imponha uma conduta ou se proíba uma conduta permitida. Esta liberdade também se chama de liberdade liberal ou jurídica. Porém, como exigência da dignidade da pessoa humana, faz-se necessária a liberdade material. Tal é a liberdade econômica social. Ela reclama a ausência de barreiras não só econômicas, mas sociais também, que bloqueiam condutas alternativas¹⁴⁵. A existência tão somente da liberdade formal, apesar de relevante, teria como consequência o crescimento apenas de uma elite já privilegiada. A emancipação, o reconhecimento e o florescimento só virão se e quando barreiras caírem. Estas, entretanto, não são apenas aquelas de ordem econômica. Para as barreiras econômicas é possível que uma das soluções seja a redistribuição¹⁴⁶. Não obstante, as barreiras sociais são tão graves quanto as econômicas. E aqui o reconhecimento de uma identidade cultural ajuda muito a fazer cair tal barreira¹⁴⁷.

¹⁴⁴ Enunciando, de um modo ou de outro, a existência de cláusula geral da liberdade de expressão ou de liberdades positivadas (nominadas), ver SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4ª ed. ampl., incluindo novo capítulo sobre princípios fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 485-486. SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do “Hate Speech”. In: SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 250. SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. In: SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 263 (nota de rodapé 1). KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. As liberdades de expressão e de imprensa da jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 398.

¹⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4ª ed. ampl., incluindo novo capítulo sobre princípios fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 480-481.

¹⁴⁶ Fala-se em “é possível”, porque esta possibilidade não é tão simples assim. Caso o fosse, parece-nos que a grande maioria dos países ricos já teria solucionado seus problemas de pobreza. De igual forma, a redistribuição de riqueza, particularmente, vai contra exatamente o que Martha C. Nussbaum expõe, em sua análise das capacidades. Para o estudo da abordagem da capacidade, ver NUSSBAUM, Martha C. *Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. Tradução de Susana de Castro. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013; e NUSSBAUM, Martha C. Capabilities and human rights. *Fordham L. Rev.*, v. 66, 1997.

¹⁴⁷ Nancy Fraser, em belo texto sobre reconhecimento, busca conciliar o ideal de redistribuição com o de reconhecimento. Aqui não há espaço para o desenvolvimento da ideia, porém parece interessante trazer os focos nos quais se baseiam a redistribuição e o reconhecimento. Em primeiro, ambos possuem diferentes concepções de injustiça. A injustiça, para a redistribuição, é sócio econômica e enraizada na estrutura econômica da sociedade. O reconhecimento enxerga a injustiça em uma acepção cultural e enraizada em padrões de representação, interpretação e comunicação. Em segundo, para remediar a injustiça, a redistribuição propõe uma reestruturação econômica. Já o reconhecimento, olha para uma mudança cultural ou simbólica. Em terceiro, redistribuição e reconhecimento possuem concepções diferentes de qual coletividade sofre com a injustiça. A redistribuição olha para as classes, que são definidas economicamente. Para o reconhecimento, o grupo que sofre com a injustiça não tem elo necessariamente com a relação de produção, mas com o pouco respeito, com a baixa estima e com o pequeno prestígio frente a outros grupos sociais. Em quarto e último ponto, para a redistribuição

Em um tratamento geral, não está incorreto dizer-se em bloco da liberdade de expressão. Este bloco trataria a liberdade de expressão como “direito mãe”, de onde emanariam suas especificidades, como a liberdade de expressão em sentido estrito, a liberdade de informação, a liberdade de imprensa, dentre outras¹⁴⁸. No ponto, é interessante notar como a Constituição de 1988 trouxe vários dispositivos contemplando essa liberdade, certamente por conta do passado, então, recente de autoritarismo e silêncio¹⁴⁹.

A liberdade de expressão e a liberdade de informação, no entanto, devem ser diferenciadas¹⁵⁰. A ideia inicial a ser destacada é que a liberdade de expressão propõe o livre tráfego de opiniões, em sentido amplo. Incluem-se aí opiniões, ideias, crenças e juízos¹⁵¹. De outro lado, a liberdade de informação propugna o livre tráfego de conhecimento dos fatos¹⁵². Aqui, incorre reflexão, o que, por outro lado, existe na liberdade de expressão¹⁵³.

essas diferenças todas são injustas e devem ser abolidas (e não reconhecidas). Porém, para a perspectiva do reconhecimento, há duas formas de se tratarem tais diferenças. Para a primeira forma, a diferença é positiva e uma variação cultural pré existente passou a ser vista como um valor hierárquico. Para a segunda forma, as diferenças entre os grupos não são pré existentes à hierarquização, mas sim ideias construídas contemporaneamente. Assim, para a primeira visão, a justiça pede que se revalorize os traços desvalorizados, devendo se celebrar as diferenças e não eliminá-las. Mas, para a segunda visão, a celebração é contraprodutiva e se deveria desconstruir os termos nos quais as diferenças são elaboradas. FRASER, Nancy. Social justice in the age of identity politics: Redistribution, recognition, and participation. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or recognition?: a political-philosophical exchange*. Translated by Joel Golb, James Ingram and Christiane Wilke. London-New York: Verso, 2003, pp. 12-15.

¹⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4ª ed. ampl., incluindo novo capítulo sobre princípios fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 487-488.

¹⁴⁹ Em comparação com a ordem jurídica norte americana, vale trazer à baila o comentário de Winfried Brugger, no sentido de que “aqui se manifesta uma primeira diferença com relação à Constituição dos EUA. Nela, a liberdade de expressão não é um de vários artigos sobre direitos fundamentais, mas, no tocante à sua posição e importância, o primeiro artigo da Bill of Rights. Nos EUA, ele está envolto pela aura invocada entre nós para a dignidade humana. Mais ainda: a dignidade humana é percebida por muitas pessoas como construída pelo andar ereto e comunicativo. Além disso, o First Amendment não contém barreiras explícitas, o que reforça a impressão de um direito especialmente importante, prioritário diante de outros interesses. Por fim, inexistente um ancoramento expresso da dignidade humana e da proteção da honra”. BRUGGER, Winfried. Proibição ou tutela do discurso do ódio? Uma controvérsia entre a Alemanha e os EUA. Tradução de Peter Naumann. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 183-184.

¹⁵⁰ Como destaca Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, a separação não é tão nítida, mas tem importância “para a correta formação da opinião pública, que tem direito de saber se a informação que está recebendo é mesmo uma informação, um fato, um acontecimento, ou se é uma opinião ou a manifestação da expressão criativa do homem”. DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 21.

¹⁵¹ AZPITARTE, Miguel. Libertad de expresión y jurisprudencia constitucional. El caso español. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 257.

¹⁵² A Corte Constitucional da Colômbia traçou a seguinte distinção, no original: “Esta diferencia determina que la libertad de opinión tenga por objeto proteger aquellas formas de comunicación en las que predomina la

Miguel Azpitarte assinala que a liberdade de informação versa preponderantemente sobre fatos de transcendência pública¹⁵⁴. Esta delimitação conceitual, porém, ignora dois pontos sensíveis. O primeiro diz respeito aos demais valores fundantes da liberdade de expressão, dentre os quais, a autonomia e a busca da verdade que não necessariamente se ligam a um interesse público. O segundo dirige-se à Internet. Como ficará claro no próximo capítulo, na Internet não circulam apenas e tão somente fatos qualificados como de transcendência pública. Muito pelo contrário, a grande rede é uma verdadeira mistura e limitar a ideia de liberdade de informação, e sua consequente proteção, a tal tipo de característica, significa barrar a circulação de fatos não taxados de públicos. Esta lógica parece-nos absolutamente inversa à da Internet e ótima a regimes que preferem a pouca circulação de fatos. Inclusive em países deste estilo, segmentar a liberdade de informação com tal modelação, significa permitir o câmbio de qualificação do fato como público ou privado, ao sabor da vontade em se intrometer mais ou menos na circulação da notícia. É dizer, passa a ser interessante dizer que certo tipo de fato é de interesse privado e, portanto, fora da proteção dessa liberdade, para que o Estado possa, às claras ou não, fazer a intervenção que bem desejar. A nossa preocupação é que a pouca circulação de notícias relacionadas a fatos particulares muito provavelmente gerará a sensação de perda de referência sobre situações cotidianas da vida, ocasionando o pouco debate entre as pessoas sobre situações particulares,

expresión de la subjetividad del emisor: de sus valoraciones, sentimientos y apreciaciones personales sobre determinados hechos, situaciones o personas. Entretanto, la libertad de información protege aquellas formas de comunicación en las que prevalece la finalidad de describir o dar noticia de lo acontecido. Por tal razón, en este último caso se exige que la información transmitida sea veraz e imparcial, esto es, que las versiones sobre los hechos o acontecimientos sean verificables y en lo posible exploren las diversas perspectivas o puntos de vista desde los cuales un mismo hecho puede ser contemplado”. Sentença T-050/16, j. 10.02.16. Com a mesma lógica, ver sentença T-1.198/04, j. 01.12.2004.

¹⁵³ DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 27.

¹⁵⁴ AZPITARTE, Miguel. Libertad de expresión y jurisprudencia constitucional. El caso español. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 256-257. Azpitarte, ao que parece, vincula as ideias de interesse público do fato e de noticiabilidade do fato. Aduz, então, que o determinante não é o conteúdo da mensagem, e sim o tema, o sujeito que emite e o sujeito do qual se fala. Luis Gustavo Grandinetti explica que a “informação só ganha dimensão jurídica para o direito de informação quando for pública”, entretanto, explica que informação pública é a “disposta ao público, disponível ao público ou acessível ao público”. A isso ele soma, para incluir em tal liberdade, o “assunto de interesse privado de expressão coletiva”, que são os “considerados importantes para o desenvolvimento da sociedade”. Todavia, o autor diz que a informação existe para atender a um interesse público, uma necessidade humana: “o compartilhamento de conhecimentos para igualizar homens, com o fim de melhorá-los e, com isso, alavancar o progresso social”. Para ele, o desapego da informação ao interesse público torna a mesma abusiva, não merecendo proteção constitucional. DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 144, 148-150 e 158.

o que pode levar a um amadurecimento em menor escala da sociedade. Uma sociedade pouco amadurecida sofre para refletir sobre assuntos mais agudos de interesse público. Por isso e dentro do que cabe nesta seção, entendemos que, em termos gerais, o fato ligado à liberdade de informação não precisa ser de interesse público ou preponderantemente público. É interessante a expressão utilizada pela Corte Constitucional da Colômbia, quando do julgamento da T-1.198/04. O Tribunal, ao afirmar a missão da liberdade de expressão, aponta para assuntos públicos ou privados de interesse social¹⁵⁵. De todo modo, em situações que ocorram colisão com outros direitos, como honra e imagem, a solução perpassa pela ponderação, não sendo, pois, caso de, desde logo e *a priori*, cercar o que ingressa na liberdade de informação. Além disso, entendemos correto afirmar que o tema gera um questionamento prévio no sentido de que, mais importante do que o conteúdo da mensagem ser de interesse público, é o fato de que praticar a própria liberdade já traz em si um interesse público. Existiria uma presunção de interesse público na divulgação, só podendo ser afastada em situações limites¹⁵⁶.

Uma carga de subjetividade é inerente à liberdade de expressão. Não obstante, salienta Luís Roberto Barroso que “a comunicação de fatos nunca é uma atividade completamente neutra: até mesmo na seleção dos fatos a serem divulgados há uma interferência do componente pessoal”¹⁵⁷. Esta advertência mostra-se relevante, porque retira o ar romântico da comunicação de fatos como algo objetivo. O problema é que, na crua realidade, isso pode significar uma certa manipulação do que vai ser divulgado, lançado ou transmitido, o que, por certo, atenta contra a liberdade em comento.

Por outro lado, a informação deve ser verdadeira¹⁵⁸, eis que ligada a fatos, “ainda que uma verdade subjetiva e apenas possível pela circunstância de que é isso que as pessoas

¹⁵⁵ Diz a Corte, no original: “Los actos comunicativos, fundamentales para la circulación de ideas y para la transmisión de todo tipo de manifestaciones, también son un presupuesto básico para la deliberación democrática. Tienen la misión de informar a la ciudadanía sobre los asuntos públicos o privados de interés social, de hacer posible su discusión pública y pluralista, y de guiar la formación de opiniones. La protección de estos derechos es consecuencia del reconocimiento de la necesidad de un flujo equilibrado de hechos, críticas y opiniones para el desarrollo participativo del proceso democrático”. Sentença T-1.198/04, j. 01.12.2004.

¹⁵⁶ 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. *RDA - Revista de Direito Administrativo*, v. 235, 2004, pp. 23-25.

¹⁵⁷ 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. *RDA - Revista de Direito Administrativo*, v. 235, 2004, p. 18.

¹⁵⁸ AZPITARTE, Miguel. Libertad de expresión y jurisprudencia constitucional. El caso español. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação: algumas aproximações*. Porto

legitimamente supõem estar conhecendo ao buscá-la”¹⁵⁹, sendo exigível uma dose de diligência do informador, que deve apurar de forma séria os fatos que deseja informar^{160 161}. A imposição, porém, de uma verdade pura, sobre eventos controvertidos, pode gerar um impedimento do debate junto ao público, o que é prejudicial¹⁶². É possível, então, dizer que a veracidade possui, ao menos, quatro atributos: precisa ser demonstrável; deve ser, a princípio, real; deve pautar todo o processo informativo (e não apenas o resultado)¹⁶³; e contribuir para a democracia^{164 165}. O requisito da veracidade, a princípio, não se aplicaria à liberdade de

Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 257. A veracidade, já expôs a Corte Constitucional da Colômbia, dirige-se contra o fato falso, errôneo, ou sustentado em rumores, invenções ou más intenções, ou que induza o receptor a erro ou confusão. No original: “La veracidad de la información, ha afirmado la Corte, no sólo tiene que ver con el hecho de que sea falsa o errónea, sino también con el hecho de que no sea equívoca, es decir, que no se sustente en rumores, invenciones o malas intenciones”¹⁵⁸ o que induzca a error o confusión al receptor”. Sentença T-040/13, j. 28.01.2013.

¹⁵⁹ 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. *RDA - Revista de Direito Administrativo*, v. 235, 2004, pp. 18-19.

¹⁶⁰ 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. *RDA - Revista de Direito Administrativo*, v. 235, 2004, p. 23. É perceptível que, de uma ideia de verdade – e esta traz em si algo objetivo, por estar sendo transmitido um fato - passou-se a entender a mesma com notas de subjetividade, exigindo-se diligência do informador. Chama a atenção Luís Roberto Barroso que a jurisprudência da Suprema Corte norte americana, em tema referente à notícia de funcionário público, no exercício da função, é ainda mais flexível e satisfaz-se com a mera ausência de “actual malice” (conhecimento da falsidade ou probabilidade de falsidade da publicação). A diligência também é parâmetro reclamado por Miguel Azpitarte, explicando o autor que essa diligência deve ser própria de um profissional. Tal exigência não teria vez, entretanto, quando se faz a reprodução fiel do que foi dito por terceiro, com identificação do emissor anterior, posto que o transmissor não é o criador da notícia e age com neutralidade. AZPITARTE, Miguel. Libertad de expresión y jurisprudencia constitucional. El caso español. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 258.

¹⁶¹ Já teve a oportunidade de se pronunciar a respeito do tema a Corte Constitucional da Colômbia. Disse a Corte, no original: “Concretamente, cuando se exige que la libertad de información se ejerza conforme al requisito de veracidad, se está estableciendo, por una parte, un deber específico de diligencia a cargo del informador, quien solo debe transmitir como hechos, lo que ha sido objeto de previo contraste con datos objetivos, y por otra parte, se privan de garantía constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la información, actúa con desconocimiento de la veracidad o falsedad de lo comunicado”. Sentença T-040/13, j. 28.01.2013. Ver também a sentença T-731/15, j. 27.11.2015.

¹⁶² SARMENTO, Daniel. *Liberdades comunicativas e ‘direito ao esquecimento’ na ordem constitucional brasileira*, p. 09. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/2/art20150213-09.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2016.

¹⁶³ A ideia aqui é que o processo informativo deve ser transparente. Por exemplo, na coleta de dados pessoais, a transparência deve abarcar a informação de quem coleta, de qual modo e para qual finalidade.

¹⁶⁴ No ponto, a veracidade permite o exercício do direito de resposta ou de retificação.

¹⁶⁵ DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 58-59 e 158-159.

expressão¹⁶⁶. No entanto, muitas vezes ambas as liberdades são exercitadas ao mesmo tempo e em conjunto, o que atenua a inaplicabilidade¹⁶⁷.

Outrossim, existe também a necessidade de um compromisso mínimo com a imparcialidade, no tocante ao exercício da liberdade de informação¹⁶⁸. Este predicado tem, ao menos, duas perspectivas. A primeira delas seria a tentativa de amenizar o que foi dito em relação à ‘verdade subjetiva’, linhas acima, ou seja, a transmissão do fato de modo seco. A outra ótica pode ser entendida como a forma de se buscarem os vários ângulos do fato informado¹⁶⁹. A diferença entre as duas visões nos parece ser que, para a primeira, o fato é único e deve ser informado sem as tentações da subjetividade; e, para a segunda, é que, assumindo a subjetividade na transmissão do fato, sejam expostos os vários ângulos. A imparcialidade tem algumas justificações político sociais. A primeira justificação é entregar o mesmo conhecimento e assim tornar os membros da sociedade mais iguais no saber. A segunda, é viabilizar a decisão consciente do cidadão politicamente informado. A terceira, é afastar a mentira. E a quarta, é permitir o controle do poder¹⁷⁰. É possível utilizar-se da qualidade da neutralidade, atinente à liberdade de informação, para explicar dois pontos: um, que a pluralidade de versões existentes sobre um fato seja buscada e transmitida; e dois, que a pessoa com visão diferente do fato ocorrido participe da exposição do mesmo.

¹⁶⁶ AZPITARTE, Miguel. Libertad de expresión y jurisprudencia constitucional. El caso español. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 257. Miguel Azpitarte ainda expõe, com referência à jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol que a liberdade de expressão, além de não se submeter à prova da verdade, também não se submete à diligência de averiguação. A inaplicabilidade da veracidade à liberdade de expressão também é destacada na jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia. Para tanto, ver: Sentença C-087/98 (esclarecimento de voto, Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz), j. 18.03.1998.

¹⁶⁷ SARMENTO, Daniel. *Liberdades comunicativas e ‘direito ao esquecimento’ na ordem constitucional brasileira*, p. 08. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/2/art20150213-09.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2016.

¹⁶⁸ DE BARCELLOS, Ana Paula. 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. *DPU - Direito Público*, v. 11, n. 55, jan-fev/2014, p. 59. A liberdade de expressão não possui o predicado da imparcialidade. DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 24.

¹⁶⁹ Já expôs a Corte Constitucional da Colômbia, no original: “(...) la imparcialidad hace referencia, y exige al emisor de la información, a establecer cierta distancia entre la crítica personal de los hechos relatados y las fuentes y lo que se quiere emitir como noticia objetiva. En esa medida, cuando un periodista desea emitir una información debe contrarrestarla con diferentes fuentes y confirmarla, si es el caso, con expertos en la materia, y evitar que lo recolectado y confirmado se “contamine” con sus prejuicios y valoraciones personales o del medio donde trabaja”. Sentença T-040/13, j. 28.01.2013. Ver também a sentença T-731/15, j. 27.11.2015.

¹⁷⁰ DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 52-53.

Por conta do exposto, costuma-se com razão dizer que a liberdade de informação é mais limitada, do que a liberdade de expressão, já que aquela precisa respeitar as características apontadas, ou seja, uma inerente veracidade da informação e a imparcialidade na transmissão¹⁷¹. A estas características limitativas deve ser somada a impossibilidade de se acessar toda e qualquer informação. Com efeito, há hipóteses nas quais inexiste a liberdade irrestrita como se poderia imaginar. São exemplos disso os segredos industriais, os dados protegidos por patentes, a difusão de obras guarnecidas por direitos autorais e os fatos relativos à intimidade alheia¹⁷². A liberdade de expressão, por sua vez, deve ser a mais ampla possível. Significa isso dizer que tanto em seu conteúdo, quanto em sua forma, essa liberdade deve ser encarada de modo extensivo, mas nunca absoluto. Somente assim é que será cumprida a função democrática e plural da liberdade de expressão. Essa amplitude, todavia, não deve transbordar para ofensas diretas e intencionais¹⁷³.

Além das características diferenciadas acima, é interessante destacar que nessa livre transmissão de fato ou opinião, um aspecto é o conteúdo, e o outro, é a forma¹⁷⁴ com que o conteúdo é veiculado, não se podendo ignorar que ambos devem ser alvo de proteção. O âmbito de proteção da liberdade de expressão precisa ser tão amplo quanto o seu conteúdo e a sua forma¹⁷⁵. A razão nos parece bastante simples. Se faltar proteção em parcela do conteúdo

¹⁷¹ Com isso concorda a Corte Constitucional da Colômbia. No original: “Esta Corporación ha señalado que los principios de veracidad e integridad como límites al ejercicio de las libertades de comunicación –expresión e información-, no tienen el mismo alcance, toda vez que los límites a la libertad de expresión son más reducidos que los de la libertad de información, en atención a la mayor amplitud inherente a la exposición de opiniones o comentarios personales sobre hechos reales o imaginarios”. Sentença T-110/15, j. 25.03.2015.

¹⁷² DE BARCELLOS, Ana Paula. 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. *DPU - Direito Público*, v. 11, n. 55, jan.-fev./2014, pp. 59-60.

¹⁷³ Em princípio, falar em ofensas como um modo de não permitir toda a amplitude da liberdade de expressão pode parecer correto. Ocorre que na prática sempre haverá uma zona cinzenta na qual não será possível uma identificação segura se o tema deve ser encarado como liberdade de expressão ou se seria caso de ofensa e, portanto, um discurso indevido. AZPITARTE, Miguel. Libertad de expresión y jurisprudencia constitucional. El caso español. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 257.

¹⁷⁴ Também ressaltou a distinção entre o conteúdo e a forma da liberdade de expressão a Corte Constitucional da Colômbia, quando do julgamento da T-1.198/04 (sentença T-1.198/04, j. 01.12.2004). A Internet entra aqui, na matéria afeta à liberdade de expressão. Ela é uma forma de veiculação de fatos e opiniões, ou seja, de transmissão de conteúdo. Como parece intuitivo, a Internet não é um conteúdo em si. Não existissem as inserções de conteúdo fático ou opinativo criativo, o mundo digital seria um vazio.

¹⁷⁵ Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz resalta que a tutela da liberdade de expressão é e deve ser bastante ampla, a fim de abarcar qualquer manifestação não violenta e explica que “quanto ao teor da mensagem externada, é preciso ressaltar que, em princípio, a Constituição protege todo e qualquer conteúdo. Principalmente aqueles que desagradam a maioria. As ideias impopulares são justamente aquelas que mais precisam ser protegidas pela liberdade de expressão, pois correm maior risco de sofrer limitações e censura”. KOATZ, Rafael Lorenzo-

ou da forma de tal liberdade, é axiomático que, na verdade, a mesma deixará de existir ou restará enfraquecida. Frente à posição preferencial da liberdade de expressão, é de se destacar não ser possível que a proteção desacompanhe o conteúdo e sua forma.

Assim, devem ser admitidas a forma escrita, a oral, a gestual, a por sinais, a por movimentos, a sonora, a encenação, a imagem, os “blogs”, os “chats”, a por páginas de relacionamento, a por tatuagem¹⁷⁶, dentre tantas outras. Vale mencionar que dentro dessas acepções existem os chamados estilos, ou seja, os modos pelos quais a forma se concretiza. Podem tais ser satíricos, irônicos, comédias, humoristas, emotivos, e sentimentais¹⁷⁷.

Fernandez. As liberdades de expressão e de imprensa da jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 398. Da mesma forma, com amplo espectro da proteção, ver SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4ª ed. ampl., incluindo novo capítulo sobre princípios fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 489. A Corte Constitucional da Colômbia também entende que a proteção deve abarcar o conteúdo e a forma da liberdade de expressão. Diz o Tribunal, no original: “La expresión puede efectuarse a través de cualquier medio seleccionado por quien se expresa, y la protección constitucional se extiende a dicho proceso de transmisión y difusión, así como al medio utilizado, ya que la libertad constitucional que se estudia protege tanto el contenido de la expresión como su forma”. Sentença T-391/07, j. 22.05.2007.

¹⁷⁶ No RE nº 898.450 – SP, em que se discutia a juridicidade de a tatuagem ser fator de eliminação em concurso público para a carreira militar, o Ministro Luiz Fux, em seu voto, além de fazer interessante análise do histórico da tatuagem, expressamente asseverou que a mesma é uma forma de liberdade de expressão. Disse o magistrado: “Nesse contexto, e como é de conhecimento geral, o imaginário social a respeito do tema tatuagem foi, inevitavelmente, acompanhado, por mais de um século, da marca de marginalidade e da delinquência. Era, deveras, entrevista como o instrumento que determinados grupos sociais detinham para romper os padrões sociais e se declarar dissidentes das regras de convivência. No entanto, constata-se, com base em pesquisas como a do professor de Sociologia e Antropologia da Universidade de Strasbourg, na França, David Le Breton (*Antropología del cuerpo y modernidad*. Buenos Aires: Nueva Visión, 1995), que o sentido estigmatizador do uso da tatuagem começou a mudar a partir dos anos 1980. No Brasil, apenas a partir dos anos 1990 é que começaram a surgir os estúdios de tatuagem, caracterizadores da profissionalização dessa arte, com qualidade artística, que, aos poucos, foi conquistando aceitação social. A expansão da tatuagem se materializou de modo a alcançar os mais diversos e heterogêneos grupos, com as mais diversas idades, e, nesse diapasão, deixou de ser identificada como marca de marginalidade, mas como obra artística (PÉREZ, Andrea Lissett. *A identidade à flor da pele: etnografia da prática da tatuagem na contemporaneidade*). (...) Essas comprovações empíricas trazem a certeza de que, hodiernamente, as tatuagens, ou outras formas de marcas permanentes realizadas intencionalmente no corpo do indivíduo por sua livre escolha, passaram por intensa transformação quanto ao seu aceitação social, de forma que, características que estigmatizavam determinados setores da sociedade, tornaram-se sinais que retratam valores, ideias e sentimentos. Hodiernamente, consistem em autêntica forma de liberdade de expressão de um indivíduo que se expressa por meio de uma marca em seu corpo. (...) O atual viés, portanto, corrobora a completa ausência de qualquer ligação objetiva e direta entre o fato de um cidadão possuir tatuagens em seu corpo e uma suposta conduta atentatória à moral, aos bons costumes ou ao ordenamento jurídico. Como anteriormente dito, a opção pela tatuagem relaciona-se, diretamente, com as liberdades de manifestação do pensamento e de expressão (CRFB/88, artigo 5º, IV e IX). Assim, ninguém pode, ressalvadas hipóteses muito excepcionais que mais adiante serão expostas, ser punido por tal fato, sob pena de flagrante ofensa aos mais diversos princípios constitucionais inerentes a um Estado Democrático de Direito” (STF – RE 898.450/SP – São Paulo; Recurso Extraordinário; Relator: Ministro Luiz Fux; Julgamento: 28/06/2016; Decisão Monocrática; Publicação Processo Eletrônico DJe-137 Divulg 30/06/2016; Public 01/07/2016).

¹⁷⁷ A Corte Constitucional da Colômbia já teve a oportunidade de explicitar as formas de exteriorização da liberdade de expressão. E quando o fez, incluiu as formas de liberdade de expressão como um dos onze elementos normativos da citada liberdade. Disse a Corte quando do julgamento do caso C-592/12, no original: “El artículo 20 de la Carta Política consagra simultáneamente varios derechos y libertades fundamentales

Um assunto destacado é englobar, na liberdade de expressão, o discurso e a conduta. Em geral na mente das pessoas, o discurso é que está abarcado pela liberdade de expressão. Entretanto, as condutas podem ser encaradas como discurso, ou seja, como um elemento da liberdade de expressão. Nesse sentido, a conduta¹⁷⁸ deverá ser interpretada para que se afira se, no caso, possui natureza de expressão de ideia, opinião ou até de fato. Possuindo tal carga simbólica, estará incluída a conduta na abrangência da liberdade de expressão, como uma de suas formas¹⁷⁹. A Corte Constitucional da Colômbia apontou dois critérios para caracterizar uma conduta como expressiva: a intenção do seu autor; e as convenções geralmente aceitas sobre o significado de um comportamento e seu papel como meio de comunicação não linguístico¹⁸⁰. Jorge Roig, fazendo um apanhado histórico das decisões da Suprema Corte norte americana, explica que, inicialmente, para os propósitos da Primeira Emenda, fazia-se necessário aferir se a atividade tinha algum valor comunicativo. Em *Spence v. Washington*¹⁸¹, o teste desenvolvido buscou analisar se havia a intenção de transmitir uma mensagem particular e se, diante das circunstâncias, existia grande probabilidade de a mensagem ser entendida pelos que a vissem. Este teste foi abandonado, em *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian & Bisexual Grp. of Bos.*¹⁸², quando se decidiu que não era exigida a transmissão de

distintos, y en virtud de lo dispuesto en los artículos 93 y 94 de la Carta Política, se ha de interpretar a la luz de los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos que obligan a Colombia y que contienen disposiciones sobre el particular. A la luz de tales instrumentos internacionales, se tiene que el artículo 20 de la Constitución contiene un total de once elementos normativos diferenciados: (a) La libertad de expresar y difundir el propio pensamiento, opiniones, informaciones e ideas, sin limitación de fronteras y a través de cualquier medio de expresión –sea oral, escrito, impreso, artístico, simbólico, electrónico u otro de elección de quien se expresa -, y el derecho a no ser molestado por ellas. Esta libertad fundamental constituye la libertad de expresión stricto sensu, y tiene una doble dimensión – la de quien se expresa, y la de los receptores del mensaje que se está expresando (...)” (grifo no original). Sentença C-592/12, j. 25. 07.2012.

¹⁷⁸ É exemplo clássico da jurisprudência norte americana, a queima da bandeira nacional daquele país, como forma de protesto contra o governo. *Texas v. Johnson*. 109 S. Ct. 2533 (1989).

¹⁷⁹ KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. As liberdades de expressão e de imprensa da jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 399.

¹⁸⁰ No original: “Las comunicaciones cubiertas por la libertad de expresión stricto sensu puede ser efectuadas tanto a través de expresiones del lenguaje convencional (habladas o escritas) como a través de conductas con contenido expresivo o implicaciones expresivas, convencionales o no convencionales. Tanto las unas como las otras reciben protección constitucional, puesto que es claro que la “expresión” cubierta por la libertad en comentario no se restringe a las comunicaciones verbales” e “En síntesis, los criterios relevantes para caracterizar una conducta simbólica como expresión protegida son: la intención del actor, y las convenciones generalmente aceptadas sobre el significado de un comportamiento y su rol como medio de comunicación no lingüística”. Sentença T-391/07, j. 22.05.2007.

¹⁸¹ EUA. Suprema Corte. *Spence v. Washington*, 418 U.S. 405 (1974).

¹⁸² EUA. Suprema Corte. *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian & Bisexual Grp. of Bos.*, 515 U.S. 557 (1995).

uma mensagem particular. Assim, o teste *Spece-Hurley* significa aportar relevância discursiva a uma atividade em um contexto social específico, quando existirem convenções suficientes, de modo que a comunicação de ideias entre pessoas seja possível, mesmo que não provável, ou mesmo especificamente pretendida¹⁸³.

Robert Post coloca que a teoria democrática insere a conduta, socialmente considerada como necessária e própria como meio de participação na formação da opinião pública, como discurso¹⁸⁴. Somando o que já dito, é de apenas se chamar a atenção que Owen M. Fiss, ao se referir ao universo dos EUA e a expressão “speech” (literalmente traduzida como discurso), quando indaga se filmes, bandeiras, *picketing* e despesas de campanha^{185 186} são abarcados pela liberdade de expressão, aponta que tal requer uma interpretação judicial substantiva¹⁸⁷. Parece-nos, assim, que é mais válido ir na substância do que importa uma conduta, a analisá-la com ar frio e apegado aos termos discurso, opinião, fato ou expressão. A transmissão, por

¹⁸³ ROIG, Jorge R. Decoding First Amendment Coverage of Computer Source Code in the Age of YouTube, Facebook and the Arab Spring. *NYU Annual Survey of American Law*, v. 68, n. 2, 2012, pp. 331-337.

¹⁸⁴ POST, Robert. Participatory Democracy and Free Speech. *Virginia Law Review*, v. 97, n. 03, 2011, p. 483.

¹⁸⁵ O STF precisou enfrentar o tema do financiamento de campanha eleitoral por parte de pessoas jurídicas e sua qualificação como liberdade de expressão de tais pessoas. O Ministro Luiz Fux enfatizou que “[o] que se verifica, assim, é que uma mesma empresa contribui para a campanha dos principais candidatos em disputa e para mais de um partido político, razão pela qual a doação por pessoas jurídicas não pode ser concebida, ao menos em termos gerais, como um corolário da liberdade de expressão. A prática, antes refletir as preferências políticas, denota um agir estratégico destes grandes doadores que visam a estreitar suas relações com o poder público, de forma republicana ou não republicana. Além disso, e como destacou Daniel Sarmiento e Aline Osório, esse pragmatismo empresarial objetiva também evitar “represálias políticas”, que podem acarretar a perda de concessões e benefícios concedidos pelo Estado. Nesse sentido, os dois juristas, reportando-se ao estudo “Corrupção no Brasil: A perspectiva do setor privado”, sustentam “que mais de 25% das empresas entrevistadas alegaram terem sido coagidas a fazerem doações a campanhas e, destas, a metade relatou terem sido prometidos favores em troca da contribuição”. (SARMENTO, Daniel; OSÓRIO, Aline. Eleições, dinheiro e democracia: a ADI 4.650 e o modelo brasileiro de financiamento de campanhas eleitorais, 2013, p. 5; ver também ABRAMO, Claudio Weber. Corrupção no Brasil: A perspectiva do setor privado, 2003. Transparência Brasil, 2004)”. Assim, firmou que “mesmo nos Estados Unidos, país cuja tradição de respeito e valorização à liberdade de expressão é amplamente reconhecida, não há um pronunciamento da Suprema Corte a favor das doações por pessoas jurídicas feitas diretamente às campanhas eleitorais. Pelo contrário: ao que se depreende de *Buckley v. Valeo*, a Corte não vislumbrou que tais doações diretas realizadas por empresas privadas decorrem diretamente da liberdade de expressão, tal como o assentou nas hipóteses de gastos independentes” (STF - ADI 4.650/DF - Distrito Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento: 17/09/2015. Órgão Julgador: Tribunal Pleno).

¹⁸⁶ Ronald Dworkin, na questão vizinha a aqui debatida, defende a possibilidade de limitação razoável aos gastos com campanha política, explicando que isso não tolhe a liberdade de expressão. Segundo o professor: “Pelo contrário, promove-a, pois, ao contrário de uma política inundada pelo dinheiro e dominada por candidatos e apoiadores ricos, ajuda a proporcionar a todos os cidadãos algo que se aproxima um pouco mais do autogoverno”. DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014, p. 572.

¹⁸⁷ FISS, Owen M. Objectivity and interpretation. *Stanford Law Review*, vol. 34, April 1982, p. 743.

atitude, de ideias e fatos é perfeitamente possível se analisados os contextos sociais, políticos e históricos, nos quais tal se deu.

Como trilhado, ao lado do conteúdo da liberdade de expressão, vem a forma pela qual aquele se exterioriza. Defende-se que toda e qualquer forma de liberdade de expressão precisa ser protegida, exceto a violenta¹⁸⁸. Este direito de liberdade é muito caro, não só como fomentador da democracia, porém também como valor intrínseco, sobretudo para a concretização do florescimento e do enraizamento. É importante uma explicação. Montou-se aqui uma distinção de conteúdo e forma. Ambos devem andar passo a passo, deve um acompanhar o outro. Mas para que a própria liberdade não se torne vulnerável, tais faces da mesma precisam estar protegidas. Assim, entendemos que, se um conteúdo está abrangido pela liberdade de expressão, ele deve estar protegido. O mesmo ocorre em relação à forma.

Superada a explicação dos elementos internos ou objetivos da liberdade de expressão, passando pela diferenciação entre liberdades de expressão e de informação, com suas peculiaridades, adiante reservou-se um espaço para tratar dos elementos externos ou subjetivos. A ideia é, então, tratar daqueles que interagem por meio dessa liberdade.

1.4.2 Elementos externos ou subjetivos

A presente subseção tem a intenção de servir de complemento ao que foi dito no item anterior. São de extrema relevância para o estudo da liberdade de expressão os temas afetos ao seu conteúdo e forma, bem como o destaque de que ambos devem ser devidamente protegidos. Nessa engrenagem, no entanto, não se pode perder de vista a existência dos sujeitos que se apresentam no palco. As experiências daquele que fala e daquele que ouve não podem ser olvidadas. Aliás, esse desenho torna-se hiperinflado com o grande desenvolvimento da Internet^{189 190}. Não sem razão, Jack M. Balkin, com olhos nas

¹⁸⁸ SARMENTO, Daniel. Comentários ao artigo 5º, IV. In: CANOTILHO, JJ Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 256; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4ª ed. ampl., incluindo novo capítulo sobre princípios fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 489.

¹⁸⁹ A preocupação e distinção entre falante e ouvinte não é recente. Hoje a Internet está no foco das atenções. Antes, porém, as mídias de rádio e televisão eram o maior alvo, não significando isso que atualmente não haja uma forte atenção voltada a elas. Argumentava-se a favor da regulação desses canais por duas razões: uma, a

possibilidades proporcionadas pelo mundo cibernético, reclama uma teoria da liberdade de expressão que dê atenção a uma grande quantidade de pessoas fazendo, ao mesmo tempo, a função de oradores e platéia, produtores e consumidores de conteúdo¹⁹¹.

A proposta aqui é que, de um lado, existe a pessoa que transmite uma ideia, opinião, ou noticia um fato. Do outro lado, por sua vez, na nossa ótica, existem dois tipos de receptores, a depender da formatação em que a situação se dê¹⁹². Como destinatários podem se apresentar uma pessoa ou um grupo de pessoas não destacáveis; ou podem existir uma ou mais pessoas e um auditório destacado.

Não é difícil aferir que existem perspectivas distintas quando o tema é liberdade de expressão. E isso se apresenta de modo bastante marcante quando foram explicados os pensamentos a respeito dos valores fundantes da liberdade de expressão. De fato, é possível enxergar a questão a partir de uma visão individual, que tem como consequência uma liberdade bastante estendida do falante, por exemplo ao ser tratado o livre mercado de ideias. De outra banda, se focada a perspectiva democrática, em que se analisa a liberdade de expressão de um modo construtivista da sociedade, em uma democracia ampla e plural, a visão poderá ser outra. Meiklejohn não outorga importância a que todos falem. Sua doutrina dá atenção ao falante, mas afirma que nem todos devem falar. Para ele, o relevante é que os assuntos importantes sejam ditos, para que as pessoas – destinatárias – fiquem instruídas e tenham melhor condição para tomar decisões (por exemplo, votar). Verifica-se aqui, então, uma atenção ao outro lado do discurso. Igualmente linhas acima, Robert Post, com sua acepção de participação na democracia, enxerga no pensamento democrático, como valor da liberdade de expressão, uma abertura a que todos possam expor suas palavras. Perceptível, pois, a relevância da figura do falante, nessa doutrina. Com base no ideal de autonomia, é possível divisar os dois lados. Para o falante, o fundamento da autonomia serve para barrar o Estado de intromissões e permitir que a pessoa exponha seus pensamentos, de modo a buscar

escassez de ondas físicas; e duas, a forte entrada do discurso dominado por poucos falantes, para uma gama enorme de ouvintes passivos.

¹⁹⁰ A ampliação do auditório, com o progresso das novas tecnologias, não escapou da percepção da Corte Constitucional da Colômbia. Ver sentença T-713/10, j. 08.09.2010.

¹⁹¹ BALKIN, Jack M. O Futuro da Liberdade de Expressão na era Digital. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Liberdade de Expressão no Século XXI*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 369.

¹⁹² A Corte Constitucional da Colômbia na C-592/12 fez referência a essa dupla dimensão, que envolve, nas palavras do Tribunal, aquele que se expressa e aquele que recebe a mensagem. Sentença C-592/12, j. 25.07.2012. Os mesmos termos foram usados pela Corte no julgamento da T-050/16. Sentença T-050/16, j. 10.02.16.

seu crescimento. Entretanto, a mesma proteção voltada à autorrealização do indivíduo permite afirmar o direito do destinatário da ideia ou fato em acessar tais conteúdos. O desenvolvimento dessa pessoa, em si e para si, passa pela recepção de ideias e fatos. Aí, sem dúvida, foca-se na figura do lado contrário do discurso, o ouvinte. Por fim, para não ser muito extenso, Balkin, em sua ideia de democracia cultural, propõe uma interação entre o “eu” e a cultura, de modo que um ajuda a formatar o outro. Também nesse sentido, o “eu” figura como falante e como ouvinte.

Frente a isso tudo, não soa estranho afirmar que o tema da liberdade de expressão possui uma natureza dual. Esta característica, que não pode jamais ser ignorada, significa dizer que a liberdade de expressão envolve o orador e o ouvinte. Assim, não se tutela somente o direito de alguém divulgar fatos e idéias, mas também o direito de alguém buscar e acessar esses fatos e ideias¹⁹³. Com efeito, a “liberdade de expressão não se resume a tutelar quem manifesta suas próprias opiniões, mas também a todos os seus destinatários e, em última análise, a sociedade como um todo”¹⁹⁴. Este ideal, como demonstrado antes, não conta com a comunhão de todos que pensam a matéria. Como ficou consignado, algumas teorias de índole libertária, forte nos EUA, outorgam uma enfática atenção ao orador e não aceitam qualquer intervenção estatal, que possa dar guarida ao ouvinte.

Outra visão relevante a ser apresentada, expõe dois núcleos da liberdade de expressão. Com um olhar no indivíduo e outro no ambiente, os núcleos são o direito subjetivo público fundamental das pessoas à livre circulação de idéias e fatos, e a construção e manutenção de um ambiente plural para deliberação¹⁹⁵. Existe aí uma “dimensão individual”, na qual a “pessoa tem a liberdade de pensar por si própria, formar seu próprio juízo e avaliação críticos,

¹⁹³ MENDEL, Toby; SALOMON, Eve. Liberdade de expressão e regulação da radiodifusão. *Série Debates CI*, v. 8, fev/2011, p. 11.

¹⁹⁴ KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. As liberdades de expressão e de imprensa da jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 397. Daniel Sarmento igualmente destacou essa característica da liberdade de expressão, aduzindo que “a preocupação com a autonomia na liberdade de expressão não se centra apenas na figura do “falante”, alcançando também, com a mesma intensidade, a pessoa do “ouvinte””. SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do “Hate Speech”. In: SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 242.

¹⁹⁵ KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. As liberdades de expressão e de imprensa da jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 398.

ter suas opiniões e veiculá-las”¹⁹⁶. De igual modo, há a “dimensão coletiva”, que, para Ana Paula de Barcellos, “protege os meios de comunicação social de forma ampla”. Nesta visão, tais meios de comunicação, na sociedade de hoje, reúnem as melhores condições para veicular as variadas e diversas opiniões em discussão, e para buscar e transmitir de modo amplo as informações de interesse geral¹⁹⁷. Ainda neste ponto, é possível enxergar a “dimensão coletiva”, não com foco nos meios de comunicação social, mas sim na coletividade, fim a que se deveriam tais meios de comunicação social prestar¹⁹⁸. Haveria assim uma diluição do enfoque pessoalizado da “dimensão individual”, a permitir um acesso coletivo a opiniões e fatos. É com essa noção coletiva que entendemos adequada a expressão auditório.

Com a ideia de que o estudo da liberdade de expressão não pode apenas se preocupar com os interesses de um pequeno grupo de falantes, bem como considerando o problema de acesso às informações e opiniões, por parte do ouvinte ou do auditório, o que retorna à questão de poucos deterem os canais de expressão, a presente subseção nos mostra que a visão monocular do fenômeno favorece historicamente aqueles poucos que têm acesso à fala. Não se deseja atribuir irrelevância ao livre mercado de idéias. Porém, não abrir os dois olhos e também enxergar o lado dos destinatários significa, muitas vezes, perpetuar o *status quo*, o que se mostra incorreto em sociedades econômica e politicamente assimétricas. É nesse contexto que passa a ter importância tratar da regulação da liberdade de expressão e isso será levado a efeito no próximo item.

1.5 Regulação

¹⁹⁶ DE BARCELLOS, Ana Paula. 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. *DPU - Direito Público*, v. 11, n. 55, jan.-fev./2014, p. 59.

¹⁹⁷ DE BARCELLOS, Ana Paula. 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. *DPU - Direito Público*, v. 11, n. 55, jan.-fev./2014, p. 60.

¹⁹⁸ Essa nos parece a percepção da Corte Constitucional da Colômbia ao dizer, no original: “Simultáneamente, la Corte ha destacado la importancia de la libertad de información para la preservación y estímulo del orden democrático y pluralista, que se ha concretado en el énfasis en la garantía de los derechos de los receptores de la información. Esto por cuanto el ejercicio de la libertad de información supone no solamente una dimensión individual, sino también una colectiva, pues es esencial para el informador que su mensaje llegue a un receptor. Así, no es posible concebir el ejercicio informativo sin tener en cuenta el interés de la comunidad, que construye un criterio social a partir de la información, se ilustra e involucra en su contexto comunitario a través de los contenidos que recibe, y que requiere para ello partir de una base equilibrada que le permita conseguir estos propósitos de manera ecuaníme y lo más objetiva posible”. Sentença T-731/15, j. 27.11.2015.

A presente subseção tratará da regulação por parte do Estado na liberdade de expressão. Preferiu-se destacar a ideia de regulação da Internet e colocá-la no próximo capítulo, por uma questão de evolução, inclusive cronológica, do assunto. Assim é que a regulação agora deve ser pensada sem ignorarmos o que já foi exposto, sobretudo os valores fundantes da liberdade de expressão e os elementos subjetivos.

Quando se fala em regulação da liberdade de expressão, surgem dois aspectos importantes para o presente trabalho, sendo o primeiro relacionado à regulação restritiva; e o segundo, ligado às regulações limitativa de conteúdo e limitativa de tempo, lugar e maneira.

Em uma primeira visão, não é difícil enxergar que teorias de índole mais liberal¹⁹⁹, que propugnam um Estado neutro, idealizem a não intervenção estatal na liberdade de expressão. Como visto, os fundamentos do livre mercado de ideias e da busca pela verdade autorizariam a blindagem em face do poder público, na matéria. Também é possível vislumbrar uma teoria libertária, com foco no emissor da mensagem, que pregue que a liberdade de expressão protege a autonomia privada, sem interferência externa. O Estado, nesta ótica, deveria se limitar a proteger os direitos do falante²⁰⁰. O cerceamento de sua liberdade em favor do ouvinte seria mal visto. Nesse ideal, o Estado é um adversário, devendo ser possível que os agentes privados livremente se comuniquem²⁰¹. Assim, a autorregulação privada seria melhor do que a estatal, pois esta sempre tenderia a favorecer o governo ou as maiorias.

Nos EUA, por exemplo, a tradição²⁰² sempre foi de uma grande desconfiança no Estado²⁰³. A história norte americana é evidência disso, visto a restrição imposta, à época,

¹⁹⁹ DEMASKE, Chris. *Modern power and free speech: Contemporary culture and issues of equality*. Laham: Lexington Books, 2009, p. 30.

²⁰⁰ BINENBOJM, Gustavo. Meios de Comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa. As liberdades de expressão e de imprensa dos Estados Unidos e no Brasil. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, nº 5, fev-mar-abr/2006, p. 04.

²⁰¹ SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. In: SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 266-267.

²⁰² SEDLER, Robert A.. Um Ensaio sobre a Liberdade de Expressão: Os Estados Unidos versus o Resto do Mundo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Liberdade de Expressão no Século XXI*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, pp. 96-97 (nota de rodapé nº 25).

²⁰³ SCHAUER, Frederick. Liberdade de Expressão em Decisões na Europa e nos Estados Unidos: Um Estudo de Caso na Arquitetura Constitucional Comparada. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Liberdade de Expressão no Século XXI*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, pp. 116-117.

pela Coroa Britânica, em relação à liberdade de expressão das colônias²⁰⁴. Fomentou-se, também naquele país, a ideia de que a liberdade de expressão era praticamente uma condição para o exercício das demais liberdades e para a vitalidade da sociedade, escudando pensamentos sem medo de punições e questionamentos ao governo²⁰⁵. Por essas razões, a Declaração de Direitos do Povo da Virgínia²⁰⁶, de 1776, assinalou “que a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade e nunca pode ser restringida por governos despóticos”²⁰⁷ e a Primeira Emenda diz que “o Congresso não deve editar nenhuma lei (...) limitando a liberdade de expressão, ou de imprensa (...)”²⁰⁸. A partir dessa redação, é fácil identificar uma visão literal e absolutista desse direito, ao menos no pensamento norte americano²⁰⁹. Tal posição foi encampada pelo Justice Hugo Black, da Suprema Corte norte americana. Para o mesmo, o dispositivo da Primeira Emenda é universal, não admitindo qualquer exceção²¹⁰ e este pensamento foi exposto em seu voto dissidente, em *Konigsberg v. State Bar of California*²¹¹.

²⁰⁴ ARGYRO, Karanasiou P. Respecting Context: A New Deal for Free Speech in the Digital Era. *European Journal of Law and Technology*, v. 3, n. 3, 2012.

²⁰⁵ PECK, Robert S. *Libraries, The First Amendment, and Cyberspace: What you need to know*. Chicago and London: American Library Association, 2000, pp. 02-03.

²⁰⁶ A Declaração de Direitos da Virgínia serviu de base para a construção da “Bill of Rights”, o que inclui a Primeira Emenda à Constituição norte americana.

²⁰⁷ No original: “That the freedom of the press is one of the great bulwarks of liberty, and can never be restrained but by despotic governments”.

²⁰⁸ No original e completo: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances”.

²⁰⁹ SCHAUER, Frederick. Liberdade de Expressão em Decisões na Europa e nos Estados Unidos: Um Estudo de Caso na Arquitetura Constitucional Comparada. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Liberdade de Expressão no Século XXI*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, pp. 102-103.

²¹⁰ MEIKLEJOHN, Alexander. The First Amendment is an absolute. *The Supreme Court Review*, v. 1961, 1961, p. 248.

²¹¹ EUA. Suprema Corte. *Konigsberg v. State Bar of California*, 366 U.S. 36 (1961). Disse o Justice Black, no original: “As I have indicated many times before, I do not subscribe to that doctrine for I believe that the First Amendment's unequivocal command that there shall be no abridgment of the rights of free speech and assembly shows that the men who drafted our Bill of Rights did all the "balancing" that was to be done in this field. The history of the First Amendment is too well known to require repeating here except to say that it certainly cannot be denied that the very object of adopting the First Amendment, as well as the other provisions of the Bill of Rights, was to put the freedoms protected there completely out of the area of any congressional control that may be attempted through the exercise of precisely those powers that are now being used to "balance" the Bill of Rights out of existence” (*Konigsberg v. State Bar of California*, 366 U.S. 36, 61 (1961)).

Em sociedades com certa unidade social dominante se incorporando no indivíduo e uma boa dose de igualdade distribuída a todos, a autonomia pode melhor realçar o debate público e promover a autodeterminação coletiva. Porém, isso não é o que ocorre hoje, em que existe tamanha desigualdade na distribuição de poder e limitada capacidade de aprendizado para tudo que se faz necessário para ser um cidadão. Uma preocupação, então, deve ser com a qualidade do discurso público e, neste sentido, a autonomia pode ter grande valia. Sua proteção, segundo Owen Fiss, vincula-se apenas quando valoriza o debate público. Em decorrência deste vínculo, a presunção em desfavor da intervenção criada pelo valor autonomia, desfaz-se, passando a ser até mesmo exigida do Estado a tomada de medidas que enriqueçam o debate público, inclusive quando tal leve a uma interferência no discurso de alguém. O mercado, ainda hoje com a Internet, é dominado pela agenda de mídias que não produzem uma competição satisfatória. Isso se dá porque os programas são dirigidos às necessidades de um determinado grupo e devido ao direcionamento na busca pelo lucro, com pouca importância a questões democráticas do eleitorado. Assim, o Estado deve poder intervir para que as condições essenciais da democracia sejam preservadas ou alcançadas. Neste passo, com a ação do Estado vozes silenciadas podem ser ouvidas²¹². Com essa visão, deve-se passar a ver o Estado não apenas como inimigo, mas como um parceiro da liberdade de expressão. Preservando a qualidade e a integridade do debate público, o Estado age de acordo com a liberdade de expressão²¹³, para que a mesma seja comunicada efetivamente²¹⁴.

Com relação a essas duas vertentes, Gustavo Binjenbojm ressalta que, em relação à primeira, faltaria atenção àqueles que desejam se expressar, porém não possuem acesso ao canal respectivo. Some-se isso a impossibilidade que se propugna de intervenção estatal, e o resultado será a ausência de proteção a esse (não) falante. Quanto à segunda postura, a apreensão é quanto à entrega para o Estado do papel proeminente em relação à qualidade do discurso público, o que se mostra perigoso, tanto no que toca à uma atuação imparcial, como no que se refere a assuntos como censura e controle²¹⁵. De todo modo e sem perder de vista a preocupação citada, entendemos ser melhor admitir a regulação da liberdade de expressão,

²¹² FISS, Owen M. Why the state?. *Harvard Law Review*, v. 100, n. 4, 1987, pp. 786-788.

²¹³ FISS, Owen M. Free speech and social structure. *Iowa L. Rev.*, v. 71, 1986, pp. 1.416-1.417.

²¹⁴ BARENDT, Eric. *Freedom of speech*. Oxford: Oxford University Press, 2005, pp. 12-13.

²¹⁵ BINENBOJM, Gustavo. Meios de Comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa. As liberdades de expressão e de imprensa dos Estados Unidos e no Brasil. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, nº 5, fev-mar-abril/2006, p. 05.

principalmente em um país com tamanha assimetria econômico social, como o Brasil, a fim de aumentar o acesso das pessoas aos canais de fala. Por isso, o Estado deve “restringir a liberdade de expressão abusiva, promover a pluralidade de opiniões no espaço público, e se comprometer com a permanente construção de um espaço de debate público amplo e robusto”²¹⁶.

Quanto à limitação de tempo, lugar e maneira do discurso, Alexander Meiklejohn afirma que o discurso em si não deve ser regulado, porém o quando, o onde e de que maneira o mesmo é externado, pode sofrer atuação estatal²¹⁷. É o que se chama de restrição com conteúdo neutro, onde o julgamento se dá com o uso de um escrutínio intermediário²¹⁸. Para a regulação neutra de conteúdo, devem ser aferidos se os canais de discurso se mantêm abertos e se o governo possui sólidos motivos para a regulação²¹⁹.

Por outro lado, discute-se a possibilidade de restringir o conteúdo do discurso. Cass R. Sunstein ensina o tema da seguinte forma. Uma formatação dá-se quando há uma regulação quanto ao conteúdo, mas sem discriminação a favor ou contra um determinado ponto de vista. Neste particular, existe uma regulação de conteúdo com ponto de vista neutro. A outra formatação tem vez quando há regulação de conteúdo e de ponto de vista. Esta concepção é a mais próxima de ser considerada inconstitucional, devendo ser apresentada uma razão para tal ponto de vista criar um sério risco e não poder ser combatido com mais discurso, além de ter que se explicitar por que se irá punir uma determinada visão e não outra. No que concerne à regulação de conteúdo com neutralidade de ponto de vista, existem duas questões. A primeira é observar se não se está desejando, em verdade, banir um discurso específico, de modo escamoteado. Esta regulação provavelmente será considerada ilegítima. A segunda questão é

²¹⁶ DE CHUEIRI, Vera Karam; RAMOS, Diego Motta. Liberdade de expressão, constitucionalismo e democracia: meios de comunicação de massa e regulação. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 14, n. 104, 2013, pp. 555 e 559.

²¹⁷ MEIKLEJOHN, Alexander. The First Amendment is an absolute. *The Supreme Court Review*, v. 1961, 1961, pp. 252-258.

²¹⁸ FISS, Owen M. Free speech and social structure. *Iowa L. Rev.*, v. 71, 1985, pp. 1.408-1.409. BARENDT, Eric. *Freedom of speech*. Oxford: Oxford University Press, 2005, pp. 51-52. ENCABO, Manuel Núñez. Europa y EEUU: dos conceptos divergentes de la libertad de expresión. *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, v. 9, 2008, pp. 471-472. MURPHY, James. Free Speech and the Internet: “The Future of First Amendment Jurisprudence”. *Law School Student Scholarship*, Paper 845, 2016, pp. 05-06. PECK, Robert S. *Libraries, The First Amendment, and Cyberspace: What you need to know*. Chicago and London: American Library Association, 2000, p. 12.

²¹⁹ SUNSTEIN, Cass R. *Republic.com 2.0*. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2009, p. 185.

se o governo tem habilidade para apresentar um interesse forte para dar efeito à regulação de conteúdo²²⁰.

Robert Post enxerga que os discursos têm valores diversos e é pela natureza dos mesmos que se considera existir ou não a proteção pela liberdade de expressão²²¹. Para Jack M. Balkin, a liberdade de expressão é voltada à proteção da habilidade em se participar na formação da opinião pública – que engloba, para o autor, não só uma percepção de democracia política, mas também cultural -, pela exposição e troca de ideias. O discurso, então, pode estar dentro desse escopo ou fora dele, e estando fora, a regulação estatal pode ser feita. Caso as pessoas, como falante ou ouvinte, estejam engajadas no discurso público, presume-se que haja uma liberdade, independência e autonomia, não se permitindo restrições paternalísticas sobre disseminação de opiniões²²².

Com olhos na Internet, Cass Sunstein não enxerga a liberdade de expressão como um direito absoluto²²³ e afirma que o governo pode tomar medidas restritivas da mesma no ambiente digital. Aqui mais uma vez a lógica da compatibilidade com o valor democrático entra em campo e permite a regulação da liberdade de expressão. Quando o assunto tiver relação com valores democráticos, a regulação terá que apresentar interesses estatais mais robustos para ser entendida como constitucional frente à liberdade de expressão. Por outro lado, assuntos sem valor democrático, como anúncio comercial, obscenidade ou qualquer

²²⁰ SUNSTEIN, Cass R. *Republic.com 2.0*. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2009, pp. 183-186.

²²¹ POST, Robert. Participatory Democracy as a Theory of Free Speech: A Reply. *Virginia Law Review*, v. 97, n. 03, 2011, pp. 629-630.

²²² BALKIN, Jack M. Information Fiduciaries and the First Amendment. *UC Davis L. Rev.*, v. 49, 2016, pp. 1.212-1.215.

²²³ Mais uma vez a jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia debruçou-se sobre o assunto, especialmente nos julgamentos da C-087/98, j. 18.03.1998; da T-731/15, j. 27.11.2015; e da C-592/12. Neste último caso, inclusive, o Tribunal disse, no original: “El carácter preferente de las libertades de expresión, información y de prensa no significa, sin embargo, que estos derechos sean absolutos y carezcan de límites. Así, no sólo no existen en general derechos absolutos sino que, en particular, la libertad de expresión puede colisionar con otros derechos y valores constitucionales, por lo cual, los tratados de derechos humanos y la Constitución establecen que ciertas restricciones a esta libertad, son legítimas. Así, conforme a los artículos 13 de la Convención Interamericana y 19 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, este derecho puede ser limitado para asegurar (i) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o para (ii) la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas. Por ello, esta Corporación ha también admitido, en numerosas decisiones, ciertas restricciones a la libertad de expresión a fin de proteger y asegurar, en ciertos casos concretos, otros bienes constitucionales, como el orden público o los derechos a la intimidad o al buen nombre” (Sentença C-592/12, j. 25. 07.2012). Em discussão sobre tema a ser visto abaixo, a respeito da possibilidade de lei restringir a liberdade de expressão, sobre a face da liberdade de imprensa, o então Ministro Carlos Ayres Britto, no RE 511.961/SP, afirmou expressamente que a referida liberdade, no tocante ao que lhe é elementar, qualifica-se como um direito absoluto (RE 511.961/SP - São Paulo. Recurso extraordinário. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento: 17/06/2009. Órgão Julgador: Tribunal Pleno).

outro sem pedigree político, poderão sofrer uma regulação limitativa sem que se precise apresentar uma justificação forte. Segundo Sunstein, deve haver um maior ônus sobre o governo, quando busca regular o discurso político, devido à desconfiança que sofre, por conta do seu próprio interesse²²⁴. Já é possível dizer, portanto, que alguns discursos serão considerados desprotegidos e, por isso, passíveis de uma regulação estatal ampla, enquanto outros, considerar-se-ão protegidos, em uma gradação variável.

Neste sentido, mostra-se interessante, dentro do âmbito de proteção da liberdade de expressão, e para efeito de fixar uma regulação e sua correção frente à Constituição, a qualificação do discurso como de alto valor ou de baixo valor. Tendo em conta o que já foi estudado, parece-nos melhor nortear o alto valor para o discurso democrático. David O. Brink distingue o alto valor do baixo com foco no valor deliberativo do discurso²²⁵. Nessa perspectiva, caso o Estado deseje regular o discurso de alto valor deverá apresentar justificações de peso, sérias, robustas que qualifiquem o interesse estatal como mais vantajoso do que a perda advinda da restrição à liberdade de expressão. De forma oposta, não tendo esse predicado o discurso na hipótese, tal será considerado de baixo valor, e uma regulação governamental será aceita com uma mera justificação legítima e plausível²²⁶. Considerando-se isso tudo e identificando-se o valor de cada discurso, concede-se a proteção central da liberdade de expressão apenas aos discursos de alto valor²²⁷.

Além disso, é possível acrescentar outro raciocínio. Até a explosão da Internet, o comum era o discurso entre poucos falantes e muitos ouvintes. Neste cenário, profissionais de mídia tinham - e ainda possuem - um amplo alcance de seu discurso. Porém, o poder da fala encontra-se nas mãos de poucos, o que não é sadio para a democracia. No entanto, com o desenvolvimento da Internet, em paralelo ao dito com as grandes mídias, surgiu a possibilidade de muitos falarem para muitos ouvirem. Tanto no quadro nascido antes da Internet, como no surgido com ela, é possível falar em discurso de alto e baixo valor. Mas, como o discurso de todos para todos não envolve concentração de poder e, por isso, mostra-se

²²⁴ SUNSTEIN, Cass R. *Republic.com 2.0*. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2009, pp. 166 e 178-182.

²²⁵ BRINK, David O.. Princípios de Millian, Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Liberdade de Expressão no Século XXI*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 71.

²²⁶ ENCABO, Manuel Núñez. Europa y EEUU: dos conceptos divergentes de la libertad de expresión. *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, v. 9, 2008, pp. 469-470.

²²⁷ BRINK, David O.. Princípios de Millian, Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Liberdade de Expressão no Século XXI*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 84.

mais consentâneo com a democracia, é relevante dizer que, em uma análise de eventual regulação, este discurso deve ser mais bem protegido do que aquele outro tradicional²²⁸.

Do exposto até o momento, pensamos ser possível a regulação da liberdade de expressão. A par da óbvia concordância em relação à regulação ampliativa dessa liberdade, não enxergamos com maus olhos a possibilidade de regulação limitativa. Dizer o contrário, aliás, é emprestar ares absolutos à liberdade de expressão, o que não defendemos. No tocante ao tempo, lugar e maneira do discurso, não sendo inviabilizado em si o mesmo, um melhor ajuste, por parte do Estado, com relação a esses pontos não parece²²⁹ ensejar um grande problema. Em paralelo, concordamos que conteúdos sem vinculação com o valor democrático da liberdade de expressão, estarão orbitando de maneira periférica e com menos proteção em relação ao núcleo da liberdade de expressão²³⁰. Em contraposição, o discurso fulcrado na democracia, receberá uma proteção robusta, porém, repise-se, não absoluta²³¹. Sem perder de vista o exposto em relação ao discurso de alto valor e um interesse estatal robusto, não se pode olvidar que as restrições, quando legítimas, devem estar pautadas na tutela de outros direitos fundamentais²³². Essa solução deverá ser alcançada a partir do uso da ponderação, sem, entretanto, esquecer-se da posição preferencial outorgada à liberdade de expressão.

²²⁸ ROWBOTTOM, Jacob H. In the Shadow of the Big Media: Freedom of Expression, Participation and the Production of Knowledge Online. *Public Law Forthcoming; Oxford Legal Studies Research Paper No. 10/2014*. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2383901>>. Acesso em: 19 dez. 2016.

²²⁹ Utilizamos do verbo parece porque, a nosso ver, a vedação ao anonimato, constitucionalmente prevista, é uma restrição não de conteúdo do discurso, mas da maneira como o mesmo pode se apresentar. O tema será desenvolvido com foco na Internet, no último capítulo deste trabalho. No entanto, como neste item sobre regulação é dito, se o próprio conteúdo do discurso poderá ser restringido a depender do interesse estatal no caso concreto, pensamos que igualmente é restringível a maneira do mesmo, desde que algum canal seja mantido aberto para expressar-se.

²³⁰ Assim, por exemplo, o anúncio de alimentos na Internet pode ser restringido pelo Estado, caso exigências legítimas, formuladas pelo mesmo, como origem e validade, não sejam também veiculadas, mesmo que se argumente o fundamento do livre mercado de ideias. Da mesma forma, a exigência de comprovação de idade para participação em “site” de relacionamento adulto, sob o argumento de combate à pedofilia, pode limitar a liberdade daquele que deseja novas experiências, ainda que sustente sua autorrealização.

²³¹ Imagine-se um “abaixo assinado” virtual conclamando os usuários a subscreverem um projeto de lei (PL) de iniciativa popular cujo conteúdo busque a discriminação contra o negro. Ainda que se argumente haver um discurso público, o fundamento da democracia não poderá prevalecer e proteger tal conteúdo na Internet.

²³² A Corte Constitucional da Colômbia tratou da limitação à liberdade de expressão na C-087/98, j. 18.03.1998, especialmente no esclarecimento de voto do Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz. Mas foi no julgamento da T-391/07 que a Corte faz um apanhado didático sobre o tema. Elenca ela oito requisitos, afirmando que a limitação deve: ser feita por lei, ser redigida de forma taxativa, perseguir fins constitucionais, ser necessária para alcançar tais fins, ser posterior, não se configurar em censura, ser neutra de conteúdo, e não incidir de modo excessivo no exercício da liberdade de expressão. Disse o Tribunal, no original: “El marco general de las limitaciones admisibles a la libertad de expresión, el cual como se dijo es de interpretación restrictiva, lo proveen los artículos 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos. El primero dispone: “3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña

Neste cenário, questiona-se quem pode realizar esse exercício ponderativo. No âmbito do STF, o problema surgiu com a indagação se uma lei poderia ser meio de limitação da liberdade de expressão. O então Min. Carlos Ayres Britto, quando do julgamento da ADPF nº 130, em seu voto, afirmou que as limitações possíveis ao exercício das liberdades seriam as da Constituição^{233 234}. Já o Min. Gilmar Ferreira Mendes, em seu voto no referido processo objetivo e, posteriormente, no RE nº 511.961, entendeu que a limitação legal, quando regida

deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: (a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; (b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.” El segundo establece: “2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. // (...) 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.” (...) Una lectura detenida de estas disposiciones revela que las limitaciones a las libertades de expresión (en sentido estricto), información y prensa, para ser constitucionales, deben cumplir con los siguientes requisitos básicos: (1) estar previstas de manera precisa y taxativa por la ley, (2) perseguir el logro de ciertas finalidades imperativas, (3) ser necesarias para el logro de dichas finalidades, (4) ser posteriores y no previas a la expresión, (5) no constituir censura en ninguna de sus formas, lo cual incluye el requisito de guardar neutralidad frente al contenido de la expresión que se limita, y (6) no incidir de manera excesiva en el ejercicio de este derecho fundamental”. Sentença T-391/07, j. 22.05.2007.

²³³ O então Ministro Carlos Ayres Britto explicou que seu raciocínio dava-se porque “a imprensa é o espaço institucional que melhor se disponibiliza para o uso articulado do pensamento e do sentimento humanos como fatores de defesa e promoção do indivíduo, tanto quanto da organização do Estado e da sociedade”. Ele identificou um núcleo duro intangível pela via da legislação dada as “coordenadas de tempo e de conteúdo da manifestação do pensamento e da criação lato sensu, quando veiculada por órgão de comunicação social”. São duas dimensões: “primeira, o tempo de início e de duração do seu exercício; segunda, sua extensão ou tamanho do seu conteúdo”. Por outro lado, para assuntos periféricos, Britto admitiu a atuação legiferante. O jurista ainda enfatizou a impossibilidade de o Estado mediar essa relação entre imprensa e sociedade civil, afirmando que “cuida-se de ‘normas irregulamentáveis’”. STF - ADPF 130/DF - Distrito Federal. Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental. Relator: Ministro Carlos Britto. Julgamento: 30/04/2009. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Em seu voto, no RE 511.961/SP, Britto retornou ao seu raciocínio e, referindo-se à ADPF 130, enfatizou que fez “(...) uma distinção entre matérias nuclearmente de imprensa, essencialmente de imprensa, ontologicamente de imprensa, elementarmente de imprensa, como a informação, a criação, a manifestação do pensamento, e, de outra parte, matérias apenas reflexamente de imprensa, como, por exemplo, o direito à indenização e o direito de resposta. Essas matérias apenas reflexamente de imprensa é que podem ser objeto de lei, e, ainda assim, lei específica, lei monotemática; não lei orgânica, não lei onivalente; enquanto as matérias nuclearmente de imprensa não podem ser objeto de nenhum tipo de lei. São matérias tabu para o Estado-legislador”. STF - RE 511.961/SP - São Paulo. Recurso extraordinário. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento: 17/06/2009. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

²³⁴ No ponto, especificamente quanto ao assunto da liberdade de expressão dos meios de comunicação social, capítulo iniciado a partir do art. 220, da Constituição de 1988, porém com aparente ampliação a todas as liberdades o que incluiria a liberdade de expressão (arts. 5º, IV e IX, e 60, §4º, IV, da Carta Magna), Luís Roberto Barroso, em artigo, apontou apenas as restrições de ordem constitucional, quais sejam, as presentes no inciso II, do §3º, do art. 220 – atuação indireta estatal legislativa – e no §4º, do art. 220 - atuação direta estatal legislativa – ambos da Constituição de 1988 (BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão, censura e controle da programação de televisão na Constituição de 1988. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*, Tomo I, 2ª edição. Renovar: Rio de Janeiro, 2006, pp. 375-377).

pelo princípio da proporcionalidade, é legítima²³⁵. Pensamos que caso se deseje que a sociedade tenha uma verdadeira inspiração democrática e que, também nesse tema, respeite a deliberação de quem foi investido a tanto, é de ser admitido que o legislador igualmente possa ocupar esse espaço de debate, e não apenas o juiz. O pensamento contrário desequilibra a balança entre o Judiciário e o Legislativo, sem qualquer justificativa legítima. Não faz sentido em assunto de tamanha saliência democrática, atribuir essa tarefa ao juiz, investido no poder sem pedigree democrático, e negá-la ao legislador²³⁶.

²³⁵ O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto na ADPF 130, afirmou que “as restrições legislativas são permitidas e até exigidas constitucionalmente quando têm o propósito de proteger, garantir e efetivar tais liberdades”. Nesse sentido, Mendes explicou que “[n]o Estado Democrático de Direito, a proteção da liberdade de imprensa também leva em conta a proteção contra a própria imprensa. A Constituição assegura as liberdades de expressão e de informação sem permitir violações à honra, à intimidade, à dignidade humana. A ordem constitucional não apenas garante à imprensa um amplo espaço de liberdade de atuação; ela também protege o indivíduo em face do poder social da imprensa. E não se deixe de considerar, igualmente, que a liberdade de imprensa também pode ser danosa à própria liberdade de imprensa”. E concluiu no sentido de que “[a] lei, nesse ponto, cumpre o fundamental papel de proteção da liberdade de imprensa em seu duplo significado, como direito subjetivo e como princípio objetivo ou garantia institucional. Assegura o exercício da liberdade de imprensa não só contra Estado, mas também em face da própria imprensa. É tarefa da lei, acima de tudo, proteger o indivíduo contra o abuso do poder da imprensa”. STF - ADPF 130/DF - Distrito Federal. Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental. Relator: Ministro Carlos Britto. Julgamento: 30/04/2009. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Posteriormente, fez questão de realçar, que “[n]o recente julgamento da ADPF n.º 130, Rel. Ministro Carlos Britto, na qual se declarou a não recepção da Lei de Imprensa (Lei n.º 5.250/1967), o Tribunal enfaticamente deixou consignado o entendimento segundo o qual as liberdades de expressão e de informação e, especificamente, a liberdade de imprensa, somente poderiam ser restringidas pela lei em hipóteses excepcionais, sempre em razão da proteção de outros valores e interesses constitucionais igualmente relevantes, como os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à personalidade em geral. É certo que o constituinte de 1988 de nenhuma maneira concebeu a liberdade de expressão como direito absoluto, insuscetível de restrição, seja pelo Judiciário, seja pelo Legislativo”. Assim, explicou que “[o] texto constitucional, portanto, não excluiu a possibilidade de que se introduzam limitações à liberdade de expressão e de comunicação, estabelecendo, expressamente, que o exercício dessas liberdades há de se fazer com observância do disposto na Constituição. Não poderia ser outra a orientação do constituinte, pois, do contrário, outros valores, igualmente relevantes, quedariam esvaziados diante de um direito avassalador, absoluto e insuscetível de restrição. Todavia, tal como assentado pelo Tribunal na ADPF n.º 130, em matéria de liberdade de expressão e de comunicação em geral, as restrições legais estão reservadas a casos extremamente excepcionais, sempre justificadas pela imperiosa necessidade de resguardo de outros valores constitucionais”. STF - RE 511.961/SP - São Paulo. Recurso extraordinário. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento: 17/06/2009. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Essa também é a posição defendida por Daniel Sarmento. SARMENTO, Daniel. Comentários ao artigo 5º, IV. In: CANOTILHO, JJ Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 257. Rafael Koatz filia-se a essa postura e, além do fundamento democrático, elenca a razão de segurança jurídica. KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. As liberdades de expressão e de imprensa da jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 259-260. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4ª ed. ampl., incluindo novo capítulo sobre princípios fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 499. Na doutrina espanhola, é possível encontrar a mesma ideia nas palavras de Miguel Azpitarte. AZPITARTE, Miguel. Libertad de expresión y jurisprudencia constitucional. El caso español. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 259.

²³⁶ A inação deve ser a regra quando o assunto é restrição da liberdade de expressão, na via administrativa. BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão, censura e controle da programação de televisão na Constituição de 1988. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*, Tomo I, 2ª edição. Renovar: Rio de Janeiro, 2006, pp. 377-382.

Por fim, essas limitações à liberdade de expressão, sob outro ângulo, podem ser classificadas como prévias e posteriores, sendo estas, se for o caso, a regra, e aquelas, a exceção²³⁷. Concordamos que a prioridade deve ser conferida a uma restrição posterior, sobretudo por conta da posição preferencial que assume tal liberdade, o que inclui a vedação à censura, e isso será exposto quando da análise da impossibilidade de monitoramento prévio de conteúdo na Internet e da exigência de controle prévio editorial na interação dos portais de notícias.

Encerradas as palavras sobre regulação, o último tópico deste capítulo se destina a tratar do “chilling effect”. Como ficará logo a seguir demonstrado, tal efeito é relevantíssimo no estudo da liberdade de expressão, principalmente na análise do resfriamento do discurso.

1.6 O “Chilling Effect”

1.6.1 Noções gerais

O “chilling effect” é uma situação pela qual se abafa a conduta de uma pessoa por consequência de um acontecimento que a inibe. É com olhos voltados a essa preocupação que Owen M. Fiss ressalta que o discurso público não pode ficar à mercê das regras de mercado, porque as minorias que não possuem qualquer parcela dele continuarão se situando fora do mesmo²³⁸. O efeito silenciador, então, seria sempre bem vindo se a ideia é a exclusão de uma minoria da posição de falante.

²³⁷ BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão, censura e controle da programação de televisão na Constituição de 1988. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*, Tomo I, 2ª edição. Renovar: Rio de Janeiro, 2006, p. 365. Não bastará a presença de bens constitucionais contrapostos, no caso, para se admitir a restrição prévia da liberdade de expressão, mas sim que o risco de lesão ao outro bem jurídico de estatura constitucional seja real, efetivo e intolerável. KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. As liberdades de expressão e de imprensa da jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 403.

²³⁸ FISS, Owen M. *A Ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Tradução e prefácio de Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 08.

É possível enxergar que o efeito silenciador exige que os operadores do Direito e, especialmente, os magistrados tenham em mente a geração desse tipo de consequência na vida das pessoas²³⁹. E como o efeito silenciador muitas vezes atingirá não somente uma pessoa, mas um grupo, é importante que o juiz, frente a um caso com possível efeito resfriador, tome sua decisão com olhos no mundo ao redor, levando em consideração os efeitos sistêmicos da mesma²⁴⁰.

A origem histórica do “chilling effect” é disputada pelos estudiosos do tema. Ben Marder e outros afirmam que a expressão foi primeiramente cunhada em conexão com a Primeira Emenda à Constituição norte americana para descrever a ação de conter a liberdade de expressão, quando da efetivação da vigilância²⁴¹. Michael Dolich também liga a expressão à Primeira Emenda e diz que ela foi introduzida nesse cenário pela primeira vez em 1952, através das penas do Justice Frankfurter, da Suprema Corte norte americana, salientando, porém que, desde então, o termo se proliferou, com diferentes pensamentos em seu sentido e em sua aplicação²⁴². Segundo Dolich, a primeira decisão na qual a Suprema Corte se debruçou a respeito do efeito silenciador, no tocante à Primeira Emenda, foi quando do julgamento de *Lair v. Tatum*²⁴³. Brandice Cane-Wrone e Michael C. Dorf explicam que a doutrina do “alcance excessivo” (“overbreadth doctrine”) da Suprema Corte norte americana é a

²³⁹ Como diz Dworkin, “os juízes devem recorrer a um estilo consequencialista e voltado para o futuro. Eles devem tomar qualquer decisão que seja melhor para o futuro da comunidade sem levar em consideração as práticas do passado enquanto tais”. Apesar dessas palavras, não é possível ignorar a ideia de romance em cadeia. Por isso, o próprio autor diz que “quando a eficiência ou algum outro objetivo da comunidade for, de fato, mais bem atendido ao se ignorarem ou reescreverem manifestações do passado, é isso que devem os juízes pragmatistas fazer”. DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução: Fernando Santos; revisão técnica: Alonso Reis Freire. - São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, pp. 32-33. É importante dizer que não se deseja afirmar que Ronald Dworkin é ou não um defensor do pragmatismo, tema este que não tem espaço no presente trabalho.

²⁴⁰ ARGUELLES, Diego Werneck. LEAL, Fernando. Pragmatismo como [meta] teoria normativa da decisão judicial: caracterização, estratégia e implicações. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 186-187.

²⁴¹ MARDER, Ben et al. The extended ‘chilling’ effect of Facebook: The cold reality of ubiquitous social networking. *Computers in Human Behavior*, v. 60, 2016, p. 583.

²⁴² DOLICH, Michael N. Alleging a first amendment chilling effect to create a Plaintiff's standing: a practical approach. *Drake L. Rev.*, v. 43, 1993, p. 176.

²⁴³ EUA. Suprema Corte. *Lair v. Tatum*, 408 US 1 (1972). Tatum e outros membros de um grupo político estavam sendo submetidos a constante vigilância do exército. E reclamaram que o sistema do exército de coleta de dados gerava o efeito resfriador, em que pese não se preocuparem com alguma ação específica por parte do exército, não se evidenciando, então, qualquer ilegalidade. A Suprema Corte, por uma maioria mínima de cinco a quatro, entendeu não haver um dano objetivo ou ameaça específica e, assim, não ser cabível uma alegação subjetiva de “chilling effect”. DOLICH, Michael N. Alleging a first amendment chilling effect to create a Plaintiff's standing: a practical approach. *Drake L. Rev.*, v. 43, 1993, pp. 178-180.

responsável pela formatação do “chilling effect” e igualmente indicaram a decisão do Justice Frankfurt, em *Wieman v. Updegraff*²⁴⁴, datada de 1952, como a primeira a fazer referência ao verbo resfriar²⁴⁵. Frederick Schauer concorda que o verbo esfriar, no contexto aqui estudado, surgiu do caso apontado de 1952 e situa o surgimento da expressão “chilling effect”, em um caso datado de 1963²⁴⁶. Explica o professor que o reconhecimento do efeito resfriador deu-se em decisões concernentes ao aspecto procedimental da liberdade de expressão. A possível existência de uma lei estadual inconstitucional que inibisse a liberdade de expressão foi a principal justificação, destacando a dissuasão decorrente da vagueza e do aspecto excessivo da mesma²⁴⁷. Apesar disso, Wendy Seltzer aponta *Dombrowski v. Pfister*²⁴⁸, julgado em 1965, como o primeiro caso a ter sido utilizado o termo “chilling effect”²⁴⁹.

É importante destacar que Gustavo Binenbojm e Caio Mario da Silva Pereira Neto, no prefácio da obra que traduziram, do professor Owen M. Fiss, apontam que o efeito resfriador seria consequência da concentração do discurso nas mãos de grupos hegemônicos, de pressão ou influência exercidas pelo governo, ou de preconceitos contra certos grupos, em geral minorias. A lógica é que, seja por conta do aspecto econômico, seja por conta de aspecto cultural, grupos hegemônicos abafam as manifestações emanadas do desfavorecido e invisível²⁵⁰.

²⁴⁴ EUA. Suprema Corte. *Wieman v. Updegraff*, 344 U.S. 183 (1952) - caso no qual empregados públicos eram obrigados a proferir, como condição de contratação, juramento de lealdade.

²⁴⁵ CANES-WRONE, Brandice; DORF, Michael C. Measuring the chilling effect. *NYUL Rev.*, v. 90, 2015, p. 1.098.

²⁴⁶ EUA. Suprema Corte. *Gibson v. Florida Legis. Investigation Comm.*, 372 U.S. 539, 556-557 (1963). Nesta decisão, a Suprema Corte disse: “While, of course, all legitimate organizations are the beneficiaries of these protections, they are all the more essential here, where the challenged privacy is that of persons espousing beliefs already unpopular with their neighbors and the deterrent and “chilling” effect on the free exercise of constitutionally enshrined rights of free speech, expression, and association is consequently the more immediate and substantial”.

²⁴⁷ SCHAUER, Frederick. Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect. *Boston University Law Review*. v. 58, 1978, p. 685.

²⁴⁸ EUA. Suprema Corte. *Dombrowski v. Pfister*, 380 U.S. 479 (1965) - um caso em que uma lei excessivamente abrangente abarcava atividades subversivas, violando a liberdade de expressão.

²⁴⁹ SELTZER, Wendy. Free speech unmoored in copyright's safe harbor: Chilling effects of the DMCA on the first amendment. *Harvard Journal of Law & Technology*. v. 24, 2010, p. 194.

²⁵⁰ FISS, Owen M. *A Ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Tradução e prefácio de Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 11-12.

Por sua vez, Andrew Kenyon lembra que a lei, a prática jurídica e a economia política podem limitar o discurso público. Especificamente quanto às leis, as que têm viés de tutela contra a difamação e as que possuem campo muito amplo no que concerne à regulação do discurso, auxiliam no silenciamento. Também fatores como a propriedade de canais de mídia e o financiamento, as tradições e a prática do jornalismo, o estilo da sociedade e da oposição política são causas do resfriamento da liberdade de expressão²⁵¹.

A problemática é realmente interessante. A alegação de difamação pode se tornar uma artimanha bastante perigosa, especialmente para proteger agente político que não quer se ver confrontado por um discurso crítico. Chris Dent e Andrew Kenyon notaram bem tal situação e disseram que a qualidade do debate público torna-se limitado no tocante a questões de política e interesse público, por conta do medo da mídia de um processo judicial de difamação²⁵². A ideia de lei ampla, ou seja, com campo de incidência abrangente é muitas vezes ameaçador, justamente porque se utiliza invariavelmente de termos vagos. Além disso, uma mídia concentrada na mão de poucos e alinhada com interesses políticos não vai dar voz a minorias invisíveis, o que, por certo, irá gerar o resfriamento. No ponto, uma mídia “online” pode ser mais independente e, ao mesmo tempo, ter uma ampla e internacional cobertura. Por outro lado, o aspecto financeiro não pode ser ignorado. Infelizmente, as sociedades como um todo sofrem com a concentração de riqueza. Na matéria afeta ao “chilling effect” a situação não é diferente. O financiamento ou não de uma atividade pode alavancar um discurso, assim como pode silenciar o discurso do outro. Também as tradições e práticas do jornalismo influem no discurso ou no seu resfriamento. Neste caso, por exemplo, um jornalismo parcial que construa na mente das pessoas a noção de um país grande e apenas retrate boas notícias dos ocupantes de cargos políticos, pode gerar uma dissuasão nas opiniões contrárias, especialmente quando não há canais que dêem vazão ao ideal rival. A mídia consensual, em contrapartida à mídia adversarial, serve bastante para propósitos políticos. Por sua vez, uma sociedade, de fato, pouco plural e estratificada com forte poder nas mãos das elites, também pode gerar o silêncio. E, em último, uma oposição política que não faça ou não consiga fazer valer seus ideais não dá fluxo ao discurso daqueles que viam nela um fiel representante.

²⁵¹ KENYON, Andrew T. Investigating Chilling Effects: News Media and Public Speech in Malaysia, Singapore, and Australia. *International Journal of Communication*, v. 4, 2010, p. 442.

²⁵² DENT, Chris; KENYON, Andrew T. Defamation Law's Chilling Effect: A Comparative Content Analysis of Australian and US Newspapers. *Media and Arts Law Review*, v. 9, n. 89, 2004.

Chamando a atenção para dois pontos do “chilling effect”, a dissuasão como essência e o fato de o que resta dissuadido não ser uma pessoa, mas sim uma atividade, Schauer afirma que a base da dissuasão é o medo de punição, por multa, pela prisão, pela imposição de responsabilidade civil ou pela privação de um benefício governamental²⁵³; ou o medo de haver uma avaliação judicial equivocada da situação posta em julgamento, em que pese a conduta não ser proscribida pela lei regulamentadora²⁵⁴. A mesma ideia de medo é compartilhada por Seltzer, que exemplifica-o com a estimativa da pessoa do alto custo da defesa em eventual processo judicial, e a dúvida sobre a absoluta correção de sua conduta e o alto valor a ser pago em caso de se entender que a mesma foi incorreta²⁵⁵.

1.6.2 A definição de “chilling effect”

Com as palavras expostas, é chegado o momento de exhibir alguns pensamentos que se debruçaram sobre o tema. As concepções têm variações mais amplas ou mais restritas. Inicia-se com a compreensão de que o efeito silenciador abranda os direitos decorrentes da Primeira Emenda norte americana, sem, no entanto, proscrever diretamente uma atividade protegida²⁵⁶. Neste plano, há quem coloque que tal abrandamento, e o consequente efeito, tem origem em atividade de agente público. Além disso, ainda existe a ideia de dano ou da ofensa por “chilling effect”. Para o presente trabalho, pontua-se que não é correta a restrição do efeito às condutas apenas de agentes públicos ou do Estado. O provedor de serviços na Internet que, sempre que recebe notificações extrajudiciais, contemplando supostas difamações, provenientes de reclamação da classe política, derruba as postagens alvo do ataque, sem sombra de dúvida resfria o debate democrático. Por outro lado, uma questão que se coloca é saber se a mera ameaça de dano estaria incluída. A resposta deve ser positiva e uma

²⁵³ SCHAUER, Frederick. Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect. *Boston University Law Review*. v. 58, 1978, p. 689.

²⁵⁴ SCHAUER, Frederick. Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect. *Boston University Law Review*. v. 58, 1978, p. 695.

²⁵⁵ SELTZER, Wendy. Free speech unmoored in copyright's safe harbor: Chilling effects of the DMCA on the first amendment. *Harvard Journal of Law & Technology*. v. 24, 2010, p. 194.

²⁵⁶ DOLICH, Michael N. Alleging a first amendment chilling effect to create a Plaintiff's standing: a practical approach. *Drake L. Rev.*, v. 43, 1993, 176.

justificação é a própria fundamentalidade do direito, no caso do nosso estudo. Na hipótese da liberdade de expressão soma-se a posição preferencial.

Uma colocação relevante afirma que o “chilling effect” capta o pensamento de que um discurso valoroso socialmente não é externado porque o falante sente-se ameaçado pelo risco de ser responsabilizado civil ou penalmente²⁵⁷.

Outro entendimento que merece distinção afirma que o “chilling effect” ocorre quando indivíduos interessados em se engajar em determinada conduta lícita são dissuadidos de implementá-la por causa de uma regulação governamental desta atitude²⁵⁸. Aqui se destaca que o efeito resfriador ataca conduta lícita, ou seja, que encontra guarida na ordem jurídica. Três aspectos merecem atenção.

Um deles é que o efeito silenciador não tem como origem apenas o Estado. O particular, com muita frequência, também silencia o outro, notadamente quando o assunto é a liberdade de expressão. O outro aspecto é que não apenas pela regulamentação se causa o efeito. É possível igualmente, por exemplo, enxergar como causa a vigilância, inclusive levada a efeito pelo agente privado. A vigilância pode ser concretizada de variadas formas como, por exemplo, física, por tela de televisão, por câmeras de segurança, por inteligência artificial²⁵⁹, por coleta de dados na Internet e pela presença ou infiltração de pessoas em redes sociais²⁶⁰. Nesta última situação, a vigilância, do Estado ou de um ator particular, em relação a um indivíduo, pode fazer com que o mesmo sinta-se dissuadido de se manter em uma rede social e assim perder todos os ricos debates de cunho político eventualmente existentes. A autonomia é claramente abalada pela vigilância, ao passo que, pela liberdade de expressão, é alimentada²⁶¹. Por último, na formulação supra, vincula-se a regulamentação governamental diretamente à dissuasão. Ou seja, o ato estatal que causa o resfriamento é dirigido para

²⁵⁷ KENYON, Andrew T. Investigating Chilling Effects: News Media and Public Speech in Malaysia, Singapore, and Australia. *International Journal of Communication*, v. 4, 2010, p. 442.

²⁵⁸ SIDHU, Dawinder S. The Chilling Effect of Government Surveillance Programs on the Use of the Internet by Muslim-Americans. *University of Maryland Law Journal of Race, Religion, Gender and Class*, v. 7, n. 2, 2007, p. 376.

²⁵⁹ FURA, Elisabet; KLAMBERG, Mark. The Chilling Effect of Counter-Terrorism Measures: A Comparative Analysis of Electronic Surveillance Laws in Europe and the USA. 2012. In: CASADEVALL, Josep; MYJER, Egbert; O'BOYLE, Michael (editors). *Freedom of Expression – Essays in honour of Nicolas Bratza – President of the European Court of Human Rights*. Oisterwijk: Wolf Legal Publishers, 2012.

²⁶⁰ MARDER, Ben et al. The extended ‘chilling’ effect of Facebook: The cold reality of ubiquitous social networking. *Computers in Human Behavior*, v. 60, 2016, p. 583.

²⁶¹ KAMINSKI, Margot E.; WITNOV, Shane. The Conforming Effect: First Amendment Implications of Surveillance, beyond Chilling Speech. *U. Rich. L. Rev.*, v. 49, 2014, p. 467.

bloquear a atitude da pessoa, dissuadindo-a. No presente campo, o efeito resfriador pode ocorrer de duas maneiras: ou porque o indivíduo sente-se dissuadido em razão da imprecisão na definição legal do que o falante pode dizer, ou porque há uma rotulagem do tipo de discurso ou da pessoa que discursa, dando-se a dissuasão nas pessoas que, caso não existisse tal rótulo, compartilhariam da ideia. Silencia-se, assim, ou pela ameaça de punição, ou pelo medo de uma percepção social negativa²⁶². Não obstante isso, é correto o raciocínio pelo qual a causa do “chilling effect” tenha sido desenhada para um propósito e apenas indiretamente afete a liberdade de expressão, com a dissuasão na mente do indivíduo.

Uma contribuição que auxilia o dito acima aduz que o mesmo ocorre quando pessoas buscam praticar uma atividade protegida pela liberdade de expressão e acabam dissuadidas por uma regulação governamental não especialmente dirigida contra tal atividade²⁶³. Desta noção é que se extrai que o efeito resfriador pode vir indiretamente de uma ação do Estado. Na proposição, expressamente aduz-se que a atitude do Estado não é dirigida em desfavor da conduta das pessoas, que, entretanto, sofrem as consequências, por via indireta.

A autocensura é uma compreensão imanente à definição de “chilling effect”. Nesse caminho, não é incorreto dizer que o efeito silenciador ocorre quando um indivíduo se abstém do seu discurso, por receio de que uma lei, que não foi concebida para atingir sua conduta, o afete negativamente²⁶⁴. Indivíduos fazem escolhas conscientes de autocensura para evitar consequências explícitas ou não²⁶⁵. Com a mesma lógica em relação à repercussão indireta, existe quem ressalte a legitimidade da ação que causa o silenciamento. O espírito é que, por exemplo, a lei em si é legítima, correta, porém possui um efeito incidental de dissuasão. Os efeitos excedentes da lei acabam por atingir uma conduta lícita do indivíduo, o que não estaria em seu escopo²⁶⁶.

²⁶² DOLICH, Michael N. Alleging a first amendment chilling effect to create a Plaintiff's standing: a practical approach. *Drake L. Rev.*, v. 43, 1993, p. 186. KAMINSKI, Margot E.; WITNOV, Shane. The Conforming Effect: First Amendment Implications of Surveillance, beyond Chilling Speech. *U. Rich. L. Rev.*, v. 49, 2014, p. 479.

²⁶³ SCHAUER, Frederick. Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect. *Boston University Law Review*. v. 58, 1978, p. 693.

²⁶⁴ SELTZER, Wendy. Free speech unmoored in copyright's safe harbor: Chilling effects of the DMCA on the first amendment. *Harvard Journal of Law & Technology*. v. 24, 2010, p. 194.

²⁶⁵ KAMINSKI, Margot E.; WITNOV, Shane. The Conforming Effect: First Amendment Implications of Surveillance, beyond Chilling Speech. *U. Rich. L. Rev.*, v. 49, 2014, p. 483.

²⁶⁶ KENDRICK, Leslie. Speech, Intent and the Chilling Effect. *William & Mary Law Review*, V. 54, 2013, p. 1.649.

Com o que foi dito até agora, é interessante detalhar um pouco a formatação do medo, do princípio da incerteza e do princípio da comparação de danos. O medo²⁶⁷ possui dois componentes. O primeiro é a probabilidade de imposição errônea de uma sanção legal. O segundo é a magnitude do dano decorrente do erro de ser considerado responsável. A atitude da pessoa dissuadida é legal, porém, a depender da situação, existe o medo de que o sistema judiciário chegue a outra conclusão, passando a haver uma incerteza não apenas quanto ao sistema, mas igualmente na própria mente da pessoa se sua conduta é legal. Para agravar isso, soma-se o ingrediente da vagueza das palavras utilizadas nas diversas leis. A vagueza atinge com imprecisão a determinação da norma e a previsão de sua consequência. Isso gera, em efeito dominó, o aumento do grau de incerteza e, por sua vez, o aumento do medo. Além disso, este ainda pode ser visto pela perspectiva do custo de um processo judicial, ou seja, na defesa da conduta. O resultado, pois, dessa equação pode ser a dissuasão²⁶⁸.

Nessa paisagem, os princípios da incerteza e da comparação de danos têm vez. O princípio da incerteza já foi desenhado no parágrafo anterior e ele tem umbilical ligação com o medo. O medo na aplicação equivocada de sanção e o medo na aquilatação da responsabilidade ocasionam incerteza interior se a conduta é realmente legal, o que, somados à indeterminação da norma e ao custo da defesa jurídica do ato, pode gerar desistência na efetivação da atitude. Por sua vez, o princípio da comparação de danos propõe a análise de eventuais danos, pelas duas perspectivas, ou seja, afere-se o dano em tese decorrente do discurso e o dano decorrente do silenciamento do discurso. Nesse exercício de caso concreto, reconhece-se que o sistema judiciário erra e que é preferível ver, no âmbito da liberdade de expressão, a fluência de um discurso danoso do que a negação equivocada de um discurso protegido pela liberdade de expressão. Com isso, minimizam-se erros de julgamento, diminui-

²⁶⁷ Uma outra percepção do medo pode ser apresentada na dualidade de mundos, dentro e fora da Internet. A isso cunhou-se a expressão “extended chilling effect”. O efeito resfriador estendido seria o constrangimento da pessoa em seu comportamento na realidade da vida “offline”, para que tal atitude não seja visível junto à sua audiência “online”. Isso significa que o Facebook e outras comunidades sociais da Internet influenciam pessoas na vida real. Hoje em dia, então, que muitos têm aparelhos de telefone celular e estes possuem câmeras fotográficas, a inserção no mundo virtual do que ocorre na rua é mais do que uma probabilidade. Nesse sentido, quase todos que vivenciam esse mundo novo, sabem que em local público a privacidade é diminuída a um campo ínfimo. Não por outra razão, a quantidade de topless em praias francesas diminuiu. Isso demonstra que o mundo digital pode não ser tão libertador, mas sim opressor. MARDER, Ben et al. The extended ‘chilling’ effect of Facebook: The cold reality of ubiquitous social networking. *Computers in Human Behavior*, v. 60, 2016, pp. 583, 585-586 e 589.

²⁶⁸ SCHAUER, Frederick. Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect. *Boston University Law Review*. v. 58, 1978, pp. 696, 698-700. SELTZER, Wendy. Free speech unmoored in copyright's safe harbor: Chilling effects of the DMCA on the first amendment. *Harvard Journal of Law & Technology*. v. 24, 2010, p. 194.

se o medo decorrente do risco e reduz-se a dissuasão das condutas. É importante pontuar que, apesar de nem sempre ser fácil a empreitada, deve haver uma distinção do discurso submetido à proteção constitucional do discurso passível de restrição e regulamentação. É exatamente nessa fronteira que a problemática do “chilling effect” se situa. Nesse limítrofe tem vez a aplicação do princípio da comparação de danos. Será preferível o erro de sobreproteção à liberdade de expressão, do que o erro de subproteção e, por isso, esse segundo princípio também é chamado de princípio da prioridade²⁶⁹.

As lições apresentadas, então, permitem uma definição do “chilling effect”, com olhos para a liberdade de expressão. Dito isso, é possível conceber o efeito silenciador como aquele no qual o indivíduo sente-se dissuadido, autocensurando-se, em razão de sentir medo de praticar uma conduta lícita²⁷⁰, por conta de um ato²⁷¹ estatal ou particular, que indireta²⁷² ou diretamente, afeta-o com dano ou ameaça de dano à sua liberdade de expressão.

²⁶⁹ SCHAUER, Frederick. Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect. *Boston University Law Review*. v. 58, 1978, pp. 687, 704 e 731-732. KENDRICK, Leslie. Speech, Intent and the Chilling Effect. *William & Mary Law Review*, V. 54, 2013, pp. 1.637 e 1.652. SELTZER, Wendy. Free speech unmoored in copyright's safe harbor: Chilling effects of the DMCA on the first amendment. *Harvard Journal of Law & Technology*. v. 24, 2010, pp. 193-194 e 196.

²⁷⁰ Ressaltam esse predicado da conduta da pessoa dissuadida Frederick Schauer, em SCHAUER, Frederick. Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect. *Boston University Law Review*. v. 58, 1978, p. 694; Wendy Seltzer, em SELTZER, Wendy. Free speech unmoored in copyright's safe harbor: Chilling effects of the DMCA on the first amendment. *Harvard Journal of Law & Technology*. v. 24, 2010, p. 194; e Leslie Kendrick, em KENDRICK, Leslie. Speech, Intent and the Chilling Effect. *William & Mary Law Review*, V. 54, 2013, p. 1.649.

²⁷¹ Como destacam Ben Marder et al., debate-se a imprescindibilidade de antecedentes necessários para a ocorrência do efeito silenciador. MARDER, Ben et al. The extended ‘chilling’ effect of Facebook: The cold reality of ubiquitous social networking. *Computers in Human Behavior*, v. 60, 2016, p. 583.

²⁷² O professor Frederick Schauer expressamente defende a existência de “chilling effect” apenas para restrições indiretas ao direito da pessoa dissuadida. Diz o mesmo: “But we do not need any notion of a chilling effect to tell us that statutes which punish the unpunishable are unconstitutional and the Supreme Court does not need the chilling effect doctrine to so hold. In these instances of direct prohibition, the chilling effect adds nothing to the analysis; it is merely a truism to say that a statute which unconstitutionally penalizes protected speech also chills such speech. If the chilling effect is to have any significance as an independent doctrine it must refer only to those examples of deterrence which result from the indirect governmental restriction of protected expression”. SCHAUER, Frederick. Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect. *Boston University Law Review*. v. 58, 1978, pp. 692-693. A questão é que Schauer problematiza o tema olhando para condutas do Estado. Todavia, é possível ampliar o campo de abrangência, adotando-se a postura de que o particular também é ator de resfriamento, como no exemplo do “notice and takedown” do “Digital Millennium Copyright Act”. O professor Owen M. Fiss, em sua obra “A Ironia da Liberdade de Expressão – Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública”, defende abertamente que o discurso de ódio gera efeito resfriador. Considerando que este é um discurso que menoscaba diretamente minorias, não sendo difícil imaginar, por exemplo, uma postagem no Facebook que atinja uma determinada minoria com direto interesse em vê-la fora do debate político, parece correto afirmar que o “chilling effect” pode vir para direta ou indiretamente resfriar a liberdade de expressão de uma pessoa.

Com essas últimas notas, encerra-se a exposição sobre o “chilling effect”. O último capítulo deste trabalho abordará o anonimato, o localizador de conteúdo, o ator juiz da remoção e a caracterização da interação em mídia jornalística digital. Todos, de um modo ou de outro, utilizar-se-ão dos argumentos expostos neste primeiro capítulo. Porém, antes de tudo, lições a respeito do mundo “online” são importantes e sobre as mesmas o próximo capítulo tratará.

2 A INTERNET

2.1 Breve Evolução da Internet

No atual capítulo, vários temas referentes à Internet serão tratados. Como o presente trabalho é sobre liberdade de expressão, no mundo digital, especificamente relacionado à remoção de conteúdo, uma abordagem a respeito do mundo virtual tornou-se necessária. É preciso, porém, não se descuidar que aqui se trata do aspecto jurídico da questão, que, porém, não prescinde da análise de alguns pontos vizinhos. Nesse sentido, apresentar alguns passos percorridos pela tecnologia da informação e comunicação, desde a década de 1960, do século passado, até hoje, é interessante.

Inicialmente, o que hoje é chamado de Internet apenas permitia troca de dados entre computadores de universidades e agências do governo norte americano. Através do que se intitulou ARPANET (“Advanced Research Projects Agency’s network”), pesquisadores buscaram constituir uma rede interligada de computadores que se falassem. Com o uso do TCP/IP (“Transmission Control Protocol” ou “Internet Protocol”) tornou-se possível a conversa entre redes, porque os protocolos de comunicação foram especificados de um modo sistemático. Os dados, nesse desenho, eram transferidos por meio da tecnologia de rede TCP/IP que permite a interoperabilidade completa na Internet para que os computadores possam se comunicar entre si, mesmo que tenham sistemas operacionais ou softwares diferentes. Foi na década 1960 que o primeiro experimento de troca de dados em rede de computadores ocorreu. O ARPANET foi desenvolvido inicialmente para habilitar computadores operados por militares, profissionais de defesa e universidades que realizavam pesquisa em assuntos de defesa a se comunicarem²⁷³, por canais redundantes. A estrutura permitia a continuidade da comunicação entre as partes, ainda que um dos atores fosse danificado, por exemplo, em período de guerra²⁷⁴. Esse era o tom ditado pela Guerra Fria e o

²⁷³ MAIA, Daniel. *Liberdade de expressão nas redes sociais*, 1ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 27.

²⁷⁴ DEMASKE, Chris. *Modern power and free speech: Contemporary culture and issues of equality*. Laham: Lexington Books, 2009, p. 129.

medo era de um eventual ataque nuclear²⁷⁵. Sua intenção não era a constituição de uma rede de acesso ao público²⁷⁶.

Os computadores da década de 1980 eram pesados e estavam ao alcance apenas de grandes corporações. Este ambiente é o da primeira geração e, desde este momento, ninguém poderia ser considerado dono da Internet. Outro ponto importante é que os computadores roteadores não retinham consigo cópias dos pacotes de dados que transportavam. Isso traduzia uma enorme liberdade na arquitetura da rede. Como fica claro, tudo se iniciou nos EUA, porém a rede se espalhou pelo mundo, não tendo fronteira. Se em 1996, os EUA respondiam por 66% de usuários da rede, em 2014, passaram para 10,2%, especialmente por causa do crescimento asiático²⁷⁷.

Na década de 1990, a Internet passou a ser utilizada com viés comercial, tornando-se uma enorme força universal²⁷⁸. Nessa década, criou-se o “World Wide Web”, rede com sítios eletrônicos mais interativos, dinâmicos e de acesso mais fácil²⁷⁹. Aí nasceu a segunda geração da Internet. Em 1993, a Internet possuía 600 sítios eletrônicos, pulando, no ano seguinte, para 10.000²⁸⁰. Nessa época, era bastante difícil fazer publicações na Internet, pois a pessoa precisava ter conhecimentos específicos (linguagem HTML e compreensão sobre softwares). Entretanto, ao final dessa década e com o limiar do século XXI, fóruns de discussão surgiram, onde usuários passaram a poder transmitir informações prescindindo de conhecimentos especializados. Foi o início das redes sociais. Assim, nasceram, em 2004, o Orkut e o Facebook; e em 2005, o YouTube²⁸¹.

²⁷⁵ LIMA, Gláydson de Farias. *Manual de direito digital: fundamentos, legislação e jurisprudência*, 1ª edição. Curitiba: Appris, 2016, p. 23.

²⁷⁶ KIM, Jae Young. *Sorting Out Deregulation: Protecting Free Speech and Internet Access in the United States, Germany, and Japan*. New York: LFB Scholarly Publishing LLC, 2002, p. 68.

²⁷⁷ COHEN-ALMAGOR, Raphael. Internet Architecture, Freedom of Expression and Social Responsibility: Critical Realism and Proposals for a Better Future. *Innovation: The European Journal of Social Science Research*, pp.04-05 (15 April 2015). DOI: 10.1080/13511610.2015.1025042. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2602005>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

²⁷⁸ DEMASKE, Chris. *Modern power and free speech: Contemporary culture and issues of equality*. Laham: Lexington Books, 2009, p. 130.

²⁷⁹ MAIA, Daniel. *Liberdade de expressão nas redes sociais*, 1ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 27.

²⁸⁰ LIMA, Gláydson de Farias. *Manual de direito digital: fundamentos, legislação e jurisprudência*, 1ª edição. Curitiba: Appris, 2016, p. 24.

²⁸¹ LIMA, Gláydson de Farias. *Manual de direito digital: fundamentos, legislação e jurisprudência*, 1ª edição. Curitiba: Appris, 2016, p. 25.

É nesse quadro pintado anteriormente que se fala em Web 1.0, Web 2.0 e Web 3.0. Na Web 1.0 havia um controle do conteúdo do que poderia ser encontrado na rede. Com poucos tendo acesso real à rede interconectada e servindo a mesma a propósitos singulares, as informações, as expressões e os dados presentes podiam ser filtrados. Nesse tempo, a Internet figurava como um grande banco de dados de referências científicas. Porém, a Web 2.0 (também chamada de segunda revolução da Internet) surgiu exatamente como paradigma de interação, ou seja, os usuários, a partir de 2004, passaram a poder interagir entre si, criando, participando e disseminando suas criações, o que foi relevantíssimo para a circulação de fatos e opiniões, gerando, por outro lado, igualmente inúmeras violações a direitos fundamentais. São exemplos da Web 2.0 as redes sociais, os blogs e as wikis. É neste ambiente que Jack Balkin formata o que intitulou de democracia cultural. Nesse passo, o usuário é o centro das atenções e gera farto conteúdo na rede. Por sua vez, a Web 3.0 pode ser caracterizada como sendo o momento na Internet no qual as máquinas passaram a entender o que o usuário deseja. Através de processadores de dados, as informações coletadas são tratadas por aplicações que, então, são capazes de descrever os conteúdos e informações presentes na rede e, desta forma, traduzir a avalanche de dados existentes na Internet e entregar o que uma pessoa deseja. É de alguma forma como se os dispositivos tivessem consciência, já que compartilham, processam e compreendem os dados²⁸². Assim como essa evolução pode melhor habilitar a circulação de informações, pode igualmente limitar. Com isso, a vigilância passa a estar cada mais presente, o que gerou a expressão “Internet of Things” (Internet das Coisas) – devido ao crescimento de objetos com sensores conectados à Internet²⁸³.

Com as palavras acima colocadas é possível entender que, a partir de meados da primeira década do século XXI, aumentou exponencialmente a possibilidade de troca de informações e opiniões, em ambiente digital. E mais, a interação permitida com a evolução da tecnologia fez com que muitos falassem para muitos, passando, cada vez mais, as pessoas a

²⁸² É nesse ecossistema de coleta de dados, muitas vezes, não permitida, que Balkin escreve sobre o “fiduciário de informações”. BALKIN, Jack M. Information Fiduciaries and the First Amendment. *UC Davis L. Rev.*, v. 49, 2016.

²⁸³ HERNÁNDEZ RAMOS, Mario. El derecho al olvido digital en la web 2.0. *Cuaderno Red de Cátedras Telefónica*, nº 11, 2013, pp. 11-15. DE OLIVA, Afonso Carvalho. *Um Estudo do Caso Xuxa vs. Google Search (REsp 1.316. 921): O Direito ao Esquecimento na Internet e o Superior Tribunal de Justiça*, trabalho apresentado no I Congresso Internacional de Direitos da Personalidade (ISBN 978-85-8084-723-9). DALY, Angela, *The Internet, and Rationales for Free Expression*, pp. 05-06 (March 20, 2010). Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1600242> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1600242>>. Acesso em: 20 dez. 2016. LIMA, Glaydson de Farias. *Manual de direito digital: fundamentos, legislação e jurisprudência*, 1ª edição – Curitiba: Appris, 2016, p. 25. CHANDER, Anupam; LÊ, Uyên P. Free Speech. *Iowa Law Review*, v. 100, n. 2, p. 501, 2015, pp. 542-544.

ser produtoras e não apenas consumidoras de tais informações e opiniões. Conquanto relevante para a evolução da cultura e da sabedoria, ficando a liberdade de expressão como forte canal a proteger tudo isso, a colisão com outros direitos fundamentais passou a ser mais do que provável, ante a interação de pessoas com histórias de vida tão distintas.

2.2 Dados sobre a Internet no Brasil

A relevância da Internet é ímpar na história humana. Por conta disso, a maior organização mundial de países destacou o papel fundamental da rede. A ONU, por meio de seu Conselho de Direitos Humanos, editou a Resolução L. 20, em 27 de junho de 2016, na qual destacou inúmeras nobres funções da Internet. Dentre vários pontos, foram realçados o reconhecimento da privacidade “online” como meio de realização da liberdade de expressão sem interferência; o empoderamento da mulher no acesso à informação; o acesso das pessoas com deficiência a novas informações e tecnologias da comunicação; o reconhecimento da natureza global e aberta da Internet; a necessidade de instituições transparentes para garantir a liberdade de expressão²⁸⁴; a importância do combate ao discurso de ódio; e a necessidade de redução da divisão digital²⁸⁵. Para o presente trabalho, de extrema relevância é a afirmação de

²⁸⁴ Tratando da transparência no universo digital, ver BROWN, Ian. The Global Online Freedom Act. *Georgetown Journal of International Affairs*. V. 14, n. 1, 2013; e LESSIG, Lawrence. The law of the horse: What cyberlaw might teach. *Harvard law review*, v. 113, n. 2, 1999, pp. 536, e 539-541. A Corte Constitucional da Colômbia já ressaltou o princípio da transparência, no bojo da proteção de dados. Disse a Corte, no original: “La Ley Estatutaria 1581 de 2010, “*Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales*”, pretende regular la forma en que se realizará el tratamiento de datos personales al interior del territorio. La mencionada ley estatutaria adoptó una serie de principios aplicables a todas las bases de datos, dentro de los cuales se encuentran: (i) legalidad en el tratamiento de datos; (ii) finalidad; (iii) libertad; (iv) veracidad; (v) transparencia; (vi) acceso y circulación restringida; (vii) seguridad; (viii) circulación restringida” e “Principio de transparencia: En el Tratamiento debe garantizarse el derecho del Titular a obtener del Responsable del Tratamiento o del Encargado del Tratamiento, en cualquier momento y sin restricciones, información acerca de la existencia de datos que le conciernen” (itálico no original). Colômbia. Corte Constitucional. Sentença T-277/15, j. 12.05.15.

²⁸⁵ Apontando preocupação com a divisão digital, ver TRAVIS, Hannibal. Of Blogs, eBooks, and Broadband: Access to Digital Media as a First Amendment Right. *Hofstra Law Review*, Vol. 35, 2007; e LAMB, Jason M. The Digital Divide: Free Expression, Technology and a Fair Democracy (March 20, 2013). Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2245072>> ou <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2245072>>. Acesso em: 28 dez. 2016. Para Jason Lamb, a divisão digital seria uma questão de oportunidade econômica, uma questão de informação e conhecimento e uma questão de liberdade de expressão, sendo o ambiente ótimo da liberdade de expressão aquele que permita o acesso à livre circulação de informação, à educação de qualidade e a fóruns abertos.

que os mesmos direitos que as pessoas possuem “offline” devem ser protegidos no universo “online”, sobretudo a liberdade de expressão.

Nos dias atuais, cada vez mais a Internet se torna uma realidade acessível²⁸⁶ às pessoas. No Brasil, país de extrema desigualdade social, em 2011, estimou-se que 77,7 milhões de pessoas acessaram a Internet, o que representava 46,5% do total da população. Calculou-se também dentro dos parâmetros da pesquisa que, em 2005, 2008 e 2009, os usuários da rede eram 31,9 milhões (20,9% da população); 55,7 milhões (34,7% da população); e 67,7 milhões (41,6% da população), respectivamente²⁸⁷. Já em 2013, contabilizou-se em 85,6 milhões (49,4% da população) o quantitativo de pessoas que utilizaram a Internet²⁸⁸.

No ano de 2014, alguns números da Internet no Brasil são importantes. Mais da metade dos domicílios particulares passaram a ter acesso à rede. Em 2013, eram 48,0%, passando, em 2014, a 54,9% (36,8 milhões de domicílios). De todo modo, a diferença era gritante quando se dividia em área urbana e área rural, o acesso dos domicílios a esse mundo (60,8% e 18,5%, respectivamente). A distinção também se enxergou no plano econômico. Os domicílios com rendimento *per capita* até 1 salário mínimo ficaram abaixo da média nacional. Já os das demais classes tiveram acesso à Internet superior à média nacional. Esse número chegou a 88,9% dos domicílios com mais de 5 salários mínimos. Com relação à pessoa, individualmente considerada, nesse mesmo ano, estimou-se que 95,4 milhões (54,4% da população) acessaram a Internet²⁸⁹.

Em relação a 2015, o crescimento da Internet no país se manteve. O número de domicílios inseridos no mundo virtual atingiu os 57,8% (39,3 milhões de domicílios). Infelizmente a desproporção entre domicílios urbanos e rurais continuou (63,9% e 21,2%, respectivamente). Também houve aumento de pessoas acessando a rede, nesse ano, chegando o número a 57,5% da população (102,1 milhões de pessoas). No tocante ao fato de se possuir telefone móvel celular para uso pessoal, o número alcançou 139,1 milhões (78,3% da

²⁸⁶ O Google pretende levar o acesso à Internet ao mundo inteiro, conforme notícia extraída do sítio eletrônico Olhar Digital. Disponível em <<http://olhardigital.uol.com.br/noticia/google-usara-baloes-para-levar-internet-ao-mundo/35290>>. Acesso em: 28 set. 2016.

²⁸⁷ Brasil. IBGE. *Acesso à Internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal*: 2011/IBGE, Coordenação de Trabalho e Rendimento. Rio de Janeiro: IBGE, 2013.

²⁸⁸ Brasil. IBGE. *Acesso à Internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal*: 2013/IBGE, Coordenação de Trabalho e Rendimento. Rio de Janeiro: IBGE, 2015.

²⁸⁹ Brasil. IBGE. *Acesso à Internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal*: 2014/IBGE, Coordenação de Trabalho e Rendimento. – Rio de Janeiro: IBGE, 2016.

população do país)²⁹⁰. Estimou-se que, na metade de 2017, a população brasileira girava em torno de 207 milhões²⁹¹ de pessoas e que em 2015 os 102 milhões de brasileiros tinham acesso à Internet principalmente por meio de celulares (89% dos usuários)²⁹².

O Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br) detectou, em sua pesquisa datada de 2015, alguns dados muito importantes de representação ímpar para a melhor inserção do brasileiro no cenário virtual, aliado à diminuição das diferenças existentes entre as classes sociais e as regiões do país. Se por um lado houve o aumento do uso de notebooks e tablets nas residências brasileiras, assim como de telefone celular para acessar a Internet, por outro, não ocorreu uma plena inclusão digital da população. As razões vão desde a necessidade de maior capacidade de conexão e tráfego de dados, até a indisponibilidade do serviço na região, passando pelo custo do mesmo²⁹³.

Sob um olhar mundial, o CGI.br assentou que, em 2008, 58% dos domicílios na Europa e 39% dos domicílios nas Américas tinham acesso à Internet, enquanto no Brasil, apenas 18% tinham esse acesso. Países na Ásia e Estados Árabes tinham um percentual de 17, enquanto os países africanos tinham 2%. Em 2015, os europeus chegaram a 81% e os americanos a 61%. O Brasil ficou em 51%, tendo os países asiáticos e árabes alcançado 43%. Os africanos atingiram 14% de domicílios com acesso à Internet nesse mesmo ano. De igual modo, em 2008, do total da população européia, 60% eram usuárias da Internet. Nas Américas, 44% do total da população eram usuárias da Internet. Esse número, no Brasil, era de 34%, enquanto nos países asiáticos e árabes, era de 16%. Os países africanos tinham 6% do total da população como usuárias da Internet. Em 2015, os europeus subiram para 76%, os americanos para 62%, o Brasil para 58%, os asiáticos e árabes para 38% e 39%, respectivamente, e os africanos para 22%²⁹⁴. É curioso notar que em uma comparação com

²⁹⁰ Brasil. IBGE. *Acesso à Internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal*: 2015/IBGE, Coordenação de Trabalho e Rendimento. – Rio de Janeiro: IBGE, 2016.

²⁹¹ Informação extraída do sítio eletrônico do IBGE. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>>. Acesso em: 14 jun. 2017.

²⁹² Dado foi extraído do sítio eletrônico do governo brasileiro Portal Brasil. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/ciencia-e-tecnologia/2016/09/pesquisa-revela-que-mais-de-100-milhoes-de-brasileiros-acessam-a-internet>>. Acesso em: 28 set. 2016.

²⁹³ CGI.br. *Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação nos domicílios brasileiros* [livro eletrônico]: TIC domicílios 2015 = Survey on the use of information and communication technologies in brazilian households: ICT households 2015/Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR [editor]. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2016, pp. 125-135.

²⁹⁴ CGI.br. *Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação nos domicílios brasileiros* [livro eletrônico]: TIC domicílios 2015 = Survey on the use of information and communication technologies in

países da América Latina, mais da metade dos usuários da Internet são do Brasil ou do México. Estes dois mais Argentina e Chile são os países líderes, na região, em acesso da Internet de alta velocidade²⁹⁵. Os brasileiros foram considerados os que mais gastam horas nas chamadas redes sociais²⁹⁶ e utilizam, principalmente, as seguintes ferramentas: Facebook, WhatsApp, Messenger, YouTube, Instagram, Google+, Skype, Twitter, LinkedIn, Snapchat e Pinterest²⁹⁷.

Tudo isso implica, ao menos, duas observações. A primeira aponta para a larga distância que o Brasil está em relação aos países desenvolvidos. Seja por questões geográficas de um país continental, seja por razões políticas e passando pela causa econômica financeira, que não pode ser esquecida, a verdade é que ainda falta muito para o Brasil ser considerado como digitalmente inserido no mundo virtual e, com certeza, quem perde com isso é a democracia que se ressentir de um mecanismo tão poderoso. A segunda reflexão é o fato de o brasileiro querer estar inserido nesse universo. A tendência de crescimento de pessoas e de domicílios acessando a Internet e interagindo, por exemplo, em redes sociais, denota que essas tecnologias estão longe de serem ignoradas pelo brasileiro. Pelo contrário, o mesmo faz delas uma parte integrante de sua vida e isso aponta para um potencial uso em favor da troca de informação e ideia.

2.3 Algumas Características da Era da Internet

No presente item deseja-se apresentar alguns atributos da Internet. Vale, no entanto, fazer dois destaques. O primeiro é que as características apresentadas são aquelas que, na nossa opinião, relacionam-se com a liberdade de expressão e remoção de conteúdo da Internet. O segundo é que a realidade virtual é muito fluída, sendo a evolução da tecnologia

brazilian households: ICT households 2015/Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR [editor]. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2016, pp. 135 e 139.

²⁹⁵ Disponível em <<https://opennet.net/research/regions/la>>. Acesso em: 13 jun. 2017.

²⁹⁶ Informação extraída do sítio eletrônico Techtudo. Disponível em <<http://www.techtudo.com.br/noticias/noticia/2014/07/brasileiros-lideram-ranking-de-horas-gastas-em-redes-sociais-diz-estudo.html>>. Acesso em: 28 set. 2016.

²⁹⁷ Informação extraída do sítio eletrônico Marketingdeconteudo. Disponível em: <<http://marketingdeconteudo.com/redes-sociais-mais-usadas-no-brasil/>>. Acesso em: 28 set. 2016.

muita rápida. A contemporaneidade do assunto salta aos olhos e como o fenômeno está sendo vivenciado, é de se destacar não só a limitação do rol apresentado, como a possível, senão a provável mudança do mesmo com o passar do tempo.

A Internet é pródiga em paradoxos. Aproxima e distancia as pessoas. Usuários de redes sociais afirmam ter centenas, senão milhares de amigos, mas não conseguem encontrar fisicamente nem com uma parcela ínfima usualmente. Ainda assim, é possível comunicar-se com inúmeros deles em tempo real, do modo que outro tipo de canal não permitiria²⁹⁸. E isso tem repercussão direta na democracia. Não sem razão, existe a preocupação com a fragmentação e a polarização, ocasionadas pela soma de acesso e recepção de informações e opiniões apenas de conteúdo que pessoas de ideias semelhantes possuem, onde a troca de ideias somente se dá dentro de um grupo homogêneo e não amplamente²⁹⁹. A consequência empírica disso é o crescimento do discurso de ódio digital e da radicalização política, situações que, infelizmente, parecem progredir no Brasil.

Além disso, o universo “online” traz em si a ideia de descentralização de autoridade³⁰⁰. Significa isso que a liberdade é a grande qualidade da rede. Como não existe um dono, bem como porque nenhum país a controla, a lógica da autoridade não existe. Assim, muitos conteúdos podem se fazer presentes, o que enseja um progresso social e intelectual³⁰¹. Tal caráter reforça o predicado de mercado de ideias global da Internet e qualifica-a como um fórum público, em regra, imune a restrições de conteúdo e pontos de vista³⁰². Entretanto e ao mesmo tempo, falta, muitas vezes, um freio respeitador com o pensamento e a pessoa do próximo, justamente por não se enxergar um árbitro do jogo, gerando muitos abusos³⁰³.

²⁹⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Vigilância líquida: diálogos com David Lyon*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, pp. 30-33. Tal traço foi ressaltado pela Corte Constitucional da Colômbia, quando analisou a T-277/15, j. 12.05.2015 (Magistrada María Victoria Calle Correa).

²⁹⁹ SUNSTEIN, Cass R. *Republic.com 2.0*. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2009, pp. 05-06 e 43-96.

³⁰⁰ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade de expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Coimbra: Universidade de Coimbra. Coimbra editora, 2002, p. 1.105.

³⁰¹ COHEN-ALMAGOR, Raphael. In Internet's Way. In: FACKLER, Mark; FORTNER, Robert S. (eds.). *Ethics and Evil in the Public Sphere: media, universal values & global development*. New York: Hampton Press, 2010, p. 94.

³⁰² MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade de expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Coimbra: Universidade de Coimbra. Coimbra editora, 2002, p. 1.106. Tal traço foi ressaltado pela Corte Constitucional da Colômbia, quando analisou a T-277/15, j. 12.05.2015 (Magistrada María Victoria Calle Correa).

³⁰³ COHEN-ALMAGOR, Raphael. Internet Architecture, Freedom of Expression and Social Responsibility: Critical Realism and Proposals for a Better Future. *Innovation: The European Journal of Social Science*

Comumente perceptível, a atualidade é marcada pelo fácil armazenamento de dados, pela dificultosa operação de esquecimento, e pela rememoração³⁰⁴, o que retarda “o processo natural do esquecimento” e reacende “o paradigma da lembrança”³⁰⁵. No mundo cibernético o indivíduo tem uma redução no controle das próprias informações. Existe uma exposição muito maior, ainda que a pessoa não deseje isso. Contribui para tanto o fato de que terceiros ganham com a perda desse controle. Hoje, é cada vez mais difícil que essas informações não sejam coletadas, acessadas e disseminadas. O esforço de memória é baixo e é possível dizer que atualmente não se pode esquecer o passado. Isso levou à comodificação das informações presentes na Internet, passando a existir uma grande penetração na vida alheia³⁰⁶. A exposição que isso proporciona importa invariavelmente em uma questão de privacidade dos usuários em face dos que coletam os dados para seus próprios propósitos³⁰⁷. A eternização da informação apresenta-se como virtude e problema. Um ponto virtuoso é que a Internet executa uma função enciclopédica. O “direito ao esquecimento” é, por sua vez, um tema problemático desse ambiente.

Nesse processo de eternização, cabe realçar dois mecanismos muito utilizados e que podem se combinar: o “backup” e a memória cache. O primeiro é um gênero de procedimento de segurança que duplica os dados armazenados, periodicamente, com objetivo de utilização em caso de perda; já o segundo, é um tipo de memória com acesso célere, usado para armazenamento dos dados acessados com maior frequência³⁰⁸. Não só o Google utiliza-se de

Research, p. 05 (15 April 2015). DOI: 10.1080/13511610.2015.1025042. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2602005>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

³⁰⁴ COLAÇO, Hian Silva. Dimensão Internacional do Direito Humano ao Esquecimento Digital: Diálogo entre a Experiência Brasileira e Estrangeira. *Revista Jurídica Luso Brasileira – RJLB*, ano 2, nº 3, 2016 – Portugal, Lisboa: Publicação do Centro de Investigação de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (CIDP), p. 719. No mesmo sentido, ver: LIMA, Erik Noleta Kirk Palma. Direito ao esquecimento: discussão europeia e sua repercussão no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, v. 50, nº 199, jul./set. 2013, 07/2013, p. 281. MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. *Delete: The virtue of forgetting in the digital age*. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2011, pp. 92-112.

³⁰⁵ COLAÇO, Hian Silva. Dimensão Internacional do Direito Humano ao Esquecimento Digital: Diálogo entre a Experiência Brasileira e Estrangeira. *Revista Jurídica Luso Brasileira – RJLB*, ano 2, nº 3, 2016 – Portugal, Lisboa: Publicação do Centro de Investigação de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (CIDP), p. 720.

³⁰⁶ MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. *Delete: The virtue of forgetting in the digital age*. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2011, pp. 97-112.

³⁰⁷ HILL QC, Lord Lester of Herne. Free Speech Today. *XXXIII POLISH Yearbook of International Law* 2013, Warsaw: Wydawnictwo Naukowe Scholar, 2014, p. 141.

³⁰⁸ PAZZINATTO, Carlos Henrique; DE ALMENDRA FREITAS, Cinthia Obladen. O direito ao esquecimento frente aos mecanismos de memória eterna. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 13, nº 17, 2016, pp. 88-90. Muito importante é a seguinte explicação dos autores: “O cache na Web é implementado por meio de

memória cache. Também o “Internet Archive Waybackmachine” o faz e, desde 1996, já possui mais de 306 bilhões de páginas web gravadas³⁰⁹. Por isso, o risco de algo ser apagado na grande rede é ínfimo³¹⁰.

O descontrole da propagação e utilização de dados³¹¹, portanto, não deve ser ignorado, nos dias de hoje. É causa e consequência disso a enorme ampliação dos relacionamentos virtuais³¹², pois geram uma quantidade considerável de transmissão e uso de dados, ocasionando uma enxurrada de dados disponíveis. É inegável, com isso, o surgimento da vulnerabilidade que toma conta de boa parte da rede³¹³ com multiplicidade de lesões a direitos. Não obstante, em relação à política, tal vulneração é um risco em troca de um projeto maior e, em tese, republicano. Aumentando a capacidade informativa da sociedade, interessa destacar que a Internet e as redes sociais constituem um novo espaço para a liberdade de expressão, modificando o relacionamento entre os governantes e os cidadãos³¹⁴.

mecanismos como “programas robôs” que realizam o rastreamento e efetivam *backups* instantâneos de cada página dos sites consultados para que, em caso de eventual indisponibilidade do site buscado, seja possível acessá-lo. Assim, ao acessar o *cache*, é possível estar diante de uma versão desatualizada ou excluída da página” (itálico no original).

³⁰⁹ Disponível em: <<https://archive.org/web/>>. Acesso em: 23 out. 2017.

³¹⁰ PAZZINATTO, Carlos Henrique; DE ALMENDRA FREITAS, Cinthia Obladen. O direito ao esquecimento frente aos mecanismos de memória eterna. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 13, nº 17, 2016, p. 91. Os autores ressaltam a “impossibilidade de que uma pessoa possa facultativamente, ou mesmo que por meios judiciais, excluir algo da rede, seja do sistema de busca, de sites de relacionamento, blogs e até mesmo dos aplicativos que permitem a troca de mensagens instantâneas. Esta ação tem pouco efeito na atual era digital, pois ao se colocar algo que seja veiculado pela Internet, o conteúdo pode ter ser duplicado (sic), remetido para outra área de armazenamento, enviado para outro computador, entre outras ações, ou seja, o conteúdo nunca se perde”. Idem. p. 92. E arrematam que “as angústias pessoais por ter divulgado determinado conteúdo, exposto na Internet, são em vão. Uma vez carregado, o conteúdo vai se “perder” na rede. (...) Pode-se, portanto, enunciar que é impossível retirar um conteúdo da Internet de modo definitivo, um dia este conteúdo reaparecerá”. Idem. p. 100.

³¹¹ COLAÇO, Hian Silva. Dimensão Internacional do Direito Humano ao Esquecimento Digital: Diálogo entre a Experiência Brasileira e Estrangeira. *Revista Jurídica Luso Brasileira – RJLB*, ano 2, nº 3, 2016 – Portugal, Lisboa: Publicação do Centro de Investigação de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (CIDP), p. 720.

³¹² DA SILVEIRA, Ricardo et al. Direito ao Esquecimento frente à Hostilidade da Sociedade Superinformativa. *Periódico Científico Projeção, Direito e Sociedade*, v. 6, nº 2, 2015, p. 67.

³¹³ DA SILVEIRA, Ricardo et al. Direito ao Esquecimento frente à Hostilidade da Sociedade Superinformativa. *Periódico Científico Projeção, Direito e Sociedade*, v. 6, nº 2, 2015, p. 68.

³¹⁴ GARCÍA, Aristeo. El derecho al olvido digital de los políticos en el Estado de México: análisis y propuesta desde una perspectiva comparada. *Apuntes Electorales*, nº 52, 2015, p. 110.

Com a avalanche de informações trazidas pela Era da Informação Digital, houve uma clara democratização³¹⁵ no acesso a todo tipo de dado disponível, já que o mesmo é simples e realizado a baixo custo³¹⁶, o que permitiu a ampliação do conhecimento a classes mais desfavorecidas das sociedades. Esse predicado mostra-se relevante, sobretudo, para o orador³¹⁷. Entretanto, como o conhecimento é produzido de modo colaborativo³¹⁸, é preciso observar o outro lado dessa moeda e apontar para o relato de inúmeras violações a direitos autorais. Com efeito, a partir do momento em que o mundo digital permite a criação de conteúdo em cima de algo já existente ou mesmo a tomada do conteúdo anterior para uso não comercial, nasce uma questão de respeito (ou não) a direitos autorais.

Paralelo a isso, é importante dizer que a Internet exerce a função de dar paridade entre orador e ouvinte, nivelando a interação comunicativa³¹⁹. Vozes então marginalizadas, pelo canal virtual, conseguem dar azo às suas idéias e perspectivas, retirando-se o controle da agenda daqueles que antes tradicionalmente a detinham³²⁰. Prevalece a lógica do discurso de muitos para muitos, invertendo-se o que ocorria no século XX. A função de filtro, antes na mão do falante, hoje encontra-se na do auditório que escolhe o que deseja ler³²¹. É nessa arquitetura que se pode dizer que a Internet possibilitou a grande difusão da participação

³¹⁵ COLAÇO, Hian Silva. Dimensão Internacional do Direito Humano ao Esquecimento Digital: Diálogo entre a Experiência Brasileira e Estrangeira. *Revista Jurídica Luso Brasileira – RJLB*, ano 2, nº 3, 2016 – Portugal, Lisboa: Publicação do Centro de Investigação de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (CIDP), p. 729.

³¹⁶ MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. *Delete: The virtue of forgetting in the digital age*. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2011, p. 169.

³¹⁷ GODWIN, Mike. *Cyber rights: Defending free speech in the digital age*. Cambridge and London: MIT Press, 2003, pp. 07-08. Tal traço foi ressaltado pela Corte Constitucional da Colômbia, quando analisou a T-277/15, j. 12.05.2015 (Magistrada María Victoria Calle Correa).

³¹⁸ ROWBOTTOM, Jacob H. In the Shadow of the Big Media: Freedom of Expression, Participation and the Production of Knowledge Online. *Public Law*. ISSN 0033-3565, n. 03, jul. 2014; ou *Oxford Legal Studies Research Paper No. 10/2014*, p. 11. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2383901>>. Acesso em: 19 dez. 2016.

³¹⁹ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade de expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Coimbra: Universidade de Coimbra. Coimbra editora, 2002, p. 1.105.

³²⁰ HILL QC, Lord Lester of Herne. Free Speech Today. *XXXIII POLISH Yearbook of International Law 2013*, Warsaw: Wydawnictwo Naukowe Scholar, 2014, p. 141. Tal traço foi ressaltado pela Corte Constitucional da Colômbia, quando analisou a T-277/15, j. 12.05.2015 (Magistrada María Victoria Calle Correa).

³²¹ GODWIN, Mike. *Cyber rights: Defending free speech in the digital age*. Cambridge and London: MIT Press, 2003, pp. 08 e 13.

cultural e a interação, dentro da releitura da liberdade de expressão através da democracia cultural³²².

Na mesma linha, cabe frisar que a rede virtual assume o papel de ferramenta de emancipação, de transparência e de tutela contra ditaduras e opressões³²³. No ponto, destaca-se a função de proporcionar o descobrimento da verdade e a fuga de versões tendenciosas e capciosas³²⁴.

Os assuntos destacados irmanam-se com questões como anonimato, localizador de conteúdo, ator juiz da remoção e caracterização da interação em mídia jornalística digital, todas de forte cunho constitucional e umbilicalmente ligadas à liberdade de expressão. Pressupõem as mesmas antes dois debates: o primeiro deles, a possibilidade de regulação da liberdade de expressão – o que já foi feito no capítulo anterior; o outro, relacionado à regulação da Internet. É em relação a este último tema que o próximo item está reservado.

2.4 Regulação da Internet

Uma questão necessária ao estudo da Internet, especialmente, no tocante à liberdade de expressão, é sobre a regulação da rede³²⁵. A regulação é aqui concebida como uma “atividade de interferência no exercício da liberdade privada, por meio de coerções ou de induções” através de “normas de comando e controle, normas de indução, além de outras

³²² BALKIN, Jack M. Digital speech and democratic culture: A theory of freedom of expression for the information society. *NYUL rev.*, v. 79, 2004, p. 02. Balkin, no entanto, não ignora que essa mesma tecnologia pode acabar servindo para limitar a participação na democracia cultural. *Idem.* p. 05.

³²³ HERNÁNDEZ RAMOS, Mario. El derecho al olvido digital en la web 2.0. *Cuaderno Red de Cátedras Telefónica*, nº 11, 2013, p. 07.

³²⁴ Não se ignoram, entretanto, as armadilhas que o mundo digital proporciona. A “pós-verdade” está aí para comprovar isso. O assunto ganhou notória repercussão nos últimos anos, inclusive com destaque pela mídia, conforme DAVIES, William, The Age of Post-Truth Politics. *New York Times*. Nova Iorque, 24 ago. 2016. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2016/08/24/opinion/campaign-stops/the-age-of-post-truth-politics.html?_r=0>. Acesso em: 23 jan. 2017.

³²⁵ O tema da necessidade de regulação da rede leva a várias outras questões vizinhas, como a que indaga quem deve sentar-se à mesa de debates, assim como sobre a necessidade de uma regulação além das fronteiras (ou seja, de cunho internacional) e de qual modelo adotar. Em que pese serem assuntos relevantíssimos, o espaço e o escopo deste trabalho não permitem avançar nessas direções, sob pena de perda de rumo do mesmo.

estratégias regulatórias não normativas”³²⁶. É possível dizer que por três gerações esse debate foi colocado. Em um primeiro momento, o ponto era saber se deveria haver uma regulação, ou se deveria existir um direito próprio da Internet. No segundo momento, quando se assentou a existência de fato de uma regulação, debruçou-se em saber quais condutas deveriam ser reguladas. Esta geração tinha uma visão de Internet não com ares de liberdade, mas de enorme controle. Por último, surgiu a terceira geração que fundiu as duas anteriores e enxergou uma distinção no universo cibernético, porém também se preocupou com questões de arquitetura da rede e do poder privado de certos atores³²⁷. Diante desse cenário, apresentaremos os argumentos contra a regulação da Internet. Após, porém, exporemos lógicas, com as quais concordamos, a favor da regulação.

2.4.1 O pensamento não regulatório

Pensamento existe que propugna a configuração de uma Internet livre. Deseja-se, com isso, uma rede sem influências de um Estado singular, certo de que a potência (país ou bloco de países) que mais desponta no cenário político e econômico é que traçaria essa regulação. A doutrina excepcionalista³²⁸ prega que a Internet é um mundo a parte e nesse mundo deveria ocorrer uma autorregulação, com o mundo cibernético desenvolvendo suas próprias regras e regulações. Para estes, em primeiro lugar, a autorregulação da Internet traz mais bem estar; em segundo, é inútil qualquer tentativa de regular a rede por causa da sua natureza descentralizada; e em terceiro, um autogoverno virtual estaria em maior consonância com os ideais de democracia liberal baseados na primazia de normas locais e da escolha individual. A

³²⁶ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação, Regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 163.

³²⁷ BERMAN, Paul Schiff. *Law and Society Approaches to Cyberspace*. Burlington: Ashgate Publishing Limited, 2007, pp. XVI-XVIII.

³²⁸ É importante ressaltar a existência de três posturas, no que concerne à regulação da Internet: uma, os que pregam a não regulação (aqui chamados de excepcionalistas); duas, os que pensam que deve haver uma regulação, porém não uma legislação própria para a área da Internet; e três, os que entendem pela necessidade da regulação, por meio de leis específicas para o mundo virtual. As segunda e terceira posturas entram no pensamento não excepcionalista, em que pese haver lição em sentido diverso (BERMAN, Paul Schiff. *Law and Society Approaches to Cyberspace*. Burlington: Ashgate Publishing Limited, 2007, p. XIV) e pensamos que, a depender do assunto, uma ou outra terá maior sucesso na tentativa de solução do caso, sendo exemplo da segunda postura, a difamação, e da terceira, a responsabilidade dos intermediários.

autoridade governamental baseada geograficamente e suas leis não teriam aplicabilidade na Internet, porque esta seria eminentemente não física, estando em todos os lugares e em nenhum lugar ao mesmo tempo.

Dentro dessa escola de pensamento há os cyberseparacionistas. Estes entendem que a aplicação de leis da vida real ao mundo virtual seria o mesmo que aplicar as leis de um Estado a outro, o que viola os princípios de autogoverno. Além disso, afirmam que não se deve ser governado por leis distantes e desconectadas, mas sim por “netizens” (cidadãos virtuais) que se interagem. Assim, o autogoverno seria a melhor forma de legitimar tal governo³²⁹.

Mais quatro argumentos a favor da não regulação podem ser apresentados. Um argumento é o de que a velocidade das mudanças do universo virtual importaria em que as leis do mundo real não teriam uma aplicação adequada ao mundo “online”. Assim, seria melhor que os usuários da Internet, entre si, melhor organizassem esse ambiente. Outra razão é que as leis do mundo real são dominadas por grupos de interesses políticos e isso geraria um risco ao espaço virtual³³⁰. Ademais, uma terceira lógica é que a rede foi concebida para ser um meio de comunicação anárquico e inapropriável por uma intrusão regulatória governamental. E por fim, a rede deveria ser capaz de fazer avançar a liberdade em nível mundial demolindo barreiras de acesso à informação. Esse pensamento, é preciso dizer, não deixa de receber guarida de uma interpretação absolutista da Primeira Emenda à Constituição norte americana³³¹.

Uma parcela da doutrina da Primeira Emenda empresta especial importância à ideia de liberdade de expressão como liberdade negativa, onde deve o Estado adotar uma postura de neutralidade. Isso tornaria a regulação do espaço (do discurso) virtual uma conduta estatal indevida³³². Marvin Ammori explica que, nos EUA, por uma interpretação equivocada das cortes inferiores em relação à decisão tomada pela Suprema Corte em *Turner Broadcasting v.*

³²⁹ UBANGHA, Choice. Hate Speech in Cyberspace: Why Education is Better than Regulation. 2016, pp. 09-12. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2865053>>. Acesso em: 15 mar. 2017. TSESIS, Alexander. Hate in cyberspace: Regulating hate speech on the Internet. *San Diego L. Rev.*, v. 38, 2001, p. 821.

³³⁰ EASTERBROOK, Frank H. Cyberspace and the Law of the Horse. *University of Chicago Legal Forum*. 1996, pp. 208-211. Paul Berman ressalta, no entanto, que Frank Easterbrook pensava no sentido de que os princípios legais gerais deveriam ser aplicados ao mundo digital e não que deveria existir uma lei para regular a Internet. BERMAN, Paul Schiff. *Law and Society Approaches to Cyberspace*. Burlington: Ashgate Publishing Limited, 2007, p. XIV.

³³¹ MAYER-SCHONBERGER, Victor; FOSTER, Teree E. A regulatory web: free speech and the global information infrastructure. *Mich. Telecomm. & Tech. L. Rev.*, v. 3, 1996, pp. 46-47.

³³² AMMORI, Marvin. First Amendment Architecture. *Wis. L. Rev.*, 2012, p. 24.

*FCC (Turner I)*³³³, reoxigenou-se o argumento de impossibilidade de regulação do espaço, em matéria de comunicação, o que pode ser estendido para o ambiente cibernético³³⁴.

Na declaração de independência do ciberespaço, feita em fevereiro de 1996 por John Perry Barlow, preconizou-se uma Internet sem a presença dos Estados. Nela dizia-se da inexistência de governos eleitos, da inexistência de autoridade sobre o espaço virtual, da inexistência de direitos morais sobre tal universo e da ausência de mecanismos de cumprimento de leis do mundo real. Além disso, apontava-se a extrapolação das fronteiras, no sentido de o ambiente “online” não estar no “offline”. Com o argumento de que dilemas da vida real eram usados para invadir a vida virtual, a declaração afirmava que os problemas virtuais seriam identificados e solucionados pelos próprios meios digitais. Por outro lado, Barlow exclamou que a Internet seria um mundo sem privilégios ou preconceitos, sem medos de expressão de crenças e sem coerções, e que um novo contrato social seria formatado, para o surgimento de um novo governo em conformidade com o novo mundo (digital)³³⁵.

A visão romanceada acima do fenômeno virtual falhou já pela análise das promessas de se solucionarem as questões desse mundo pelos seus próprios métodos, e de inexistência de privilégios e preconceitos³³⁶. Dois pontos simples colocam a baixo o pensamento de Barlow. O tema do “hate speech” virtual, um ano antes de a declaração ser feita, começou a ter maior saliência. Em 1995, constatou-se que o número de membros de grupos que

³³³ *Turner Broadcasting v. FCC*, 512 U.S. 622 (1994). Em *Turner I*, decidiu-se pela manutenção de uma legislação (“Cable Television Consumer Protection and Competition Act of 1992”) que exigia que operadores de cabo transmitissem estações locais de televisão. Para tanto, utilizou-se do teste de escrutínio intermediário. Porém, a decisão exigiu evidências substanciais de um importante interesse e estrita adequação no sentido de não onerar substancialmente mais discurso do que o necessário, sendo aplicada a casos em que o governo impõe limitações aos proprietários, regras de acesso e outras situações que envolvessem televisão a cabo.

³³⁴ As cortes inferiores, em relação a *Turner I*, entenderam que a exigência de evidências substanciais e de estrita adequação, significavam uma barreira constitucional a leis que buscassem promover uma ampla disseminação de informação. AMMORI, Marvin. First Amendment Architecture. *Wis. L. Rev.*, 2012, pp. 78-80.

³³⁵ BARLOW, John Perry. A Declaration of the Independence of Cyberspace. Disponível em: <http://www.meetopia.net/ccc/11-12_cybercultures-studies/pdf/readings/A_declaration_of_independance_of_Cyberspace.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2017.

³³⁶ Eduardo Magrani também ressalta o cunho eufórico e romântico desse período da Internet e coloca mais questões sobre a necessidade de regulação da rede. Diz o professor: “A declaração imbuída do espírito eufórico e romântico calçado na ideia de ciberanarquismo já está superada. Em primeiro lugar pela importância que se constatou posteriormente de regulações que garantam a concretização de direitos fundamentais também no ambiente virtual contra ações ilegítimas tanto por parte do Estado quanto do setor privado. Cita-se, por exemplo, a necessidade de se regular a internet dispondo da garantia da liberdade de expressão *on-line* e da neutralidade de rede, que examinaremos à frente. Além disso, tanto os governos quanto o setor privado, enxergando o potencial desta tecnologia tem conseguido, em muitos casos, se valendo da falta de regulação específica da internet, introduzir neste ambiente a lógica do dinheiro e do poder, mantendo a colonização do mundo da vida também na esfera pública conectada” (itálico no original). MAGRANI, Eduardo. *Democracia conectada: a internet como ferramenta de engajamento político-democrático*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 105.

professavam o discurso de ódio aumentou, coincidentemente com a inserção, no mesmo ano, do primeiro sítio eletrônico de “hate speech” na Internet. Em 1998, o número de sítios eletrônicos com esse conteúdo já era 254, somente nos Estados Unidos. Tal número, em 2000, chegou ao total de 602, também nesse país³³⁷. Essa elementar constatação teria evitado uma declaração tão destoante da realidade. Assim, problemas e preconceitos estão longe de serem solucionados apenas dentro do universo “online”. Por outro lado, com relação à inexistência de privilégios dentro da rede, a assertiva mostrou-se igualmente errada. Em que pese a evolução ocorrida, tanto o acesso à Internet, quanto a navegação exigem algo a mais do que simples palavras. Como demonstrado no item a respeito dos dados da Internet no Brasil, em países pobres o ingresso nessa realidade tem custos invariavelmente não suportados pelas pessoas. E não é só. Muitas vezes, a infraestrutura de suporte à Internet em determinadas localidades é bem diferente da de outras, como ocorre entre regiões urbanas e rurais.

2.4.2 O pensamento regulatório

2.4.2.1 O mundo virtual é o mundo real

Com a tendência de universalização do uso da Internet e sua funcionalidade como instrumento na execução de atividades, os valores constitucionais passaram, nesse campo, a merecer maior atenção³³⁸. A doutrina não excepcionalista afirma que as leis da vida real têm capacidade de tratar dos assuntos virtuais. Por esta postura, se as transmissões na Internet são enviadas e recebidas em algum local físico particular, então existe uma jurisdição que poderá tratar dos temas afetos à matéria. A Internet possui características físicas, operando de fato em um determinado tempo espaço, e não em eventos suprafísicos. Os documentos são arquivados em computadores determinados e localizados em endereços únicos, sendo acessíveis a quem precisar. O que se passa na rede pode ser medido por instrumentos físicos, o que indica que a

³³⁷ BRECKHEIMER, Peter J. A haven for hate: the foreign and domestic implications of protecting Internet hate speech under the first amendment. *S. Cal. L. Rev.*, v. 75, 2001, pp. 1.496-1.497.

³³⁸ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade de expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Coimbra: Universidade de Coimbra. Coimbra editor, 2002, pp. 1.107-1.108.

mesma existe no mundo real, público a qualquer pessoa. Suas frequências e oscilações em ondas podem também ser mensuradas. Portanto, o mundo virtual, em verdade, apenas seria o mundo real.

Por exemplo, especificamente a respeito do “hate speech”, seria até ingênuo achar que um suposto mundo paralelo autogovernado pelos seus usuários protegeria os alvos do discurso de ódio. O contrário provavelmente aconteceria e os intolerantes tomariam para si esse autogoverno, bloqueando o acesso das minorias às instituições democráticas. Nesse sentido, a autorregulação falharia na proteção dos direitos das minorias e das pré condições da democracia, assim como em se atentar para a heterogeneidade dos usuários e para uma possível autocensura³³⁹. Uma Internet nesses termos seria antidemocrática e inigualitária³⁴⁰.

Características da rede como sua extensão, seus perigos e sua penetrabilidade indicam que apenas mais discurso não soluciona todas as questões nela presentes, devendo haver regulação³⁴¹. Por outro lado, em seu bojo sempre haverá situações que envolvem direitos de propriedade e estes reclamam um papel de atuação estatal, que virá com a regulação³⁴². Jack M. Balkin concorda com essa ligação entre a existência de direitos de propriedade no mundo virtual e a atração das leis reais a serem aplicadas a ele. Para o professor, se a regulação não for levada a efeito a partir de decisões judiciais, sê-la-á através de leis e condutas administrativas, porém muito do que ocorre no universo digital deverá ficar alheio a uma regulação, especialmente por conta da proteção vinda da liberdade de expressão e de associação. Entretanto, ao mesmo tempo, a doutrina da Primeira Emenda não será suficiente para proteger a liberdade “online”, necessitando-se, então, da regulação para sustentar os valores da liberdade de expressão. De fato, como muitas pessoas atuam nesse mundo paralelo, e cada vez mais, a lei deverá levá-lo a sério. Ademais, acontecimentos do mundo virtual respingam e geram consequências no mundo real³⁴³, parecendo óbvio que os governos terão

³³⁹ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade de expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Coimbra: Universidade de Coimbra. Coimbra editor, 2002, pp. 1.126-1.127.

³⁴⁰ UBANGHA, Choice. Hate Speech in Cyberspace: Why Education is Better than Regulation. 2016, pp. 12-20. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2865053>>. Acesso em: 15 mar. 2017. TSESIS, Alexander. Hate in cyberspace: Regulating hate speech on the Internet. *San Diego L. Rev.*, v. 38, 2001, pp. 821-822, 827-828, 832 e 837-838.

³⁴¹ COHEN-ALMAGOR, Raphael. In Internet's Way. In: FACKLER, Mark; FORTNER, Robert S. (eds.). *Ethics and Evil in the Public Sphere: media, universal values & global development*. New York: Hampton Press, 2010, pp. 109-110.

³⁴² SUNSTEIN, Cass R. *Republic.com 2.0*. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2009, pp. 218-219.

³⁴³ São exemplos a violação aos direitos dos consumidores, a fraude financeira, o discurso de ódio, a difamação, a pornografia, a violação aos direitos autorais e o jogo de aposta em cassinos.

interesse em regular tais efeitos³⁴⁴. Um interessante parâmetro partilha a seguinte lógica. Se o ambiente virtual for desenhado para expressão de uma ideia ou circulação de fatos, a liberdade de expressão será reivindicada e uma eventual regulação limitadora será recebida com maus olhos, a depender do assunto. Todavia, se esse ambiente for pintado de forma “comodificada” (comodificação do mundo virtual pelo mundo real), ou seja, como um negócio que, portanto, trará à tona a ideia de direito de propriedade e viés comercial, uma regulação será reclamada³⁴⁵. Além do mais, defender a não regulação é fechar os olhos para eventuais condutas de censura a serem potencialmente perpetradas pelos provedores, em especial quando receberem críticas de como administram o espaço virtual, ou perceberem que críticas afugentarão os demais consumidores, ou ainda acharem que um discurso não desejado restará associado à plataforma³⁴⁶.

2.4.2.2 A promoção da democracia e a arquitetura da rede

Mais um argumento a favor da regulação é a promoção da democracia cultural, na linha da lição do professor Balkin. O sistema da liberdade de expressão, nos dias atuais, depende da infraestrutura tecnológica e regulatória. Aí entram a regulação governamental e o desenho tecnológico.

A liberdade de expressão é um fenômeno legal, político e cultural. Para seu bom funcionamento, existe uma certa dependência das tecnologias da comunicação, e de um público hábil a usá-las e participante do crescimento e desenvolvimento da cultura. Assim, na era digital, a liberdade de expressão é consequência da soma de políticas estatais que promovam a participação popular nessas tecnologias; de desenhos tecnológicos que facilitem a descentralização do controle e a participação popular; e do cumprimento dos direitos (de liberdade de expressão) contra a censura. Estes três são o tripé da liberdade de expressão que

³⁴⁴ BALKIN, Jack M. Virtual Liberty: Freedom to Design and Freedom to Play in Virtual Worlds. *Virginia Law Review*. V. 90. 2014, pp. 2.044-2.046 e 2.059.

³⁴⁵ BALKIN, Jack M. Virtual Liberty: Freedom to Design and Freedom to Play in Virtual Worlds. *Virginia Law Review*. V. 90. 2014, pp. 2.057-2.074.

³⁴⁶ BALKIN, Jack M. Virtual Liberty: Freedom to Design and Freedom to Play in Virtual Worlds. *Virginia Law Review*. V. 90. 2014, p. 2.093.

o século XXI traz de novidade, diferente da mera proteção judicial dos direitos, do século XX³⁴⁷. Com isso, deseja-se a promoção dos valores da liberdade de expressão: interatividade, ampla participação popular, igual acesso à informação e às tecnologias da informação, promoção do controle democrático no desenho tecnológico, e a habilitação das pessoas comuns a agir ao redor do que fazem as mídias tradicionais, de se apropriar de modo não exclusivo de conteúdos e de transformá-los. Estes valores deverão informar tanto a estrutura da tecnologia, como a regulação estatal³⁴⁸.

Lawrence Lessig explica que a natureza do ciberespaço não é fixa, podendo sua arquitetura ser alterada. A regulação pode ocorrer através de quatro modalidades de construção, que se interagem cooperativamente ou competitivamente, tanto no mundo real, como no virtual. Tais categorias se dão pelas normas de mercado (exemplo: o preço de produtos e serviços formata a conduta das pessoas – preço de acesso a provedores de acesso à Internet), pelas normas sociais (exemplo: modo de comportamento em sociedade – se alguém falar muito sobre um assunto incômodo em um chat na Internet, poderá ser bloqueado), pelo direito (exemplo: através da coerção do comportamento – direitos autorais) e pela arquitetura ou código (exemplo: o modo como algo se apresenta e influencia a conduta das pessoas – o código na Internet é o software e o hardware que permitem a rede ser como ela é, e eles variam e limitam as pessoas em seus comportamentos). Para o professor, a melhor forma de regular as condutas na Internet é através da regulação do código da mesma ou da instituição que produz tal código³⁴⁹. Nesse sentido, não existe qualquer objeção constitucional, desde que a medida trazida pela regulação seja necessária a promover um interesse estatal cogente e o ônus seja o menos restritivo. Ainda a respeito do tema regulação, Lessig expõe três lições. A primeira lição refere-se aos limites do poder de a lei regular o código, considerando que existe conduta mais regulável em determinado tipo de arquitetura do que em outro, assim como existem arquiteturas mais reguláveis do que outras. O modo de ser do código indicará se ele é mais regulável ou não. A segunda lição liga-se à transparência da regulação. A ausência de

³⁴⁷ Tradicionalmente, apenas uma perna desse tripé – a criação e proteção do direito de liberdade de expressão – é avaliada pela doutrina da Primeira Emenda antes do ingresso do tema na era cibernética. Com o novo século, questões sobre infraestrutura da rede e sobre regulação passaram a receber atenção.

³⁴⁸ BALKIN, Jack M. Digital speech and democratic culture: A theory of freedom of expression for the information society. *NYUL rev.*, v. 79, p. 1, 2004, pp. 48-49 e 51.

³⁴⁹ Concordando com esse ponto de vista, ver ROIG, Jorge R. Decoding First Amendment Coverage of Computer Source Code in the Age of YouTube, Facebook and the Arab Spring. *NYU Annual Survey of American Law*, v. 68, n. 2, 2012, pp. 343-344. BERMAN, Paul Schiff. *Law and Society Approaches to Cyberspace*. Burlington: Ashgate Publishing Limited, 2007, p. XVI.

transparência pode ser um auxílio à regulação e no ciberespaço essa ausência sempre é uma opção. É um exemplo de ausência de transparência as decisões de remoção de conteúdo levadas a efeito pelo Facebook³⁵⁰. A terceira lição é que apenas em poucas situações constitucionais o Estado deve, de forma estritamente adequada, exercer a regulação para um fim estatal. A regulação legal do discurso é uma delas³⁵¹.

No contexto acima, Lessig levanta duas questões importantes. Uma refere-se ao alcance da regulação, considerando que a mesma deve ser estritamente adequada ao fim estatal. A outra relaciona-se à transparência da regulação, seja para reconhecer a limitação imposta pelo governo como uma limitação, seja como imposta pelo Estado. Um exemplo de regulação legal excessiva (“over inclusiveness”) seria aquela que impede qualquer fuga ao sistema de proteção de direitos autorais inaugurado pelo “Digital Millennium Copyright Act” (DMCA) dos EUA, configurando essa evasão um ilícito, ainda quando o uso do material sob a proteção de direitos autorais não importar em violação a tais direitos, como na hipótese de “fair use”. Como afirma Lessig, nesse caso a lei protege a arquitetura (o código) mais do que propriamente os direitos autorais. Já no tocante à transparência, o tema, em regra, gira no sentido de que a própria transparência limita a edição de uma regulação, forte na ideia de representação política. Ocorre que, no mundo virtual, nem sempre a regulação terá essa área de transparência, o que inclusive levará à uma falta de “accountability” política. Ante a uma falta de referência da regulação apontada para o governo, este pode acabar se beneficiando da mesma, sem sofrer os ônus políticos de uma regulação indesejada. Assim, o governo pode esconder suas escolhas por de trás do código do ciberespaço, ou seja, sua arquitetura. Não obstante, é preciso afirmar que, ainda que tal seja uma regulação indireta, deve ser possível reclamar pela transparência da mesma³⁵².

³⁵⁰ Notícia esse fato TUGEND, Alina. Redes sociais são criticadas por pouca transparência na remoção de conteúdo. *UOL*, 20 set. 2014. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/the-international-new-york-times/2014/09/20/redes-sociais-sao-criticadas-por-pouca-transparencia-na-remocao-de-conteudo.htm>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

³⁵¹ LESSIG, Lawrence. The law of the horse: What cyberlaw might teach. *Harvard law review*, v. 113, n. 2, 1999, pp. 505-510, 523, 517 e 533.

³⁵² LESSIG, Lawrence. The law of the horse: What cyberlaw might teach. *Harvard law review*, v. 113, n. 2, 1999, pp. 536-541.

2.4.2.3 A Internet aberta

Ponto interessante a respeito da regulação é a ideia de Internet aberta. Historicamente, o que se enxerga quando se olha para trás é que a grande maioria, senão todas as grandes tecnologias de informação e comunicação, então modernas no seu tempo, chegaram ao seu ápice e posteriormente foram sendo, de certa forma, monopolizadas (fechadas). É dizer, o que antes tratava-se de uma ideia genial, ou até um experimento, com a respectiva solidificação, foi se concentrando nas mãos de poucos³⁵³. Por outro lado, a tecnologia mais moderna, nesse assunto, a Internet, é festejada exatamente por causa da sua abertura. A partir de um momento de sua evolução, a rede passou a ser concebida como um meio aberto. Não obstante, o risco de apropriação desse meio e seu posterior desenvolvimento em desconformidade com o que múltiplos participantes da sociedade desejam, mas de acordo com o foco do que poucos atores econômicos objetivam, é algo que deve aqui ser ressaltado. Note que existe um conflito entre duas características realçadas da Internet: a descentralização da autoridade, pelo menos em uma Internet aberta, o que aqui abarca o ator privado, e a comodificação da informação, tornando a coleta de dados sinônimo de obtenção de lucro, o que atrai os olhares das grandes companhias do setor de comunicação. O ciclo de fechamento de um sistema não pode passar despercebido e antes mesmo que isso ocorra, é importante a existência de meios a impedirem isso.

Tim Wu, após explicar, ao longo de sua obra “The master switch: The rise and fall of information empires”³⁵⁴, o ciclo de fechamento das diversas tecnologias de informação, constrói o que chama de princípio da separação, para rejeitar a ideia de regulação das indústrias da informação, entendendo que o Estado deve ser contido nessa seara. O autor admite que o governo deve checar o abuso de poder, mas igualmente deve ser checado. No cenário do controle da informação, deve haver um regime de limitação e divisão de todos os poderes. O princípio da separação significaria, um, o distanciamento daquele que desenvolve a informação, daquele que possui a infraestrutura da rede, por onde a informação viaja, daquele que controla as ferramentas e locais de acesso; e, dois, o afastamento e a não intervenção do Estado no mercado em favor de uma tecnologia, de um monopólio de uma

³⁵³ WU, Tim. *The master switch: The rise and fall of information empires*. New York: Vintage Book, 2011, pp. 05-07 e 10-12.

³⁵⁴ WU, Tim. *The master switch: The rise and fall of information empires*. New York: Vintage Book, 2011, pp. 301-320.

rede, ou de uma integração de funções. O conflito de interesses que ocorreria caso um ator opere mais de uma função; o monopólio ou o controle de um segmento que levaria à estagnação e se assemelharia a uma economia planificada, ruim para a inovação; e a dificuldade histórica de o Estado ter condutas boas e não em favor da existente concentração de poder são as justificativas para o princípio da separação. Apesar disso, Wu admite o sucesso de algumas políticas levadas a efeito, pela “Federal Communications Commission” nos EUA, além de afirmar que o livre mercado também pode reduzir a liberdade. Assim, diz que normas corporativas seriam melhores do que as advindas de uma regulação estatal e aponta que tais normas (de autorregulação³⁵⁵) teriam origem no sentimento geral popular do que é o correto e o que é o errado. Apesar de ver como necessária a lei, o princípio da separação seria iluminado por uma ética consistente na importância da informação nas vidas individuais e coletivas.

A posição de Tim Wu é importante porque expõe uma preocupação clara que o excesso de poder, principalmente em matéria de informação, pode gerar nas mãos de poucos. Porém, a rejeição absoluta de uma regulação se choca até com a própria admissão de importância de lei que trate do assunto. A autorregulação pode ser relevante, mas o autor não levanta questões como a omissão intencional das grandes companhias em desenhar essas normas, ou mesmo as confeccionar sem a força necessária para a proteção do sistema. Por outro lado, o argumento de que essas normas corporativas deveriam olhar para o sentimento geral social parece querer emprestar ar de legitimidade democrática, quando, de fato, Wu nega que Executivo e Legislativo, ramos de alto pedigree democrático do nosso Estado, possam eles agir nessa conformidade. Não é possível esquecer que esses agentes políticos galgam seus postos através da vontade do povo e, por isso, devem agir de acordo com tal objetivo. Se o Estado que possui viés democrático não age corretamente, nada garante que as próprias companhias agirão, porque olham para o sentimento da sociedade. Portanto, a regulação estatal e a autorregulação do mercado, naturalmente, podem ser interpretadas como males indesejáveis³⁵⁶, seja porque o Estado muitas vezes é visto como suspeito, seja porque o mercado, em si, não conseguirá escapar da lógica do lucro³⁵⁷. Logo, ante a uma possível visão

³⁵⁵ Parece-nos que essa autorregulação é diferente da sustentada pelos excepcionalistas, porquanto estes pensam a regulação tendo como origem os cidadãos virtuais, e não as companhias de mídia digital do mundo real.

³⁵⁶ MAGRANI, Eduardo. *Democracia conectada: a internet como ferramenta de engajamento político-democrático*. Curitiba: Juruá, 2014, pp. 101-106.

³⁵⁷ Importante a constatação de Pasquale, que, no original, diz: “Big Data giants entrench their dominance over time. They gain power in Washington and state capitals, too, and may well influence regulation in self-serving

pouco otimista que prevê o fechamento da Internet e a incapacidade dos atores agirem em favor do bem comum, parece que a solução seria nada fazer. A ausência de uma resposta positiva significa, no nosso entendimento, o fim da Internet como hoje conhecida. Tal omissão, no fundo, importaria em uma violação à própria liberdade de expressão. Por isso, a ideia de regulação, se bem colocada e como aqui defendida, com olhos na democracia, sobretudo a cultural - lecionada por Jack M. Balkin³⁵⁸, funcionaria como um mecanismo a favor da Internet aberta, não só podendo, como devendo o Estado chamar à mesa os demais atores – inclusive e sobretudo os não empresariais - a fim de viabilizar essa empreitada. No fundo, parece que Wu deseja essa solução, quando enxerga na vontade comunitária a fonte da norma corporativa, porém preferiu dar uma volta e entregar legitimidade às companhias do setor para a autorregulação. Vemos com bons olhos a autorregulação, mas não rejeitamos a possibilidade de regulação estatal, forte no ideal exposto no primeiro capítulo, sobre a democracia cultural, que não teria sentido se a Internet não fosse aberta. Dessa forma, a Internet aberta e a respectiva regulação favorável nos parecem lógicas vizinhas e salutares. E foi exatamente com esta formatação que Tim Berners-Lee, inventor da “World Wide Web”, opinou favoravelmente à aprovação do PL que, posteriormente, tornou-se o Marco Civil da Internet (MCI). Veja que de forma expressa o cientista concordou com a regulação da rede a favorecer uma Internet aberta³⁵⁹. Nesse sentido, portanto, a Internet aberta serve como argumento a favor da regulação da rede.

ways. It does not follow, however, that doing nothing is the preferable option. We need to revive regulation, not give up on it. Internet service providers and major platforms alike will be a major part of our informational environment for the foreseeable future. The normative concerns associated with their unique position of power are here to stay. A properly designed regulatory approach may do much to clarify and contain the situation; without one, will deteriorate”. PASQUALE, Frank. *The black box society: The secret algorithms that control money and information*. Cambridge and London: Harvard University Press, 2015, p. 92.

³⁵⁸ Diz o professor, no original: “The digital age provides a technological infrastructure that greatly expands the possibilities for individual participation in the growth and spread of culture and thus greatly expands the possibilities for the realization of a truly democratic culture. But the same technologies also can produce new methods of control that can limit democratic cultural participation. Therefore, free speech values—interactivity, mass participation, and the ability to modify and transform culture—must be protected through technological design and through administrative and legislative regulation of technology, as well as through the more traditional method of judicial creation and recognition of constitutional rights. Increasingly, freedom of speech will depend on the design of the technological infrastructure that supports the system of free expression and secures widespread democratic participation”. BALKIN, Jack M. Digital speech and democratic culture: A theory of freedom of expression for the information society. *NYUL rev.*, v. 79, 2004, p. 05.

³⁵⁹ BERNERS-LEE, Tim. Marco Civil: Statement of Support from Sir Tim Berners-Lee. *World Wide Web Foundation*, 24/03/2014. Disponível em: < <http://webfoundation.org/2014/03/marco-civil-statement-of-support-from-sir-tim-berners-lee/>>. Acesso em: 28 jun. 2017. Tim Berners-Lee disse, no original: “In this, the Web’s 25th anniversary year, people everywhere are demanding that their human rights are protected online. If Marco Civil is passed, without further delay or amendment, this would be the best possible birthday gift for Brazilian and global Web users. I hope that by passing this Bill, Brazil will cement its proud reputation as a world leader on democracy and social progress and will help to usher in a new era – one where citizens’ rights in every

2.4.2.4 A neutralidade de rede

Sob um ângulo diferente a neutralidade de rede e a regulação podem ser entendidas como matérias próximas. A essa altura da evolução da cultura digital não é possível achar que interesses comerciais não estão presentes no mundo “online”. A busca pelo lucro, muitas vezes, aponta a direção da conduta dos atores desse cenário. E isso fez com que se passasse a discriminar conteúdos ou aplicações na Internet. A discriminação teve principalmente três roupagens: o bloqueio de conteúdo; a redução de velocidade - quando um aplicativo não é carregado na mesma velocidade que o seu concorrente³⁶⁰; e a cobrança diferenciada de preços por serviços ou aplicações³⁶¹. Para evitar esse tipo de atuar, concebeu-se a neutralidade de rede, princípio situado na ideia de arquitetura da rede, cujo moto é fazer com que os provedores tratem de modo isonômico os pacotes de dados que nele circulam, independentemente de sua origem ou conteúdo³⁶². E mais uma vez surge aqui a ideia de se lutar contra “a criação de um poder central capaz de colocar em risco a autonomia do usuário na escolha *do que* será acessado e de ameaçar a oferta de serviços e aplicativos em igualdade de condições”³⁶³. No Brasil, a regulação legal da Internet, em especial hoje com o MCI, veio

country around the world are protected by digital bills of rights. Like the Web, Marco Civil has been built by its users – the groundbreaking, inclusive and participatory process has resulted in a policy that balances the rights and responsibilities of the individuals, governments and corporations who use the Internet. Of course, there is still discussion around some areas, but ultimately the draft Bill reflects the Internet as it should be: an open, neutral and decentralized network, in which users are the engine for collaboration and innovation. Commendably, the Bill has among its foundations the guarantee of human rights such as privacy, of citizenship and the preservation of the diversity and the social purpose of the web”.

³⁶⁰ Isso pode gerar maior consumo do pacote de dados; pode servir para que o consumidor se canse e opte pelo outro aplicativo; pode diminuir a qualidade do serviço; e outras consequências, todas voltadas a beneficiar um provedor ou um parceiro seu, em detrimento de outro.

³⁶¹ Por exemplo, a ‘gratuidade’ no consumo de pacote de dados pelo uso de uma determinada aplicação de mensagem, instalada no “smartphone”, gera desequilíbrio no mercado e atrapalha a concorrência entre aplicações de mensagem.

³⁶² RAMOS, Pedro Henrique Soares. O Marco Civil e a Importância da Neutralidade da Rede: Evidências Empíricas no Brasil. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). *Direito & Internet III – Tomo II: Marco Civil da internet (Lei nº 12.965/2014)*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, pp. 137-139.

³⁶³ FORGIONI, Paula A.; MIURA, Maira Yuriko Rocha. O princípio da Neutralidade e o Marco Civil da Internet no Brasil. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). *Direito & Internet III – Tomo II: Marco Civil da internet (Lei nº 12.965/2014)*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 113.

para reafirmar a posição favorável à referida neutralidade³⁶⁴. A legislação contou com apoio de eméritos professores da área, em âmbito internacional, como Tim Wu³⁶⁵. A regulação estatal da Internet para se manter a neutralidade de rede busca a não discriminação e isso, ao contrário do que se supõe ante a uma suspeição prévia de atuação do Estado em matéria de liberdade de expressão, deve ser comemorado.

2.4.2.5 Fomento, universalidade e abundância

Com tudo o que se escreveu, é intuitivo considerar que a Internet é um ótimo ambiente para a atuação da liberdade de expressão e também para a sua violação. Como defende Ammori, uma teoria da liberdade de expressão deve também olhar para os espaços nos quais a liberdade de expressão é levada a efeito, para que todos tenham um local mínimo de discurso para contribuir para a democracia. Isso exige do Estado não apenas uma postura negativa, mas também positiva, a fim de promover e fomentar esses ambientes. Para tanto, o autor elenca

³⁶⁴ CONWAY, Carol Elizabeth. Livre concorrência e Internet: A Importância da Neutralidade de Redes para o Contínuo Desenvolvimento da Web. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). *Direito & Internet III – Tomo II: Marco Civil da internet (Lei nº 12.965/2014)*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 87. No presente trabalho, a autora traça um importante histórico legislativo sobre a regulação da neutralidade da rede no Brasil, evidenciando que o tema já é preocupação nacional desde a primeira geração normativa, na década de 90, do século passado, e que a regulação da rede existe antes mesmo da citada declaração de independência do ciberespaço, de Barlow. Apenas para não deixar passar em branco, foi nesse momento, a partir da Portaria nº 148/95, do Ministério das Comunicações, da Emenda Constitucional nº 8/95 e da Lei nº 9.472/97, que se distinguiu a Internet e os serviços concedidos de titularidade do Estado de telecomunicação, abrindo espaço para o livre desenvolvimento daquela.

³⁶⁵ Em entrevista ao Jornal O Globo, cuja matéria foi intitulada “Tim Wu, pai do conceito de neutralidade de rede, apoia o Marco Civil da Internet no Brasil” e publicada em 17 de junho de 2013, Tim Wu explicou a importância à época da aprovação do Marco Civil da Internet: “O Brasil tem uma grande reputação de ser um lugar culturalmente vibrante, dinâmico, uma liderança no mundo em várias áreas, com novas empresas, novas ideias... É por isso que a neutralidade da rede é importante. A neutralidade da rede favorece os pequenos. Os comunicadores, os criadores, as pequenas empresas, os empreendedores. Limita o poder das grandes empresas de controlar as pequenas empresas. Considero que o Brasil está crescendo com base no empreendedorismo e nas indústrias criativas. Por isso, é muito importante para o futuro do Brasil, como um centro de inovação em internet no Sul Global, que o país aprove e respeite os princípios da neutralidade de rede”. Antes disso, o professor explicou que a “[n]eutralidade de rede é um princípio muito simples, que sugere que você tem o direito de acessar a informação que quiser, é sobre a liberdade das pessoas de se comunicarem”, acrescentando que “[d]iz respeito à liberdade de expressão no nosso tempo, pois protege o direito de pessoas criarem websites, blogs, páginas wikis, o que for, e poder alcançar outros usuários. É algo que consideramos implícito na internet, mas sem isso a internet não é nada, sem isso a internet seria apenas como a televisão, ou qualquer outro meio onde você recebe informação de forma passiva. É um princípio muito importante se os usuários quiserem preservar o dinamismo e a liberdade que a internet nos trouxe”. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/tecnologia/tim-wu-pai-do-conceito-de-neutralidade-de-rede-apoia-marco-civil-da-internet-no-brasil-8695505#ixzz3EoLdNovF>. Acesso em: 28 jun. 2017.

cinco princípios – ‘princípios de arquitetura do discurso’ - os quais tal espaço deve abraçar, para então receber uma forte proteção da liberdade de expressão. Os princípios são: do acesso a um espaço básico e adequado; da abertura de espaços adicionais (públicos ou privados); da abertura de espaço para garantir discursos diversos e antagônicos; da abertura de espaço para os discursos nacional e local; e da abertura de espaço que englobe áreas rurais e pobres³⁶⁶. Com efeito, a Internet é desenhada para reunir esses predicados e deve ser encarada como um espaço por excelência da liberdade de expressão, merecedora, portanto, de uma tutela nesse sentido.

É possível que a regulação do espaço (Internet) ocasione a regulação do discurso. Caso isso ocorra, a atenção deve ser voltada para o que foi dito sobre regulação limitativa de tempo, lugar e modo, e sobre regulação limitativa de conteúdo, nunca se ignorando a identificação da natureza (alto e baixo valor) do discurso e de um interesse estatal que legitime a suplantação da proteção da liberdade de expressão³⁶⁷. A Suprema Corte dos EUA, em 1997, no caso *Reno v. ACLU*³⁶⁸, utilizou-se de noções da doutrina da Primeira Emenda em uma hipótese legal de regulação da Internet, o que autorizou Roig a dizer que qualquer forma ou meio cibernético essencial para o livre uso ou desenvolvimento da Internet, como meio de comunicação de ideias, deve atrair o escrutínio da Primeira Emenda³⁶⁹. Assim, não é difícil ver quem afirme ser a Internet o novo e moderno mercado de ideias³⁷⁰ e, como cada vez mais se é dependente da mesma, maior deve ser sua proteção em termos de liberdade de expressão³⁷¹.

³⁶⁶ AMMORI, Marvin. First Amendment Architecture. *Wis. L. Rev.*, 2012.

³⁶⁷ Com raciocínio semelhante, ver MAYER-SCHONBERGER, Victor; FOSTER, Tere E. A regulatory web: free speech and the global information infrastructure. *Mich. Telecomm. & Tech. L. Rev.*, v. 3, 1996, pp. 50-52.

³⁶⁸ *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844 (1997). Neste caso, analisou-se o “Communication Decency Act” (CDA) que criminalizava a transmissão “online” de conteúdo indecente e a exibição de material manifestamente ofensivo, para pessoas com menos de dezoito anos. A vagueza das expressões ‘indecente’ e ‘material manifestamente ofensivo’ não passou despercebida e a Corte entendeu que a legislação violava a liberdade de expressão por não ter sido estritamente concebida para proteger menores de idade, suprimindo uma grande variedade de discursos que adultos constitucionalmente poderiam receber ou enviar a outros. Com a ideia de que a referida norma significava regulação de conteúdo, a Corte expressou que a proibição através da referida vagueza geraria um efeito silenciador (“chilling effect”).

³⁶⁹ ROIG, Jorge R. Decoding First Amendment Coverage of Computer Source Code in the Age of YouTube, Facebook and the Arab Spring. *NYU Annual Survey of American Law*, v. 68, n. 2, 2012, p. 342.

³⁷⁰ LAMPARELLO, Adam. The Internet is the New Marketplace of Ideas: Why *Riley v. California* Supports Net Neutrality. *DePaul J. Art Tech. & Intell. Prop. L.*, v. 25, 2014.

³⁷¹ GODWIN, Mike. *Cyber rights: Defending free speech in the digital age*. Cambridge and London: MIT Press, 2003, p. 05.

Isso não anula a construção em tripé da liberdade de expressão no século XXI, formulada por Balkin, já que o mesmo explica que algumas características da liberdade de expressão já eram existentes, passando apenas a figurarem em primeiro plano a partir da evolução da Internet³⁷².

Da Alemanha surge o argumento da universalidade e abundância. Com relação à televisão e ao rádio, o Tribunal Constitucional Federal entendeu que a liberdade de transmissão protegia os atores privados dessas mídias da regulação, porém também permitia ao Estado a regulação de conteúdo, em favor de uma diversidade de opinião, com olhos no valor democrático, forte no argumento de que o mercado regulado apenas por interesse econômico não asseguraria uma diversidade salutar de programas. Sob o prisma da penetrabilidade, a Alemanha se ressentia ainda do uso da forte propaganda nazista. Dessa forma, a universalidade de um meio de comunicação configura um argumento para a regulação, ainda que hoje a escassez não seja mais um problema. Somado a isso, na Internet existe uma super abundância de assuntos, o que dificulta o encontro de conteúdo valioso e permite a violação de direitos³⁷³. Nesse cenário de busca pela livre formação da opinião e de tutela para que não se violem as restrições à liberdade de expressão, a regulação de conteúdo é uma solução³⁷⁴.

Com a exposição de todas essas palavras, demonstramos a inadequação do pensamento não regulatório e apresentamos argumentos favoráveis à regulação da Internet, o que não pode ser feito olvidando das palavras lançadas no primeiro capítulo.

³⁷² BALKIN, Jack M. Digital speech and democratic culture: A theory of freedom of expression for the information society. *NYUL rev.*, v. 79, p. 1, 2004, p. 02.

³⁷³ No direito alemão, a liberdade de expressão tem uma abordagem distinta da do direito norte americano e a Lei Fundamental alemã prevê, como limitação, o respeito à honra da pessoa, prevalecendo esta quando do uso abusivo da liberdade de expressão.

³⁷⁴ FETZER, Thomas; YOO, Christopher S. New Technologies and Constitutional Law. *Public Law and Legal Theory Research Paper Series Research Paper No. 13-30*. 2012, pp. 06-11. Ou FETZER, Thomas; YOO, Christopher S. New technologies and constitutional law. In: TUSHNET, Mark; FLEINER, Thomas; SAUNDERS, Cheryl (eds.). *Routledge Handbook of Constitutional Law*. London and New York: Routledge Taylor & Francis Group, 2013. KIM, Jae Young. *Sorting Out Deregulation: Protecting Free Speech and Internet Access in the United States, Germany, and Japan*. New York: LFB Scholarly Publishing LLC, 2002, pp. 113-115.

2.5 Provedores de Serviço de Internet

Superado o debate a respeito da possibilidade de regulação da Internet, é preciso no presente item do trabalho expor o que são e fazem os provedores de serviço de Internet. A justificativa é que ocorre nesse ambiente a remoção de conteúdo. É de dentro dos provedores e por meio deles que um conteúdo é retirado. Nessa ordem de ideias, intenta-se passar por alguns temas a respeito da infraestrutura da rede, ligados às questões presentes no quarto capítulo, como o que são e quais são as camadas da rede; quais são os diversos tipos de provedores de serviço de Internet e suas respectivas funções; o significado de IP e de URL; e o que são os algoritmos.

2.5.1 As camadas da Internet

É correto dizer que a Internet hoje está estruturada em camadas, sendo certo que uma não é dependente da outra, apesar de serem interconectadas. Assim, uma pode trabalhar independentemente da outra, até mesmo desconhecendo o que se passa nessa outra. A atuação é descentralizada, mas uma função superior depende do trabalho desenvolvido pela camada inferior. Nesse sentido, há quem apresente a Internet em três camadas. A camada física é onde estão os fios, cabos e espectros de radiofrequência, integrando os equipamentos de informática e seus meios físicos de interconexão. A camada lógica (ou de código) é composta de softwares e das variadas “linguagens que tornam possível a transmissão de dados entre os equipamentos informáticos” (sistemas operacionais, programas de computador, protocolos e linguagens de programação compartilhadas entre eles). E a camada de conteúdo que nada mais é do que os dados transmitidos pelas duas outras camadas (informações, textos, músicas, fotografias, filmes e outros conteúdos provenientes do pensamento)³⁷⁵.

³⁷⁵ BENKLER, Yochai. From consumers to users: Shifting the deeper structures of regulation toward sustainable commons and user access. *Fed. Comm. LJ*, v. 52, p. 561, 2000, pp. 562-563; e LEONARDI, Marcel. *Tutela e privacidade na internet*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 183-184. O autor brasileiro exemplifica uma violação à privacidade, na Internet, e diz que o “o Poder Judiciário pode determinar intervenções em cada uma das camadas da Internet – física, lógica e de conteúdo – para remover a informação ilícita do *Web site*. Normalmente, a tutela se inicia pela camada de conteúdo: ordena-se ao titular desse *Web site* que remova as informações ilícitas. Se a providência não é cumprida, ou é de difícil cumprimento, passa-se à camada lógica ou de “*código*”: obriga-se um intermediário a remover, editar ou impedir o acesso a essas informações, independentemente da postura do titular desse *Web site*. Por fim, se nem assim é possível alcançar o objetivo desejado, passa-se a camada física:

Jonathan Zittrain, a seu turno, afirma a existência de cinco camadas. São elas a física, a de protocolo, a de aplicação, a de conteúdo e a social. A camada inferior é a física, constituída por cabos e ondas, por onde os dados fluem. Acima desta, está a camada das aplicações, pela qual as pessoas irão atuar na rede. A camada de protocolo, por sua vez, estabelece caminhos para os dados trafegarem, daí porque é possível saber quem enviou e para quem foi enviado um determinado conteúdo. Nesta camada funciona o IP. A camada de conteúdo é aquela na qual os conteúdos e informações são trocados entre os usuários. Por fim, a camada social é aquela na qual novos comportamentos e interações entre tais pessoas são habilitados pela tecnologia³⁷⁶.

2.5.2 Os tipos de provedores de serviço de Internet

Tão importante quanto saber a disposição em camadas, é compreender os tipos de provedores de serviço de Internet. Os provedores exercem atividades diferentes, sejam relacionadas ao funcionamento da rede, sejam por intermédio dela. O MCI trouxe as ideias de provedor de conexão e de provedor de aplicação³⁷⁷, o que, no entanto, não foi suficiente para alcançar todo o universo existente. O STJ, por sua vez, principalmente, por meio da Min(a). Nancy Andrighi, vem evoluindo sua jurisprudência a respeito do tema. A Corte já utilizou da classificação quádrupla, envolvendo provedores de “backbone”, de acesso, de hospedagem, de informação, e de conteúdo. Disse o Tribunal:

Os provedores de serviços de internet são aqueles que fornecem serviços ligados ao funcionamento dessa rede mundial de computadores, ou por meio dela. Trata-se de gênero do qual são espécies as demais categorias, tais como: (i) provedores de backbone (espinha dorsal), que detêm estrutura de rede capaz de processar grandes volumes de informação. São os responsáveis pela conectividade da internet, oferecendo sua infraestrutura a terceiros, que repassam aos usuários finais acesso à rede; (ii) provedores de acesso, que adquirem a infraestrutura dos provedores backbone e revendem aos usuários finais, possibilitando a esses conexão com a internet; (iii) provedores de hospedagem, que armazenam dados de terceiros,

determina-se, por exemplo, a apreensão dos equipamentos utilizados para a publicação e manutenção das informações ilícitas *online*”. (itálico no original). Idem, pp. 184-185.

³⁷⁶ ZITTRAIN, Jonathan L. *The future of the internet - and how to stop it*. New Haven & London: Yale University Press, 2008, pp. 67-69.

³⁷⁷ No art. 5º, V e VII, o MCI define conexão à Internet e aplicação de Internet, da seguinte forma, como sendo “a habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP” e como “o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet”.

conferindo-lhes acesso remoto; (iv) provedores de informação, que produzem as informações divulgadas na internet; e (v) provedores de conteúdo, que disponibilizam na rede as informações criadas ou desenvolvidas pelos provedores de informação³⁷⁸.

Não obstante, em outro julgamento, o Min. Ricardo Villas Bôas Cueva adotou uma distinção entre provedores na qual especificou que os provedores de “backbone” são aqueles “ligados à infraestrutura da rede mundial de computadores, são os responsáveis por viabilizar o grande tráfego de informações”. O Min. Cueva comparou-os a uma malha rodoviária e disse que “seriam as highways por onde circulam as informações em massa. São exemplos de provedores de backbone no Brasil: Embratel, Telefônica, Tim Intelig, CTBC, dentre outros”. Por outro lado, os provedores de acesso “também estão relacionados à infraestrutura da rede, fornecem o acesso dos consumidores à internet, como se fossem as vias secundárias para se chegar às highways. São exemplos: Net Virtua, GVT, Tim, Claro, Vivo etc”. Os provedores de correio eletrônico, terceira espécie, são os “responsáveis pelo envio de mensagens particulares a um destinatário ou grupo de destinatários específicos”. Existiriam ainda os provedores de hospedagem que são os que “guardam dados de terceiros em seus próprios servidores, cujo acesso a essas informações pode ser pública ou restrita (sic)”; e os provedores de conteúdo que “disponibilizam na internet informações para consulta pública, mantidas em local de armazenamento (servidor) próprio ou em terceiros especializados (provedores de hospedagem)”³⁷⁹.

³⁷⁸ Brasil. STJ. Resp 1.193.764/SP; Recurso Especial 2010/0084512-0; Relator(a): Ministra Nancy Andrichi; Órgão Julgador: Terceira Turma; Data do Julgamento: 14/12/2010; Data da Publicação/Fonte: Dje 08/08/2011; RDTJRJ vol. 100 p. 234; RSTJ vol. 223 p. 379. A mesma classificação foi utilizada pelo STJ no REsp 1.308.830/RS; Recurso Especial 2011/0257434-5; Relator(a): Ministra Nancy Andrichi; Órgão Julgador: Terceira Turma; Data do Julgamento: 08/05/2012; Data da Publicação/Fonte: Dje 19/06/2012; RDDP vol. 114 p. 134.

³⁷⁹ Brasil. STJ. REsp 1.568.935/RJ; Recurso Especial 2015/0101137-0; Relator(a): Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva; Órgão Julgador: Terceira Turma; Data do Julgamento: 05/04/2016; Data da Publicação/Fonte: Dje 13/04/2016. Marcel Leonardi adota essa classificação e lembra que o provedor de acesso tem a função de atribuir, caso acordado entre as partes, um endereço IP ao usuário, para que se conecte com a rede e nela navegue, além de ressaltar que “o jargão informático consagrou, lamentavelmente, a utilização do termo *provedor de hospedagem*, tradução direta da expressão *hosting provider* em inglês. O serviço prestado, no entanto, não guarda qualquer relação com o contrato típico de hospedagem, pois é, em realidade, cessão de espaço em disco rígido de acesso remoto”, afirmando ainda que tais provedores “são essenciais ao funcionamento da *world wide web*, e inerentes à existência de provedores de conteúdo, que necessariamente utilizam tais serviços para veicular informações na rede”. Por fim, segundo o professor, “é comum serem empregadas as expressões *provedor de informação* e *provedor de conteúdo* como sinônimos, embora tal equivalência não seja exata. O *provedor de informação* é toda pessoa natural ou jurídica responsável pela criação das informações divulgadas através da Internet. É o efetivo autor da informação disponibilizada por um provedor de conteúdo. O *provedor de conteúdo* é toda pessoa natural ou jurídica que disponibiliza na Internet as informações criadas ou desenvolvidas pelos provedores de informação, utilizando para armazená-las servidores próprios ou os serviços de um provedor de hospedagem” (itálico e negrito no original). LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, pp. 19-32. Ao invés de adotar uma classificação uniforme, os ministros do STJ preferiram seguir caminhos distintos, o que é criticável. No REsp 1.021.987, o Min. Fernando Golçalves classificou os provedores em

Com essas explicações, é importante realçar os provedores que cotidianamente encontram-se nas demandas judiciais de remoção de conteúdo da Internet, no Brasil. Assim, algumas palavras a respeito de motores de busca e redes sociais precisam ser escritas. O maior motor de busca utilizado no Brasil é o Google^{380 381}, o que não significa a ausência do Yahoo!, em situações semelhantes. Com relação a eles, o STJ mostra-se claudicante no que concerne à classificação como provedores de hospedagem³⁸². Em outra oportunidade ainda, a Corte já deu a entender que motor de busca é provedor de conteúdo³⁸³. De todo modo, os buscadores pesquisam, automaticamente, através de programas na rede, as páginas visíveis, novas se for o caso, procurando os “links” disponíveis, catalogando toda a informação e disponibilizando a mesma ao público. Caso necessário, o interessado pode inserir o “link” junto ao buscador. O Google, nesta condição, ranqueia as páginas da Internet e as cataloga, por meio de seu algoritmo³⁸⁴. Assim, o Google, como motor de busca, varre a rede e indexa, em suas páginas, os “links” que remetem a outros sítios eletrônicos. É nesse cenário que direitos fundamentais entram em rota de colisão³⁸⁵.

provedores de acesso, provedores de serviços e provedores de conteúdo. REsp 1.021.987/RN; Recurso Especial 2008/0002443-8; Relator(a): Ministro Fernando Gonçalves; Órgão Julgador: Quarta Turma; Data do Julgamento: 07/10/2008; Data da Publicação/Fonte: DJe 09/02/2009; RDR vol. 44 p. 331.

³⁸⁰ Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2013/07/com-85-de-participacao-google-e-o-buscador-mais-usado-no-brasil.html>>. Acesso em: 04 jul. 2017.

³⁸¹ O Google, como responsável pelo Orkut, figurava como provedor de conteúdo. Assim já decidiu o STJ, no Resp 1.193.764/SP; Recurso Especial 2010/0084512-0; Relator(a): Ministra Nancy Andrighi; Órgão Julgador: Terceira Turma; Data do Julgamento: 14/12/2010; Data da Publicação/Fonte: DJe 08/08/2011; RDTJRJ vol. 100 p. 234; RSTJ vol. 223 p. 379; no REsp 1.308.830/RS; Recurso Especial 2011/0257434-5; Relator(a): Ministra Nancy Andrighi; Órgão Julgador: Terceira Turma; Data do Julgamento: 08/05/2012; Data da Publicação/Fonte: DJe 19/06/2012; RDDP vol. 114 p. 134; e no REsp 1.568.935/RJ; Recurso Especial 2015/0101137-0; Relator(a): Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva; Órgão Julgador: Terceira Turma; Data do Julgamento: 05/04/2016; Data da Publicação/Fonte: DJe 13/04/2016.

³⁸² Brasil. STJ. AREsp 823.820; Relator(a): Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva; Decisão monocrática; Data da Publicação: 01/02/2016; REsp 1.452.683; Relator(a): Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva; Decisão monocrática; Data da Publicação: 09/05/2016; Rcl 014.702; Relator(a): Ministro Raul Araújo; Decisão monocrática; Data da Publicação: 10/06/2016; e REsp 1.462.627; Relator(a): Ministro Moura Ribeiro; Decisão monocrática; Data da Publicação: 07/10/2016.

³⁸³ Brasil. STJ. AREsp 479.342; Relator(a): Ministro Marco Buzzi; Decisão monocrática; Data da Publicação: 16/10/2015.

³⁸⁴ LIMA, Glaydson de Farias. *Manual de direito digital: fundamentos, legislação e jurisprudência*, 1ª edição. Curitiba: Appris, 2016, pp. 101-103.

³⁸⁵ Exemplo é o caso que envolveu Maria das Graças Xuxa Meneghel e o Google, em sua função de busca, quando a atriz e apresentadora pretendeu remover do sítio eletrônico de pesquisas, resultados relacionados com a expressão “Xuxa pedófila”. A explicação da posição do STJ está estampada no próximo capítulo, no item relacionado à jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros (REsp 1.316.921/RJ; Recurso Especial 2011/0307909-6; Relator(a): Ministra Nancy Andrighi; Órgão Julgador: Terceira Turma; Data do Julgamento: 26/06/2012; Data da Publicação/Fonte: DJe 29/06/2012; RDTJRJ vol. 91 p. 74; RSTJ vol. 227 p. 553).

Do mesmo modo que o Google é a ferramenta mais utilizada na função de buscador, o Facebook hoje desponta como a rede social mais habitada no Brasil³⁸⁶. O STJ, caracterizando-o como aplicação de Internet, à luz do art. 5º, VII, da Lei nº 12.965/14 (MCI), classificou-o como provedor de conteúdo³⁸⁷. O interessante aqui é destacar que, não só o Facebook, mas igualmente o Twitter, o Orkut, o YouTube, o Viber, o WhatsApp e o Snapchat são caracterizados como redes sociais, já que cada um é um sistema de informática que pode integrar ou efetivamente integra grupos de usuários em determinado ambiente, com facilidade de publicação e propagação de conteúdo³⁸⁸.

As redes sociais podem ter um desenho centralizado, no qual exista uma “timeline” – caso do Facebook – para onde o conteúdo é enviado e assim acessado pelos demais, ocasionando uma interação. Nessa acepção, há uma fonte e isso viabiliza denúncias e remoções. Extraída a fonte, a informação é derrubada. O Twitter também trabalha com “timeline”, porém dispensa a ligação direta entre usuários. Nesse sentido, as informações se espalham de modo muito mais acelerado e alcança um público muito maior. Por outro lado, o modelo descentralizado, diferentemente, não funciona com núcleo central ou “timeline” e gera a duplicação (nova cópia) do conteúdo enviado (exemplo: vídeo enviado pelo WhatsApp), o que, por certo, dificulta remoções. Aplicativos, como este último mencionado, não se baseiam em sítios eletrônicos, podem se constituir em formas de comunicação muito mais amplas e, inúmeras vezes, utilizam-se de criptografia em suas mensagens. Por fim, existe a tecnologia de autodestruição de mensagem, situação na qual a mesma tem duração temporal, finda a qual, por si, remove-se, impossibilitando o acesso ao seu conteúdo por terceira pessoa³⁸⁹.

³⁸⁶ Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2013/06/facebook-e-rede-social-mais-acessada-no-brasil-em-maio.html>>. Acesso em: 05 jul. 2017.

³⁸⁷ Brasil. STJ. REsp 1.641.155/SP; Recurso Especial 2016/0112378-9; Relator(a): Ministra Nancy Andrighi; Órgão Julgador: Terceira Turma; Data do Julgamento: 13/06/2017; Data da Publicação/Fonte: DJe 22/06/2017.

³⁸⁸ LIMA, Gláydson de Farias. *Manual de direito digital: fundamentos, legislação e jurisprudência*, 1ª edição. Curitiba: Appris, 2016, pp. 123-124.

³⁸⁹ LIMA, Gláydson de Farias. *Manual de direito digital: fundamentos, legislação e jurisprudência*, 1ª edição. Curitiba: Appris, 2016, pp. 123-133.

2.5.3 IP, URL e algoritmo

Para o bom entendimento da questão envolvendo liberdade de expressão, Internet e remoção de conteúdo, é também necessária a compreensão do que sejam URL e IP. Protocolo é o nome da língua para comunicação de dados, o que é fundamental para a comunicação em rede, ou seja, é pelo protocolo que os dispositivos se comunicam. O TCP/IP³⁹⁰ é um protocolo praticamente universal e usado pela Internet. O dispositivo ligado ao protocolo TCP/IP recebe um endereço IP, uma identidade cujo reconhecimento, para fins de localização da origem dos dados, depende do desenvolvedor do sítio eletrônico em gravar o endereço IP em banco de dados³⁹¹.

Existem dois tipos de IPs, o público e o privado. Aquele é o que habilita o usuário o acesso direto à Internet (por exemplo: smartphone), prescindindo-se de equipamento para distribuição de dados. Do outro lado, o provedor de acesso tem vários IPs e pode fornecer um IP a um só e mesmo usuário (IP fixo) ou a vários, conforme a disponibilidade e sem prévia fixação, ou seja, a cada acesso, recebe-se um endereço IP distinto (IP dinâmico). Este é o modelo mais utilizado e uma decisão judicial relacionada à matéria precisará informar o IP e a data e horário exatos da comunicação³⁹². A concepção de IP privado, por sua vez, permite que

³⁹⁰ O TCP fraciona em pedaços os dados a serem transmitidos e os reúne novamente quando tais chegam ao destino. O IP dá o endereço do destinatário desses pacotes. Cada pacote, além de outras informações, terá o endereço do remetente e do destinatário. Para maiores especificidades, ver LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, pp. 04-10.

³⁹¹ Demonstrando alguma preocupação com o tema, o STJ já consignou que “[o] próprio GOOGLE informa que “todo usuário quando se conecta à internet recebe um número de identificação (IP: 'Internet Protocol') que possibilita o seu rastreamento e a localização de seus dados pessoais, como nome, endereço, CPF, RG etc.” (...).” Assim, “(...) o GOOGLE esclareceu que registra o número de protocolo na internet (IP) dos computadores utilizados para o cadastramento de cada conta, por meio do qual, em princípio, é possível identificar o respectivo usuário. Ainda que não exija os dados pessoais dos usuários do ORKUT, o GOOGLE mantém um meio razoavelmente eficiente de rastreamento desses usuários, medida de segurança que corresponde à diligência média esperada de um provedor de conteúdo”, no REsp 1.193.764/SP; Recurso Especial 2010/0084512-0; Relator(a): Ministra Nancy Andrighi; Órgão Julgador: Terceira Turma; Data do Julgamento: 14/12/2010; Data da Publicação/Fonte: Dje 08/08/2011; RDTJRJ vol. 100 p. 234; RSTJ vol. 223 p. 379.

³⁹² Tal preocupação foi captada por acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC), impugnado junto ao STJ. Disse o julgado: “Com relação a dificuldade de localização do IP, em razão do aspecto dinâmico da conexão, que varia cada vez que o usuário acesse a rede mundial de computadores, importa ressaltar que independente do tipo de IP, dinâmico ou estático, é possível à Agravante identificar aquele utilizado na data de criação do perfil no 'Orkut' por A.P. isso porque os computadores com endereço IP variável necessitam comunicar-se com um servidor, para que este lhes forneça o respectivo número IP. Basta, portanto, que a Agravante identifique o número IP utilizado na criação do perfil de A.P. para que o provedor de acesso identifique a localização respectiva, juntamente com data de acesso e mediante consulta ao servidor que disponibiliza os números IP's aos usuários” (ver AREsp 563.770; Relator(a): Ministro Paulo de Tarso Sanseverino; Decisão monocrática; Data da Publicação: 17/08/2016).

vários dispositivos utilizem o mesmo IP público. Assim, dentro de uma rede, equipamentos com IPs privados poderão se comunicar, mas o alcance de endereços externos somente será possível por meio da utilização de um IP público, presente em outro equipamento que, então, fará essa ponte. Tal equipamento (roteador), portanto, deverá possuir um IP privado (para comunicação interna) e um IP público (para comunicação externa – conexão com o restante da Internet). Esta última arquitetura traz complicações para a identificação do autor do ato, na Internet, já que, apesar de na mesma rede possuírem IPs privados determinados, na visão externa, o registro é feito com um mesmo IP público³⁹³. Um caminho exemplificativo seria o sítio eletrônico recebedor do ato, apontar o IP público de onde o mesmo partiu. Com isso, identifica-se qual provedor rege aquele IP e, daí, quem ou qual estabelecimento utiliza aquele IP. Depois disso, busca-se identificar a pessoa natural causadora do ato. O referido estabelecimento não pode registrar as atividades dos usuários do dispositivo, porém não está proibido de relacionar tais pessoas e os respectivos horários de utilização das máquinas. Situação diferente e ainda mais difícil é aquela na qual em um certo ambiente disponibiliza-se acesso público, sem fio e gratuito, à Internet, sem prévio cadastramento da pessoa usuária. Muitas vezes, a localização da pessoa que praticou o ato será impossível³⁹⁴.

O URL é também uma ferramenta relevante no assunto em comento, eis que este sempre se passará em uma página na Internet. O conjunto de caracteres identificadores de uma página chama-se URL e toda página na rede tem, em regra, sua identificação, que a individualiza e habilita um navegador acessar seu conteúdo³⁹⁵. O STJ passou a exigir o URL

³⁹³ Um exemplo prático foi registrado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), em acórdão impugnado junto ao STJ e alvo de recurso especial. Foi dito que “[m]uito embora impute a apelante a responsabilidade pelo ocorrido ao provedor de acesso CERTEL, pelo ocorrido bem como pelo anonimato do usuário que criou o perfil difamatório, extrai-se do documento de f. 123 a impossibilidade de localização da origem do perfil falso criado no site da apelada, uma vez que o IP (Internet Protocol) do computador utilizado, respondia, à época, por vários endereços privados, indistintamente” (ver REsp 1.384.581; Relator(a): Ministra Maria Isabel Gallotti; Decisão monocrática; Data da Publicação: 10/08/2015).

³⁹⁴ LIMA, Glaydson de Farias. *Manual de direito digital: fundamentos, legislação e jurisprudência*, 1ª edição. Curitiba: Appris, 2016, pp. 45-54.

³⁹⁵ Conectando o URL e o IP, disse o STJ: “O próprio GOOGLE admite que a recorrente “informou especificamente nos autos a URL correspondente à página com o conteúdo ofensivo” (fl. 195, e-STJ). URL é a sigla que corresponde à expressão Universal Resource Locator, que em português significa localizador universal de recursos. Trata-se de um endereço virtual, isto é, diretrizes que indicam o caminho até determinado site ou página. Dessa forma, com base na URL fornecida pela recorrente, foi possível ao GOOGLE localizar especificamente a página na qual havia sido inserido o material de conteúdo ofensivo. A partir daí, teve condições de identificar o usuário daquela página e os dados obtidos no ato de cadastramento da sua conta, inclusive o IP (internet protocol), que é um número único, exclusivo, que individualiza cada computador na rede e por meio do qual cada máquina se identifica e se comunica” (ver Resp 1.193.764/SP; Recurso Especial 2010/0084512-0; Relator(a): Ministra Nancy Andrighi; Órgão Julgador: Terceira Turma; Data do Julgamento: 14/12/2010; Data da Publicação/Fonte: Dje 08/08/2011; RDTJRJ vol. 100 p. 234; RSTJ vol. 223 p. 379).

específico de uma página para eventual notificação na Internet³⁹⁶, em que pese a impossibilidade, por ausência de URL, em aplicativos de smartphone, como WhatsApp e Telegram. Neste caso, o detalhamento para se chegar com precisão ao conteúdo danoso dependerá do interessado. O URL inserido em um navegador trará uma página, cujo conjunto, no mesmo domínio, intitula-se de sítio eletrônico (“site”).

Por último, mostra-se interessante uma rápida abordagem sobre o algoritmo. Este é um software, ou seja, um programa de computador que segue padrões de operação previamente fixados e decide por um resultado³⁹⁷. Assim, o algoritmo é decisório, mas a tomada de decisão não é feita por uma mente humana diretamente, em que pese parâmetros previamente programados³⁹⁸. Sua sofisticação e complexidade variam muito. O tema traz em si várias discussões que se mantêm abertas e afetam diretamente a liberdade de expressão, como o método pelo qual o filtro existente é executado (código e operação), a imanente aleatoriedade e sua discriminação (ou não) objetiva e subjetiva, a sua (ausência) de transparência³⁹⁹ e a

³⁹⁶ A consignação e o histórico desse entendimento jurisprudencial serão apresentados no próximo capítulo, no item relacionado à jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros.

³⁹⁷ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; BOTTINO, Celina; PADRÃO, Vinicius. Quem será o relator da Lava Jato? Pergunte ao algoritmo. Disponível em: <<https://feed.itsrio.org/quem-ser%C3%A1-o-relator-da-lava-jato-pergunte-ao-algoritmo-d1dd3f88c59d>>. Acesso em: 07 jul. 2017.

³⁹⁸ LEWIS, Dustin Andrew; BLUM, Gabriella; MODIRZADEH, Naz Khatoon. *War-Algorithm Accountability*. Harvard Law School Program on International Law and Armed Conflict; Research Briefing, 2016, p. 16.

³⁹⁹ O algoritmo do Google, chamado de PageRank, é confeccionado por uma equipe, na qual cada membro desconhece a parcela de produção do outro, o que inviabiliza o conhecimento do todo até mesmo pelos funcionários da própria companhia. FRAZÃO, Ana Frazão. Dados, Estatísticas e Algoritmos. *Jota*. 28/06/2017. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/dados-estatisticas-e-algoritmos-28062017>>. Acesso em: 07/07/2017. Ver também BORGESIU, Frederik J. Zuiderveen et al. Should We Worry about Filter Bubbles?. *Internet Policy Review*, v. 5, n. 1, 2016, p. 05. O’NEIL, Cathy. *Weapons of Math Destruction: How big data increases inequality and threatens democracy*. New York: Crown, 2016, pp. 28-31. PASQUALE, Frank. *The black box society: The secret algorithms that control money and information*. Cambridge and London: Harvard University Press, 2015, pp. 61-80.

(im)possibilidade de auditoria, tudo com potencial agravamento de questões sociais⁴⁰⁰ e políticas⁴⁰¹.

Com essas palavras, finalizamos a exposição dos assuntos que, em nossa visão, mais aproximam, no mundo “online”, a liberdade de expressão e a remoção de conteúdo da Internet. O próximo capítulo visa trazer como o Brasil lida com a referida remoção, no intuito de sedimentar no conhecimento do leitor como anda o estado da arte, o que tem importância para o debate das questões do último capítulo.

⁴⁰⁰ FRAZÃO, Ana. Dados, Estatísticas e Algoritmos. *Jota*. 28/06/2017. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/dados-estatisticas-e-algoritmos-28062017>>. Acesso em: 07/07/2017. Ver também BORGESIU, Frederik J. Zuiderveen et al. Should We Worry about Filter Bubbles?. *Internet Policy Review*, v. 5, n. 1, 2016, p. 05. Na questão sobre um algoritmo discriminatório e não transparente, por entender que essa é um tema afeto ao mundo real, reproduzido no virtual, Chander sustenta a ideia de um modelo de algoritmo imbuído de ação afirmativa. CHANDER, Anupam. The Racist Algorithm?. *Michigan Law Review*, v. 115, n. 6, 2017, pp. 1.023-1.045.

⁴⁰¹ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. O algoritmo do Facebook e seus três paradoxos. Disponível em: <<https://feed.itsrio.org/o-algoritmo-do-facebook-e-seus-tr%C3%AAs-paradoxos-445cbd3585f7>>. Acesso em: 07 jul. 2017; e BORGESIU, Frederik J. Zuiderveen et al. Should We Worry about Filter Bubbles?. *Internet Policy Review*, v. 5, n. 1, 2016, pp. 02-10.

3 A REMOÇÃO DE CONTEÚDO NA INTERNET BRASILEIRA

3.1 Os Dados do Brasil e o Cenário Mundial

O capítulo que se principia tem o objetivo de analisar o Brasil em duas vertentes da remoção de conteúdo da Internet. A primeira postura escolhida e que será levada a efeito neste ítem é a exposição dos números apresentados por companhias e organizações que estão envolvidas com o tema. Ou seja, as determinações de remoção serão apresentadas em números, a partir da análise de relatórios de vários atores que contracenam nesse cenário. Como, de forma recorrente, estes publicam esses dados individualizados por país, será possível enxergar como anda o Brasil comparativamente com os demais. A segunda estratégia a ser adotada, que virá no próximo subcapítulo, exibirá o tratamento da matéria da remoção de conteúdo conferido pelos Tribunais Superiores do Brasil. Assim, os números irão comparar o Brasil com olhar externo e, posteriormente, a exposição de temas sensíveis à liberdade de expressão e remoção de conteúdo, através da visão dos Tribunais Superiores, dará cores ao que antes os números apontaram.

A primeira organização a nos fornecer dados é a “Freedom House”⁴⁰². Ela publicou o relatório “Freedom on the net”, para o Brasil, nos anos de 2011 a 2016. No primeiro ano, foi dito que, já em 2009 e 2010, várias demandas judiciais ameaçavam a liberdade de expressão “online”. Nesta época, a organização assinalou uma tendência tanto de particulares quanto de órgãos públicos de processarem os provedores de serviço de Internet e as companhias do ramo, inclusive se utilizando do “notice and takedown”⁴⁰³, para fins de remoção de conteúdo indesejado. Também foi afirmado que, em 2009, o Brasil alcançou o topo da lista de países

⁴⁰² Os indicadores foram coletados do sítio eletrônico da “Freedom House”, cujas páginas, em especial as referentes aos “reports”, foram essenciais para a presente análise. Disponível em: <<https://freedomhouse.org/>>, Acesso em: 18 jul. 2017.

⁴⁰³ O sistema do “notice and takedown” é aquele pelo qual extrajudicialmente uma pessoa que não concorda com uma postagem, em geral contrária a seus interesses, notifica o responsável pela plataforma ou o provedor, para que este remova tal conteúdo, entregando, então, a decisão e a ponderação do que seja ofensivo, por exemplo, e o que seja legítimo uso da liberdade de expressão, para o ator privado. Tudo, no mais das vezes, ocorre sem prévio contraditório.

com mais número de pedidos de remoção de conteúdo, direcionados ao Google. No relatório de 2012, as mesmas informações foram reiteradas e foi destacada a ameaça que os direitos autorais trazem à liberdade de expressão. O cenário não mudou no relatório de 2013, tendo sido destacado o banimento de conteúdos digitais considerados ofensivos à “dignidade” e ao “decoro” de candidatos a cargos eleitorais; e o fato de, em maio de 2012, o Facebook ter removido conteúdo de nudez da “marcha das vadias”, sem antes se distinguir a nudez protesto da nudez pornográfica. No relatório seguinte, na esteira dos anos anteriores, ficou demarcado o enorme uso da remoção de conteúdo, fundado em argumentos de privacidade e difamação. O relatório de 2015 realçou que o STJ construiu um padrão decisório para remoção de conteúdo, pelo qual a via judicial se fazia necessária, exceto para casos de violação a direitos autorais e “revenge porn”. Por fim, no relatório de 2016, a organização criticou a legislação eleitoral, pelo uso de termos amplos, a permitir a limitação da liberdade de expressão, por conta de injúrias a candidatos em épocas eleitorais.

O Google, gigante companhia do ramo, apresenta relatórios semestrais, tendo a coleta de informações se iniciado a partir de julho de 2009. Nesses relatórios estão englobadas as solicitações de remoção de conteúdo de postagens em blogs, de vídeos no YouTube e de resultados de pesquisa. O projeto do Google chama-se “Google Transparency Report”. Desde 2009, foram endereçados ao Google 5.599 pedidos de remoção de conteúdo provenientes de órgãos públicos do Brasil, englobando 64.427 itens⁴⁰⁴. Comparativamente, foram 15 pedidos, originários do Chile, com 23 itens⁴⁰⁵; 5.974 pedidos, vindos dos EUA, com 66.062 itens⁴⁰⁶; 2.571 pedidos, da Alemanha, com 21.653 itens⁴⁰⁷; 3.044 pedidos, provenientes da Índia, com 16.510 itens⁴⁰⁸; e 32.589 pedidos, da Rússia, com 381.061 itens⁴⁰⁹.

⁴⁰⁴ Disponível em: <https://transparencyreport.google.com/government-removals/overview?authority_search=country:BR&lu=authority_search>. Acesso em: 23 dez. 2017.

⁴⁰⁵ Disponível em: <https://transparencyreport.google.com/government-removals/overview?authority_search=country:CL&lu=authority_search>. Acesso em: 23 dez. 2017.

⁴⁰⁶ Disponível em: <https://transparencyreport.google.com/government-removals/overview?authority_search=country:US&lu=authority_search>. Acesso em: 23 dez. 2017.

⁴⁰⁷ Disponível em: <https://transparencyreport.google.com/government-removals/overview?authority_search=country:DE&lu=authority_search>. Acesso em: 23 dez. 2017.

⁴⁰⁸ Disponível em: <https://transparencyreport.google.com/government-removals/overview?authority_search=country:IN&lu=authority_search>. Acesso em: 23 dez. 2017.

⁴⁰⁹ Disponível em: <https://transparencyreport.google.com/government-removals/overview?authority_search=country:RU&lu=authority_search>. Acesso em: 23 dez. 2017.

O Facebook é outra enorme companhia do ramo de Internet. Seus relatórios são semestrais e é possível dizer que na seção denominada “Restrições de Conteúdo” encontra-se a remoção de conteúdo⁴¹⁰. Do somatório de todos os relatórios (janeiro de 2013 a julho de 2017)⁴¹¹, enxerga-se que foram restringidos 3.400 itens, no Brasil. O Chile e os EUA não apresentaram quantitativo. Já na Alemanha, a quantidade foi de 4.041; na Índia, de 49.664; e na Rússia, de 618.

O Twitter também fornece importantes dados para localização do Brasil no assunto em estudo e os apresenta em relatórios semestrais, tendo como foco as solicitações de remoção de conteúdo, seja de Tweets, seja de contas. Proveniente do país, ao total, até junho de 2017, foram 421 ordens judiciais e 62 requerimentos administrativos, para 980 contas, tendo havido a retirada de 9 contas e de 649 Tweets. Da mesma forma e para o mesmo período, no Chile, houve 1 ordem judicial e 1 pedido administrativo, para 2 contas, não tendo havido retirada de contas ou Tweets; em relação aos EUA, houve 28 ordens judiciais e 499 pedidos administrativos, para 889 contas, não tendo havido retirada de contas ou Tweets; em relação à Alemanha, houve 5 ordens judiciais e 814 pedidos administrativos, para 1.021 contas, tendo sido retirados 35 contas e 259 Tweets; em relação à Índia, houve 12 ordens judiciais e 337 pedidos administrativos, para 973 contas, tendo sido retirados 1 conta e 16 Tweets; e em relação à Rússia, houve 13 ordens judiciais e 5.280 pedidos administrativos, para 5.650 contas, tendo sido retirados 192 contas e 1.012 Tweets⁴¹².

Antes de apresentar uma última fonte, é importante destacar que, infelizmente, em todos os estudos acima apresentados, ainda que poucos fossem os países figurando na lista de requerentes de remoção, o Brasil invariavelmente esteve presente. Esses relatórios, como ficou claro, vieram de atores externos e são da mais alta relevância. Agora, porém, serão expostos alguns números internos do “Projeto Ctrl X” que, organizado pela ABRAJI -

⁴¹⁰ Explica o Facebook, quanto ao assunto: “Quando as autoridades acreditam que algo na Internet viola as leis locais, podem contatar empresas como o Facebook e solicitar que restrinjam o acesso a esse conteúdo. Quando recebemos tais solicitações, elas são analisadas para determinar se o conteúdo especificado realmente viola as leis locais. Se determinarmos que há violação das leis locais, tornaremos o conteúdo indisponível no país ou território em questão. (...) Incluímos casos em que removemos conteúdo que as autoridades identificaram como ilegal e casos trazidos à nossa atenção por entidades não governamentais, como ONGs, instituições de caridade e membros da comunidade do Facebook”. Disponível em: <<https://govtrequests.facebook.com/about/>>. Acesso em: 19 jul. 2017.

⁴¹¹ Todos os relatórios foram extraídos da página de relatório de transparência do Facebook. Disponível em: <<https://transparency.facebook.com/government/>>. Acesso em: 23 dez. 2017.

⁴¹² Todos os dados podem ser encontrados no “Transparency Report” do Tweeter. Disponível em: <<https://transparency.twitter.com/en/removal-requests.html>>. Acesso em: 25 out. 2017.

Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo – em parceria com companhias de mídia e de tecnologia, expõe as diversas supressões de conteúdo da Internet no Brasil. Com tal propósito, o projeto mapeou e fez um ranking dos argumentos usados para fins de remoção de conteúdo, daí surgindo 251 demandas, com fundamento em violação de direitos autorais; 2.081, com fundamento em difamação; 241, com fundamento na privacidade; e 1.011, com fundamento em violação à legislação eleitoral⁴¹³. Além disso, restou constatado, no mínimo, que o Facebook Brasil figura ou figurou como réu em 1.198 processos; o Google Brasil, em 566; o UOL – Universo Online -, em 294; a Abril Comunicações, em 67; a Rádio e Televisão Record, em 61; a Infoglobo Comunicação e Participações, em 45; e o Twitter Brasil, em 39.

Os números apresentados acima permitem fazer algumas asserções e levantar alguns questionamentos importantes. Fica claro que no Brasil, em princípio, através desse quantitativo, ainda que de forma inconsciente, está arraigada uma cultura de abafamento do discurso. Ainda, é de se destacar não só o Estado como responsável por isso, mas o particular também. Não obstante, algumas perguntas específicas surgem dessa paisagem digital, sobretudo ante ao modo pelo qual o Poder Judiciário vem atuando em relação aos casos de remoção. Daí as polêmicas são o “se” e o “como” age em hipóteses de anonimato, além das questões afetas ao localizador de conteúdo, ao ator juiz da remoção e à caracterização da interação em mídia jornalística digital. Um fato, no entanto, é certo: o Brasil não é avesso à remoção de conteúdo da Internet.

3.2 A Jurisprudência Brasileira dos Tribunais Superiores

O presente subcapítulo visa apresentar um panorama da jurisprudência dos Tribunais Superiores, em assuntos agudos sobre a remoção de conteúdo da Internet. O que se pretende a seguir é enxergar o que o STJ e o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) pensam em julgamentos que se relacionam com os temas a serem debatidos no próximo capítulo⁴¹⁴. Assim, serão expostos casos sobre a vedação ao anonimato e a ideia de IP; a exigência de indicação de

⁴¹³ Para tanto, ver e navegar no sítio eletrônico disponível em: <<http://www.ctrlx.org.br/#/infografico>>. Acesso em: 25 out. 2017.

⁴¹⁴ É preciso dizer que o trabalho quando se utiliza da nomenclatura Tribunais Superiores refere-se ao STJ e ao TSE, valendo frisar que aqui o STF – considerado Corte diversa dos Tribunais Superiores, pela Constituição - ainda não apresentou uma posição destacada.

URL, para fins de remoção; a necessidade ou não de decisão judicial para derubar conteúdo; e a imposição de fiscalização prévia a ser feita pelos provedores.

3.2.1 A vedação ao anonimato e a ideia de IP

Os pontos relacionados com a vedação ao anonimato e a ideia de IP devem ser tratados em conjunto. A Internet foi desenhada para ser um ambiente livre, o que proporcionou que muitas pessoas agissem de forma anônima. No entanto, sob a capa do anonimato, a prática de ilicitudes passou a ser corriqueira. Com o fim de possibilitar a identificação desta pessoa e sua consequente responsabilidade, os provedores de redes sociais buscaram enfatizar a vinculação dos perfis, contas e postagens ao endereço IP dos dispositivos que acessam a Internet. Abaixo será apresentado o que a jurisprudência enxerga disso e verificado que a regra constitucional da vedação ao anonimato é cumprida de forma rigorosa. Também será possível ver a evolução jurisprudencial de exigência de identificação do IP.

No assunto que nos interessa aqui, ou seja, o ligado ao mundo virtual, o anonimato é rechaçado pelos Tribunais Superiores à unanimidade. Se o orador é anônimo, a solução é a remoção de conteúdo. Nesse sentido foi a fala do STJ, em 2010, ao aduzir que “a liberdade de manifestação do pensamento, assegurada pelo art. 5º, IV, da Constituição de 1988, não é irrestrita, sendo “vedado o anonimato”. Em outras palavras, qualquer um pode se expressar livremente, desde que se identifique”⁴¹⁵. No mesmo ano, o TSE teve a oportunidade de expressar a proibição constitucional e legal do anonimato⁴¹⁶.

⁴¹⁵ Brasil. STJ. REsp 1.193.764/SP; Recurso Especial 2010/0084512-0; Relator(a): Ministra Nancy Andrighi; Órgão Julgador: Terceira Turma; Data do Julgamento: 14/12/2010; Data da Publicação/Fonte: Dje 08/08/2011; RDTJRJ vol. 100 p. 234; RSTJ vol. 223 p. 379.

⁴¹⁶ Brasil. TSE. AC 138.443; Agravo Regimental em Ação Cautelar 0001384-43.2010.6.00.0000; Brasília/DF; Acórdão de 29/06/2010; Relator(a): Ministro Henrique Neves da Silva; Publicação: RJTSE - Revista de jurisprudência do TSE, Volume 21, Tomo 3, Data 29/06/2010, Página 179 DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 17/08/2010, Página 103-104. Ainda nesse julgado, disse o Ministro Henrique Neves da Silva: “No caso da internet, em que pese a existência de programas desenvolvidos para evitar a identificação do usuário, não é raro que se obtenha pela identificação do endereço de acesso (*Internet Protocol - IP*) o local (computador) utilizado pelo responsável por práticas ilícitas. Por isto é que, na maior parte das vezes, o uso de pseudônimo na internet não garante o anonimato, ao contrário do que normalmente se imagina”.

Ao longo dos anos, o tom se manteve, tendo o STJ ou reconhecido expressamente a proibição⁴¹⁷, ou concordado com as decisões das instâncias originárias que ditavam a vedação⁴¹⁸. Da mesma forma, manifestou-se o TSE, em 2016, em caso no qual foi utilizado perfil falso e anônimo para a prática de delito contra a honra⁴¹⁹.

Na ideia de não permitir com que as pessoas se escondam no mundo cibernético, o STJ buscou em suas decisões trazer ao público a lógica da localização e identificação das mesmas. Em 2010, percebendo a relevância do assunto, a Corte já possuía conhecimento da forma de atuar do Google, sabendo que o usuário ao se conectar à rede obtém um IP que, de acordo com as palavras do Tribunal, permite seu rastreamento e localização dos dados pessoais⁴²⁰. O registro do IP dos computadores usados para o cadastramento de cada conta,

⁴¹⁷ Brasil. STJ. AREsp 390.862/GO; Agravo em Recurso Especial 2013/0270496-3; Relator(a): Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva; Decisão monocrática; Data da Publicação: 02/10/2013. AgRg no REsp 1.402.104/RJ; Agravo Regimental no Recurso Especial 2012/0154715-6; Relator(a): Ministro Raul Araújo; Órgão Julgador: Quarta Turma; Data do Julgamento: 27/05/2014; Data da Publicação/Fonte: DJe 18/06/2014. AREsp 166.135/RJ; Agravo em Recurso Especial 2012/0075209-6; Relator(a): Ministro Antonio Carlos Ferreira; Decisão monocrática; Data da Publicação: 04/08/2015. REsp 1.384.581/MG; Recurso Especial 2013/0157858-9; Relator(a): Ministra Maria Isabel Gallotti; Decisão monocrática; Data da Publicação: 10/08/2015. AREsp 494.800/RJ; Agravo em Recurso Especial 2014/0070144-3; Relator(a): Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva; Decisão monocrática; Data da Publicação: 07/05/2015. AgRg no AREsp 551.023/RJ; AgRg no Agravo em Recurso Especial 2014/0176409-2; Relator(a): Ministro Paulo de Tarso Sanseverino; Decisão monocrática; Data da Publicação: 12/05/2015. AREsp 893.764/RJ; Agravo em Recurso Especial 2016/0082068-2; Relator(a): Ministro Marco Buzzi; Decisão monocrática; Data da Publicação: 27/04/2016. REsp 1.675.239; Relator(a): Ministro Marco Aurélio Bellizze; Decisão monocrática; Data da Publicação: 13/09/2017. REsp 1.701.072; Relator(a): Ministro Moura Ribeiro; Decisão monocrática; Data da Publicação: 20/10/2017.

⁴¹⁸ Brasil. STJ. AgRg no AREsp 342.597/DF; Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 2013/0137181-9; Relator(a): Ministro Sidnei Beneti; Órgão Julgador: Terceira Turma; Data do Julgamento: 27/08/2013; Data da Publicação/Fonte: DJe 10/09/2013.

⁴¹⁹ Brasil. TSE. REspe 186.819; Recurso Especial Eleitoral 0001868-19.2014.6.00.0000; Toledo/PR; Relator(a) Ministro Henrique Neves Da Silva; Decisão monocrática; Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 030, Data 15/02/2016, Página 29.

⁴²⁰ Brasil. STJ. REsp 1.193.764/SP; Recurso Especial 2010/0084512-0; Relator(a): Ministra Nancy Andrighi; Órgão Julgador: Terceira Turma; Data do Julgamento: 14/12/2010; Data da Publicação/Fonte: DJe 08/08/2011; RDTJRJ vol. 100 p. 234; RSTJ vol. 223 p. 379. Quanto à identificação do usuário da rede, expôs o STJ que “ao oferecer um serviço por meio do qual se possibilita que os usuários externem livremente sua opinião, deve o provedor ter o cuidado de propiciar meios para que se possa identificar cada um desses usuários, coibindo o anonimato e atribuindo a cada manifestação uma autoria certa e determinada. A esse respeito, Marcel Leonardi observa que o provedor deve exigir do usuário, conforme a natureza do serviço prestado, “os números de IP atribuídos e utilizados pelo usuário, os números de telefone utilizados para estabelecer conexão, o endereço físico de instalação dos equipamentos utilizados para conexões de alta velocidade e demais informações que se fizerem necessárias para prevenir o anonimato do usuário” (Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 82). Portanto, sob a ótica da diligência média que se espera do provedor, deve este adotar as providências que, conforme as circunstâncias específicas de cada caso, estiverem ao seu alcance para a individualização dos usuários do site, sob pena de responsabilização subjetiva por culpa in omittendo”.

pelo qual, em tese, é viável a identificação do usuário, seguiu sendo o raciocínio do STJ, em 2012 a 2017⁴²¹.

3.2.2 A indicação de URL

A exigência ou não de indicação de URL é debate que se insere no passo seguinte à tomada de decisão em favor da remoção de conteúdo da Internet. Mesmo antes do MCI, que em seu art. 19, §1º⁴²², exigiu a identificação clara e específica do conteúdo infringente, o tema já despontava na jurisprudência. É sobre a evolução desta que as linhas abaixo se preocuparão.

Em 2010, por conta de processo originário do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), no qual a ofendida, ao pretender a remoção, entregou os URLs dos endereços que desejava derrubar, o STJ constatou que “com base na URL fornecida pela recorrente, foi possível ao GOOGLE localizar especificamente a página na qual havia sido inserido o

⁴²¹ Brasil. STJ. REsp 1.306.066/MT; Recurso Especial 2011/0127121-0; Relator(a): Ministro Sidnei Beneti; Órgão Julgador: Terceira Turma; Data do Julgamento: 17/04/2012; Data da Publicação/Fonte: DJe 02/05/2012; RDDP vol. 112 p. 133. AREsp 390.862/GO; Agravo em Recurso Especial 2013/0270496-3; Relator(a): Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva; Decisão monocrática; Data da Publicação: 02/10/2013. AgRg no REsp 1.402.104/RJ; Agravo Regimental no Recurso Especial 2012/0154715-6; Relator(a): Ministro Raul Araújo; Órgão Julgador: Quarta Turma; Data do Julgamento: 27/05/2014; Data da Publicação/Fonte: DJe 18/06/2014. REsp 1.501.187/RJ; Recurso Especial 2011/0287615-0; Relator(a): Ministro Marco Buzzi; Órgão Julgador: Quarta Turma; Data do Julgamento: 16/12/2014; Data da Publicação/Fonte: REPDJe 03/03/2015; DJe 19/12/2014; RSTJ vol. 236 p.635; RT vol. 447 p.155. AgRg no REsp 1.384.340/DF; Agravo Regimental no Recurso Especial 2013/0152794-0; Relator(a): Ministro Paulo de Tarso Sanseverino; Órgão Julgador: Terceira Turma; Data do Julgamento: 05/05/2015; Data da Publicação/Fonte: DJe 12/05/2015. AREsp 676.527/DF; Agravo em Recurso Especial 2015/0051339-6; Relator(a): Ministro Antonio Carlos Ferreira; Decisão monocrática; Data da Publicação: 07/05/2015. REsp 1.512.647/MG; Recurso Especial 2013/0162883-2; Relator(a): Ministro Luis Felipe Salomão; Órgão Julgador: Segunda Seção; Data do Julgamento: 13/05/2015; Data da Publicação/Fonte: DJe 05/08/2015; RMP vol. 58 p. 371. REsp 1.384.581/MG; Recurso Especial 2013/0157858-9; Relator(a): Ministra Maria Isabel Gallotti; Decisão monocrática; Data da Publicação: 10/08/2015. AREsp 771.291/RS; Agravo em Recurso Especial 2015/0215562-7; Relator(a): Ministra Maria Isabel Gallotti; Decisão monocrática; Data da Publicação: 20/10/2015. AREsp 887.919; Relator(a): Ministro Antonio Carlos Ferreira; Decisão monocrática; Data da Publicação: 03/05/2016. AREsp 563.770; Relator(a): Ministro Paulo de Tarso Sanseverino; Decisão monocrática; Data da Publicação: 17/08/2016. REsp 1.342.640/SP; Recurso Especial 2012/0186042-0; Relator(a): Ministra Nancy Andrichi; Órgão Julgador: Terceira Turma; Data do Julgamento: 07/02/2017; Data da Publicação/Fonte: DJe 14/02/2017.

⁴²² Diz o art. 19, §1º, do MCI: “Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário. § 1º A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material”.

material de conteúdo ofensivo”⁴²³. Em 2011, apesar do Google explicar a necessidade do URL para localizar o endereço onde consta eventual ofensa, o Min. Salomão, discordando da companhia, asseverou ser simples a localização de um endereço e, por isso, ordens genéricas sem exigência de URL seriam legítimas⁴²⁴. No ano de 2012, analisando processo em que a apresentadora Xuxa postulou a eliminação de resultado, em motor de busca, o STJ apontou a importância da apresentação dos URLs específicos do endereço que se deseja derrubar⁴²⁵.

Em 2013, o TSE sinalizou a necessidade de indicação de URL para remoção de conteúdo e, em caso no qual o nome de um magistrado restou vinculado à pedofilia, por conta de matéria da Revista Isto É, o STJ debateu a respeito da necessidade de apresentação de URL específico para a página original⁴²⁶ que se deseja remover, e sua consequência para as páginas em cache^{427 428}.

⁴²³ Brasil. STJ. REsp 1.193.764/SP; Recurso Especial 2010/0084512-0; Relator(a): Ministra Nancy Andrihgi; Órgão Julgador: Terceira Turma; Data do Julgamento: 14/12/2010; Data da Publicação/Fonte: Dje 08/08/2011; RDTJRJ vol. 100 p. 234; RSTJ vol. 223 p. 379.

⁴²⁴ Brasil. STJ. REsp 1.175.675/RS; Recurso Especial 2010/0005439-3; Relator(a): Ministro Luis Felipe Salomão; Órgão Julgador: Quarta Turma; Data do Julgamento: 09/08/2011; Data da Publicação/Fonte: Dje 20/09/2011.

⁴²⁵ Brasil. STJ. REsp 1.316.921/RJ; Recurso Especial 2011/0307909-6; Relator(a): Ministra Nancy Andrihgi; Órgão Julgador: Terceira Turma; Data do Julgamento: 26/06/2012; Data da Publicação/Fonte: Dje 29/06/2012; RDTJRJ vol. 91 p. 74; RSTJ vol. 227 p. 553. Disse a Corte que “preenchidos os requisitos indispensáveis à exclusão, da *web*, de uma determinada página virtual, sob a alegação de veicular conteúdo ilícito ou ofensivo – notadamente a identificação do URL dessa página – a vítima carecerá de interesse de agir contra o provedor de pesquisa, por absoluta falta de utilidade da jurisdição. (...) No particular, não haverá nenhum interesse em demandar contra o provedor de pesquisa, pois, munida do URL da página onde inserido o conteúdo dito ofensivo (indispensável para o exercício da ação), poderá a vítima acionar diretamente o autor do ato ilícito, com o que, julgado procedente o pedido e retirada da Internet a página, o respectivo conteúdo será automaticamente excluído do resultado das buscas realizadas junto a qualquer provedor de pesquisa. Dessa forma, verifica-se ser incabível impor aos provedores de pesquisa a obrigação de eliminar do seu sistema os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página onde este estiver inserido”.

⁴²⁶ Enfatizou a Ministra Andrihgi que “[n]a realidade, apenas mediante indicação do URL (sigla que corresponde à expressão Universal Resource Locator, que em português significa localizador universal de recursos. Trata-se de um endereço virtual, isto é, diretrizes que indicam o caminho até determinado site ou página) específico da página onde se encontra o conteúdo considerado ilegal ou ofensivo é que seria possível ao provedor de pesquisa controlar com eficiência a sua exclusão dos resultados da busca virtual, assegurando a eficácia da medida ao longo do tempo” e que “conhecendo o URL da página, a vítima terá como identificar o próprio responsável pela inclusão do conteúdo ilegal, ou pelo menos o provedor utilizado para hospedagem do respectivo site que, por sua vez, poderá indicar o IP (sigla que corresponde à expressão Internet Protocol, um número único, exclusivo, que individualiza cada computador na rede e por meio do qual cada máquina se identifica e se comunica) do autor do ilícito”. Assim, “[d]iante disso, poderá agir diretamente contra essa pessoa, o que torna absolutamente dispensável a imposição de qualquer obrigação ao provedor de busca”.

⁴²⁷ Com relação à página cache, ensinou a Ministra Gallotti “[s]e, após retirada da matéria (URL) de determinado site, continuar o respectivo link constando do resultado da busca, é cabível voltar-se contra o Google. Isso porque, ao contrário do que alega o reclamante, sabe-se que o Google, para agilizar suas pesquisas, mantém, em seus servidores, “espelhos” dos sites, ou, como prefere, “instantâneos de cada página como backup”, o que se chama de armazenamento ‘em cache’. Tais “‘espelhos’ são ‘capturados’ periodicamente, não se sabe ao certo

No STJ, em 2015, foi analisado o caso de uma pessoa jurídica fornecedora de educação jurídica, por meio de cursos em vídeo, através de CD e DVD, que descobriu a comercialização ilegal (pirataria) de seus produtos na rede social Orkut. O debate avançou para a diferenciação de URL de comunidades virtuais e URLs específicos relacionados a conteúdo dentro das comunidades, apontando a Min(a). Gallotti para a necessidade de identificação específica do endereço⁴²⁹. No mesmo ano, foi entendido como acertada, pelo STJ, a postura das instâncias de piso e também da parte, aquela em exigir e esta em entregar os URLs dos endereços específicos que se desejava a remoção no Facebook⁴³⁰, ideia repetida em julgado publicado pela Corte logo em seguida⁴³¹. Esta postura viu-se replicada no TSE⁴³².

Em 2016, no STJ, a postura de exigência de URL específico para o endereço que se intenta excluir da Internet ganhou solidez⁴³³ e no TSE a matéria afeita à especificidade da

com que frequência, e, às vezes, até que a rotina automatizada de indexação dispare nova captura e constate que o URL (endereço) não existe mais, pode ser que ainda fique disponível para leitura por meio do provedor do Google. Esta circunstância pode prorrogar, como dito acima, não se sabe por quanto tempo, eventual dano já coibido com a retirada do ar da página original”. A Ministra Andrigui, por sua vez, disse que “[a] pesar de temporária, como a atualização da memória cache, em princípio, fica a critério do próprio sistema (salvo intervenção humana específica), pode acontecer de um determinado conteúdo ou página original serem removidos da rede mas continuarem, durante um certo tempo, registrados em cache e, portanto, acessíveis a qualquer usuário”. Assim, “[d]iante disso, estando uma cópia do texto ou imagem ofensivos ou ilícitos registrados na memória cache do provedor de pesquisa, deve esse, uma vez ciente do fato, providenciar a exclusão preventiva, desde que seja fornecido o URL da página original, bem como comprovado que esta já foi removida da Internet”. Por fim, a Ministra assentou que “como se trata de providência específica, a ser adotada por pessoa distinta daquela que posta o conteúdo ofensivo e envolvendo arquivo (cópia) que não se confunde com o texto ou imagem original, deve haver não apenas um pedido individualizado da parte, mas um comando judicial determinado e expresso no sentido de que a cópia em cache seja removida”.

⁴²⁸ Brasil. STJ. Rcl 5.072/AC; Reclamação 2010/0218306-6; Relator(a): Ministro Marco Buzzi; Relator(a) p/ Acórdão: Ministra Nancy Andrigui; Órgão Julgador: Segunda Seção; Data do Julgamento: 11/12/2013; Data da Publicação/Fonte: DJe 04/06/2014.

⁴²⁹ Brasil. STJ. REsp 1.512.647/MG; Recurso Especial 2013/0162883-2; Relator(a): Ministro Luis Felipe Salomão; Órgão Julgador: Segunda Seção; Data do Julgamento: 13/05/2015; Data da Publicação/Fonte: DJe 05/08/2015; RMP vol. 58 p. 371.

⁴³⁰ Brasil. STJ. AREsp 663.187/PR; Agravo em Recurso Especial 2015/0034180-7; Relator(a): Ministro Moura Ribeiro; Decisão monocrática; Data da Publicação: 09/04/2015.

⁴³¹ Brasil. STJ. AREsp 494.800/RJ; Agravo em Recurso Especial 2014/0070144-3; Relator(a): Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva; Decisão monocrática; Data da Publicação: 07/05/2015.

⁴³² Brasil. TSE. REspe 22.052; Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral 0000220-52.2014.6.09.0000; Goiânia/GO; Acórdão de 24/02/2015; Relator(a): Ministro João Otávio de Noronha; Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 54, Data 19/03/2015, Página 35.

⁴³³ Brasil. STJ. REsp 1.452.683; Relator(a): Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva; Decisão monocrática; Data da Publicação: 09/05/2016. REsp 1.595.389; Relator(a): Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva; Decisão monocrática; Data da Publicação: 10/05/2016. Rcl 014.702; Relator(a): Ministro Raul Araújo; Decisão monocrática; Data da Publicação: 10/06/2016. AREsp 927.782/SP; Agravo em Recurso Especial 2016/0141621-8; Relator(a): Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva; Decisão monocrática; Data da Publicação: 28/06/2016. AREsp 776.540; Relator(a): Ministra Maria Isabel Gallotti; Decisão monocrática; Data da Publicação: 29/06/2016. AREsp 983.194/SP;

publicação do que se taxa como irregular e merecedora de exclusão foi realçada pelo Min. Henrique Neves da Silva⁴³⁴. Do mesmo modo, em 2017, o STJ seguiu fazendo tal exigência⁴³⁵, assim como o TSE manteve-se atento à referida indicação⁴³⁶. Frente ao exposto, é de se concluir que o STJ, após amadurecer seu posicionamento, entende pela necessidade de indicação de URL específico, para remoção de conteúdo da Internet.

3.2.3 A necessidade de decisão judicial para remoção de conteúdo

A necessidade ou não de decisão judicial para a remoção de conteúdo postado por terceiro da Internet é temática que atormenta o estudo da matéria não só no Brasil, como também no direito comparado. Basicamente os sistemas podem ser três. O primeiro é o que

Agravo em Recurso Especial 2016/0242777-4; Relator(a): Ministro Marco Aurélio Bellizze; Decisão monocrática; Data da Publicação: 03/10/2016. REsp 1.462.627; Relator(a): Ministro Moura Ribeiro; Decisão monocrática; Data da Publicação: 07/10/2016.

⁴³⁴ Brasil. TSE. HC 5.691; Habeas Corpus 0601610-86.2016.6.00.0000; Patrocínio/MG; Relator: Ministro Henrique Neves da Silva; Decisão monocrática; Ano da eleição: 2016; Data da decisão/julgamento: 26/08/2016. Em passagens de extrema relevância, destacou o Ministro que “mesmo quando se estiver diante de alguma efetiva e gritante ilegalidade, a determinação da suspensão deve atingir apenas e tão somente o quanto tido como irregular, resguardando-se o máximo possível do pensamento livremente expressado. (...) Pretender, como se pretende, a suspensão de todo o conteúdo do sítio implicaria em determinar a retirada não só daquelas informações que, eventualmente, infringem a legislação ou a própria Constituição, mas também todas as demais que constituem meras opiniões e estão abarcadas pela garantia da livre expressão do pensamento. (...) Em outras palavras: se em determinada página da internet há uma frase ou um artigo que caracterize propaganda eleitoral irregular, ou mesmo mais de um, todos deverão ser identificados por quem pretende a sua exclusão do conteúdo na inicial da ação que pede tal providência, ainda que seja necessário especificar detalhadamente todo o conteúdo da página. A exata identificação é necessária para que, da mesma forma, a decisão seja precisa sobre o quanto deve ser retirado do endereço da internet. Neste ponto, ainda que sejam alegadas dificuldades técnicas para o cumprimento da decisão pelo, por exemplo, provedor de hospedagem, aqueles que prestam serviços na internet deverão desenvolver mecanismos que permitam a retirada de apenas parte do conteúdo de um sítio. Além disso, deverão preservar o conteúdo retirado em local que não seja acessível a terceiros até o exame final de mérito da questão, pois, caso reformada, a divulgação da informação deverá retornar ao endereço do qual foi retirada”.

⁴³⁵ Brasil. STJ. AgInt no AREsp 907443; Relator(a): Ministra Maria Isabel Gallotti; Decisão monocrática; Data da Publicação: 18/05/2017. REsp 1677736; Relator(a): Ministro Paulo de Tarso Sanseverino; Decisão monocrática; Data da Publicação: 08/08/2017. AgInt no AREsp 885598; Relator(a): Ministro Marco Aurélio Bellizze; Decisão monocrática; Data da Publicação: 24/08/2017. REsp 1.629.255/MG; Recurso Especial 2016/0257036-4; Relator(a): Ministra Nancy Andrighi; Órgão Julgador: Terceira Turma; Data do Julgamento: 22/08/2017; Data da Publicação/Fonte: DJe 25/08/2017. REsp 1689093; Relator(a): Ministro Paulo de Tarso Sanseverino; Decisão monocrática; Data da Publicação: 15/09/2017.

⁴³⁶ Brasil. TSE. REspe 3.913; Recurso Especial Eleitoral 0000039-13.2016.619.0094; Barra Mansa/RJ; Relator(a): Min. Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin; Decisão monocrática; Data da decisão/julgamento: 4/8/2017.

admite a simples notificação extrajudicial do provedor, momento a partir do qual este decide o que é legítimo ficar ou sair do universo cibernético. O segundo é o que a notificação do provedor, para concretização da remoção, tem origem em decisão judicial, provocada pelo interessado na remoção. O terceiro é um misto entre os dois desenhos anteriores, podendo algumas matérias ser mais afinadas ao primeiro modelo, e outras, ao segundo. O Brasil passou por longo tempo em uma seara de insegurança, formatada pela jurisprudência, principalmente, do STJ. Com o tempo, o legislador entrou em cena e fixou algumas ideias, como, por exemplo, com a positivação da Lei nº 12.965/2014 - MCI⁴³⁷ e com a inclusão de novos dispositivos na Lei nº 9.504/97⁴³⁸.

⁴³⁷ São importantes os arts. 19, 21 e 31, do Marco Civil da Internet, *in verbis*: Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário. § 2º A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal. Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da 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 quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo. Parágrafo único. A notificação prevista no caput deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido. Art. 31. Até a entrada em vigor da lei específica prevista no § 2º do art. 19, a responsabilidade do provedor de aplicações de internet por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, quando se tratar de infração a direitos de autor ou a direitos conexos, continuará a ser disciplinada pela legislação autoral vigente aplicável na data da entrada em vigor desta Lei.

⁴³⁸ A Lei nº 12.891/2013 acrescentou novos dispositivos à Lei nº 9.504/97, sendo relevante aqui a redação do art. 57-D, §3º, *in verbis*: Art. 57-D. É livre a manifestação do pensamento, vedado o anonimato durante a campanha eleitoral, por meio da rede mundial de computadores - internet, assegurado o direito de resposta, nos termos das alíneas a, b e c do inciso IV do § 3º do art. 58 e do 58-A, e por outros meios de comunicação interpessoal mediante mensagem eletrônica. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009) § 3º Sem prejuízo das sanções civis e criminais aplicáveis ao responsável, a Justiça Eleitoral poderá determinar, por solicitação do ofendido, a retirada de publicações que contenham agressões ou ataques a candidatos em sítios da internet, inclusive redes sociais. (Incluído pela Lei nº 12.891, de 2013). A Lei nº 12.034/2009, anteriormente, também fez o mesmo, sendo relevante para o presente estudo o art. 57-F, *in verbis*: Art. 57-F. Aplicam-se ao provedor de conteúdo e de serviços multimídia que hospeda a divulgação da propaganda eleitoral de candidato, de partido ou de coligação as penalidades previstas nesta Lei, se, no prazo determinado pela Justiça Eleitoral, contado a partir da notificação de decisão sobre a existência de propaganda irregular, não tomar providências para a cessação dessa divulgação. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009) Parágrafo único. O provedor de conteúdo ou de serviços multimídia só será considerado responsável pela divulgação da propaganda se a publicação do material for comprovadamente de seu prévio conhecimento. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009). Este último dispositivo foi posteriormente regulamentado pela Resolução TSE nº 23.191/2009, referente à propaganda eleitoral e às condutas ilícitas em campanha eleitoral nas eleições de 2010, tendo o art. 24 o seguinte teor: Art. 24. Aplicam-se ao provedor de conteúdo e de serviços multimídia que hospeda a divulgação da propaganda eleitoral de candidato, de partido ou de coligação as penalidades previstas nesta resolução, se, no prazo determinado pela Justiça Eleitoral, contado a partir da notificação de decisão sobre a existência de propaganda irregular, não tomar providências para a cessação dessa divulgação (Lei nº 9.504/97, art. 57-F, caput). § 1º. O provedor de conteúdo ou de serviços multimídia só será considerado responsável pela divulgação da propaganda se a publicação do material for comprovadamente de seu prévio conhecimento (Lei nº 9.504/97, art. 57-F, parágrafo único). § 2º. O prévio

Em caso no qual os próprios ministros do STJ consideraram o primeiro a respeito do assunto, em 2010, foi dito, em relação à imunidade de um provedor, que existe “como contrapartida, o dever de, uma vez ciente da existência de mensagem de conteúdo ofensivo, retirá-la imediatamente do ar, sob pena, aí sim, de responsabilização”. No caso, a pessoa ofendida buscou uma decisão judicial e, portanto, a Corte se debruçou em uma hipótese de notificação judicial para remoção⁴³⁹. A dúvida que surgiu foi se o STJ, ao afirmar que a remoção deveria ser imediata, consentiu com as duas vias (judicial ou extrajudicial); ou se deveria ser seguido o modelo desse processo; ou ainda se o STJ não percebeu nada disso. Em 2011, o STJ julgou caso, cujo demandante, antes de ir a juízo, utilizou-se da ferramenta “denuncie abusos”, não tendo encontrado solução para seus problemas. Na questão, apenas lateralmente abordada, disse o STJ que já no momento em que o conteúdo ilícito é postado na rede, o provedor tem o dever de removê-lo⁴⁴⁰. Com isso, o Tribunal posicionou-se nem do lado da notificação extrajudicial, nem do lado da notificação judicial.

As incertezas se mantiveram em 2012, com o STJ analisando outra vez o uso da ferramenta “denuncie aqui”. No caso, o provedor só abandonou a postura omissiva com uma ordem judicial. A Corte entendeu não haver dever de fiscalização prévia do provedor, ao tempo em que disse que ciente de uma ilegalidade, deve o provedor retirar o conteúdo

conhecimento de que trata o parágrafo anterior poderá, sem prejuízo dos demais meios de prova, ser demonstrado por meio de cópia de notificação, diretamente encaminhada e entregue pelo interessado ao provedor de Internet, na qual deverá constar, de forma clara e detalhada, a propaganda por ele considerada irregular. Ainda depois, a Resolução TSE nº 23.370/2011, a Resolução TSE nº 23.404/2014 e a Resolução TSE nº 23.457/2015 trataram do tema, para as respectivas eleições vindouras. Comentando o referido parágrafo segundo, o Ministro Henrique Neves, em 2010, disse: “Essa notificação, que pode ser manejada por qualquer pessoa, não impõe, por si, obrigação de agir. A sua função é exclusivamente a de registrar a certeza de que o provedor tem plena ciência da propaganda apontada como irregular que se encontra em sua página. Ao recebê-la, o responsável pela manutenção ou hospedagem do sítio poderá, em tese, retirar o material apontado como propaganda irregular ou, caso entenda não haver anomalia, poderá optar por mantê-la e defender judicialmente a sua licitude. O que não poderá fazer é afirmar que não sabia da existência da propaganda, ou seja, negar o seu prévio conhecimento”. AC 138.443; Agravo Regimental em Ação Cautelar 0001384-43.2010.6.00.0000; Brasília/DF; Acórdão de 29/06/2010; Relator(a): Ministro Henrique Neves Da Silva; Publicação: RJTSE - Revista de jurisprudência do TSE, Volume 21, Tomo 3, Data 29/06/2010, Página 179 DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 17/08/2010, Página 103-104.

⁴³⁹ Brasil. STJ. REsp 1.193.764/SP; Recurso Especial 2010/0084512-0; Relator(a): Ministra Nancy Andrichi; Órgão Julgador: Terceira Turma; Data do Julgamento: 14/12/2010; Data da Publicação/Fonte: Dje 08/08/2011; RDTJRJ vol. 100 p. 234; RSTJ vol. 223 p. 379.

⁴⁴⁰ Brasil. STJ. REsp 1.175.675/RS; Recurso Especial 2010/0005439-3; Relator(a): Ministro Luis Felipe Salomão; Órgão Julgador: Quarta Turma; Data do Julgamento: 09/08/2011; Data da Publicação/Fonte: DJE 20/09/2011.

imediatamente⁴⁴¹. Portanto, é possível concluir que nessa hipótese, o STJ filiou-se ao sistema de notificação extrajudicial. No mesmo ano, todavia, o STJ ratificou acórdão oriundo do Rio Grande do Sul, no qual se disse que “poderá ser responsabilizado o provedor que, notificado, por uma autoridade ou usuário, de que determinado vídeo/texto possui conteúdo eventualmente ofensivo e/ou ilícito, deixar de identificar o ofensor e não agir de forma enérgica no sentido de excluí-lo”⁴⁴², filiando-se aos dois sistemas. Em 2013, em mais um caso de notificação extrajudicial, o Google argumentou contra a entrega de um indevido subjetivismo ao provedor, mas a Corte Superior entendeu que a remoção deveria ter se dado de imediato⁴⁴³, abraçando o sistema de notificação extrajudicial.

Em 2014, nasceu o MCI e com ele a controvérsia se só trata de responsabilização ou também de remoção, tema a ser debatido no quarto capítulo. Em caso oriundo do Rio Grande do Sul, o Tribunal local entendeu por correto o uso da notificação extrajudicial, o que não sofreu críticas por parte do STJ⁴⁴⁴. Enquanto isso, no próprio ano de 2014, em recurso não admitido no TSE, foi possível enxergar os fundamentos do acórdão regional, no qual o Tribunal Regional Eleitoral (TRE) disse caracterizar-se a responsabilidade da provedora de

⁴⁴¹ Brasil. STJ. REsp 1.308.830/RS; Recurso Especial 2011/0257434-5; Relator(a): Ministra Nancy Andrighi; Órgão Julgador: Terceira Turma; Data do Julgamento: 08/05/2012; Data da Publicação/Fonte: DJe 19/06/2012; RDDP vol. 114; p. 134.

⁴⁴² Brasil. STJ. AgRg no AREsp 238.513/RS; Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 2012/0210804-2; Relator(a): Ministro Sidnei Beneti; Órgão Julgador: Terceira Turma; Data do Julgamento: 20/11/2012; Data da Publicação/Fonte: DJe 06/12/2012.

⁴⁴³ Brasil. STJ. AgRg no AREsp 308.163/RS; Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 2013/0061472-4; Relator(a): Ministro Marco Buzzi; Órgão Julgador: Quarta Turma; Data do Julgamento: 14/05/2013; Data da Publicação/Fonte: DJe 21/05/2013. Em igual sentido e no mesmo ano, ver AgRg no AREsp 334.496/RS; Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 2013/0126563-0; Relator(a): Ministro Sidnei Beneti; Órgão Julgador: Terceira Turma; Data do Julgamento: 06/08/2013; Data da Publicação/Fonte: DJe 12/09/2013; e AREsp 390.862/GO; Agravo em Recurso Especial 2013/0270496-3; Relator(a): Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva; Decisão monocrática; Data da Publicação: 02/10/2013.

⁴⁴⁴ Brasil. STJ. AgRg no AREsp 129.609/RS; Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 2011/0312984-4; Relator(a): Ministra Maria Isabel Gallotti; Órgão Julgador: Quarta Turma; Data do Julgamento: 18/03/2014; Data da Publicação/Fonte: DJe 25/03/2014. Essa também parece ter sido a posição adotada no AgRg nos EDcl no AREsp 356.545/MG; Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial 2013/0184174-3; Relator(a): Ministro Sidnei Beneti; Órgão Julgador: Terceira Turma; Data do Julgamento: 24/04/2014; Data da Publicação/Fonte: DJe 19/05/2014; no AgRg no REsp 1.395.803/RJ; Agravo Regimental no Recurso Especial 2012/0241230-5; Relator(a): Ministro Raul Araújo; Órgão Julgador: Quarta Turma; Data do Julgamento: 06/05/2014; Data da Publicação/Fonte: DJe 26/05/2014; no AgRg no REsp 1.285.756/MG; Agravo Regimental no Recurso Especial 2011/0236315-7; Relator(a): Ministro Raul Araújo; Órgão Julgador: Quarta Turma; Data do Julgamento: 08/05/2014; Data da Publicação/Fonte: DJe 28/05/2014; no AgRg no REsp 1.396.963/RS; Agravo Regimental no Recurso Especial 2012/0221494-1; Relator(a): Ministro Raul Araújo; Órgão Julgador: Quarta Turma; Data do Julgamento: 08/05/2014; Data da Publicação/Fonte: DJe 23/05/2014; e no AgRg no REsp 1.402.104/RJ; Agravo Regimental no Recurso Especial 2012/0154715-6; Relator(a): Ministro Raul Araújo; Órgão Julgador: Quarta Turma; Data do Julgamento: 27/05/2014; Data da Publicação/Fonte: DJe 18/06/2014.

hospedagem “quando, verificado o conteúdo prejudicial produzido por terceiros e disponibilizado ao público em geral, não atende à ordem judicial para a sua retirada, estando sujeita à pena de multa, nos termos do art. 57-F, *caput*, da Lei nº 9.504/97”⁴⁴⁵, adotando-se, aparentemente, o sistema de notificação judicial.

Já em caso envolvendo violação a direitos autorais, no ano de 2015, foi dito que a regra seria a necessidade de notificação judicial, para fins de remoção de conteúdo⁴⁴⁶. Apesar disso, no mesmo ano, o STJ, em caso no qual se utilizou de notificação extrajudicial para exclusão de um vídeo considerado ofensivo, entendeu correto o sistema de notificação extrajudicial⁴⁴⁷.

No ano de 2016, a Corte Superior de Justiça analisou um processo no qual notificou-se extrajudicialmente o provedor, para exclusão de fotos publicadas sem autorização de conteúdo sexual explícito. O requerimento não foi atendido, tendo ocorrida a remoção apenas por conta da ordem judicial⁴⁴⁸. Enfatizou-se como ponto relevante a notificação extrajudicial, para fins de remoção, o que permite dizer que a Corte adotou o sistema de notificação extrajudicial. No mesmo ano, entretanto, em caso no qual o interessado demandou o Google, por ter sido alvo de ofensas pessoais, em rede social, o STJ, mesmo afirmando a inaplicabilidade do MCI ao caso, disse que “[n]ão se pode exigir dos provedores que determinem o que é ou não apropriado para divulgação pública. Cabe ao Poder Judiciário,

⁴⁴⁵ Brasil. TSE. AI 41.904; Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 0000419-04.2012.6.12.0019; Ponta Porã/MS; Acórdão de 04/02/2014; Relator(a): Ministro Luciana Christina Guimarães Lóssio; Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 18/02/2014, Página 94. No mesmo sentido, ver AI 17.248; Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 0000172-48.2012.6.26.0305; Ribeirão Preto/SP; Acórdão de 11/03/2014; Relator(a) Ministro José Antônio Dias Toffoli; Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 59, Data 27/03/2014, Página 71-72.

⁴⁴⁶ Brasil. STJ. REsp 1.512.647/MG; Recurso Especial 2013/0162883-2; Relator(a): Ministro Luis Felipe Salomão; Órgão Julgador: Segunda Seção; Data do Julgamento: 13/05/2015; Data da Publicação/Fonte: DJe 05/08/2015; RMP vol. 58 p. 371.

⁴⁴⁷ Brasil. STJ. AREsp 717.072/SE; Agravo em Recurso Especial 2015/0120248-6; Relator(a): Ministro João Otávio de Noronha; Decisão monocrática; Data da Publicação: 06/08/2015. No mesmo sentido e do mesmo ano, ver AREsp 730.119/RJ; Agravo em Recurso Especial 2015/0145226-0; Relator(a): Ministro João Otávio de Noronha; Decisão monocrática; Data da Publicação: 20/08/2015. AREsp 737.888/SP; Agravo em Recurso Especial 2015/0161362-8; Relator(a): Ministro João Otávio de Noronha; Decisão monocrática; Data da Publicação: 20/08/2015. AREsp 479.342/SP; Agravo em Recurso Especial 2014/0038896-1; Relator(a): Ministro Marco Buzzi; Decisão monocrática; Data da Publicação: 16/10/2015. AREsp 681.413/PR; Agravo em Recurso Especial 2015/0048279-6; Relator(a): Ministro Raul Araújo; Decisão monocrática; Data da Publicação: 09/11/2015.

⁴⁴⁸ Brasil. STJ. AREsp 440.506/RJ; Agravo em Recurso Especial 2013/0394719-3; Relator(a): Ministro João Otávio de Noronha; Decisão monocrática; Data da Publicação: 14/03/2016.

quando instigado, aferir se determinada manifestação deve ou não ser extirpada da rede mundial de computadores”, filiando-se ao sistema de notificação judicial⁴⁴⁹.

Demonstrando incerteza, o STJ, em caso de ofensa à imagem, expressou que a remoção de conteúdo deve seguir o sistema de notificação judicial, mas que, na espécie, como o provedor havia sido cientificado extrajudicialmente, a hipótese comportava exceção, não devendo retroagir o MCI⁴⁵⁰. Também em 2016, em caso de violação a direitos autorais, o STJ, afirmando a aplicação retroativa do MCI, entendeu que, em tese, a hipótese seria de incidência do sistema de notificação extrajudicial, mas as peculiaridades do caso – necessidade de comprovação de violação ao direito - exigiram a formação de um processo judicial⁴⁵¹. Em que pese isso, no mesmo ano e em outro caso de violação de direitos autorais, ocorrida no sítio eletrônico de vendas “ebazar.com.br”, a Min(a). Gallotti disse que “[n]ão há dúvidas de que é ‘necessária a notificação judicial ao provedor de conteúdo ou de hospedagem para retirada de material apontado como infringente’⁴⁵², adotando-se o sistema de notificação judicial. Por último, em processo no qual o interessado intentou a retirada de ofensas contra si no YouTube, o STJ disse ser “desnecessária, para fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 12.965/2014, a prévia interpelação judicial para configuração da responsabilidade do provedor, desde que comprovado que este tenha sido comunicado extrajudicialmente”⁴⁵³.

⁴⁴⁹ Brasil. STJ. Resp 1.568.935/RJ; Recurso Especial 2015/0101137-0; Relator(a): Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva; Órgão Julgador: Terceira Turma; Data do Julgamento: 05/04/2016; Data da publicação/Fonte: Dje 13/04/2016. No mesmo sentido, ver AREsp 917162/SP; Agravo em Recurso Especial 2016/0122040-3; Relator(a): Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva; Decisão monocrática; Data da Publicação: 21/09/2016.

⁴⁵⁰ Brasil. STJ. AgRg no AREsp 712.456/RJ; Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 2015/0115154-1; Relator(a): Ministro João Otávio de Noronha; Órgão Julgador: Terceira Turma; Data do Julgamento: 17/03/2016; Data da Publicação/Fonte: DJe 28/03/2016.

⁴⁵¹ Brasil. STJ. REsp 1.452.683/MG; Recurso Especial 2014/0105721-2; Relator(a): Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva; Decisão monocrática; Data da Publicação: 09/05/2016.

⁴⁵² Brasil. STJ. AREsp 776.540/RJ; Agravo em Recurso Especial 2015/0223868-4; Relator(a): Ministra Maria Isabel Gallotti; Decisão monocrática; Data da Publicação: 29/06/2016. No mesmo sentido, ver AREsp 927.782/SP; Agravo em Recurso Especial 2016/0141621-8; Relator(a): Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva; Decisão monocrática; Data da Publicação: 28/06/2016.

⁴⁵³ Brasil. STJ. AREsp 983.194/SP; Agravo em Recurso Especial 2016/0242777-4; Relator(a): Ministro Marco Aurélio Bellizze; Decisão monocrática; Data da Publicação: 03/10/2016. No mesmo sentido, ver AREsp 982.469/RJ; Agravo em Recurso Especial 2016/0241619-7; Relator(a): Ministro Marco Aurélio Bellizze; Decisão monocrática; Data da Publicação: 07/10/2016. Confirmando a adoção do sistema de notificação extrajudicial, ver AREsp 893.764/RJ; Agravo em Recurso Especial 2016/0082068-2; Relator(a): Ministro Marco Buzzi; Decisão monocrática; Data da Publicação: 27/04/2016.

Em 2017, o STJ, em demanda na qual se discutia a ofensa à imagem e honra de uma pessoa, afirmou que mudou sua jurisprudência, com olhos na entrada em vigor do MCI, ao menos em relação à configuração da responsabilidade, por conta do perigo de empoderamento dos provedores, para evitar a subjetividade de critérios e para evitar o risco de diminuição do grau de inovação na Internet, e passou a adotar o sistema da notificação judicial⁴⁵⁴.

De todo o exposto, é possível verificar, ao longo dos anos, uma confusão entre matérias distintas – remoção e responsabilização – mesmo com a vigência do MCI. Entendemos, entretanto, que a legislação circunscreve-se à configuração de responsabilidade e não à remoção. Assim, deve ser reservado um espaço a possibilitar a remoção de conteúdo, a partir de notificação extrajudicial. É sobre isso que trataremos no tópico específico no quarto capítulo.

3.2.4 A imposição de fiscalização prévia

A imposição de filtragem ou fiscalização prévia a ser feita pelos provedores, com relação a conteúdo postado por terceiros, é igualmente tópico relevantíssimo, porque resvala na censura prévia, porém levada a efeito por ator privado, e por isso de questionável legitimidade constitucional, ante os arts. 5º, IX e 220, §2º, da Constituição de 1988⁴⁵⁵. A ideia é que os provedores varressem constantemente a rede e barrassem a circulação do que eles entendessem incompatível com algum padrão privado de conduta, ou seguissem esse atuar, a partir de uma determinação estatal, com olhos em critérios desenhados pelo Estado, seja através de decisão judicial ou de atuação administrativa ou legislativa. O presente tema não é

⁴⁵⁴ Brasil. STJ. REsp 1.641.133/MG; Recurso Especial 2016/0218229-7; Relator(a): Ministra Nancy Andrighi; Órgão Julgador: Terceira Turma; Data do Julgamento: 20/06/2017; Data da Publicação/Fonte: DJe 01/08/2017. Com o mesmo teor, ver REsp 1.531.653/RS; Recurso Especial 2015/0108398-4; Relator(a): Ministra Nancy Andrighi; Órgão Julgador: Terceira Turma; Data do Julgamento: 13/06/2017; Data da Publicação/Fonte: DJe 01/08/2017; REsp 1.629.255/MG; Recurso Especial 2016/0257036-4; Relator(a): Ministra Nancy Andrighi; Órgão Julgador: Terceira Turma; Data do Julgamento: 22/08/2017; Data da Publicação/Fonte: DJe 25/08/2017; e REsp 1.642.997/RJ; Recurso Especial 2016/0272263-4; Relator(a): Ministra Nancy Andrighi; Órgão Julgador: Terceira Turma; Data do Julgamento: 12/09/2017; Data da Publicação/Fonte: DJe 15/09/2017.

⁴⁵⁵ O Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (TJES) utilizou desses exatos fundamentos constitucionais para afirmar a impossibilidade de fiscalização prévia, por parte dos provedores, em acórdão que, impugnado junto ao STF, não foi revertido, por conta de recurso extraordinário não admitido. RE 994.198/ES - Espírito Santo; Recurso Extraordinário; Relator(a): Ministro Celso de Mello; Decisão monocrática; Julgamento: 23/09/2016; Publicação: processo eletrônico DJE 211, divulg 03/10/2016, public 04/10/2016.

igual ao tratado no quarto capítulo – interação em mídia jornalística digital –, mas sim um passo anterior a este, que se mostrou uma variação jurisprudencial. Por causa disso, optou-se por estudar a fiscalização prévia nesse momento.

A abordagem jurisprudencial sobre a matéria expõe palavras sobre a operacionalidade dessa função e sobre a sua legitimidade. Em caso julgado em 2010, no qual o MPRO postulou o impedimento da criação de novas páginas ou comunidades em determinada rede social, ante o teor ilegal das existentes, o Tribunal local, fazendo referência à China, entendeu pela possibilidade de fiscalização prévia. O STJ, forte no valor da dignidade da pessoa humana e nos direitos da personalidade, asseverou que o Google teria uma corresponsabilidade repressiva e preventiva quanto aos conteúdos postados⁴⁵⁶. Em outro caso, debateu-se sobre a prévia fiscalização, por parte do Google. Na origem, o TJSP assentou que isso “na prática, implica exame de todo o material que transita pelo site (...), tarefa que não pode ser exigida de um provedor de serviço de hospedagem” e que “a verificação do conteúdo das veiculações implicaria, no fundo, restrição da livre manifestação do pensamento”. O STJ, no tocante à viabilidade técnica, afirmou que isso atingiria a transmissão de dados em tempo real, além de suscitar a subjetividade na consideração de uma ofensa⁴⁵⁷. Além disso, em 2012, ao debater a respeito desse tema, o Tribunal Superior enfatizou “não se trata[r] de atividade intrínseca ao serviço prestado”⁴⁵⁸ e, em 2013, concordou com o argumento de proibição de censura, lançado pela Corte local^{459 460}.

⁴⁵⁶ Brasil. STJ. REsp 1.117.633/RO; Recurso Especial 2009/0026654-2; Relator(a): Ministro Herman Benjamin; Órgão Julgador: Segunda Turma; Data do Julgamento: 09/03/2010; Data da Publicação/Fonte: DJe 26/03/2010; RSTJ vol.218 p.213; RT vol. 898 p. 175.

⁴⁵⁷ Brasil. STJ. REsp 1.193.764/SP; Recurso Especial 2010/0084512-0; Relator(a): Ministra Nancy Andrighi; Órgão Julgador: Terceira Turma; Data do Julgamento: 14/12/2010; Data da Publicação/Fonte: DJe 08/08/2011; RDTJRJ vol. 100 p. 234; RSTJ vol. 223 p. 379.

⁴⁵⁸ Brasil. STJ. REsp 1.308.830/RS; Recurso Especial 2011/0257434-5; Relator(a): Ministra Nancy Andrighi; Órgão Julgador: Terceira Turma; Data do Julgamento: 08/05/2012; Data da Publicação/Fonte: DJe 19/06/2012; RDDP vol. 114; p. 134. Ver também AgRg no REsp 1.395.803/RJ; Agravo Regimental no Recurso Especial 2012/0241230-5; Relator(a): Ministro Raul Araújo; Órgão Julgador: Quarta Turma; Data do Julgamento: 06/05/2014; Data da Publicação/Fonte: DJe 26/05/2014; e AREsp 590.596/RJ; Agravo em Recurso Especial 2014/0250437-0; Relator(a): Ministro Paulo de Tarso Sanseverino; Decisão monocrática; Data da Publicação: 01/07/2016.

⁴⁵⁹ Brasil. STJ. AREsp 390.862/GO; Agravo em Recurso Especial 2013/0270496-3; Relator(a): Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva; Decisão monocrática; Data da Publicação: 02/10/2013.

⁴⁶⁰ A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido da impossibilidade de fiscalização prévia das mensagens postadas, conforme demonstram os seguintes feitos: REsp 1.323.754/RJ; Recurso Especial 2012/0005748-4; Relator(a): Ministra Nancy Andrighi; Órgão Julgador: Terceira Turma; Data do Julgamento: 19/06/2012; Data da Publicação/Fonte: DJe 28/08/2012; RDTJRJ vol. 100; p. 245; RT vol. 928; p. 748. AgRg no AREsp 342.597/DF; Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 2013/0137181-9; Relator(a): Ministro Sidnei Beneti; Órgão Julgador: Terceira Turma; Data do Julgamento: 27/08/2013; Data da Publicação/Fonte: DJe

Em relação ao argumento de índole constitucional, no ano de 2015, o STJ alertou para a asfixia da liberdade de expressão e do cerceamento do auditório no recebimento do direito à informação, aduzindo que, na colisão entre direitos, deve prevalecer a liberdade de expressão⁴⁶¹. Por fim, em 2017, o STJ manteve sua jurisprudência contrária ao monitoramento prévio, devido à vedação de censura⁴⁶², entendimento repetido em outros casos⁴⁶³.

O panorama acima é de extrema importância para expor os entendimentos dos Tribunais Superiores. Isso denota que as Cortes já vêm enfrentando os temas sensíveis à liberdade de expressão e à remoção de conteúdo da Internet.

O presente capítulo pretendeu lançar números e casos a respeito da remoção de conteúdo da Internet, no Brasil. Comparando os dados com outros países, foi possível realmente perceber um maior apreço pelos direitos da personalidade do que pela liberdade de expressão, no ambiente “online”.

10/09/2013. AgRg no REsp 1.285.756/MG; Agravo Regimental no Recurso Especial 2011/0236315-7; Relator(a): Ministro Raul Araújo; Órgão Julgador: Quarta Turma; Data do Julgamento: 08/05/2014; Data da Publicação/Fonte: DJe 28/05/2014. REsp 1.457.983/MG; Recurso Especial 2014/0133673-7; Relator(a): Ministro Raul Araújo; Decisão monocrática; Data da Publicação: 20/08/2014. AgRg no REsp 1.384.340/DF; Agravo Regimental no Recurso Especial 2013/0152794-0; Relator(a): Ministro Paulo de Tarso Sanseverino; Órgão Julgador: Terceira Turma; Data do Julgamento: 05/05/2015; Data da Publicação/Fonte: DJe 12/05/2015. AREsp 166.135/RJ; Agravo em Recurso Especial 2012/0075209-6; Relator(a): Ministro Antonio Carlos Ferreira; Decisão monocrática; Data da Publicação: 04/08/2015. AREsp 681.413/PR; Agravo em Recurso Especial 2015/0048279-6; Relator(a): Ministro Raul Araújo; Decisão monocrática; Data da Publicação: 09/11/2015. REsp 1.319.196/RS; Recurso Especial 2012/0077469-2; Relator(a): Ministro Luis Felipe Salomão; Decisão monocrática; Data da Publicação: 24/11/2015. AgRg no AREsp 551.023/RJ; AgRg no Agravo em Recurso Especial 2014/0176409-2; Relator(a): Ministro Paulo de Tarso Sanseverino; Decisão monocrática; Data da Publicação: 12/05/2015. REsp 1.377.966/AM; Recurso Especial 2013/0107797-0; Relator(a): Ministro Paulo de Tarso Sanseverino; Decisão monocrática; Data da Publicação: 25/05/2016. Rcl 014.702/SP; Reclamação 2013/0340225-5; Relator(a): Ministro Raul Araújo; Decisão monocrática; Data da Publicação: 10/06/2016. AREsp 927.782/SP; Agravo em Recurso Especial 2016/0141621-8; Relator(a): Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva; Decisão monocrática; Data da Publicação: 28/06/2016. AREsp 755.458/SP; Agravo em Recurso Especial 2015/0184781-5; Relator(a): Ministro João Otávio de Noronha; Decisão monocrática; Data da Publicação: 22/08/2016. AREsp 927.782/SP; Agravo em Recurso Especial 2016/0141621-8; Relator(a): Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva; Decisão monocrática; Data da Publicação: 28/06/2016. AREsp 885.879/GO; Agravo em Recurso Especial 2016/0071016-0; Relator(a): Ministro Marco Aurélio Bellizze; Decisão monocrática; Data da Publicação: 09/11/2016.

⁴⁶¹ Brasil. STJ. AREsp 494.800/RJ; Agravo em Recurso Especial 2014/0070144-3; Relator(a): Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva; Decisão monocrática; Data da Publicação: 07/05/2015.

⁴⁶² Brasil. STJ. REsp 1.342.640/SP; Recurso Especial 2012/0186042-0; Relator(a): Ministra Nancy Andrighi; Órgão Julgador: Terceira Turma; Data do Julgamento: 07/02/2017; Data da Publicação/Fonte: DJe 14/02/2017.

⁴⁶³ Brasil. STJ. REsp 1.641.155/SP; Recurso Especial 2016/0112378-9; Relator(a): Ministra Nancy Andrighi; Órgão Julgador: Terceira Turma; Data do Julgamento: 13/06/2017; Data da Publicação/Fonte: DJe 22/06/2017. REsp 1.531.653/RS; Recurso Especial 2015/0108398-4; Relator(a): Ministra Nancy Andrighi; Órgão Julgador: Terceira Turma; Data do Julgamento: 13/06/2017; Data da Publicação/Fonte: DJe 01/08/2017. REsp 1.642.997/RJ; Recurso Especial 2016/0272263-4; Relator(a): Ministra Nancy Andrighi; Órgão Julgador: Terceira Turma; Data do Julgamento: 12/09/2017; Data da Publicação/Fonte: DJe 15/09/2017.

Ademais, em que pese criticável, a quantidade de casos judiciais de remoção, na justiça brasileira, possibilitou um grande debate a respeito de assuntos salientes, sobretudo referentes às funcionalidades da Internet.

O estado da arte está, portanto, colocado no papel. É chegado o momento de debater os pontos específicos a que este trabalho intenta se debruçar. No próximo capítulo, então, serão estudados os quatro temas centrais deste trabalho: o anonimato no mundo cibernético; o localizador de conteúdo; o árbitro da remoção; e a caracterização da interação em mídia jornalística digital.

4 AS QUESTÕES CENTRAIS SOBRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E REMOÇÃO DE CONTEÚDO DA INTERNET

Inaugura-se pelo presente item o capítulo em que questões sensíveis serão debatidas. Extraídas do atual mundo cibernético, elas não podem ser encaradas senão com um olhar intenso para a liberdade de expressão. Por isso, o primeiro capítulo dedicou-se a tal explanação. Ademais, por estarem inseridas no universo “online”, precisou o segundo capítulo ser desenhado como o foi, certo de que inúmeras funcionalidades lá explicadas são primordiais e prévias para o que aqui será externado. Mas isso não é tudo. Os referidos temas estão batendo à porta do Poder Judiciário, o que, então, ensejou a apresentação do terceiro capítulo, para que o estado da arte, em números e na interpretação dos Tribunais Superiores, colorisse um pouco mais o quadro que está sendo pintado.

Quatro são os assuntos a merecerem problematização e solução: o anonimato; o localizador de conteúdo; o ator árbitro da remoção; e a caracterização da interação em mídia jornalística digital. O que se busca abaixo é a inserção de fortes argumentos da doutrina da liberdade de expressão, a fim de lançar luz em justificações pouco ou não utilizadas na abordagem das matérias.

4.1 Anonimato

O presente tópico irá se debruçar sobre o tema do anonimato na Internet. Para isso, estudará os debates constituintes e a visão do STF em relação à questão. Daí será extraída a teleologia da norma. Após será fixada a vedação ao anonimato como norma regra e apresentadas suas limitações. Também será exposta a visão norte americana do assunto. Em seguida, defenderemos o discurso anônimo não abusivo. Por fim, quanto ao discurso anônimo abusivo, desenvolveremos parâmetros para aplicação da vedação ao anonimato. Tudo isso se mostra necessário para fins de legitimar ou não a remoção de conteúdo do discurso anônimo da Internet.

4.1.1 O debate constituinte

Um estudo que envolva o anonimato deve se principiar pela análise dos debates da Assembléia Nacional Constituinte (ANC), que teve seus trabalhos iniciados em fevereiro de 1987, desaguando na promulgação da Constituição de 05 de outubro de 1988. Mostra-se relevante expor o que se levou em consideração à época para vedar-se terminantemente o anonimato.

Na fase inicial referente ao anteprojeto proposto pelo relator, na Subcomissão de Direitos e Garantias Individuais, dentro da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, o texto já contava com a vedação ao anonimato, porém atribuindo à lei sua normatização^{464 465}.

Na fase subsequente, relacionada às emendas ao anteprojeto do relator, o Constituinte Haroldo Lima, do Partido Comunista do Brasil (PC do B), em 18 de maio de 1987, apresentou emenda para supressão da vedação ao anonimato⁴⁶⁶. No dia seguinte, o Constituinte Senador Mansueto de Lavor, do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), também propôs a supressão, sob a justificação de que na imprensa nunca há anonimato, já que o editor

⁴⁶⁴ O processo constituinte pode ser encontrado e estudado no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados, do qual os documentos das várias fases também podem ser obtidos. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente>. Acesso em: 21 ago. 2017.

⁴⁶⁵ Em 24 de abril de 1987, na reunião realizada na Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, no bojo da audiência pública realizada, José Calixto Ramos expôs que “pretendemos que essa denúncia seja assumida pelo denunciante, o que, sem dúvida, constitui garantia de que não será feita por mera suspeita ou desejo de vingança, mas por serem verdadeiros os fatos argumentados. O procedimento, além de mais correto, é democrático, eis que possibilita ao denunciado conhecer o autor da denúncia e preparar melhor a defesa. Evita, inclusive, suspeitas levantadas contra outros cidadãos que, ainda que inimigos do denunciando, jamais tomariam a iniciativa de uma denúncia anônima”. Atas de Comissões. Assembléia Nacional Constituinte. Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. Subcomissão dos Direitos Políticos e Garantias Individuais. pp. 45-46. Obtido em Anais da Assembléia Nacional Constituinte. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituente. Acesso em: 15 ago. 2017. A redação do referido anteprojeto pode ser encontrada no mesmo documento, à p. 207. A proibição de anonimato foi apoiada, expressamente, pelo Constituinte José Genoino, à p. 246, do mesmo documento.

⁴⁶⁶ Seção de Documentação Parlamentar. Constituinte fase B. Emendas ao Anteprojeto do Relator da Subcomissão. p. 227.

responde, na forma da lei, pelas matérias não assinadas⁴⁶⁷. No mesmo dia, o Constituinte Antonio Mariz, do PMDB, apresentou proposta de modificação do texto, para a frase “resguardada na forma da lei a defesa da sociedade e a honra pessoal”, forte na ideia de que a intenção na proibição do anonimato objetivava atacar o abuso e não o anonimato em si, explicitando que a restrição advinda da proibição poderia atingir o acesso às fontes de informação, a proteção da independência e o sigilo profissional, destacando que igual vedação não se achava em outra Constituição democrática⁴⁶⁸.

Mantida a redação⁴⁶⁹, na fase E⁴⁷⁰, mais uma vez, o Constituinte Haroldo Lima apresentou emenda para supressão da vedação ao anonimato⁴⁷¹. Igualmente, o Constituinte Senador Mansueto de Lavor propôs a supressão, sob as mesmas justificativas anteriores, além da ideia de que a vedação importaria em revelação da fonte jornalística⁴⁷².

Na fase seguinte, de substitutivo do relator da comissão, a vedação ao anonimato passou a constar sem a expressão “na forma da lei”⁴⁷³.

Nas fases J e K, referentes às emendas de mérito e de adequação ao anteprojeto, o Constituinte Maurício Fruet, do PMDB, em 02 de julho de 1987, propôs uma redação à vedação ao anonimato que a ligava à responsabilização pelos abusos que fossem cometidos, utilizando-se da seguinte redação: “vedado o anonimato, respondendo cada um, de conformidade com a lei, pelos abusos que cometer”⁴⁷⁴.

O Constituinte Antônio Britto, ao analisar o Destaque nº 389/87, em setembro de 1987, na Comissão de Sistematização, afirmou que a proibição do anonimato “visa assegurar que nenhuma publicação se faça de forma irresponsável”, porque “toda a publicação tem um

⁴⁶⁷ Seção de Documentação Parlamentar. Constituinte fase B. Emendas ao Anteprojeto do Relator da Subcomissão. p. 330.

⁴⁶⁸ Seção de Documentação Parlamentar. Constituinte fase B. Emendas ao Anteprojeto do Relator da Subcomissão. p. 359.

⁴⁶⁹ Seção de Documentação Parlamentar. Constituinte fase C. Anteprojeto da Subcomissão. p. 04.

⁴⁷⁰ A fase D não existiu.

⁴⁷¹ Seção de Documentação Parlamentar. Constituinte fase E. Emenda ao Anteprojeto da Subcomissão na Comissão. p. 54.

⁴⁷² Seção de Documentação Parlamentar. Constituinte fase E. Emenda ao Anteprojeto da Subcomissão na Comissão. pp. 139-140.

⁴⁷³ Seção de Documentação Parlamentar. Constituinte fase F. Substitutivo do Relator da Comissão. p. 04.

⁴⁷⁴ Seção de Documentação Parlamentar. Constituinte fases J K. Emendas de Mérito e de Adequação ao Anteprojeto de Constituição. Volume I. p. 314.

responsável que é, ou o jornalista que assina a reportagem, comentário ou a notícia, ou, na ausência dessa assinatura, o diretor”, ao que, então, fez referência à Lei nº 5.250/67⁴⁷⁵, quando aduziu que “[e]ste tem sido o princípio fundamental na legislação da imprensa brasileira”⁴⁷⁶. Logo em seguida, o Constituinte Mendes Ribeiro fez uma diferenciação, pontuando que a vedação ao anonimato não se dirigia à fonte da notícia, mas sim à responsabilização “daquele que deu a notícia” ou o “responsável pelo órgão”⁴⁷⁷. Ligando liberdade à idéia de responsabilidade, a Constituinte Rose de Freitas disse que “queremos [...] garantir essa liberdade, com responsabilidade”⁴⁷⁸. De igual modo, quando da análise do Destaque nº 4.232/87, do Constituinte José Serra, a mesma confusão com o sigilo da fonte foi colocada, propondo-se a supressão da expressão, inclusive sob o argumento de que inexistia irresponsabilidade, porquanto, no mínimo, o órgão de imprensa seria responsabilizado⁴⁷⁹. A

⁴⁷⁵ Vale lembrar que a mesma legislação na qual os Constituintes se basearam para definir suas premissas a favor do anonimato foi considerada não recepcionada pelo STF, quando do julgamento da ADPF 130. Ver ADPF 130/DF - Distrito Federal; Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental; Relator(a): Min. Carlos Britto; Julgamento: 30/04/2009; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; Publicação: DJe-208 Divulg 05-11-2009 Public 06-11-2009 EMENT VOL-02381-01 PP-00001RTJ VOL-00213-01 PP-00020.

⁴⁷⁶ Diário da Assembléia Nacional Constituinte. Suplemento C. Comissão de Sistematização. p. 155. Obtido em Anais da Assembléia Nacional Constituinte, no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembly-nacional-constituente>. Acesso em: 15 ago. 2017 (ou Diário da Assembléia Nacional Constituinte. Comissão de Sistematização, Ano II, Suplemento C ao nº 171, Brasília – DF, publicado em 27 de janeiro de 1988, p. 966).

⁴⁷⁷ Diário da Assembléia Nacional Constituinte. Suplemento C. Comissão de Sistematização. p. 155. Obtido em Anais da Assembléia Nacional Constituinte, no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembly-nacional-constituente>. Acesso em: 15 ago. 2017 (ou Diário da Assembléia Nacional Constituinte. Comissão de Sistematização, Ano II, Suplemento C ao nº 171, Brasília – DF, publicado em 27 de janeiro de 1988, p. 966).

⁴⁷⁸ Diário da Assembléia Nacional Constituinte. Suplemento C. Comissão de Sistematização. p. 156. Obtido em Anais da Assembléia Nacional Constituinte, no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembly-nacional-constituente>. Acesso em: 15 ago. 2017 (ou Diário da Assembléia Nacional Constituinte. Comissão de Sistematização, Ano II, Suplemento C ao nº 171, Brasília – DF, publicado em 27 de janeiro de 1988, p. 967).

⁴⁷⁹ Diário da Assembléia Nacional Constituinte. Suplemento C. Comissão de Sistematização. p. 161. Obtido em Anais da Assembléia Nacional Constituinte, no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembly-nacional-constituente>. Acesso em: 15 ago. 2017 (ou Diário da Assembléia Nacional Constituinte. Comissão de Sistematização, Ano II, Suplemento C ao nº 171, Brasília – DF, publicado em 27 de janeiro de 1988, p. 972).

questão restou, no entanto, solucionada, mais uma vez diferenciando-se sigilo da fonte e vedação ao anonimato, assentando-se a necessidade de responsabilização⁴⁸⁰.

Daí até a fase T, a proibição constitucional ao anonimato foi mantida, tendo Rodrigues Palma, do PMDB, em parecer, na fase O, relativa à emenda ao substitutivo 1, em 16 de outubro de 1987, dito que o “anonimato não é tolerado nas sociedades modernas”^{481 482}. Desse ponto até o final, com a promulgação da Constituição, é interessante destacar que na fase U, de emendas ao projeto de Constituição B, o Constituinte Senador Mansueto de Lavor, do PMDB, em 11 de julho de 1988, em emenda oferecida em plenário – emenda 2T00724-8 -, defendeu a supressão de proibição ao anonimato, o que, entretanto, não foi acolhido. Em passagem admirável, disse o Constituinte:

A livre manifestação do pensamento de que trata o inciso, estará gravemente limitada, se permanecer no texto constitucional a proibição pura e simples do anonimato. Pode não parecer simpática a defesa da circulação do pensamento anônimo. (...) Existem momentos da história de qualquer povo em que a verdade precisa ser dita, mesmo que não seja pela boca dos heróis. Vale destacar a importância, muitas vezes decisiva para a elucidação de fatos investigados pelas CPIs ou Comissões de Fiscalização e Controle das duas Casas do Congresso, das denúncias que lhes chegam sob a forma verbal ou documental. (...) Em conclusão, uma mentira anônima vale menos que qualquer outra, mas uma verdade anônima nunca deixará de ser uma verdade⁴⁸³.

Do apanhado do processo constituinte acima exposto alguns destaques devem ser feitos. Em primeiro lugar, o Constituinte da época não pensou, ao debater o assunto, no universo descortinado pela Internet. Em segundo lugar, a todo momento, os debates

⁴⁸⁰ Colocando-se contrário ao anonimato, o Constituinte Artur da Távola afirmou que o anonimato é a principal fonte da injúria, expressando-se também em panfletos mentirosos nas vésperas das eleições contra políticos. No entanto, mesmo que apenas rapidamente, lembrou o Constituinte que em tempos de ditadura, o anonimato protege a liberdade de expressão. Ver Diário da Assembléia Nacional Constituinte. Suplemento C. Comissão de Sistematização. p. 162. Obtido em Anais da Assembléia Nacional Constituinte, no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituente>. Acesso em: 15 ago. 2017 (ou Diário da Assembléia Nacional Constituinte. Comissão de Sistematização, Ano II, Suplemento C ao nº 171, Brasília – DF, publicado em 27 de janeiro de 1988, p. 973). A distinção entre vedação ao anonimato, sigilo da fonte e responsabilização também constou do Diário da Assembléia Nacional Constituinte, Ano II, nº 175, Brasília – DF, publicado em 02 de fevereiro de 1988, p. 15.

⁴⁸¹ Seção de Documentação Parlamentar. Constituinte fase O. Emenda ao Substitutivo 1. p. 353.

⁴⁸² Ao que tudo indica, o Constituinte ou desconhecia ou preferiu omitir a realidade histórica que envolve o anonimato. Nos EUA, por exemplo, o anonimato não só é admitido, como faz parte de sua história, bastando citar os “Federalist Papers” e Benjamin Franklin. ROGAL, Laura. Anonymity in social media. *Phoenix L. Rev.*, v. 7, 2013, pp. 63-64. Ainda quanto ao aspecto histórico, Martin e Fargo apontam o uso do anonimato e do pseudônimo desde os tempos bíblicos, passando pela Grécia dos sécs. I e II depois de Cristo, pela Igreja Católica do séc. XIII e pela Inglaterra do período entre 1.475 e 1.640, dentre outros marcos. MARTIN, Jason A.; FARGO, Anthony L. Anonymity as a Legal Right: Where and Why It Matters. *North Carolina Journal of Law & Technology*, v. 16, n. 2, 2015, pp. 317-318.

⁴⁸³ Seção de Documentação Parlamentar. Constituinte fase U. Emendas ao Projeto de Constituição B Oferecidas em Plenário. p. 91.

circunscreviam-se ao mundo da comunicação social, sobretudo a via impressa. Em terceiro lugar, é perceptível uma visão patrimonial, com a constante exaltação no sentido de viabilizar-se a responsabilização daquele que fala anonimamente. Portanto, é possível afirmar que a norma constitucional inibitória, na mente do Constituinte, foi desenhada teleologicamente voltada a, no fundo, responsabilizar aquele que age em abuso do discurso, através dos meios de comunicação usuais, fora do universo digital, absolutamente desconhecido das discussões da época.

É preciso dizer que os debates a respeito do tema não avançaram em direção a pontos caros relacionados à liberdade de expressão, valendo enfatizar que claramente a vedação ao anonimato limita tal liberdade. Assim, não se debruçou sobre os valores fundantes da liberdade de expressão, como a democracia e a autorrealização, e como o anonimato poderia protegê-los. Da mesma forma, não se debateu a respeito de como o anonimato ajudaria a dar vazão às vozes das minorias, dissidentes e invisíveis, da sociedade brasileira. A vedação ao anonimato ocasiona a exposição da pessoa, que, acaso deseje informar fato de gravidade importante, ou até fazer críticas ácidas, porém equilibradas, pensará duas vezes em dar luz à sua face. Nesse sentido, a Assembléia ignorou por completo o “chilling effect”. Além disso, olvidou, inteiramente, que dentro de um problema de conteúdo do discurso, eis que a ofensa à imagem e à honra a alguém é, por si, o conteúdo da mensagem, a ANC obstaculizou uma forma⁴⁸⁴ de discurso, assunto diferente, como já demonstrado neste trabalho. A questão é que, bloqueando a via do anonimato, a única que resta é a da exposição, preço que muitos não irão pagar na intenção de exercer sua liberdade de expressão. Porque o Constituinte achou por bem colocar ênfase na responsabilização do orador, em hipótese de abuso, este mesmo orador não pode mascarado expor ideias e acontecimentos não ofensivos quanto a uma política, ficando, além do mais, o auditório impossibilitado de ouvir tais pensamentos ou fatos.

Um pensamento restritivo à vedação ao anonimato faz-se necessário, a partir do aprofundamento do que acima está escrito. De ante mão, é importante dizer que não se intenta passar a ideia de que a responsabilidade é questão irrelevante, mas, por certo, desejamos elevar temas agudamente caros e que não foram considerados na Assembléia Constituinte.

⁴⁸⁴ Discordamos da postura que entende ser o anonimato o conteúdo de um discurso e que sua eventual normatização caracteriza-se como regulação de conteúdo, típico tema a ensejar “compelled interest”, justificação adequada e “strict scrutiny”. MCNEALY, Jasmine. A Textual Analysis of the Influence of *Mcintyre v. Ohio Elections Commission* in Cases Involving Anonymous Online Commenters. *First Amend. L. Rev.*, v. 11, 2012, p. 158. Entendemos que o anonimato é a via, o meio, a forma pela qual algum conteúdo é veiculado.

4.1.2 O STF e a teleologia da vedação ao anonimato

Para aliar o que dito na ANC com o pensamento judicial atual, parece-nos relevante expor o que o STF vem sublinhando quando se depara com o tema anonimato em seus julgamentos. Nesse intuito, foram selecionados julgados colegiados. Isso nos dará o sentido finalístico da norma.

Em mandado de segurança (MS) analisado em 2003, o STF entendeu, *incidenter tantum*, inconstitucionais dispositivos da lei e do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União (TCU) que permitiam à Corte de Contas manter o sigilo em relação à autoria de uma denúncia de irregularidade. O Min. Carlos Velloso destacou que inexistia propriamente dito um anonimato, eis que para a Corte a identidade do denunciante era clara, apenas não tendo acesso a autoridade denunciada. Considerando torpe o “denuncismo” irresponsável e a vedação constitucional, bem como o vício moral e possíveis assacadias, Velloso fez coro contra o anonimato. Por sua vez, o Min. Ayres Britto diferenciou e dirigiu o anonimato para a liberdade de pensamento, não o apontando para a participação crítica da vida pública (cidadania)⁴⁸⁵. No presente feito, é possível enxergar que o anonimato, na leitura da Suprema Corte, liga-se a questões de irresponsabilidade em falsas denúncias, de déficit de moralidade e de ofensas pessoais.

Em *habeas corpus* (HC) julgado em 2007, o STF, por maioria, considerou inviável o anonimato para noticiar a prática de um delito, por conta da vedação constitucional. A situação envolvia a possível prática de crime por parte de dois desembargadores e um juiz, devido a decisões prolatadas em casos em que existia interesse da Eletrobrás. Reprovando o “denuncismo” irresponsável, o Min. Marco Aurélio apontou para a dignidade da pessoa humana e para a honra e imagem das pessoas, taxando de covarde o anônimo. Debateu-se no Tribunal a necessidade de dar passos adiante em uma averiguação prévia, quando do recebimento de uma carta apócrifa, a fim de legitimar a persecução. O Min. Peluso consignou que, em seu entender, o anonimato é inválido e ineficaz, tanto do ponto de vista ético, é dizer, relacionado ao aspecto censurável, mas também por conta da circunstância de tornar irresponsável civil e penalmente a pessoa anônima. Por sua vez, o Min. Carlos Britto propôs

⁴⁸⁵ Brasil. STF. MS 24.405/DF – Distrito Federal; Mandado de Segurança; Relator(a): Min. Carlos Velloso; Julgamento: 03/12/2003; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; Publicação: DJ 23-04-2004 PP-00009 EMENT VOL-02148-03 PP-00575; RTJ VOL 00192-02 PP-00655.

uma distinção entre manifestação do pensamento e delação anônima, para fins penais, sendo aquela expressão do pensamento, e esta a veiculação de fatos, sem elaboração mental⁴⁸⁶. Também aqui se identifica um elo entre a vedação ao anonimato e as idéias de conduta antiética e de irresponsabilidade civil e penal.

Na ADPF 130, histórico julgado em que a Corte Suprema entendeu pela não recepção da Lei de Imprensa, perante a Constituição de 1988, o então Min. Carlos Britto ressaltou, dentro de uma lógica constitucional de calibração temporal, frente a dois blocos de dispositivos constitucionais, que inicialmente devem ser observados os direitos atinentes à liberdade de pensamento e de informação, para somente depois se exigir do titular destes direitos eventual respeito a direitos constitucionais alheios. Significa isso a primazia do bloco da liberdade de expressão e apenas *a posteriori* o foco sobre dispositivos contrapostos previstos no art. 5º, da Carta. Não obstante, em certa passagem, disse o magistrado que “a cabeça do art. 220 da Constituição veda qualquer cerceio ou restrição à concreta manifestação do pensamento (vedado o anonimato)”, transparecendo a ideia usual de plenitude de vedação ao anonimato⁴⁸⁷. Assim, em que pese a aplicação de uma cronologia posterior aos demais direitos, para a vedação ao anonimato, o Min. Britto professou a ideia de bloqueio contemporâneo à referida liberdade.

Em *habeas corpus* (HC) julgado em 2010, a Corte Suprema, por maioria, entendeu que a denúncia anônima, que vier acompanhada de outros elementos colhidos a partir dela (diligências preliminares para apuração da veracidade das informações), deve ser considerada legítima e apta a instaurar inquérito policial. No caso, a denúncia anônima noticiava que oficiais de justiça estavam associados a traficantes de drogas, para informar-lhes os locais de cumprimento de mandados de busca e apreensão e de prisão. O Min. Ayres Britto asseverou a legitimidade do “disque- denúncia” e destacou a dualidade que o anonimato traduz, por poder servir para um ilícito, e também para dar vazão a ato de cidadania, devendo a notícia ser antes de tudo averiguada. O mesmo apontou a vedação ao anonimato, mais uma vez, para a circulação do pensamento⁴⁸⁸.

⁴⁸⁶ Brasil. STF. HC 84.827/TO - Tocantins; Habeas Corpus; Relator(a): Min. Marco Aurélio; Julgamento: 07/08/2007; Órgão Julgador: Primeira Turma; Publicação: DJe-147 Divulg 22-11-2007 Public 23-11-2007 DJ 23-11-2007 PP-00079 EMENT VOL-02300-03 PP-00435.

⁴⁸⁷ Brasil. STF. ADPF 130/DF – Distrito Federal; Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental; Relator(a): Min. Carlos Britto; Julgamento: 30/04/2009; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; Publicação: DJe-208 Divulg 05-11-2009 Public 06-11-2009 EMENT VOL-02381-01 PP-00001RTJ VOL-00213-01 PP-00020.

⁴⁸⁸ Brasil. STF. HC 95.244/PE - Pernambuco; Habeas Corpus; Relator(a): Min. Dias Toffoli; Julgamento: 23/03/2010; Órgão Julgador: Primeira Turma; Publicação: DJe-076 Divulg 29-04-2010 Public 30-04-2010

Em medida cautelar (MC), no bojo de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), na qual o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) impugnava a possibilidade de não identificação de particulares doadores a partidos políticos (doações ocultas), o STF entendeu que a norma legal era antagônica à política pública de transparência, ligando a não identificação de doadores ao anonimato⁴⁸⁹. É interessante notar que neste caso o anonimato é antidemocrático, porque impossibilita a liberdade de expressão, encarnada na liberdade de informação, sobretudo do auditório em saber quem está envolvido nos financiamentos de campanhas eleitorais. De igual modo, cegando-se a população na obtenção de tal informação, a consequência é mantê-la muda, especialmente em críticas firmes destinadas ao referido sistema.

Por último, no segundo semestre de 2016, em processo no qual se debate uma lei estadual do Rio de Janeiro que proíbe o uso de máscaras, em manifestações, o STF reconheceu a repercussão geral na matéria. Em âmbito estadual, duas Representações por Inconstitucionalidade foram manejadas, impugnando o art. 2º, da Lei nº 6.528/2013, tendo as mesmas sido julgadas improcedentes pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ). A partir disso, pela via recursal se chegou à Suprema Corte. O Min. Barroso considerou que se debatem os limites da liberdade de expressão e de reunião, não apenas pelo prisma do anonimato, como também da segurança pública, para reconhecer a repercussão geral⁴⁹⁰.

Dos julgados brasileiros acima colacionados, percebe-se uma arraigada postura do Pretório Excelso em qualificar o discurso anônimo de moralmente deficitário, ofensivo e que deve ser impedido ante a irresponsabilidade que traduz. Não obstante isso, sopros de argumentos com conteúdo democrático passaram a ser vistos, quem sabe para proteger o discurso impregnado dos valores democráticos.

Além disso, algo que passa despercebido por muitos foram as negociações para a confecção do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Naquela época, o Brasil

EMENT VOL-02399-05 PP-00926 RTJVOL-00214-01PP-00441RSJADV jun., 2010, p. 36-47 RT v. 99, n. 900, 2010, p. 480-501.

⁴⁸⁹ Brasil. STF. ADI 5.394 MC/DF – Distrito Federal; Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade; Relator(a): Min. Teori Zavascki; Julgamento: 12/11/2015; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; Publicação: Processo Eletrônico DJe-239 Divulg 09-11-2016 Public 10-11-2016.

⁴⁹⁰ Brasil. STF. ARE 905.149 RG/RJ – Rio de Janeiro; Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo; Relator(a): Min. Roberto Barroso; Julgamento: 25/08/2016; Órgão Julgador: Tribunal Pleno – meio eletrônico; Publicação: Processo Eletrônico DJe-263 Divulg 09-12-2016 Public 12-12-2016.

tentou incluir no art. 19, do documento, a previsão de proibição do anonimato. Tal, porém, foi enfaticamente repudiado pelas demais nações⁴⁹¹.

Retornando à procura da teleologia da norma⁴⁹², parece-nos que o Constituinte e a Suprema Corte enfatizaram que sua razão é viabilizar a responsabilização do discurso, o que só poderá ocorrer quando tal for abusivo⁴⁹³. Esse, portanto, deve ser o âmbito de abrangência e não a leitura ampla que vem sendo dada⁴⁹⁴. De fato, se o conteúdo do discurso pode ser abusivo ou não, e a proibição foi voltada contra o abuso, é de se defender o anonimato do discurso não abusivo.

4.1.3 O anonimato como norma regra

A vedação ao anonimato é uma norma constitucional proibitiva e limitadora da liberdade de expressão. Deve ser assim considerada uma norma regra, dentro da classificação existente quanto à estrutura entre regra e princípio⁴⁹⁵. Os princípios aproximam o direito da moral; não estabelecem consequências jurídicas automáticas; não permitem antever todos os modos imagináveis de aplicação; suas razões apontam uma direção a ser tomada e não uma

⁴⁹¹ BOSSUYT, Marc J. *Guide to the "travaux Préparatoires" of the International Covenant on Civil and Political Rights*. Dordrecht, Boston and Lancaster: Martinus Nijhoff Publishers, 1987, pp. 379-380.

⁴⁹² A partir do “fim da norma, o valor ou bem jurídico visado pelo ordenamento com a edição de dado preceito”, este deve ter sua aplicação dirigida. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 137.

⁴⁹³ O professor Daniel Sarmento, nessa ordem de ideias, explica que “é consagrada com grande amplitude a liberdade de manifestação, mas, por outro lado, estabelece-se que aqueles que atuarem de forma abusiva no exercício de seu direito, e com isso causarem danos a terceiros, podem ser responsabilizados por seus atos. A proibição de anonimato destina-se exatamente a viabilizar esta possibilidade de responsabilização, por meio da identificação do autor de cada manifestação”. SARMENTO, Daniel. Comentários ao artigo 5º, IV. In: CANOTILHO, JJ Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 259.

⁴⁹⁴ A Suprema Corte dos EUA também fez considerações desse estilo, qual seja, de impossibilidade de aplicação ampla de uma legislação, quando seu objetivo é voltado apenas para o discurso ilícito, em que pese os termos amplos usados na norma. Ver *McIntyre v. Ohio Elections Commission*. 514 U.S. 334, 343-344 (1995). O problema é que no caso brasileiro, o tema está inserido em um artigo expresso da própria Constituição.

⁴⁹⁵ Robert Alexy apresenta as três posturas quanto à existência de diferença entre regras e princípios, explicitando aqueles que desconsideram haver diferença, aqueles que enxergam uma distinção apenas de grau e, por último, os que propugnam distinção de grau e qualitativa entre regras e princípios. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Versión castellana: Ernesto Garzón Valdés; Revisión: Ruth Zimmerling. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 85-86.

solução específica; a decisão da colisão pressupõe um peso relativo quanto aos princípios em jogo; são comandos de otimização – normas que ordenam que algo seja realizado na melhor medida possível – e por isso cumpridos em diferentes graus; sendo sua forma de aplicação a ponderação. Já as regras são aplicadas para solucionar casos nos quais a resolução se dê pela forma de tudo ou nada; a solução do conflito entre regras não leva em conta dimensão de peso, mas a aplicação dos critérios de resolução de antinomias; sendo a aplicabilidade de uma regra determinada pelo critério da validade, ou seja, a regra válida ou é cumprida ou não; assim, ocorrido o fato ou condição, a regra ordena uma consequência jurídica definitiva, podendo, pois, ser chamada de comando definitivo, cuja forma de aplicação é a subsunção⁴⁹⁶.

Na vedação ao anonimato enxergamos uma consequência jurídica automática, qual seja, a impossibilidade de discursar às escondidas, sendo imaginado seu modo de aplicação – não se identificando o orador, sua fala seria vetada. Tal norma não corporta graus diferentes de cumprimento. Em verdade, segundo a interpretação antes exposta, a proibição ao anônimo nos parece algo definitivo. Assim, identificando-se o orador, a norma não tem aplicação. Não se identificando, a norma o tem. Portanto, ocorrida a condição fática – no caso, o anonimato –, a consequência jurídica definitiva se impõe: a vedação, o que terá vez pelo método subsuntivo. Frente a isso, entendemos ser a vedação ao anonimato, presente no texto constitucional, uma regra.

Isso, porém, não nos impede de, em conformidade com o texto do dispositivo constitucional e com a teleologia já apontada, restringir o âmbito de incidência da mesma. O referido texto é taxativo: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” (art. 5º, IV). Como limitação que é à liberdade, a presente vedação não pode receber interpretação ampliativa. O correto é que a mesma seja estrita. Por isso, concordamos com o então Min. Britto, quando do julgamento do já citado HC 84.827/TO, que pontuou que a vedação ao anonimato toca apenas a liberdade de expressão, e não a liberdade de informação, acrescentando que admitir a circulação anônima de fato, no caso a delação anônima, seria “assegurar o direito de participar criticamente da vida pública” e “permitir o exercício da cidadania”. Enfatizou o julgador que “a cidadania, muitas vezes, não tem outro modo de se manifestar senão anonimamente, sob pena até de receber represálias”.

Por outro lado e seguindo a mesma lógica restritiva, a proibição deve se circunscrever às hipóteses nas quais se intenta responsabilizar alguém. Ou seja, aquele que, no mundo

⁴⁹⁶ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 99-106.

cibernético, não exercita sua liberdade de expressão de modo abusivo, não pode ter contra si qualquer tipo de ameaça que amplie o restrito campo de incidência da vedação ao anonimato. Conclui-se, dessarte, que a regra proibitiva constitucional limita-se ao campo da liberdade de expressão (manifestação do pensamento) e quando esta é exercitada de forma abusiva, já que é esta que dará ensejo à responsabilização.

4.1.4 A experiência norte americana

Os EUA, conforme este trabalho vem demonstrando, apresentam uma visão bastante protetora da liberdade de expressão. Assim, não surpreende o fato de o anonimato ser defendido como meio de tutela dessa liberdade. Nesse sentido, vários são os trabalhos e julgados, valendo a pena trazer dois casos decididos pelo órgão de cúpula da justiça daquele país.

Em posição oposta à que vem sendo adotada no Brasil, é interessante a postura da Suprema Corte dos EUA⁴⁹⁷, tomada por maioria, em *McIntyre v. Ohio Elections Commission*⁴⁹⁸. Uma lei eleitoral de Ohio proibia a distribuição anônima de material de campanha. Em 1988, Margaret McIntyre havia confeccionado folhetos, nos quais se colocava contrária à proposta de implementação de um tributo escolar (discurso político). Ocorre que alguns dos papéis circularam anonimamente, porém, em nenhum deles havia qualquer tipo de discurso ilícito. Após três tentativas, a proposta foi aprovada e, perante a Comissão Eleitoral de Ohio, McIntyre foi processada e multada em \$ 100,00 (cem dólares). A Corte do Condado local reverteu a condenação, mas a Corte de Apelações, por maioria, inverteu o julgado, o que foi mantido, por maioria, pela Suprema Corte de Ohio. A Suprema Corte dos EUA entendeu que a pessoa na posição de oradora pode querer ficar anônima por medo de represália física, social ou econômica, acrescentando que o anonimato pode servir de escudo contra a tirania da maioria.

⁴⁹⁷ A Suprema Corte também decidiu caso anterior relacionado ao anonimato, entendendo que a liberdade de expressão envolve o anonimato. Ver *Talley v. California*, 362 U.S. 60 (1960).

⁴⁹⁸ EUA. Suprema Corte. *McIntyre v. Ohio Elections Commission*. 514 U.S. 334 (1995).

Posteriormente, o caso *Watchtower Bible & Tract Society of New York., Inc. v. Village of Stratton*⁴⁹⁹, no qual uma legislação local positivou como contravenção a conduta de ir de porta em porta professar discurso, sem prévio registro e permissão, por parte da administração pública local, chegou à Suprema Corte. A Corte entendeu pela inconstitucionalidade da lei, dentre outras razões, usando do argumento do discurso político anônimo. É que a necessidade de submeter-se a registro prévio, junto à administração pública, faz com que o orador abra mão de seu anonimato.

Dos exemplos apresentados, é importante no mínimo destacar que o anonimato não deve ser repudiado por si e de antemão. Portanto, no próximo item, apresentaremos uma defesa do discurso anônimo.

4.1.5 Em defesa do discurso anônimo

Um destaque inicial merece atenção e refere-se à distinção entre censura e proibição ao anonimato. A Constituição de 1988 proíbe a censura em dois momentos, no art. 5º, IX, e no art. 220, §2º⁵⁰⁰. A censura, como ficou demonstrado no primeiro capítulo, é um impedimento prévio à veiculação de um conteúdo, seja noticioso de fato, seja reflexivo do pensamento, cuja avaliação, em geral nos Estados ditatoriais, fica a cargo de um órgão estatal⁵⁰¹. Assim, a censura é medida anterior à publicação. A vedação ao anonimato, porém, é uma limitação constitucional à liberdade de expressão, em sentido estrito, que não tem avaliação prévia, por qualquer organismo, já que do contrário, seria legitimar, por via oblíqua, a censura. Se com a vedação ao anonimato se desejasse a censura prévia ao discurso anônimo, não faria sentido o uso de terminologias diferentes. Sob outro olhar, o Min. Ayres Britto, quando do julgamento da ADPF 130, antes mencionado, explicou que para a vedação ao anonimato, aplica-se o bloqueio contemporâneo à liberdade de expressão. A ideia é

⁴⁹⁹ EUA. Suprema Corte. *Watchtower Bible & Tract Society of New York., Inc. v. Village. of Stratton*, 536 U.S. 150 (2002).

⁵⁰⁰ Eis os respectivos conteúdos: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” e “é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”.

⁵⁰¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 361.

interessante, mas, principalmente no ambiente digital, tal obstaculização se dará *a posteriori*. Seja contemporaneamente, seja posteriormente, é de se chamar a atenção para o fato de já se ter em mãos o conteúdo do discurso anônimo e, portanto, a possibilidade de aferir se tal é abusivo. No fundo, duas opções se abrem: ou se proíbe o anonimato desde sempre e isso significará uma vedação de início do discurso, independentemente do conteúdo; ou se estuda o conteúdo do discurso anônimo, para proibi-lo. Dar fôlego para a primeira opção é legitimar a censura. Escolher a segunda opção é divisar se o discurso anônimo é abusivo e por qual razão o é. Isso aliado às razões levadas em consideração pelo Constituinte (responsabilização), traduzem uma necessária análise do conteúdo do discurso, o que pressupõe seja o mesmo externado, e não barrado, como prega a censura.

Verificada a imprescindível vinda a público do discurso, algumas palavras serão tecidas a favor do anonimato protetor da liberdade de expressão. Em primeiro lugar, parece-nos que se o discurso não é abusivo, mas a pessoa, por qualquer razão, não deseja se expor, não existe motivo para presumir sua covardia, imoralidade ou falta de atributo heróico, como alguns julgados o fazem. Pelo contrário, diante dos valores fundantes da liberdade de expressão, expostos no primeiro capítulo deste trabalho, deve ser valorizado o livre mercado de ideias e a busca pela verdade⁵⁰². De fato, não sendo o conteúdo ofensivo, parece mesmo atrapalhar o referido mercado a expulsão do discurso apenas por causa da sua forma anônima. Deve o mesmo entrar no debate como outro qualquer, na competição pela correção do ponto de vista. Na Internet, então, as pessoas, dentro do véu do anonimato, estão mais encorajadas a se abrirem e revelarem informações que, de outro modo, não o fariam⁵⁰³. O mesmo se diga quanto ao valor de autorrealização do orador⁵⁰⁴. Ao contrário do que se pensa, pode parecer importante, senão fundamental, ao falante proteger sua identidade, forte na ideia associada de progresso e evolução da própria personalidade com a de autonomia, sobretudo a privada. Neste contexto, a autodeterminação sem interferências externas ilegítimas – ilegítimas porquanto tal discurso não é violador da ordem jurídica em uma conotação material – protetora da liberdade de expressão, pode encontrar no anonimato uma capa importante.

⁵⁰² No mesmo sentido, foi o pensamento da Suprema Corte dos EUA, em *McIntyre v. Ohio Elections Commission*. 514 U.S. 334, 342 (1995). CHOI, Bryan H. The Anonymous Internet. *Maryland Law Review*, v. 72, n. 2, 2013, p. 549.

⁵⁰³ MCNEALY, Jasmine. A Textual Analysis of the Influence of *McIntyre v. Ohio Elections Commission* in Cases Involving Anonymous Online Commenters. *First Amend. L. Rev.*, v. 11, 2012, p. 154.

⁵⁰⁴ FROMKIN, A. Michael. From Anonymity to Identification. *Journal of Self-Regulation and Regulation*, v. 1, 2015, p. 121.

Igualmente, o valor democrático, seja de índole política⁵⁰⁵, seja a cultural, enxerga no anonimato um aliado do bom discurso⁵⁰⁶. Na perspectiva de que todos falem⁵⁰⁷, ou na de que todos ouçam tudo que vale ser dito⁵⁰⁸, ou ainda na de formatação da cultura e do “eu”, sem sombra de dúvida, o anonimato tem grande servidão à liberdade de expressão.

Nesta valiosa questão, aliada aos valores anteriores, não é possível dizer que o anonimato não pode ser utilizado para dar vazão às vozes das minorias⁵⁰⁹, dissidentes e invisíveis, da sociedade brasileira. Pelo contrário, os perseguidos, os hipossuficientes, os pertencentes a classes marginalizadas, enfim todo tipo de minoria deve poder fazer uso do anonimato, no intuito de circular fatos e opiniões, e crescer seus ideais⁵¹⁰. Pensar diversamente, ao cabo, significa manter o *status quo* da subrepresentação que essas pessoas vivenciam.

Além disso, a obrigatoriedade de expor a cara, heroicamente, não se coaduna com a realidade de uma sociedade assimétrica, não só em termos econômicos, mas de força propriamente dita. Muitas vezes, o que se deseja é exatamente a exposição, para viabilizar a perseguição. O Brasil não é um país pacífico, em que pese a Constituição dizer que o mesmo se rege pela defesa da paz. Sua sociedade é extremamente violenta e só não enxerga isso quem não anda pelas periferias das grandes cidades. Exigir a exposição de alguém, cujas palavras podem desagradar outras pessoas, muitas vezes mais fortes economicamente, por

⁵⁰⁵ MCNEALY, Jasmine. A Textual Analysis of the Influence of *Mcintyre v. Ohio Elections Commission* in Cases Involving Anonymous Online Commenters. *First Amend. L. Rev.*, v. 11, 2012, pp. 154-155. BEZEMEK, Christoph. Behind a veil of obscurity-anonymity, encryption, free speech and privacy. *International Journal of Technology Policy and Law*, v. 3, n. 1, 2017, pp. 3-15.

⁵⁰⁶ É com essa percepção que Carlos Affonso de Souza, evoluindo para o mundo digital, disse que “[p]ara fins políticos, a disponibilização de meios de navegação e comunicação anônimas têm sido cruciais para o desenvolvimento do potencial libertário da rede, em especial em países cujos governos exercem um monitoramento e uma censura rígida do que se vê e do que posta na Internet”, exemplificando com o movimento conhecido como a Primavera Árabe. SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. As cinco faces da proteção à liberdade de expressão no Marco Civil da Internet. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). *Direito & Internet III – Tomo II: Marco Civil da internet (Lei nº 12.965/2014)*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 390.

⁵⁰⁷ CHOI, Bryan H. The Anonymous Internet. *Maryland Law Review*, v. 72, n. 2, 2013, pp. 547-548.

⁵⁰⁸ MARTIN, Jason A.; FARGO, Anthony L. Anonymity as a Legal Right: Where and Why It Matters. *North Carolina Journal of Law & Technology*, v. 16, n. 2, 2015, p. 332.

⁵⁰⁹ KAMINSKI, Margot. Real Masks and Real Name Policies: Applying Anti-Mask Case Law to Anonymous Online Speech. *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. LJ*, v. 23, 2013, p. 825.

⁵¹⁰ FROOMKIN, A. Michael. Lessons Learned Too Well: Anonymity in a Time of Surveillance. *Ariz. L. Rev.*, v. 59, 2017, pp. 53-54.

exemplo, é labutar a favor do resfriamento do discurso⁵¹¹. A vedação ao anonimato, de fato, pode gerar uma dissuasão indesejada, exatamente o contrário do que se visa com a liberdade de expressão. A ausência de medo por conta das palavras expostas e o anonimato têm relação umbilical, dentro e fora do ciberespaço⁵¹². Isso aliado a uma cada vez maior e progressiva vigilância “online”⁵¹³, levada a efeito por atores particulares e estatais – o caso Edward Snowden é evidência disso –, leva à conclusão de que nem sempre o anonimato é um inimigo.

Por último, a vedação pura e simples do anonimato impossibilita o auditório de ouvir tais pensamentos ou fatos⁵¹⁴, gerando grandes distorções. O público, lembre-se, é titular da liberdade de expressão. Este auditório quando antenado a pensamentos e pessoas mais próximos ao discurso usual e familiar a uma maioria, manter-se-á receptor do referido discurso. No entanto, os grupos, muitas vezes invisíveis, afinados com questões e problemas periféricos ou considerados laterais aos padrões, poderão ficar sem alimentar-se desse conteúdo, caso o anonimato seja simplesmente proibido⁵¹⁵.

Todas essas palavras possuem um ingrediente a mais, o ambiente da Internet e sua arquitetura⁵¹⁶ a favorecerem, ao menos inicialmente, o anonimato. De todo modo, é importante a conclusão de que o discurso anônimo não abusivo, “offline” ou “online”, pelo que se argumentou, não deve ser obstaculizado.

⁵¹¹ Nos EUA, após o ataque de 11 de setembro de 2001, viabilizou-se, via Internet, a comunicação anônima de quem quisesse e pudesse contribuir para trazer informações a respeito do ocorrido. O óbvio receio de exposição frente a terroristas mais do que legítima o anonimato “online”, no caso. No Brasil, frente aos pensamentos do Constituinte e do STF, isso poderia encontrar um obstáculo constitucional. Ver GOEMANS, Caroline; DUMORTIER, Jos. Mandatory retention of traffic data in the EU: possible impact on privacy and on-line anonymity. 2002, p. 17 (Disponível em: <<http://www.law.kuleuven.be/citip/en/docs/publications/440retention-of-traffic-data-dumortier-goemans2f90.pdf>>. Acesso em: 24 ago. 2017).

⁵¹² MCNEALY, Jasmine. A Textual Analysis of the Influence of *Mcintyre v. Ohio Elections Commission* in Cases Involving Anonymous Online Commenters. *First Amend. L. Rev.*, v. 11, 2012, pp. 153-154.

⁵¹³ A ideia de vigilância está obviamente ligada à de controle, atributo este ressaltado por Silveira. O autor afirma que a comunicação anônima é o antídoto para esse controle. DA SILVEIRA, Sérgio Amadeu. Redes cibernéticas e tecnologias do anonimato. *Comunicação & Sociedade*, v. 30, n. 51, 2009, p. 118.

⁵¹⁴ LEE, Jyh-An; LIU, Ching-Yi. Real-name registration rules and the fading digital anonymity in China. *Washington International Law Journal*, v. 25, n. 1, 2016, pp. 08-09.

⁵¹⁵ KAMINSKI, Margot. Real Masks and Real Name Policies: Applying Anti-Mask Case Law to Anonymous Online Speech. *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. LJ*, v. 23, 2013, p. 827.

⁵¹⁶ Sobre arquitetura, ver o segundo capítulo deste trabalho.

4.1.6 O discurso abusivo anônimo na Internet

Com olhos para os EUA, McNealy, preocupando-se com o discurso abusivo anônimo, afirma que a Suprema Corte não olvida do tema e que, em casos como tais, existiria um interesse cogente na atuação estatal para combater tais palavras. A professora, porém, traz a dificuldade que o “chilling effect” pode ocasionar, gerando uma autocensura nas pessoas que discutam questões controvertidas na Internet⁵¹⁷.

No ponto, as Cortes norte americanas⁵¹⁸, como a Corte Superior de Nova Jersey⁵¹⁹, o Distrito Sul de Nova Iorque⁵²⁰, a Suprema Corte de Delaware⁵²¹, o Distrito Norte da Califórnia⁵²² e a Corte de Apelação do Arizona⁵²³, construíram testes para levantar o anonimato e permitir a identificação do usuário ou para considerar que o discurso anônimo digital está protegido pela liberdade de expressão⁵²⁴. Ao contrário do que defendemos neste trabalho, nos EUA, porque o anonimato vem embutido dentro da liberdade de expressão, o que se passa é um choque entre princípios a ser solvido por ponderação, já que do outro lado estará um direito fundamental que permita a tutela da imagem⁵²⁵. Já no Brasil, a regra

⁵¹⁷ MCNEALY, Jasmine. A Textual Analysis of the Influence of *Mcintyre v. Ohio Elections Commission* in Cases Involving Anonymous Online Commenters. *First Amend. L. Rev.*, v. 11, 2012, pp. 158-159. A mesma preocupação é revelada por Lidsky ao historiar a proliferação de demandas por revelação da identidade do anônimo, nos EUA, destacando que essa onda poderia gerar um “chilling effect” e subverter a promessa de ampla participação das pessoas nos discursos através da Internet. LIDSKY, Lyrissa Barnett. Anonymity in cyberspace: What can we learn from John Doe. *BCL Rev.*, v. 50, 2009, pp. 1.374-1.375.

⁵¹⁸ É importante destacar, para o leitor interessado em ler as decisões judiciais espalhadas pelos EUA, que “John Doe” é o “nome” atribuído ao anônimo envolvido nos casos, daí os nomes desses julgados, várias vezes, apontar para “Doe”. LIDSKY, Lyrissa Barnett. Anonymity in cyberspace: What can we learn from John Doe. *BCL Rev.*, v. 50, 2009, p. 1.373.

⁵¹⁹ EUA. Corte Superior de Nova Jersey. *Dendrite International, Inc. v. Doe No. 3*, A-2774-00T3 (2001).

⁵²⁰ EUA. Distrito Sul de Nova Iorque. *Sony Music Entertainment Inc. v. Does 1-40*, 326 F. Supp. 2d 556 (S.D.N.Y. 2004).

⁵²¹ EUA. Suprema Corte de Delaware. *Doe v. Cahill*, 884 A.2d 451 (Del. 2005).

⁵²² EUA. Distrito Norte da Califórnia. *Columbia Insurance Co. v. Seescandy.com*, 185 F.R.D. 573 (N.D.Cal. 1999).

⁵²³ EUA. Corte de Apelação do Arizona. *Mobilisa, Inc. v. Doe 1*, 170 P.3d 712 (Ariz. Ct. App. 2007).

⁵²⁴ MCNEALY, Jasmine. A Textual Analysis of the Influence of *Mcintyre v. Ohio Elections Commission* in Cases Involving Anonymous Online Commenters. *First Amend. L. Rev.*, v. 11, 2012, pp. 158-160.

⁵²⁵ É nesse sentido que parece se expressar Rogal. ROGAL, Laura. Anonymity in social media. *Phoenix L. Rev.*, v. 7, 2013, p. 67.

constitucional proíbe o anonimato, como um limite externo à liberdade de expressão em sentido estrito. A concretização dessa proibição, no mundo “online”, é que será aqui estudada.

Distinguidos os sistemas norte americano e brasileiro, é importante repisar que este propõe uma vedação ao anonimato limitada. Como antes dissemos, a proibição volta-se à liberdade de expressão (pensamento) e contra o discurso abusivo, justamente porque este é o que importa em responsabilização do orador. Focando neste último aspecto, caso seja possível responsabilizar alguém, a finalidade da regra proibitiva perde aplicabilidade. Ou seja, se a vedação visa à responsabilização e esta é alcançada, ainda que por outros meios, a simples aplicação da proibição passa a não ter sentido. Nesta lógica, existiria uma vedação ao anonimato fraca, devendo-se privilegiar a liberdade de expressão. Com esse raciocínio, o ambiente cibernético será analisado.

Não é incomum dizer-se que a Internet criou um habito de agir de forma anônima⁵²⁶, mas é pertinente, para o nosso estudo, verificarmos a existência de ambientes com expectativa de anonimato e ambientes de completo anonimato⁵²⁷. Referindo-se à ilusão do anonimato na Internet, Martin e Fargo usam a expressão anonimato rastreável, porque cada computador utiliza um IP para se logar a um sítio eletrônico⁵²⁸. Froomkin destacou três momentos do anonimato na Internet e afirmou que, atualmente, o mesmo é extremamente difícil ou impossível⁵²⁹. Para o autor, existiriam cinco razões para que o anonimato “online” seja inviabilizado. O primeiro motivo é um certo mantra de que ele é ruim. A segunda causa é o móvel lucrativo. A terceira razão é que governos e atores privados construíram um sem número de mecanismos tecnológicos para rastrear os usuários. Por outro lado, uma quarta justificativa é que no mundo “offline” existe uma crescente ideia de rastreamento das pessoas

⁵²⁶ ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo. Anonymous speech on the Internet. In: KOLTAY, András (ed.). *Media Freedom and Regulation in the New Media World*. Budapest: Wolters Kluwer, CompLex, 2014, p. 104.

⁵²⁷ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. As cinco faces da proteção à liberdade de expressão no Marco Civil da Internet. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). *Direito & Internet III – Tomo II: Marco Civil da internet (Lei nº 12.965/2014)*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, pp. 393-396.

⁵²⁸ MARTIN, Jason A.; FARGO, Anthony L. Anonymity as a Legal Right: Where and Why It Matters. *North Carolina Journal of Law & Technology*, v. 16, n. 2, 2015, p. 333.

⁵²⁹ Concordam com essa visão Lee e Liu, quando pontuam que antes a Internet se caracterizava como um espaço de privacidade e a necessidade de registro de nome era uma exceção, mas que hoje a regra é o registro das informações em provedores de serviço de Internet ou em registros de nome de domínio. É o que se chama de anonimato rastreável. LEE, Jyh-An; LIU, Ching-Yi. Real-name registration rules and the fading digital anonymity in China. *Washington International Law Journal*, v. 25, n. 1, 2016, p. 05.

e o mundo digital receberia essa influência. E, em último, as legislações nacionais e supranacionais, cada vez mais, direcionam-se contra o anonimato⁵³⁰.

São inúmeras as tecnologias existentes contra o anonimato, como a possibilidade de inserção de chip de identificação no dispositivo, permitindo que terceiros saibam quem é o usuário, onde está e o que faz; a coleta propriamente dita de dados; o enfraquecimento da tecnologia de criptografia; e a multiplicação de números IPs, a ponto de cada pessoa passar a ter o seu, o que significará, ao cabo, que postado um conteúdo na Internet, saber-se-á imediatamente quem o fez⁵³¹. Além disso, é possível citar a exigência de apresentação de identidade para aquisição de telefone celular e outros dispositivos de acesso à Internet, bem como para o uso de Internet pública⁵³²; e a política de imposição de registro do nome real, junto aos provedores⁵³³.

⁵³⁰ FROOMKIN, A. Michael. From Anonymity to Identification. *Journal of Self-Regulation and Regulation*, v. 1, 2015, pp. 123-124. No Iran, há uma determinação de que todas as pessoas que acessem a Internet identifiquem-se. Na Índia, comunicações eletrônicas têm sido monitoradas por anos, por um sistema centralizado de monitoramento. Neste país, para receber autorização para funcionar, os provedores de serviço de Internet e as companhias de telecomunicação devem permitir, sem mandado judicial, acesso direto, pelo governo, a todas as comunicações que trafegam pelo sistema. Também se exige apenas o uso de criptografia “fraca” a permitir seu fácil acesso pelas autoridades. Em outros países, os cybercafés devem exigir a identificação dos internautas e manter aberto um “log” de quem está fazendo uso de certa máquina, permitindo ao governo rastrear tudo que se passa na rede, através do IP da máquina. Idem, pp. 124-125. O Paquistão banuiu o uso de criptografia em e-mails e a Rússia aprovou uma lei que impõe a existência de “backdoors” para todas aplicações de mensagens. FROOMKIN, A. Michael. Lessons Learned Too Well: Anonymity in a Time of Surveillance. *Ariz. L. Rev.*, v. 59, 2017, pp. 35 e 48-49.

⁵³¹ FROOMKIN, A. Michael. From Anonymity to Identification. *Journal of Self-Regulation and Regulation*, v. 1, 2015, pp. 126-128. Tal multiplicação de IPs se dará com a mudança do sistema de IPv4 para IPv6, explicando Bryan Choi que isso fará com que não se faça mais uso de IPs dinâmicos – com a limitação de endereços, cada dispositivo recebe um endereço IP a cada conexão à Internet, configurando-se assim o IP dinâmico - ou de compartilhamento de endereços – quando um único endereço é utilizado simultaneamente por vários internautas e dispositivos -, fatores que contribuem para dificultar a identificação confiável de usuários. Haverá, então, um IP estático para cada dispositivo. CHOI, Bryan H. The Anonymous Internet. *Maryland Law Review*, v. 72, n. 2, 2013, pp. 566-567.

⁵³² No México, exige-se a comprovação de residência, a apresentação do número de identidade único para residentes e cidadãos, a produção da identificação de foto válida e que se escaneie a digital do dedo. De forma bastante semelhante, é o sistema venezuelano. No Brasil, China, Índia, Japão e Peru há notícia de que para acessar a Internet em cafés, por exemplo, é necessário identificar-se. FROOMKIN, A. Michael. Lessons Learned Too Well: Anonymity in a Time of Surveillance. *Ariz. L. Rev.*, v. 59, 2017, pp. 33-34 e 43.

⁵³³ O exemplo clássico e sempre citado é o da China, mas semelhantes políticas foram adotadas em outros países, como Coreia do Sul, até mesmo antes – em que pese a Suprema Corte sul coreana ter declarado inconstitucional tal política, com fundamento na liberdade de expressão -, Alemanha, Vietnã e África do Sul. LEE, Jyh-An; LIU, Ching-Yi. Real-name registration rules and the fading digital anonymity in China. *Washington International Law Journal*, v. 25, n. 1, 2016, pp. 01-04 e 10-15. MARTIN, Jason A.; FARGO, Anthony L. Anonymity as a Legal Right: Where and Why It Matters. *North Carolina Journal of Law & Technology*, v. 16, n. 2, 2015, pp. 361-364. KAMINSKI, Margot. Real Masks and Real Name Policies: Applying Anti-Mask Case Law to Anonymous Online Speech. *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. LJ*, v. 23, 2013, pp. 877-880.

Questão interessante relaciona-se ao ingresso das pessoas como usuárias nas redes sociais. Muitas vezes, e isso se repete no Brasil, para que o usuário possa navegar em uma mídia ou rede social digital, é requerido que o mesmo atribua-se um nome, o “username”, que, invariavelmente, é diferente do seu. Assim, a pessoa age sem sua real identificação. Negar o anonimato *prima facie*, é taxar essa engrenagem como injurídica, olvidando-se que, por meio dos dados guardados pelo respectivo sítio eletrônico, pode ser plenamente possível a correta identificação da pessoa *a posteriori*. Não é difícil encontrar quem diga que o “username” viabiliza perfeitamente o anonimato⁵³⁴, se encarado como a não identificação imediata da pessoa. Porém, o Google e o Facebook passaram a utilizar a política do registro do nome real⁵³⁵. Assim, essas grandes companhias exigem que, para o usuário tornar-se parte de seu mundo, seja inserido nos registros delas o seu nome verdadeiro. E mais, tais gigantes da Internet arvoram-se no direito de excluir contas criadas com pseudônimos ou nomes falsos. Isso, com efeito, gera uma acentuada consequência mundial: tornar a identificação dos internautas o padrão no ambiente “online”⁵³⁶.

Por tal sistema, os citados provedores, e tantos outros que se utilizem da mesma política, terão meios de identificar o orador. Sendo isso viável, a responsabilização igualmente o será. Estaremos, portanto, diante de uma hipótese de vedação ao anonimato fraca, porque a responsabilidade da pessoa será alcançável. Assim, parece-nos que se deva dar preferência para a liberdade de expressão, não se removendo o conteúdo apenas por conta do seu formato anônimo. Outrossim, sendo a hipótese de um discurso anônimo caracterizado pelo uso abusivo do pensamento, não será o anonimato, em si, que legitimará a remoção do mesmo, mas sim a constatação de uso abusivo da liberdade de pensamento. Além disso, sendo o caso de uso em desconformidade com os elementos da liberdade de informação traçados no primeiro capítulo, o conteúdo poderá ser derrubado, porém não por conta da sua forma anônima e sim porque desrespeitou aqueles elementos.

Esse critério inclusive tem aplicação no processo nº 0600957-73.2016.8.01.0070, oriundo do Acre. Na sentença, o juiz, analisando caso envolvendo o Facebook, afirmou a inexistência de anonimato na Internet, e explicou que, em hipóteses de discurso que não

⁵³⁴ ROGAL, Laura. Anonymity in social media. *Phoenix L. Rev.*, v. 7, 2013, p. 65.

⁵³⁵ FROMKIN, A. Michael. Lessons Learned Too Well: Anonymity in a Time of Surveillance. *Ariz. L. Rev.*, v. 59, 2017, pp. 21-23.

⁵³⁶ LEE, Jyh-An; LIU, Ching-Yi. Real-name registration rules and the fading digital anonymity in China. *Washington International Law Journal*, v. 25, n. 1, 2016, pp. 30-31.

agrade o ouvinte, deve este rastrear o falante e postular as medidas necessárias em face deste. Considerando anonimato como “a ausência de identificação da autoria de determinada ação”, a decisão apontou o caminho para que esta autoria seja reconhecida. Na medida em que um provedor de aplicação deve manter os registros de acesso a aplicações de Internet, o que significa o fornecimento do IP, vinculado a determinada publicação, ao demandante, este, obtido o IP, poderá rastrear a pessoa responsável pelo discurso, já que os provedores de conexão, a partir de ordem judicial, devem fornecer os dados cadastrais do orador anônimo, ou seja, filiação, endereço e qualificação pessoal⁵³⁷.

Por outro lado, em 2009, Sérgio da Silveira afirmou que “[n]inguém pode se comunicar na Internet sem um IP, nem mesmo é possível abrir uma página da web sem um endereço IP”, mas que, apesar disso, “não existe nenhuma necessidade de vincular uma identidade civil a um número de IP para que a comunicação se estabeleça”⁵³⁸. Nesse sentido, porque a comunicação na rede deixa rastros, todavia sem necessariamente uma vinculação estrita a uma identidade, Silveira disse, à época, que vários Parlamentos estavam se debruçando em positivar a obrigação de os provedores de acesso à Internet “proibirem o uso das redes sem identificação positiva dos cidadãos”, o que forjaria um controle próximo ao que se vê em países fechados como a China⁵³⁹.

Wiebe aduz também que para navegar na rede, como, por exemplo, postar em foruns ou blogs, ou usar e-mail, o usuário, em geral, é identificado através do IP ou de um pseudônimo, sendo que nestas hipóteses o provedor é notificado a entregar a identidade do eventual ofensor⁵⁴⁰. É por isso que Lee e Liu asseveram expressamente que o anonimato absoluto não existe no ambiente digital, que a rede em si é rastreável e que a identidade dos usuários não pode ser escondida⁵⁴¹.

⁵³⁷ Brasil. TJAC. Processo: 0600957-73.2016.8.01.0070; Procedimento do Juizado Especial Cível; 3º Juizado Especial Cível - Rio Branco - Juizados Especiais; Juiz: Giordane de Souza Dourado; Sentença - Data da Disponibilização: 14/09/2017; Data da Publicação: 15/09/2017; Número do Diário: 5.963; Página: 83/86.

⁵³⁸ DA SILVEIRA, Sérgio Amadeu. Redes cibernéticas e tecnologias do anonimato. *Comunicação & Sociedade*, v. 30, n. 51, 2009, p. 120.

⁵³⁹ DA SILVEIRA, Sérgio Amadeu. Redes cibernéticas e tecnologias do anonimato. *Comunicação & Sociedade*, v. 30, n. 51, 2009, p. 121.

⁵⁴⁰ WIEBE, Brandon. Adopting a Universal Standard for Unmasking Anonymous File Sharers. 2013, p. 06 (Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2699181>>. Acesso em: 25 mar. 2017).

⁵⁴¹ LEE, Jyh-An; LIU, Ching-Yi. Real-name registration rules and the fading digital anonymity in China. *Washington International Law Journal*, v. 25, n. 1, 2016, pp. 04 e 29.

Nesse contexto, é importante aferir se a legislação brasileira exige um elo necessário entre o IP do dispositivo utilizado pelo orador e a identidade desta pessoa. No Brasil, os registros de acesso a uma aplicação são fornecidos pelo provedor de aplicação. Tais registros são o “conjunto de informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação de internet a partir de um determinado endereço IP”. Assim, este tipo de provedor diz a data e a hora do uso da aplicação, relacionando-as a um IP (arts. 5º, VIII e 15, do MCI). Por sua vez, o registro de conexão é fornecido pelo provedor de acesso e trata-se do “conjunto de informações referentes à data e hora de início e término de uma conexão à internet, sua duração e o endereço IP utilizado pelo terminal para o envio e recebimento de pacotes de dados” (arts. 5º, VI, 13 e 14, do MCI). Daí é possível afirmar que o provedor de conexão informa o IP do terminal ou dispositivo do orador.

No entanto, não vislumbramos uma imposição da ordem jurídica que determine a algum ator da Internet a vinculação do IP à identidade do usuário. Pela conjugação do art. 7º, VII, VIII e IX⁵⁴², do MCI, com o art. 13, §2º⁵⁴³, do Decreto nº 8.771/2016, enxergamos, quando muito, uma possibilidade de identificação desse usuário, mas regida por um dever de retenção mínima de dados pessoais⁵⁴⁴. Ademais, contribui para o entendimento de falta de imposição a redação do art. 10, *caput* e §1º⁵⁴⁵, do MCI, pois a mesma fala em contribuição

⁵⁴² Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: VII - não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei; VIII - informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que: a) justifiquem sua coleta; b) não sejam vedadas pela legislação; e c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet; IX - consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais.

⁵⁴³ Art. 13. Os provedores de conexão e de aplicações devem, na guarda, armazenamento e tratamento de dados pessoais e comunicações privadas, observar as seguintes diretrizes sobre padrões de segurança: § 2º Tendo em vista o disposto nos incisos VII a X do *caput* do art. 7º da Lei nº 12.965, de 2014, os provedores de conexão e aplicações devem reter a menor quantidade possível de dados pessoais, comunicações privadas e registros de conexão e acesso a aplicações, os quais deverão ser excluídos: I - tão logo atingida a finalidade de seu uso; ou II - se encerrado o prazo determinado por obrigação legal.

⁵⁴⁴ A definição de dados pessoais está regulamentada no art. 14, I, do Decreto nº 8.771/2016, *verbis*: Art. 14. Para os fins do disposto neste Decreto, considera-se: I - dado pessoal - dado relacionado à pessoa natural identificada ou identificável, inclusive números identificativos, dados locais ou identificadores eletrônicos, quando estes estiverem relacionados a uma pessoa.

⁵⁴⁵ Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas. § 1º O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no *caput*, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo, respeitado o disposto no art. 7º.

para a identificação do usuário. Caso a identificação fosse uma imposição legal e derivada do IP, não faria sentido o emprego da passagem “informações que possam contribuir para a identificação do usuário”. De igual modo, os dados cadastrais caracterizam-se como de coleta facultativa, conforme se depreende da combinação entre o art. 10, §3º⁵⁴⁶, do MCI e o art. 11, §§1º e 2º⁵⁴⁷, do citado Decreto. Por último, denotando a consensualidade na obtenção do dado pessoal e, então, uma ausência de determinação legal, o art. 16, II⁵⁴⁸, do MCI, diz que tal dado só se presta à finalidade a qual seu titular consentiu.

Frente ao quadro por nós sustentado acima, concluímos que, salvo a hipótese (contratual) em que o provedor, por conta de seu termo de uso, pratique a política de uso do nome real ou algo semelhante, como linhas acima descrito, inexistente como extrair do IP, de forma indubitosa, a identidade de um usuário. Logo, não há um sistema no qual a responsabilização do orador possa ser efetivada, de modo a caracterizar a vedação ao anonimato como fraca. Pelo contrário, ausente uma política do provedor em identificar o usuário e não existindo legislação a determinar o elo estrito entre IP e identidade, a vedação ao anonimato aplicável será a forte, em que pese com as limitações já expostas neste trabalho.

Aliás, essa mesma lógica será aplicada à “deep web”, espaço localizado abaixo da superfície da Internet, no qual trabalha-se com criptografia; os URLs são diferenciados e mutantes; os IPs são mascarados; e o “status” dos usuários é anônimo⁵⁴⁹.

Diante de tudo que foi dito, podemos chegar às seguintes conclusões. A identificação do orador na Internet, lembrando o que dissemos sobre arquitetura, pode se dar porque o provedor em seu ambiente adota uma política de vinculação entre o discurso e a respectiva identidade; ou porque a regulação da Internet, como um todo, determina. Na primeira hipótese

⁵⁴⁶ § 3º O disposto no caput não impede o acesso aos dados cadastrais que informem qualificação pessoal, filiação e endereço, na forma da lei, pelas autoridades administrativas que detenham competência legal para a sua requisição.

⁵⁴⁷ Art. 11. As autoridades administrativas a que se refere o art. 10, § 3º da Lei nº 12.965, de 2014, indicarão o fundamento legal de competência expressa para o acesso e a motivação para o pedido de acesso aos dados cadastrais. § 1º O provedor que não coletar dados cadastrais deverá informar tal fato à autoridade solicitante, ficando desobrigado de fornecer tais dados. § 2º São considerados dados cadastrais: I - a filiação; II - o endereço; e III - a qualificação pessoal, entendida como nome, prenome, estado civil e profissão do usuário.

⁵⁴⁸ Art. 16. Na provisão de aplicações de internet, onerosa ou gratuita, é vedada a guarda: II - de dados pessoais que sejam excessivos em relação à finalidade para a qual foi dado consentimento pelo seu titular.

⁵⁴⁹ ABREU, Giovanna; NICOLAU, Marcos. A estética do anonimato na Deep Web: a metáfora das máscaras e do homem invisível aplicada ao “submundo” da internet. *Culturas Midiáticas*, Ano VII, n. 12, jan.-jun. 2014, pp. 120-133. MARCON, João Paulo Falavinha; DIAS, Thais Pereira. DeepWeb: O lado sombrio da Internet. *Conjuntura Global*, v. 3, n. 4, out./dez. 2014, pp. 233-242.

a responsabilização do anônimo é possível por meio diverso do que a imposição da vedação, já que esse é um ambiente de pseudo anonimato, não tendo aplicação a regra proibitiva, porquanto ausente seu suporte fático⁵⁵⁰. Em contra partida, entendemos não existir na ordem jurídica brasileira a segunda hipótese, o que atrai a referida regra, com suas respectivas limitações, posto ausente outro sistema de verificação de responsabilidade. Neste caso, será autorizada a remoção de conteúdo com fundamento na vedação ao anonimato.

4.2 Localizador de Conteúdo

O localizador de conteúdo é ferramenta importante, ao menos, em um debate do mundo “online”, o da remoção de conteúdo. O localizador tem a missão de apontar o dedo para a mensagem, a publicação ou o dado específico, de modo que ele, e somente ele, seja excluído do ambiente cibernético.

Como verificado e aqui revisto, o STJ antes entendeu pela possibilidade de exigir-se a fiscalização prévia. Com o tempo, enxergou-se o equívoco desta postura, migrando o entendimento para análise da juridicidade posterior à postagem do conteúdo, o que levou à exigência de indicação de URL específico para remoção de conteúdo. Seguindo essa lógica, os olhos serão voltados para a jurisprudência da Corte local fluminense e serão expostos os argumentos usuais utilizados nos julgamentos. Será visto que as decisões judiciais, que entendem pela necessidade de especificidade do conteúdo a ser removido, pautam-se na funcionalidade do URL. Ficará consignado, porém, que não apenas fundamentos de índole técnica e jurídica quanto a censura são corretos, mas também que o próprio uso argumentativo da liberdade de expressão, com olhos voltados para a audiência, é um raciocínio acertado a legitimar a remoção. Isso porque com o localizador se protegerá o direito do público em ter

⁵⁵⁰ É exemplo de anonimato rastreável e por isso não atrativo da regra constitucional proibitiva, o aplicativo Secret. Este permitia a troca de mensagens sem que as pessoas soubessem, à primeira vista, a identificação do orador original e dos que faziam comentários subsequentes. Entretanto, o aplicativo explicava que as identidades de todos os usuários poderiam ser acessadas, inexistindo verdadeiro anonimato. Pensaram de forma diversa o Ministério Público do Espírito Santo (MPES) e a justiça local, e o aplicativo foi removido das lojas virtuais. SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. As cinco faces da proteção à liberdade de expressão no Marco Civil da Internet. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). *Direito & Internet III – Tomo II: Marco Civil da internet (Lei nº 12.965/2014)*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, pp. 391-396.

acesso e receber outros pensamentos e informações não ofensivos, mas que se encontram vizinhos ou assemelhados ao conteúdo a ser removido.

4.2.1 A jurisprudência da Corte fluminense

No terceiro capítulo deste trabalho, apresentamos, de modo descritivo, o pensamento do STJ a respeito tanto da filtragem prévia de conteúdo, como da exigência de URL para fins de remoção. Serão retomados estes dois pontos.

Como consignado, o STJ, ao menos desde 2010, debruçou-se a respeito do controle prévio de conteúdo na Internet. A ideia de quem defende a possibilidade é que o provedor responsável monitore e faça varreduras na rede, a fim de, localizado um conteúdo que entenda ilícito, removê-lo, de modo a minorar eventual dano a direito personalíssimo, como a imagem, por exemplo. O Tribunal Superior, naquele ano, deu sinais positivos e negativos à filtragem prévia. Já em 2012, a referida Corte começou a sedimentar posição contrária, utilizando-se, em 2015, de argumento constitucional, o que se manteve até 2017. Na consolidação desse entendimento, o Superior Tribunal encampou os seguintes fundamentos: o controle prévio atingiria a transmissão de dados em tempo real; o referido monitoramento não é atividade intrínseca ao serviço prestado; haveria asfixia da liberdade de expressão, com cerceamento do auditório no recebimento de seu direito à informação; estaria configurada a censura; a definição dos critérios que autorizariam o veto importaria em um subjetivismo muito grande; e seria temerário delegar o juízo de discricionariedade sobre o conteúdo dessas informações aos provedores.

Considerando que, mais ou menos em 2012, o STJ passou a trilhar o apontado caminho, é significativo analisar como se portou a jurisprudência do TJRJ sobre a questão. Em 2010, a Terceira Câmara Cível analisou caso que versou sobre mensagens ofensivas e desabonadoras ao demandante e deu a entender que o controle prévio “engessaria exatamente a mobilidade, a agilidade, enfim, toda a proposta do universo virtual criado”⁵⁵¹. Logo após, a Sétima Câmara Cível rechaçou o controle prévio⁵⁵². Todavia, no mesmo ano, a Terceira

⁵⁵¹ Brasil. TJRJ. Processo: 0374854-06.2008.8.19.0001; Apelação; Des(a). Mario Assis Gonçalves; Julgamento: 22/06/2010; Terceira Câmara Cível.

⁵⁵² Brasil. TJRJ. Processo: 0049181-53.2009.8.19.0000; Agravo de Instrumento; Des(a). Caetano E. da Fonseca Costa; Julgamento: 23/06/2010; Sétima Câmara Cível.

Câmara Cível posicionou-se em sentido contrário e entendeu haver dever de controle prévio de conteúdo⁵⁵³. No fim desse ano, em tom aparentemente crítico, a Décima Sexta Câmara Cível disse que caso o anonimato fosse proibido, pelos provedores, o argumento de impossibilidade de controle prévio não teria força⁵⁵⁴.

Em 2011, a Corte afirmou que “não há como se impor à parte ré o dever jurídico de controle ou monitoramento prévio quanto ao conteúdo de mensagens produzidas por terceiros através de blogs” e que “a natureza de tais conteúdos ostenta índole extremamente subjetiva, a depender de manifestação da parte que se considerar ofendida, consideradas as peculiaridades de cada caso”. Ademais, a Décima Câmara Cível aduziu que o controle prévio “implicaria em verdadeira imposição de censura prévia, em completa afronta ao princípio da legalidade, constitucionalmente amparado”⁵⁵⁵. Apesar disso, perfilhando entendimento oposto, a Sexta Câmara, para assentar a falha no serviço, disse que o sítio “balcão.com” não realizou controle prévio do conteúdo inserido no mesmo⁵⁵⁶.

A partir de 2012, o posicionamento do STJ foi se firmando. No mesmo sentido, foram enxergadas várias decisões estaduais. Neste ano, disse a Terceira Câmara Cível que “[a] Google não pode ser condenada a monitorar os conteúdos inseridos e divulgados nos sites, pelo simples fato de que não tem condições técnicas de filtrar todo o teor de forma eficaz”⁵⁵⁷.

Em 2013, a Décima Quarta Câmara Cível, em caso no qual se discutiu a desindexação de resultado no motor de busca do Google, disse que “o conteúdo dos sites indicados pela

⁵⁵³ Processo: 0217783-04.2009.8.19.0001; Apelação; Des(a). Wagner Cinelli de Paula Freitas; Julgamento: 26/10/2010; Terceira Câmara Cível.

⁵⁵⁴ Brasil. TJRJ. Processo: 0029705-31.2006.8.19.0001; Apelação; Des(a). Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto; Julgamento: 15/11/2010; Décima Sexta Câmara Cível.

⁵⁵⁵ Brasil. TJRJ. Processo: 0009878-51.2009.8.19.0026; Apelação; Des(a). Celso Luiz de Matos Peres; Julgamento: 11/01/2011; Décima Câmara Cível. No mesmo sentido e no mesmo ano, ver Processo: 0010034-87.2009.8.19.0204; Apelação; Des(a). Luisa Cristina Bottrel Souza; Julgamento: 18/01/2011; Décima Sétima Câmara Cível. Processo: 0028607-31.2008.8.19.0004; Apelação; Des(a). Celso Luiz de Matos Peres; Julgamento: 11/01/2011; Décima Câmara Cível. Processo: 0033412-33.2008.8.19.0002; Apelação; Des(a). Helda Lima Meireles; Julgamento: 23/08/2011; Décima Quinta Câmara Cível. Processo: 0010180-80.2009.8.19.0026; Apelação; Des(a). Pedro Freire Raguenet; Julgamento: 15/02/2011; Sexta Câmara Cível.

⁵⁵⁶ Brasil. TJRJ. Processo: 0005623-67.2010.8.19.0203; Apelação; Des(a). Wagner Cinelli; Julgamento: 25/05/2011; Sexta Câmara Cível.

⁵⁵⁷ Brasil. TJRJ. Processo: 0020632-28.2012.8.19.0000; Agravo de Instrumento; Des(a). Cezar Augusto Rodrigues Costa; Julgamento: 01/08/2012; Terceira Câmara Cível. No mesmo sentido e no mesmo ano, ver Processo: 0042522-23.2012.8.19.0000; Agravo de Instrumento; Des(a). Sergio Lucio de Oliveira e Cruz; Julgamento: 27/09/2012; Décima Quinta Câmara Cível.

busca não pode ser monitorado pelo réu, sob pena de inviabilizar o serviço por ele prestado”, além do “fato de que (sic) não ter condições técnicas de filtrar todo o teor de forma eficaz”⁵⁵⁸.

No ano de 2014, a Vigésima Quinta Câmara Cível, em caso de ofensa de conteúdo racista veiculada no Orkut, disse que “a fiscalização prévia e o monitoramento (...) não é atividade intrínseca ao serviço prestado”, acrescentando que “o controle preventivo sobre o conteúdo das páginas pessoais dos usuários, poderia inclusive implicar em censura prévia, o que é vedado pela Constituição Federal”⁵⁵⁹. Em sentido oposto, porém, a Décima Sétima Câmara Cível asseverou, em caso envolvendo a circulação de vídeo ofensivo no YouTube, “que houve falha na prestação do serviço por parte do ora apelante, tendo em vista que permitiu que seus usuários inserissem conteúdo lesivo no sítio, sem nenhum controle prévio ou monitoramento”⁵⁶⁰.

Em 2015, a questão seguiu chegando à segunda instância e a Décima Câmara Cível, em decisão monocrática, decidiu pela impossibilidade de imposição de monitoramento prévio de conteúdo produzido por terceiros, aduzindo que, como provedora de hospedagem, o Google não tem ingerência sobre conteúdos inseridos, além do aspecto subjetivo na interpretação da mensagem. Por outro lado, citou a vedação de censura, igualmente a inviabilizar o controle prévio⁵⁶¹. No ano de 2016⁵⁶², a Corte disse que, quanto ao pleito

⁵⁵⁸ Brasil. TJRJ. Processo: 0061703-10.2012.8.19.0000; Agravo de Instrumento; Des(a). Ronaldo Assed Machado; Julgamento: 25/06/2013; Décima Quarta Câmara Cível. No mesmo sentido e no mesmo ano, ver Processo: 0006102-95.2012.8.19.0007; Apelação; Des(a). Celso Luiz de Matos Peres; Julgamento: 06/05/2013; Décima Câmara Cível. Processo: 0011006-10.2011.8.19.0003; Apelação; Des(a). Celso Luiz de Matos Peres; Julgamento: 20/02/2013; Décima Câmara Cível. Processo: 0174372-71.2010.8.19.0001; Apelação; Des(a). Marcos Alcino de Azevedo Torres; Julgamento: 15/01/2013; Décima Nona Câmara Cível.

⁵⁵⁹ Brasil. TJRJ. Processo: 0025448-63.2011.8.19.0202; Apelação; Des(a). Margaret de Oliveira Valle dos Santos; Julgamento: 21/03/2014; Vigésima Quinta Câmara Cível. No mesmo sentido e no mesmo ano, ver Processo: 0052866-57.2012.8.19.0002; Apelação; Des(a). Luciano Silva Barreto; Julgamento: 02/07/2014; Vigésima Terceira Câmara Cível Consumidor. Processo: 0063344-30.2012.8.19.0001; Apelação; Des(a). Inês da Trindade Chaves de Melo; Julgamento: 30/07/2014; Sexta Câmara Cível.

⁵⁶⁰ Brasil. TJRJ. Processo: 0296085-42.2012.8.19.0001; Apelação; Des(a). Wagner Cinelli de Paula Freitas; Julgamento: 14/05/2014; Décima Sétima Câmara Cível.

⁵⁶¹ Brasil. TJRJ. Processo: 0016969-44.2007.8.19.0001; Apelação; Des(a). Celso Luiz de Matos Peres; Julgamento: 17/08/2015; Décima Câmara Cível. No mesmo sentido e no mesmo ano, ver Processo: 0028583-76.2010.8.19.0054; Apelação; Des(a). Mario Assis Gonçalves; Julgamento: 14/01/2015; Terceira Câmara Cível. Processo: 0003364-87.2014.8.19.0000; Agravo de Instrumento; Des(a). Mônica de Faria Sardas; Julgamento: 10/03/2015; Vigésima Primeira Câmara Cível.

⁵⁶² Também em 2016, o Tribunal de Justiça do Pará (TJPA) parece ter adotado posição pela possibilidade de monitoramento. Em caso no qual o Google argumentou não ter o dever de exercer controle prévio de conteúdo das postagens no YouTube, a Corte respondeu que “[o] risco agregado à atividade, no caso a prestação de serviços informáticos, justifica a responsabilidade objetiva do provedor, independente de agir com qualquer grau de culpa em determinado episódio”, acrescentando que se configura “a teoria do risco como fundamento da responsabilidade do provedor por publicações postadas por terceiro”. Além disso, expressou que se “a provedora de conteúdo

genérico de abstenção de veiculação, existe uma impossibilidade técnica de filtragem eficaz, esclarecendo que “os conteúdos removidos podem ser recolocados pelos usuários, utilizando-se, para tanto, de outras palavras e expressões com o idêntico conteúdo semântico ou sendo postados os desaforos em blogs distintos”. Quanto ao subjetivismo, foi dito que “os sistemas informatizados não são capazes de fazer julgamento valorativo sobre determinado conteúdo e nem de interpretar expressões com sentidos ambíguos a fim de avaliar se a honra subjetiva se (sic) uma pessoa pode ser atingida”. A melhor solução para a questão, segundo o julgado, é o uso do URL⁵⁶³. Por fim, em 2017, a Vigésima Sétima Câmara Cível Consumidor distinguiu provedor de conteúdo e provedor de busca, para dizer que este não tem ingerência sobre conteúdo, não lhe se devendo impor qualquer dever de monitoramento⁵⁶⁴.

Do exposto, é possível dizer que o TJRJ, mesmo antes de a jurisprudência do STJ ter se firmado, já tinha julgados contrários ao monitoramento prévio, apesar da existência também no outro sentido. Além disso, verificou-se o uso de argumentos de ordem técnica e da subjetividade que tal controle importa, bem como da vedação de censura e o fato de a atividade não ser intrínseca do serviço. O principal argumento a favor da fiscalização prévia enxergado foi a falha na prestação do serviço.

Superada a apresentação da jurisprudência do TJRJ a respeito de monitoramento prévio, passa-se agora, seguindo a mesma ideia, à exposição do que a Corte fluminense pensa sobre a necessidade de indicação de URL, para fins de remoção. Mostra-se adequado, antes, revisitar o posicionamento do STJ. O Tribunal Superior, em 2010, deu sinais da importância da indicação do URL, para concretização da remoção. Porém, em 2011, entendeu pela dispensa do uso da ferramenta. Já em 2012, é possível verificar decisão da Corte a favor da indicação, voltando a debater o tema em 2013, dando a entender, em 2014, que concordava com a não exigência de apresentação de URL. Em 2015, a Corte, ao analisar caso envolvendo venda de produtos piratas no Orkut, entendeu pela necessidade de indicação de URL

disponibiliza na *internet* um serviço sem dispositivo de segurança e sem nenhum controle, permite a publicação de matéria de conteúdo livre sem sequer identificar o usuário, responde pelo risco oriundo de seu empreendimento”. Processo nº 0021111-29.2012.8.14.0301; Órgão Julgador: 1ª Câmara Cível Isolada; Recurso: Apelação Cível; Comarca: Belém/PA; Relatora: Des(a). Marneide Prindade P. Merabet; Revisora: Des(a). Gleide Pereira de Moura Data de Julgamento: 15/02/2016; Data de Publicação: 22/02/2016.

⁵⁶³ Brasil. TJRJ. Processo: 0284163-04.2012.8.19.0001; Apelação; Des(a). Cezar Augusto Rodrigues Costa; Julgamento: 19/04/2016; Oitava Câmara Cível. No mesmo sentido e no mesmo ano, ver Processo: 0114366-30.2012.8.19.0001; Apelação; Des(a). Cezar Augusto Rodrigues Costa; Julgamento: 19/04/2016; Oitava Câmara Cível.

⁵⁶⁴ Brasil. TJRJ. Processo: 0066068-68.2016.8.19.0000; Agravo de Instrumento; Des(a). JDS Fernanda Fernandes Coelho Arrabida Paes; Julgamento: 19/04/2017; Vigésima Sétima Câmara Cível Consumidor.

específica do conteúdo ilícito, e não da comunidade, na rede social. Este entendimento foi reproduzido ainda no mesmo ano. Tal postura de exigir a indicação de URL foi solidificada em 2016 e 2017⁵⁶⁵.

Verificado que a partir de 2015, com ampla solidificação em 2016, o STJ posicionou-se pela necessidade de indicação de URL, é oportuno verificar como andam as decisões fluminenses, especialmente as que se sucederam tal período. Em 2009, as decisões do TJRJ acenaram no sentido da necessidade de indicação específica do endereço onde se encontra o conteúdo, fazendo especial referência ao URL como a ferramenta que se presta a tanto⁵⁶⁶. No ano de 2010, esta⁵⁶⁷ posição foi identificada, porém, também se encontrou postura contrária. Em caso no qual se analisava a remoção de vídeo do YouTube e impugnação do Google pela indicação de URL, a Corte colocou-se contrária a tal necessidade e disse que “devidamente especificado o nome do vídeo na peça inicial, desnecessário o acolhimento de tal pedido, por isso que, facilmente acessado na internet, não haveria dificuldade qualquer em sua eventual e futura identificação para as providências já determinadas”⁵⁶⁸. No ano seguinte a controvérsia de interpretações se manteve. Em caso envolvendo conteúdo ofensivo à honra de uma pessoa, a Corte entendeu pela imprescindibilidade da indicação do URL, sem qualquer argumento vinculativo entre tal necessidade e a liberdade de expressão⁵⁶⁹. Entretanto, em outro caso, o Tribunal disse que o Google “ostenta capacidade técnica para identificar e excluir as postagens, daí por que não se afigura razoável transferir aludido ônus ao embargado”, acrescentando que o mesmo “não dispõe do conhecimento e aparato necessários à localização das páginas que hospedam o conteúdo reputado ofensivo”⁵⁷⁰. Em 2012, o debate se manteve,

⁵⁶⁵ No TSE, como demonstram as decisões de 2013, 2015, 2016 e 2017, colacionadas no terceiro capítulo, predominou o entendimento pela necessidade de indicação de URL.

⁵⁶⁶ Brasil. TJRJ. Processo: 0021302-71.2009.8.19.0000; Agravo de Instrumento; Des(a). Helda Lima Meireles; Julgamento: 28/07/2009; Décima Quinta Câmara Cível. Processo: 0047888-48.2009.8.19.0000; Agravo de Instrumento; Des(a). Celso Luiz de Matos Peres; Julgamento: 30/09/2009; Décima Câmara Cível.

⁵⁶⁷ Brasil. TJRJ. Processo: 0049181-53.2009.8.19.0000; Agravo de Instrumento; Des(a). Caetano E. da Fonseca Costa; Julgamento: 23/06/2010; Sétima Câmara Cível.

⁵⁶⁸ Brasil. TJRJ. Processo: 0044359-84.2010.8.19.0000; Agravo de Instrumento; Des(a). Mauricio Caldas Lopes; Julgamento: 04/10/2010; Segunda Câmara Cível.

⁵⁶⁹ Brasil. TJRJ. Processo: 0039299-93.2011.8.19.0001; Apelação; Des(a). Pedro Saraiva de Andrade Lemos; Julgamento: 06/12/2011; Décima Câmara Cível.

⁵⁷⁰ Brasil. TJRJ. Processo: 0042702-73.2011.8.19.0000; Agravo de Instrumento; Embargos de Declaração; Agravo Interno; Des(a). Carlos Eduardo da Fonseca Passos; Julgamento: 25/10/2011; Segunda Câmara Cível.

sendo encontradas decisões pela necessidade de indicação de URL⁵⁷¹, assim como pela desnecessidade. Neste último sentido é o caso em que a Corte asseverou que “a decisão não mencionou as URL’s simplesmente porque considerou ser esta medida desnecessária, já que é a recorrente a administradora dos sítios abrangidos pela decisão”⁵⁷². No ano subsequente, a questão ainda não havia sido solvida. Em caso no qual o Facebook, na condição de agravante, aduziu que precisava de URL específico, para cumprir a decisão impositiva de remoção da forma mais precisa possível, o Tribunal aduziu que não é correto “alegar a impossibilidade de cumprimento da decisão judicial, visto que o URL pode ser obtido pelo administrador do site, o qual possui corpo e conhecimento técnico capazes de identificar e excluir, com muito mais precisão, o perfil “Caxias vai vencer o medo””⁵⁷³. O mesmo desfecho teve outro caso e com relação à necessidade de URL específico e não um genérico, afirmou a Corte que “[a] embargante além de prestar serviço de hospedagem de páginas na internet disponibiliza o serviço de buscas na internet mais utilizado no mundo inteiro, portanto tem plena capacidade técnica para identificar o endereço (URL) de blog por ela hospedado”⁵⁷⁴. Ainda nesse ano, uma decisão de primeira instância determinou o bloqueio integral das contas “Acupuntura Independente” e “Acupuntura para Todos”, destinadas a discussões e debates sobre acupuntura e medicina chinesa, no Facebook. Este, por sua vez, argumentou a necessidade de URL específico, devido à existência também de conteúdo lícito que não deveria ser removido quando da presença de ilícito. Entretanto, a Corte entendeu que “não se afigura minimamente razoável a pretensão do agravante de incumbir ao magistrado *a quo* a realização de juízo de

⁵⁷¹ Brasil. TJRJ. Processo: 0008661-06.2009.8.19.0209; Apelação; Des(a). Helda Lima Meireles; Julgamento: 16/01/2012; Décima Quinta Câmara Cível. Processo: 0020632-28.2012.8.19.0000; Agravo de Instrumento; Des(a). Cezar Augusto Rodrigues Costa; Julgamento: 01/08/2012; Terceira Câmara Cível. Processo: 0042522-23.2012.8.19.0000; Agravo de Instrumento; Des(a). Sérgio Lucio de Oliveira e Cruz; Julgamento: 27/09/2012; Décima Quinta Câmara Cível.

⁵⁷² Brasil. TJRJ. Processo: 0001923-42.2012.8.19.0000; Agravo de Instrumento; Embargos de Declaração; Des(a). Alexandre Freitas Câmara; Julgamento: 01/08/2012; Décima Terceira Câmara Cível.

⁵⁷³ Brasil. TJRJ. Processo: 0012476-17.2013.8.19.0000; Agravo de Instrumento; Des(a). Regina Lucia Passos; Julgamento: 09/04/2013; Nona Câmara Cível.

⁵⁷⁴ Brasil. TJRJ. Processo: 0040380-46.2012.8.19.0000; Agravo de Instrumento; Embargos de Declaração; Des(a). Teresa de Andrade Castro Neves; Julgamento: 22/05/2013; Sexta Câmara Cível. No mesmo sentido contrário à indicação de URL e no mesmo ano, ver Processo: 0022444-71.2013.8.19.0000; Agravo de Instrumento; Agravo Inominado; Embargos de Declaração; Des(a). Bernardo Moreira Garcez Neto; Julgamento: 26/06/2013; Décima Câmara Cível.

valor *a posteriori* dos conteúdos das contas, transformando-o em verdadeiro moderador dos dois grupos de discussão”, para concluir pela necessidade de bloqueio integral das contas⁵⁷⁵.

No ano de 2014, o mesmo quadro se manteve, com decisões exigindo a indicação de URL⁵⁷⁶ e com outras não. No sentido negativo, versou um caso relacionado a ensaio fotográfico da revista Playboy e disse a Corte que o Google não demonstrou a impossibilidade técnica de efetivar o bloqueio e que “se a Google se propõe a prestar um serviço de hospedagem de páginas na internet, deve fazê-lo de forma eficiente, o que inclui, certamente, a possibilidade de bloqueio de determinados blogs (...)”, acrescentando que “[a] Agravante disponibiliza o serviço de buscas na rede mais utilizado no mundo inteiro e, com toda certeza, tem plena capacidade técnica para identificar os endereços URL dos blogs que hospeda”⁵⁷⁷.

Em 2015⁵⁷⁸, repise-se, o STJ começou a se firmar pela necessidade de indicação de URL, para concretização de remoção de conteúdo. Estes ares, porém, não puderam ser

⁵⁷⁵ Brasil. TJRJ. Processo: 0066724-30.2013.8.19.0000; Agravo de Instrumento; Des(a). Maria Inês da Penha Gaspar; Julgamento: 10/12/2013; Décima Sétima Câmara Cível.

⁵⁷⁶ Brasil. TJRJ. Processo: 0063344-30.2012.8.19.0001; Apelação; Des(a). Inês da Trindade Chaves de Melo; Julgamento: 30/07/2014; Sexta Câmara Cível. Processo: 0458011-32.2012.8.19.0001; Apelação; Des(a). José Carlos Paes; Julgamento: 17/11/2014; Décima Quarta Câmara Cível.

⁵⁷⁷ Brasil. TJRJ. Processo: 0028705-52.2013.8.19.0000; Agravo de Instrumento; Des(a). Teresa de Andrade Castro Neves; Julgamento: 12/03/2014; Sexta Câmara Cível. No mesmo sentido negativo e no mesmo ano, ver Processo: 0006045-30.2014.8.19.0000; Agravo de Instrumento; Des(a). Marco Aurélio Bezerra de Melo; Julgamento: 20/05/2014; Décima Sexta Câmara Cível. Processo: 0053287-19.2013.8.19.0000; Agravo de Instrumento; Des(a). Juarez Fernandes Folhes; Julgamento: 20/03/2014; Vigésima Sexta Câmara Cível Consumidor. Processo: 0002541-16.2014.8.19.0000; Agravo de Instrumento; Des(a). Juarez Fernandes Folhes; Julgamento: 04/09/2014; Vigésima Sexta Câmara Cível Consumidor.

⁵⁷⁸ Em 2015, outros Tribunais locais apresentaram exemplos de julgamentos contrários à posição que começou a se firmar no STJ. A jurisprudência do TJSP e do TJMG dá-nos amostras. Em caso envolvendo o Facebook, o demandante alegou ofensa ocorrida na rede contra si. Quanto a necessidade de indicação de URL, disse a Corte que “não existe qualquer exigência legal no sentido de que a especificação do conteúdo se dê desta ou daquela forma”, para negar que “o conteúdo somente será retirado mediante o fornecimento da correspondente URL, até porque não se pode impor esse ônus ao agravado, eis que deve ser assumido pela própria recorrente”. Brasil. TJSP. Agravo de Instrumento 2196965-92.2015.8.26.0000; Relator(a): José Carlos Ferreira Alves; Comarca: Itanhaém; Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 01/12/2015; Data de publicação: 02/05/2016; Data de registro: 02/05/2016. Em mais um caso em que se discutia a necessidade de indicação de URL para especificar um endereço, pontuou a Corte mineira a posição do Google no sentido de que “[a]credita o Agravante ser necessária a indicação correta, completa, legível e específica das respectivas URL do conteúdo reputado ofensivo cuja eliminação se pretende”. Todavia, asseverou “que isto não pode ser considerado um fato impeditivo ao agravante para realizar a exclusão dos perfis”, emendando que “não se pode admitir que um site mundialmente conhecido e usado, com a estrutura tecnológica de que dispõe o orkut, necessite dos URL's das páginas para promover sua exclusão, inexistindo qualquer outra maneira para fazer isto”. Além disso, afirmou que “é fato notório para todos os usuários do Orkut que uma das formas de encontrar qualquer página no site é através da procura pelo nome da pessoa/página”. Isso, segundo o Tribunal, “acaba jogando por água abaixo todas as alegações do Agravante, pois, considerando que para um simples usuário encontrar a página de um terceiro basta procurar pelo nome deste, como é possível o próprio Google se encontrar impossibilitado de identificar as páginas falsas em nome da agravada?”. Brasil. TJMG. Agravo de Instrumento-Cv 1.0342.12.012864-6/002; 0602556-98.2014.8.13.0000 (1); Relator(a): Des.(a) Pedro Aleixo; Órgão

sentidos totalmente no Tribunal local, onde a necessidade de indicação de URL foi verificada⁵⁷⁹, assim como sua dispensa⁵⁸⁰. É interessante apresentar, no entanto, um caso no qual a Câmara voltou atrás em seu entendimento e, fazendo referência à superior instância, aduziu que “a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a princípio alinhada a tal tese, evoluiu em sentido oposto, vindo a consolidar-se em que a indicação da URL é tecnicamente indispensável à retirada de conteúdo de sítios eletrônicos”. Explicou a Corte que “[n]a ponderação jurisprudencial entre o direito à imagem e o da liberdade de expressão, este há de prevalecer porque ao lesado não é oculta a indicação da URL”. Para o Tribunal, “a incumbência do provedor de identificar o conteúdo a ser retirado com base em informações subjetivas, como fotos e expressões, pode ensejar violação a direito de terceiros na medida em que conteúdos diversos do pretendido poderiam ser excluídos”. Outro ponto importante é que dentro da mesma página na Internet existiam vários anúncios, nem todos ilícitos. Por isso, disse que “[a] ausência da URL identificadora da fonte do anúncio impugnado implica a inviabilidade material de impor-se obrigação de fazer consistente na retirada do anúncio”⁵⁸¹.

No ano de 2016⁵⁸², o entendimento pela necessidade de indicação do URL, para viabilizar a remoção específica de um conteúdo, pelos olhos do STJ, restou sedimentado,

Julgador/Câmara: Câmaras Cíveis/12ª Câmara Cível; Comarca de Origem: Ituiutaba; Data de Julgamento: 25/02/2015; Data da publicação da súmula: 05/03/2015.

⁵⁷⁹ São exemplos de decisões nesse sentido: Processo: 0003364-87.2014.8.19.0000; Agravo de Instrumento; Des(a). Mônica de Faria Sardas; Julgamento: 10/03/2015; Vigésima Primeira Câmara Cível. Processo: 0221070-72.2009.8.19.0001; Apelação; Des(a). Norma Suely Fonseca Quintes; Julgamento: 04/08/2015; Oitava Câmara Cível. Processo: 0013930-84.2013.8.19.0209; Apelação; Des(a). Celso Luiz de Matos Peres; Julgamento: 09/09/2015; Décima Câmara Cível. Processo: 0063342-58.2015.8.19.0000; Agravo de Instrumento; Des(a). Antonio Carlos Arrábida Paes; Julgamento: 19/11/2015; Vigésima Terceira Câmara Cível Consumidor.

⁵⁸⁰ São exemplos de dispensa: Processo: 0025753-66.2014.8.19.0000; Agravo de Instrumento; Des(a). Maria Luiza de Freitas Carvalho; Julgamento: 14/01/2015; Vigésima Terceira Câmara Cível Consumidor. Processo: 0000047-47.2015.8.19.0000; Agravo de Instrumento; Des(a). Sandra Santarém Cardinali; Julgamento: 26/03/2015; Vigésima Sexta Câmara Cível Consumidor. Processo: 0037866-52.2014.8.19.0000; Agravo de Instrumento; Agravo Interno; Embargos de Declaração; Des(a). Ivone Ferreira Caetano; Julgamento: 10/06/2015; Vigésima Quinta Câmara Cível Consumidor. Processo: 0019587-81.2015.8.19.0000; Agravo de Instrumento; Agravo Interno; Embargos de Declaração; Des(a). Sandra Santarém Cardinali; Julgamento: 02/07/2015; Vigésima Sexta Câmara Cível Consumidor. Processo: 0041541-23.2014.8.19.0000; Agravo de Instrumento; Agravo Interno; Embargos de Declaração; Des(a). José Acir Lessa Giordani; Julgamento: 21/10/2015; Vigésima Quinta Câmara Cível Consumidor. Processo: 0042989-94.2015.8.19.0000; Agravo de Instrumento; Embargos de Declaração; Des(a). Natácha Nascimento Gomes Tostes Gonçalves de Oliveira; Julgamento: 22/10/2015; Vigésima Sexta Câmara Cível Consumidor. Processo: 0023800-33.2015.8.19.0000; Agravo de Instrumento; Des(a). Adriana Lopes Moutinho; Julgamento: 29/10/2015; Vigésima Sexta Câmara Cível Consumidor.

⁵⁸¹ Brasil. TJRJ. Processo: 0017870-91.2012.8.19.0209; Apelação; Des(a). Jessé Torres Pereira Júnior; Julgamento: 05/08/2015; Segunda Câmara Cível.

⁵⁸² Apesar da consolidação na postura do STJ, Tribunais como de São Paulo e de Minas Gerais continuaram fornecendo experiências em sentido oposto. Ver nesse sentido Brasil. TJSP. Agravo de Instrumento 2079777-

tendo essa atmosfera sido refletida junto à Corte local. Nela, apesar da identificação de decisão em sentido contrário⁵⁸³, foram localizados inúmeros julgamentos em sentido favorável à indicação do URL⁵⁸⁴. Em um desses casos, foram constatadas ofensas no perfil anônimo “É notícia Angra”, do Facebook. O acórdão destacou que “o perfil “É notícia Angra” é um perfil jornalístico, com intenção informativa e crítica, trazendo conteúdo variado de informações, não abordando exclusivamente a sociedade agravada”. Afirmou que “a suspensão total do perfil afigura-se medida excessiva e desarrazoada, como suspender a circulação de um jornal inteiro em razão de uma única notícia”. Assim, concluiu que “afigura-se razoável a manutenção do perfil, com a supressão apenas das publicações alegadamente ofensivas à honra da agravada, retirando-se do mundo virtual a suposta ofensa, mas sem interferir no direito constitucional à livre expressão”. Para dar operacionalidade a isso, disse o relator que “deve a agravada indicar a URL de cada publicação considerada ofensiva (...), equilibrando-se, desta forma, a proteção à sua honra e o direito à livre expressão e o direito de informação”⁵⁸⁵.

Apesar disso tudo, ainda em 2017⁵⁸⁶, a Corte local fluminense⁵⁸⁷ proferiu decisões contrárias⁵⁸⁸ à necessidade de indicação de URL. É exemplo o caso no qual magistrados

44.2016.8.26.0000; Relator(a): Piva Rodrigues; Comarca: Taboão da Serra; Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 06/12/2016; Data de publicação: 06/12/2016; Data de registro: 06/12/2016. Brasil. TJMG. Apelação Cível 1.0342.13.015251-1/002; 0152511-36.2013.8.13.0342 (1); Relator(a) Des.(a) Newton Teixeira Carvalho; Órgão Julgador/Câmara: Câmaras Cíveis/13ª Câmara Cível; Comarca de Origem: Ituiutaba; Data de Julgamento: 11/08/2016; Data da publicação da súmula: 24/08/2016.

⁵⁸³ Brasil. TJRJ. Processo: 0047840-16.2014.8.19.0000; Agravo de Instrumento; Des(a). Augusto Alves Moreira Junior; Julgamento: 10/05/2016; Oitava Câmara Cível.

⁵⁸⁴ Brasil. TJRJ. Processo: 0284163-04.2012.8.19.0001; Apelação; Des(a). Cezar Augusto Rodrigues Costa; Julgamento: 19/04/2016; Oitava Câmara Cível. Processo: 0009523-70.2015.8.19.0207; Apelação; Des(a). Murilo André Kieling Cardona Pereira; Julgamento: 20/07/2016; Vigésima Terceira Câmara Cível Consumidor – disse a Corte, neste julgado, ser “imprescindível que seja individualizado o conteúdo ofensivo cuja retirada se pretenda, justamente para que não haja possibilidade de que, por equívoco, seja removido conteúdo lícito, o que geraria censura indevida e violação à liberdade de expressão”. Com isso, expressou que “[a] única forma segura de individualizar a página onde se encontra o conteúdo ofensivo é indicando sua URL, que nada mais é do que seu endereço eletrônico completo, de fácil obtenção pelo usuário de internet, seja ele leigo ou não”, concluindo que sem tal postura “a providência do provedor se assemelharia a um rastreamento, ficando ao seu arbítrio o apontamento de interesses exclusivos do ofendido, podendo, inclusive, envolver terceiras pessoas com quem não tem relação alguma”. Processo: 0043498-30.2013.8.19.0021; Apelação; Des(a). Ana Maria Pereira de Oliveira; Julgamento: 25/08/2016; Vigésima Sexta Câmara Cível Consumidor.

⁵⁸⁵ Brasil. TJRJ. Processo: 0046460-84.2016.8.19.0000; Agravo de Instrumento; Des(a). Sirley Abreu Biondi; Julgamento: 09/11/2016; Décima Terceira Câmara Cível.

⁵⁸⁶ No ano de 2017, da mesma forma, é possível encontrar exemplo, no TJSP, de caso julgado em sentido contrário à jurisprudência tranquila do STJ. Ver Brasil. TJSP. Recurso Inominado 0055472-88.2014.8.26.0068; Relator(a): Paula Fernanda Vasconcelos Navarro Murda; Comarca: Barueri; Órgão julgador: 3ª Turma Cível; Data do julgamento: 01/09/2017; Data de publicação: 04/09/2017; Data de registro: 04/09/2017.

demandaram o Google, inconformados com ofensas veiculadas em sítio eletrônico indexado pelo referido motor de busca. No Tribunal, o Google aduziu a necessidade de indicação de URL específica. Alegando que o caso era anterior à entrada em vigor do MCI e fulcrado em decisão do STJ, no REsp nº 1.175.675/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 09/08/2011, a Sexta Câmara Cível disse que “de acordo com a jurisprudência, não há necessidade de indicação específica das URL’s em que foram veiculadas as mensagens de cunho difamatório”, arrematando ter “o réu [...] ferramentas técnicas para retirar imediatamente do ar qualquer conteúdo irregularmente inserido”⁵⁸⁹.

Os percursos trilhados pelas inúmeras decisões acima apontadas demonstram que, um, ainda após a definição pelo STJ a respeito dos temas de impossibilidade de monitoramento prévio e de necessidade de indicação de URL, Cortes locais preferiram decidir de modo contrário; dois, em muitos julgados ficou transparecida a pouca noção da razão de se exigir a indicação de URL; e, três, em praticamente nenhuma decisão foi levada em consideração uma análise apropriada da liberdade de expressão. É a respeito do elo entre liberdade de expressão e algumas funcionalidades do URL que o próximo item tratará.

⁵⁸⁷ Em caso envolvendo o “rolezinho”, definido como “tumulto generalizado, saques, grande consumo de bebidas alcoólicas e drogas, brigas de gangues, vandalismo, correria, gritaria, pânico” e o pedido genérico do Norteshopping de remoção de conteúdo de página no Facebook, na qual se marcava tal evento para o mencionado shopping, a Décima Nona Câmara entendeu pela necessidade de indicação de endereço específico, porém em momento algum disse que isso se daria através do URL. Processo: 0001919-89.2014.8.19.0208; Apelação; Des(a). Lúcio Durante; Julgamento: 28/03/2017; Décima Nona Câmara Cível. Já nos feitos adiante, entendeu-se pela necessidade de indicação de URL. Processo: 0024717-80.2010.8.19.0209; Apelação; Des(a). Valéria Dacheux Nascimento; Julgamento: 02/05/2017; Décima Nona Câmara Cível. Processo: 0007467-35.2017.8.19.0000; Agravo de Instrumento; Embargos de Declaração; Des(a). Luiz Fernando de Andrade Pinto; Julgamento: 10/05/2017; Vigésima Quinta Câmara Cível Consumidor. Processo: 0006966-44.2014.8.19.0014; Apelação; Des(a). Teresa de Andrade Castro Neves; Julgamento: 07/06/2017; Sexta Câmara Cível. Processo: 0025528-48.2011.8.19.0001; Apelação; Des(a). Sérgio Seabra Varella; Julgamento: 14/06/2017; Vigésima Quinta Câmara Cível Consumidor. Processo: 0024052-03.2014.8.19.0087; Apelação; Des(a). Arthur Narciso de Oliveira Neto; Julgamento: 27/07/2017; Vigésima Sexta Câmara Cível Consumidor. Processo: 0008602-82.2017.8.19.0000; Agravo de Instrumento; Des(a). JDS João Batista Damasceno; Julgamento: 17/05/2017; Vigésima Sétima Câmara Cível Consumidor. Processo: 0066068-68.2016.8.19.0000; Agravo de Instrumento; Des(a). JDS Fernanda Fernandes Coelho Arrabida Paes; Julgamento: 19/04/2017; Vigésima Sétima Câmara Cível Consumidor.

⁵⁸⁸ Brasil. TJRJ. Processo: 0305472-18.2011.8.19.0001; Apelação; Des(a). Lúcia Maria Miguel da Silva Lima; Julgamento: 07/02/2017; Décima Segunda Câmara Cível. Processo nº 0061745-20.2016.8.19.0000; Agravo de Instrumento; Des(a). Ana Maria Pereira de Oliveira; Julgamento: 23/02/2017; Vigésima Sexta Câmara Cível Consumidor. Processo: 0066360-87.2015.8.19.0000; Agravo de Instrumento; Des(a). Fábio Dutra; Julgamento: 25/04/2017; Primeira Câmara Cível. Processo: 0325777-52.2013.8.19.0001; Apelação; Embargos de Declaração; Des(a). Mônica Feldman de Mattos; Julgamento: 05/07/2017; Vigésima Sétima Câmara Cível Consumidor.

⁵⁸⁹ Processo: 0363103-46.2013.8.19.0001; Apelação; Des(a). Claudia Pires dos Santos Ferreira; Julgamento: 19/07/2017; Sexta Câmara Cível.

4.2.2 A importância do URL para a liberdade de expressão

Como restou consignado, a negativa de monitoramento prévio tem vários fundamentos. Dentre eles, alguns ligam-se à liberdade de expressão. A prévia varredura e exclusão de conteúdo, por parte do provedor, entrega ao mesmo a decisão sobre o exercício legítimo da liberdade de expressão, praticamente funcionando o mesmo como um órgão censor, dentro de sua subjetividade. Assim a partir de algoritmos, com padrões desenhados discricionariamente pelo provedor, ou até mesmo por imposição estatal, em tese, um conteúdo ficaria barrado e não circularia na rede. É claro aí um problema crucial de censura prévia privada – ou até pública e privada. No ponto, é bom lembrar a lição dada pela Corte Constitucional da Colômbia, apresentada no primeiro capítulo deste trabalho, quando, expondo a posição preferencial da liberdade de expressão, traz a presunção de proibição de censura⁵⁹⁰. Diante da prevalência axiológica emprestada a tal liberdade, as medidas contrárias à mesma, sobretudo as prévias, devem ser entendidas como censura, existindo três ônus a serem cumpridos para desfazer essa presunção - ônus definitivo, ônus argumentativo e ônus comprobatório. Além disso, a Corte Suprema consigna uma margem de tolerância, por parte do poder público, na avaliação dos riscos sociais decorrentes do exercício da liberdade de expressão.

De início, a própria definição da finalidade limitadora da liberdade, consistente no monitoramento prévio, mostra-se de difícilimo acerto, eis que o estabelecimento do que consiste essa fiscalização exige um fundamento normativo legitimador e o desenho da liberdade de expressão é exatamente oposto, ou seja, de ausência de amarras prévias, com possibilidade de responsabilização *a posteriori*. Ademais, o ônus argumentativo que deve ser apresentado, fica ausente, já que ou o provedor subjetivamente não apresentará qualquer argumento para impedir a circulação da publicação, ou realizará o controle como executor de ordem estatal (exemplo: uma decisão judicial), porém esta não cumprirá o ônus comprobatório – o terceiro ônus, posto que sempre terá que ser genérica, relacionada a algo futuro que é, e então não cumprirá a necessária análise dos elementos fáticos, técnicos e científicos a sustentarem sua decisão. Some-se a isso a citada margem de tolerância. Esta, sem dúvida, privilegia o estudo do conteúdo levado a efeito posteriormente, notadamente por causa do subjetivismo e da discricionariedade que o monitoramento prévio ocasiona. Note que

⁵⁹⁰ Colômbia. Corte Constitucional. Sentença T-391/07, j. 22.05.2007.

aqui estes predicados ligam-se ao provedor, em exercício de imaginação, prever qual e de que forma uma publicação ofende uma pessoa, já que, considerando que a mesma não ingressaria no mundo virtual, tal provedor se substituiria ao futuro ofendido, para entender que a inserção é injurídica. Portanto, a correta solução, sob a ótica da liberdade de expressão, é a remoção da publicação já colocada na rede e para isso ingressa-se no debate de qual a melhor técnica para localizar tal conteúdo e, então, da necessidade de indicação do URL.

Na nossa ótica, foi com essa preocupação que o legislador do MCI exigiu, no art. 19, §1º, a “identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material”. Nesse sentido, abaixo traçaremos algumas funcionalidades do URL e seu elo com a liberdade de expressão.

O Facebook, no processo que deu ensejo ao julgamento do agravo de instrumento 2079777-44.2016.8.26.0000⁵⁹¹, pelo TJSP, apresentou uma defesa da utilização do URL, considerando a liberdade e dinamicidade da Internet, posto que, de um segundo para o outro, dados e conteúdos podem ser alterados, por exclusão, inclusão ou edição. Por isso, foi dito que “a única forma de se localizar com precisão, certeza e segurança uma conta na internet é por meio da sua URL correta e específica”.

Nesse sentido, a companhia explicou que o URL consegue dar resposta às questões de alta relevância para a liberdade de expressão, como a insuficiência e imprecisão de fotos ou “prints”, e a localização de uma conta. A edição de textos e imagens, bem como a criação de contas semelhantes gera a impropriedade de localizar um conteúdo através de fotos ou “prints”. De igual modo, milhares de postagens, semelhantes ou não, podem existir em uma mesma página, perfil ou grupo, dentro de uma rede social, de tal forma que a localização do conteúdo específico se torne tão difícil quanto “encontrar uma 'agulha no palheiro”.

A classificação de páginas da web por meio apenas do URL, e não através de conteúdo, apresenta mais vantagens, como a velocidade, a possibilidade de classificação antes de baixar a página e a classificação quando o conteúdo está escondido em imagens⁵⁹². Aliás, através do URL, o chamado “phishing” – um método de subtração de informação pessoal do usuário usado por meio de sítios eletrônicos que se fingem lícitos – pode ser localizado e,

⁵⁹¹ Brasil. TJSP. Agravo de Instrumento 2079777-44.2016.8.26.0000; Relator(a): Piva Rodrigues; Comarca: Taboão da Serra; Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 06/12/2016; Data de publicação: 06/12/2016; Data de registro: 06/12/2016.

⁵⁹² BAYKAN, Eda et al. Purely URL-Based Topic Classification. *WWW '09 Proceedings of the 18th International Conference on World Wide Web*. New York: ACM, 2009, p. 1109.

portanto, evitado⁵⁹³, o que reforça o argumento no sentido do URL ser o melhor mecanismo de localização de conteúdo.

Nas técnicas de classificação de páginas na Internet, o URL é a característica mais barata de se obter e um dos recursos mais informativos. De fácil recordação pelo homem, o URL é curto, onipresente (todas as páginas da web, sejam ou não acessíveis ou mesmo existentes, possuem URLs) e é amplamente responsável pelo conteúdo, o que torna ele alvo de mais esforços em sua utilização⁵⁹⁴. Note que as características da onipresença e da vinculação a conteúdo são extremamente funcionais para a remoção de conteúdo do mundo “online”. O URL aponta para a localização de uma particular informação na rede⁵⁹⁵. É dizer, onde algo está localizado. E esse mecanismo é extremamente revelador de conteúdos na Internet⁵⁹⁶.

E a título de exemplo, na explicação de como fazer a notificação extrajudicial, para derrubada de conteúdo na rede, sob a ótica da violação dos direitos autorais, da legislação norte americana, Seltzer, ao apontar a forma de localizar o conteúdo, indica o URL como mecanismo a ser usado⁵⁹⁷.

Assim, de acordo com o Facebook, no processo judicial antes mencionado, ainda que os conteúdos sejam semelhantes, cada publicação possui apenas um URL, vital, dessarte, para a liberdade de expressão, sobretudo do auditório e dos demais oradores que não publicaram conteúdos ilícitos e, por isso mesmo, são titulares de um direito de não ver manifestações de fatos e opiniões excluídas, em confusão com o conteúdo ilícito. O URL, no tema, serve não apenas a viabilizar a tutela de direitos personalíssimos, como a honra e a imagem. Ao mesmo tempo, também protege a liberdade de expressão de outros oradores, em não ver seus

⁵⁹³ LE, Anh; MARKOPOULOU, Athina; FALOUTSOS, Michalis. PhishDef: URL Names Say It All. 2010, p. 01. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/6cb9/8992cba5f0e0cca19526ee70c496b783bcbb.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2017.

⁵⁹⁴ KAN, Min-Yen; THI, Hoang Oanh Nguyen. Fast webpage classification using URL features. The National University of Singapore; School of Computing. 2005. Disponível em: <https://www-new.comp.nus.edu.sg/~kanmy/papers/nustrc8_05.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2017.

⁵⁹⁵ É nesse sentido que entendemos o URL como respeitador dos princípios de Manila, mencionados no REsp 1.629.255/MG, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi (REsp 1.629.255/MG; Recurso Especial 2016/0257036-4; Relator(a): Ministra Nancy Andrighi; Órgão Julgador: Terceira Turma; Data do Julgamento: 22/08/2017; Data da Publicação/Fonte: DJe 25/08/2017). Diz o princípio IV.a: “Toda restrição de conteúdo deve ser limitada ao conteúdo específico em questão” (Disponível em: <<https://www.manilaprinciples.org/pt-br>>. Acesso em: 01 nov. 2017).

⁵⁹⁶ SOLOVE, Daniel J. Reconstructing electronic surveillance law. *Geo. Wash. L. Rev.*, v. 72, 2004, p. 1.724.

⁵⁹⁷ SELTZER, Wendy. Free Speech Unmoored in Copyright’s Safe Harbor: Chilling Effects of the DMCA on the First Amendment. *Harvard Journal of Law & Technology*, v. 24, n. 1, 2010, pp. 204-205.

conteúdos derrubados, assim como do auditório, que possui o direito de acessar conteúdos lícitos, publicados por tais oradores. Aliás, o URL funciona igualmente como protetor da liberdade de expressão do próprio orador que publicou conteúdo ilícito, porém com relação aos demais conteúdos, que, sem este mecanismo, poderiam também ser excluídos.

A importância desse destaque para o URL é tamanha que o mesmo confere a segurança necessária aos usuários de não terem suas publicações confundidas com o conteúdo ilícito e derrubadas em conjunto. Afastando-se, então, o medo, que como antes visto, é um elemento inerente à dissuasão constituidora do “chilling effect”, o URL empresta certeza do que se deve excluir da rede. Sob outro ângulo, o orador e o auditório terão confiança que sua liberdade de expressão manter-se-á íntegra, o que fomentará sempre mais o debate de ideias, o mercado de ideias.

Com essas palavras, fica claro que a remoção sempre exigirá o máximo de especificação de um URL. Se, por exemplo, a questão está inserida em uma comunidade virtual, não deverá, como regra, ser o URL dessa comunidade o oferecido, para fins de derrubada, e sim o da publicação singular, ainda que sejam múltiplos os conteúdos a merecerem a remoção. Este desenho, ainda que trabalhoso, confere o respeito necessário que a liberdade de expressão merece, por mais que se esteja a tutelar direitos personalíssimos.

Um último problema merece nossa atenção e ele toca a possibilidade de no mesmo URL haver publicações lícitas e ilícitas (ou ofensivas). Como defendido durante esta dissertação, pensamos que a liberdade de expressão guarda uma posição preferencial. Entretanto, será que por de trás deste argumento, um usuário, aproveitando-se de no mesmo URL existir conteúdo lícito, pode inserir outro violador de direitos? A pergunta leva à reflexão de saber se toda a estrutura aqui desenhada pode ser utilizada como subterfúgio a legitimar alguém a se esconder atrás do que é lícito, para praticar algo que foi considerado ilícito. Parece-nos que é possível dividir a resposta em três estratégias⁵⁹⁸. Caso seja possível, dentro do mesmo URL e do estado da arte que a tecnologia permitir, identificar pessoas distintas e notificar o orador do conteúdo lícito, para que este insira o mesmo em outro URL, esta medida deverá ser levada a efeito, como método protetivo da liberdade de expressão. Salvaguardada a circulação de fato e opinião lícita, é o momento de derrubar o ilícito. Em uma segunda hipótese, tendo sido identificado que a mesma pessoa fez postagens lícitas e

⁵⁹⁸ Como fica claro pela leitura, está se partindo do pressuposto de que, segundo a tecnologia posta à disposição, identificado o URL, não é possível, para quem vai executar a remoção, derrubar apenas a parcela violadora de direitos presente na publicação. Caso este ator tenha conhecimento específico a tanto, em homenagem à liberdade de expressão, deverá apenas remover a parte injurídica, do URL específico.

ilícitas, é o caso de notificá-la a agir como a pessoa da primeira hipótese – oradora de conteúdo lícito -, sendo interpretada a sua omissão, após um curto prazo estipulado para o fazer, como subterfugio em se utilizar da forte doutrina da liberdade de expressão para fins injurídicos, o que aqui não se defende. Neste caso, outra não será a solução senão a remoção de ambas as inserções, muito porque o próprio orador não quis respeitar a sua própria liberdade de expressão. Por último, sendo impossível a identificação de quem fez postagens lícitas e ilícitas, e tendo já sido considerada a ilicitude da publicação e resolvida a decisão pela remoção⁵⁹⁹, a execução deverá derrubar todo o URL.

4.3 Ator Juiz da Remoção

A questão que neste momento se inicia o debate é a respeito do ator que decide a remoção de conteúdo da Internet. Mesmo no Brasil, o tema não encontra solução positivada ou jurisprudencial única, bastando conferir a redação dos arts. 19, 21 e 31, do MCI e dos arts. 57-D, §3º e 57-F, parágrafo único, da Lei nº 9.504/97, bem como do art. 24, da Resolução TSE nº 23.191/2009 e sua reprodução nas Resoluções TSE nº 23.370/2011, nº 23.404/2014 e nº 23.457/2015. Essa variação é encontrada na jurisprudência nacional e pode ser vista na evolução do pensamento do STJ, como colocado no capítulo anterior. De todo modo, dois pontos merecem destaque.

O primeiro, refere-se à existência de dois sistemas básicos, sendo um sistema o da remoção a partir de decisão judicial, com a derrubada de conteúdo só autorizada a partir de uma ordem judicial. Este sistema encontra variações, como, em vez de a ordem vir de um órgão jurisdicional, originar-se de um órgão administrativo do Estado. O outro sistema teria vez a partir de uma notificação extrajudicial, por parte do interessado na remoção, endereçada ao provedor de Internet. Este resolveria a questão, que, muitas vezes, é de colisão entre direitos fundamentais.

⁵⁹⁹ Consideramos importante destacar esse ponto porque o momento de ponderar se o caso é de prevalência da liberdade de expressão ou de outros direitos é anterior ao da execução da remoção, assunto este do qual estamos tratando agora. Ou seja, não se está neste momento ponderando. O que se está é dando execução a uma decisão, judicial ou do provedor – o sistema não é uníssono, de remoção. Algo diferente e prévio é aferir se dentro do mesmo URL há conteúdo lícito e conteúdo ilícito, e qual deve prevalecer. É aí que o julgador deverá ter uma sensibilidade ímpar e um olhar pragmático, no sentido de ante ver as consequências da decisão que irá tomar. Também situação bastante diversa é estudar, analisar e argumentar se uma publicação é ilícita ou lícita e merecedora de proteção.

Um segundo destaque é importante e relaciona-se ao fato de serem situações distintas a remoção de conteúdo da Internet e a responsabilização do provedor por não ter removido determinada publicação. As hipóteses são parecidas, mas não iguais, e isso tem relevância quando do estudo da liberdade de expressão.

4.3.1 Experiências de tribunais estrangeiros

A experiência estrangeira nos mostra também a ausência de uniformidade no trato da matéria. Algumas decisões de Tribunais de cúpula estrangeiros dão-nos exemplos disso e demonstram que o tema possui saliência constitucional.

Na jurisprudência do Tribunal Supremo espanhol é possível ver que se identifica o significado de conhecimento efetivo, para a configuração de responsabilização, podendo aquele dar-se através de notificação extrajudicial. A partir disso, pensamos estar autorizada, por meio de tal tipo de notificação, a remoção efetivada pelo próprio provedor. A Corte, em 2009, julgou recurso interposto pela Associação de Internautas, em desfavor da Sociedade Geral de Autores e Editores (SGAE) e de seu presidente do conselho de direção⁶⁰⁰, pois estes, na primeira instância, demandaram aquela associação, alegando ofensa à honra. Dentre os pedidos, foi veiculado o de remoção. Em grau de recurso de cassação, o Tribunal Supremo asseverou que qualquer meio que denote ciência, e não somente o proveniente de decisão judicial, ilide o desconhecimento do conteúdo, pressuposto da exclusão de responsabilidade, justamente para não reduzir injustificadamente as formas de se dar conhecimento efetivo. No presente caso, uma das ofensas estava propriamente no endereço hospedado pelo demandado e considerou-se que o caráter insultante era uma forma *in re ipsa* de demonstrar o conhecimento efetivo.

Em 2011, o mesmo Tribunal analisou o caso Alasbarricadas.com⁶⁰¹, que tratou de publicações de fotos e expressões ilegítimas, em um fórum na Internet, que atentavam contra

⁶⁰⁰ Espanha. Tribunal Supremo. STS 7684/2009; Sala de Assunto Civil; Madri; Data: 09/12/2009; Nº do Recurso: 914/2006; Nº da Resolução: 773/2009; Procedimento: Cassação; Relator: Jose Ramon Ferrandiz Gabriel; Tipo de Resolução: Sentença.

⁶⁰¹ Espanha. Tribunal Supremo. STS 559/2011; Sala de Assunto Civil; Madri; Data: 10/02/2011; Nº do Recurso: 1953/2008; Nº da Resolução: 72/2011; Procedimento: Cassação; Relator: Juan Antonio Xiol Rios; Tipo de Resolução: Sentença.

a honra do demandante. Mais uma vez abordando o tema da responsabilidade, disse que os pressupostos são dois: o conhecimento efetivo de que o conteúdo é ilícito e a postura omissiva com relação à exclusão. Quanto aquele, a Corte disse que deve vir de uma determinação de órgão governamental competente que antes reconheceu a ilicitude do apontado conteúdo e ordenou sua retirada. No entanto, disse que é possível que acordos voluntários – como, por exemplo, um termo de serviço e política de atuação do provedor – prevejam um procedimento de detecção e retirada do conteúdo considerado indevido, prevendo-se meios de efetivo conhecimento por parte do provedor. No caso, o Tribunal Supremo, adotando uma visão mais ampla e admitindo o conhecimento efetivo por qualquer meio, asseverou que a ilicitude dos materiais postados era evidente por si, não dependendo de dados extras que não se encontravam à disposição do provedor.

Por último, em 2013, no caso *Palomo v. Google*⁶⁰², envolvendo este como motor de busca e a alegação de violação à honra, a Corte Suprema fez alusão aos requisitos para exoneração de responsabilidade de provedores, inclusive os buscadores, citando a necessidade de conhecimento efetivo de decisão judicial e a diligência ativa em derrubar o conteúdo. Paralelo a isso, reconheceu a possibilidade de, por acordo, o mesmo prever outros procedimentos para exclusão de conteúdos. A Corte aludiu à decisão anterior, na qual ampliou-se o modo pelo qual se dá o conhecimento efetivo, para admitir outros métodos que revelem a ilicitude da informação. No que importa ao presente trabalho, o Tribunal disse que não se configurou o conhecimento efetivo, porque, ainda que o demandante tenha procurado o Google, noticiando o que entendia ilícito, tal não era extraível de forma evidente, ou seja, não era clara e notória a suposta ilicitude do conteúdo.

Da jurisprudência do Tribunal Supremo espanhol, entendemos que, se a responsabilização pode se dar através do conhecimento efetivo, levado a efeito por meio de uma notificação extrajudicial, com ainda mais razão é possível dizer que a remoção de conteúdo pode ser concretizada com o uso de notificação extrajudicial. Além disso, do terceiro julgado acima, é de se extrair que a ilicitude, própria a dar sustentação a esta notificação, é aquela cujo conteúdo seja evidente.

⁶⁰² Espanha. Tribunal Supremo. STS 2.245/2013; Tribunal Supremo; Sala de Assunto Civil; Madri; Data: 04/03/2013; Nº de Recurso: 748/2010; Nº da Resolução: 144/2013; Procedimento: Civil; Relator: Juan Antonio Xiol Rios; Tipo de Resolução: Sentença.

Não obstante isso, a Suprema Corte da Índia nos apresenta um olhar diferente sobre a questão. O caso *Shreya Singhal v. Union of India*⁶⁰³ girou em torno da liberdade de expressão, prevista no art. 19 (1) (a) da Constituição da Índia, e das seções 66-A e 69-A, do “Information Technology Act of 2000”. Esta última disposição previu um poder ao governo central e a seus agentes de emitir instrução de bloqueio de informação de qualquer recurso computacional, quando se entender necessário para a soberania e a integridade da Índia, a sua defesa, a segurança do Estado, as relações de amizade com Estados estrangeiros ou a ordem pública ou para impedir incitamento ao cometimento de delito relacionado aos assuntos supra. A Corte declarou a inconstitucionalidade do primeiro dispositivo mencionado e analisou a forma de remoção de conteúdo. Afirmou que a mesma deve passar por prévia análise de um órgão governamental ou judicial, explicitando que, recebendo o provedor uma notificação ou algo que importe conhecimento atual, por agência do governo, de que algum conteúdo é ilícito, deve o mesmo providenciar a remoção. Quanto à possibilidade de, ao receber notificação extrajudicial, o intermediário, por si, realizar um julgamento sobre o caso e efetivar a remoção de conteúdo, disse que o provedor intermediário deve oferecer uma plataforma neutra na qual as pessoas interagem entre si. Assim, o conhecimento atual por parte do intermediário ocorre com uma decisão judicial de remoção, o que significa dizer que, na visão da Suprema Corte da Índia, o particular que deseja derrubar um conteúdo que considera ilícito, deverá obter uma decisão judicial.

Outra experiência digna de nota é a da Argentina. Junto à Corte Suprema de Justiça da Nação chegaram dois casos. No primeiro, María Belén Rodríguez, modelo profissional, demandou o Google e o Yahoo!, pelo uso comercial de sua imagem, sem autorização, bem como pela vinculação da mesma a sítios eletrônicos pornográficos⁶⁰⁴. Postulou, dentre outros pedidos, a eliminação da referida vinculação. A Corte disse que motores de busca não devem monitorar previamente a rede, além de serem irresponsáveis por conteúdo não criado por eles. Afirmou a responsabilidade subjetiva, quando conhecedor da ilicitude, não tomar uma conduta diligente por parte do provedor. Para fins da referida responsabilidade, o Tribunal se debruçou sobre o significado de conhecimento. Iniciou o raciocínio fazendo uma dicotomia entre danos manifestos e grosseiros, e danos duvidosos ou passíveis de esclarecimento, para

⁶⁰³ Índia. Suprema Corte. *Shreya Singhal v. Union of India*, Writ criminal nº 167/2012, julgamento: 24 de março de 2015.

⁶⁰⁴ Argentina. Corte Suprema de Justiça da Nação. R. 522. XLIX. Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios. Julgamento: 28 de outubro de 2014.

afirmar que, quanto ao último tipo, deve ser buscada uma ordem judicial ou administrativa de remoção, não sendo o caso, pois, de o ofendido apenas notificar extrajudicialmente o provedor.

O segundo caso foi julgado em 12 de setembro de 2017⁶⁰⁵ e debateu-se a eliminação do nome, sobrenome e foto de modelo publicitária, utilizados sem consentimento, por conta de o motor de busca do Google ter vinculado-os a sítios eletrônicos de conteúdo sexual. A Corte, por maioria, aduziu que tal provedor, que não tenha controle de conteúdo sobre a postagem advinda de terceiro, somente responde por dano se tomar efetivo conhecimento da ilicitude e não agir de forma diligente para removê-lo. O Tribunal, por maioria, ratificou o entendimento do julgado anterior. Em voto dissidente, os magistrados Ricardo Luis Lorenzetti e Juan Carlos Maqueda destacaram que foi levado em consideração, na segunda instância, a ocorrência de conhecimento efetivo e a imediata remoção, por parte do Google. Este *standard*, na explicação destes juízes, segue o sentido de que, salvo quando a publicação for expressamente proibida ou patentemente ilícita, quando o provedor deve promover a remoção desde logo, no restante dos casos, a responsabilidade do mesmo advirá após se ter conhecimento efetivo de que a publicação causa um prejuízo a terceiro e não se atua para retirar a postagem.

Da lição extraída da Corte Suprema de Justiça da Nação é possível dizer que, se para dano manifesto cabe notificação extrajudicial, para reconhecimento de responsabilidade, da mesma forma e previamente, a partir de tal tipo de conteúdo e de notificação, pode o provedor providenciar a remoção.

Os julgamentos acima trazidos dividem-se em admitir a remoção apenas após pronunciamento do Estado Juiz (ou Administração) ou permitir que o provedor o faça a partir de notificação extrajudicial endereçada por particular. Viu-se igualmente uma interessante diferenciação entre conteúdo patentemente ilícito e conteúdo duvidoso. E mostrou-se digno de nota a existência de termo de serviço ou similar, entre provedor e usuário, sobre sistema de notificação, detecção e remoção de conteúdo, sem interferência judicial.

4.3.2 O lado negativo dos sistemas

⁶⁰⁵ Argentina. Corte Suprema de Justiça da Nação. CIV 40500/2009/CS1 y otro. Gimbutas, Carolina Valeria c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios. Julgamento: 12 de setembro de 2017.

Em um trabalho como o presente é bastante difícil sopesar e afirmar qual dos sistemas é melhor. Na verdade, uma resposta certa talvez seja impossível, pois ambos possuem características positivas e negativas. O presente item servirá para apontar estas últimas características, no intuito de demonstrar que aquele que defender apenas um dos dois, terá que superar os problemas adiante expostos, em relação ao outro sistema.

Retornando ao capítulo anterior, ficou consignado que o Brasil é um dos países em que mais se remove conteúdo e nisso está presente um vasto quantitativo de decisões judiciais neste sentido. A seguir serão trazidos exemplos que evidenciam como o órgão judicial não tutela tão bem a liberdade de expressão na Internet e que o sistema que só exige prévia decisão judicial pode, em verdade, não ser protetivo. Em todos esses casos será possível verificar que foi preciso a intervenção do STF para corrigir os equívocos das decisões judiciais de remoção, proferidas pelas instâncias inferiores.

Assim é que no Rio de Janeiro houve uma decisão judicial em favor de pessoa pública e notoria conhecida por atuar em casos polêmicos contra o referido ente público, no sentido de se retirar a notícia intitulada “A batalha da indenização” ou qualquer outra similar, publicada em blog no portal da revista Veja na Internet. O Min. Luiz Fux, citando a decisão da ADPF nº 130, asseverou que “a crítica jornalística, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura, mesmo que legislativa ou judicialmente intentada”⁶⁰⁶. De Goiás veio um caso relacionado ao ex-vice-presidente e, à época, conselheiro do Goiás Esporte Clube. A matéria, presente em uma rede social, anunciava fatos apurados pela Polícia Federal em possível sonegação fiscal e apropriação indébita na agremiação. A decisão de primeira instância determinou a exclusão de qualquer matéria afeta ao demandante, de qualquer veículo de comunicação. O Min. Celso de Mello destacou não se admitir “restrição pelo exercício ilegítimo da censura estatal, ainda que praticada em sede jurisdicional”⁶⁰⁷.

Por outro lado, uma decisão judicial de primeira instância, do Espírito Santo, determinou a exclusão de publicações, do sítio eletrônico do jornal “Século Diário”, por

⁶⁰⁶ Brasil. STF. Rcl 18.290 MC – Rio de Janeiro, Medida Cautelar na Reclamação, Relator: Min. Luiz Fux, Julgamento: 12/08/2014, publicado em processo eletrônico DJe-157, divulgado em 14/08/2014, publicado em 15/08/2014.

⁶⁰⁷ Brasil. STF. Rcl 18.836 MC - Goiás, Medida Cautelar na Reclamação, Relator: Min. Celso de Mello, julgamento: 27/11/2014, publicado em processo eletrônico DJe-236, divulgado em 01/12/2014, publicado em 02/12/2014.

afronta à honra do demandante, externando como eventuais notícias poderiam ser publicadas. A Min. Rosa Weber, em tom crítico e discordando da citada decisão, disse que “em nada contribui para a dinâmica de uma sociedade democrática reduzir o papel social da imprensa a um asséptico aspecto informativo pretensamente neutro e imparcial, ceifando-lhe as notas essenciais da opinião e da crítica”⁶⁰⁸. Proveniente do Ceará, uma decisão judicial determinou que a revista ‘Isto É’, Três Editorial LTDA, se abstinhasse de veicular na ‘Revista Isto É’, impressa ou eletrônica, notícia referente à pessoa do Governador de Estado, em relação ao depoimento de Paulo Roberto Costa, ou qualquer outro fato que dissesse respeito à operação ‘Lava Jato’. O Min. Luís Roberto Barroso, discordando da apontada decisão, destacou que a Constituição proibiu a censura e a licença prévia; salientou que a liberdade de expressão é pressuposto para a democracia; e disse que a presente liberdade é preferencial. Asseverou, ao final, que o abuso a tal liberdade pode ser remediado “por mecanismos diversos, que incluem a retificação, a retratação, o direito de resposta, a responsabilização civil ou penal e a interdição da divulgação” e que “somente em hipóteses extremas se deverá utilizar a última possibilidade”⁶⁰⁹. O último exemplo, originário de São Paulo, é de uma decisão de primeira instância que ordenou a retirada, da Internet, de matéria jornalística que apontava um policial militar como miliciano e segurança da síndica de um condomínio, em Ribeirão Preto, que intimidava os moradores. O Min. Celso de Mello considerou a situação uma censura judicial e aduziu que a reprodução objetiva de fatos, impregnados de interesse público, traduz exercício da liberdade de informação, sendo o direito à crítica consectário do direito de informar, este um suporte axiológico da democracia.⁶¹⁰

Nesses e em tantos outros casos⁶¹¹, observa-se que decisões judiciais não têm sido as mais felizes na entrega da solução quando em choque a liberdade de expressão e outros

⁶⁰⁸ Brasil. STF. Rcl 16.434 – Espírito Santo, Reclamação, Relator(a): Min. Rosa Weber, julgamento: 30/06/2014, publicado em processo eletrônico DJe-151, divulgado em 05/08/2014, publicado em 06/08/2014.

⁶⁰⁹ Brasil. STF. Rcl 18.638 MC/CE - Ceará, Medida Cautelar na Reclamação, Relator: Min. Roberto Barroso, julgamento: 17/09/2014, publicado em processo eletrônico DJe-182, divulgado em 18/09/2014, publicado em 19/09/2014.

⁶¹⁰ Brasil. STF. Rcl 21.504 AgR/SP – São Paulo, Ag. Reg. na Reclamação, Relator: Min. Celso de Mello, Julgamento: 17/11/2015, Órgão Julgador: Segunda Turma, publicado em processo eletrônico DJe-249, divulgado em 10/12/2015, publicado em 11/12/2015.

⁶¹¹ Em variadas oportunidades, nem mesmo os Tribunais Superiores decidiram em conformidade com a liberdade de expressão quando esta é legitimamente exercitada. Exemplifica-se com decisão do STJ encampando a remoção, em caso de acidente automobilístico, com resultado morte, que gerou grande comoção social, na região. O Tribunal deu prevalência a direito da personalidade (AREsp 717.072/SE; Agravo em Recurso Especial 2015/0120248-6; Relator(a): Ministro João Otávio de Noronha; Decisão monocrática; Data da Publicação: 06/08/2015). A mesma primazia ocorreu em caso no qual magistrado fluminense foi flagrado na operação “Lei

direitos fundamentais, a ponto do Min. Celso de Mello qualificar tais erros como censura judicial. Assim, quem defende a tutela da liberdade de expressão, sobretudo em hipótese de remoção de conteúdo da Internet, não pode apenas confiar esse papel ao Poder Judiciário.

Não obstante isso, exemplos, igualmente em quantidade, evidenciam que os provedores de serviço de Internet também nem sempre acertam quando o assunto é a rivalização entre liberdade de expressão e direitos fundamentais. A lição a seguir vem do direito comparado, mas em nada se afasta de casos nacionais. De forma sistemática, logo abaixo se estruturará o procedimento de remoção extrajudicial de conteúdo, para depois consignar casos exemplificativos.

O DMCA é uma legislação norte americana paradigmática e que trata de direitos autorais. Aprovada em 1998, tratou do chamado “notice and takedown”, o que, de forma bruta, significa notificação e derrubada. Ele prevê a notificação extrajudicial, a designação de um agente apto a recebê-la, a celeridade na remoção, a cientificação *a posteriori* à pessoa silenciada e a possibilidade de contra notificação.

É, portanto, em um ambiente no qual existe uma regra definitiva de contraditório diferido no tempo, com entrega da definição dos contornos de direitos fundamentais e a solução de eventuais conflitos a um agente privado que busca o lucro, e sem a necessária fundamentação que o sistema extrajudicial foi arquitetado.

Seguindo o dito anteriormente, agora serão expostos alguns exemplos simples de erro de provedores na remoção de conteúdo, através do sistema de notificação extrajudicial (“notice and takedown”)⁶¹². Em maio de 2003, a Associação Americana da Indústria de Gravadora emitiu uma notificação apontando o Departamento de Astronomia e Astrofísica da Universidade Estadual de Penn como sendo distribuidora de musicas do cantor Usher, quase forçando seus servidores a trabalhar “offline”. O que se viu foi o erro da Associação em identificar a suposta violação a direito autoral. O equívoco foi quanto ao nome do cantor. Peter Usher era um membro da faculdade e não o famoso cantor. Descobriu-se, mais tarde, que a mesma Associação, em uma semana, expediu várias dúzias de notificações erradas, com

Seca”, ao recusar-se a se submeter ao “bafômetro”, o que tornou-se conteúdo inserto na Internet (AREsp 982.469/RJ; Agravo em Recurso Especial 2016/0241619-7; Relator(a): Ministro Marco Aurélio Bellizze; Decisão monocrática; Data da Publicação: 07/10/2016).

⁶¹² Além dos exemplos apresentados, é possível identificar outros equívocos ou abusos, assim como suas consequências, no uso do sistema de notificação e retirada em COBIA, Jeffrey. The Digital Millennium Copyright Act Takedown Notice Procedure: Misuses, Abuses, and Shortcomings of the Process. *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, v. 10, n. 1, 2009, pp. 390-403.

base no DMCA⁶¹³. Em outro caso, os pesquisadores da Universidade de Washington foram acusados de fazer “downloads” dos filmes “Iron Man” e “Indiana Jones”. Foram então demandados por meio da notificação prevista no DMCA. Ocorre que o IP responsável pelos “downloads” não tinha qualquer relação com referida universidade⁶¹⁴.

O acontecido nas eleições gerais norte americanas de 2008 é sintomático no que se relaciona ao tema aqui em estudo. A propaganda eleitoral da chapa dos candidatos McCain e Palin havia produzido uma inserção digital em vídeo confeccionado com parcelas de vídeos de várias emissoras de televisão. O material eleitoral foi postado na rede social YouTube e a CBS News, FOX News e NBC News, além de outras, reclamaram seus direitos autorais, via notificação extrajudicial. O YouTube, olvidando por completo da corrida democrática pela Casa Branca e silenciando de uma só vez o discurso imediato da chapa McCain e Palin e de forma mediata todos os eleitores que não puderam debater o assunto, além claro de não poderem ter sido considerados auditórios da mensagem, derrubou o vídeo postado⁶¹⁵.

Um bom exemplo do abuso que se dá com a utilização do “notice and takedown” veio do caso Mir. O Mir era um serviço de marketing na Internet, com otimização de busca a quem o contratasse. Dito de outro modo, o cliente, dentre outros serviços, recebe a melhor localização na apresentação da lista de sítios eletrônicos, quando da pesquisa em motores de busca. Potencializa-se a aparição de um determinado sítio eletrônico. O Mir e outros que atuam no mesmo segmento, passaram a enviar notificação em desfavor dos concorrentes de seus clientes, com fim de derrubar seus sítios eletrônicos e fazer prevalecer a visualização dos sítios daqueles que contratavam seus serviços⁶¹⁶.

Por fim, um último evento. Uma mãe filmou seu filho brincando e tendo ao fundo, em tom baixo, a música “Let’s Go Crazy”, do Prince. Após, pegou esse pequeno filme caseiro e postou no YouTube, sem qualquer outra intenção senão a de mero deleite e carinho com o próprio filho. A gravadora Universal notificou o YouTube e obteve a remoção de conteúdo da

⁶¹³ SELTZER, Wendy. Free speech unmoored in copyright's safe harbor: Chilling effects of the DMCA on the first amendment. *Harvard Journal of Law & Technology*. v. 24, 2010, p. 210.

⁶¹⁴ SELTZER, Wendy. Free speech unmoored in copyright's safe harbor: Chilling effects of the DMCA on the first amendment. *Harvard Journal of Law & Technology*. v. 24, 2010, p. 211.

⁶¹⁵ SELTZER, Wendy. Free speech unmoored in copyright's safe harbor: Chilling effects of the DMCA on the first amendment. *Harvard Journal of Law & Technology*. v. 24, 2010, pp. 171-175.

⁶¹⁶ SELTZER, Wendy. Free speech unmoored in copyright's safe harbor: Chilling effects of the DMCA on the first amendment. *Harvard Journal of Law & Technology*. v. 24, 2010, pp. 216-217.

Internet. Não obstante, em *Lenz v. Universal*⁶¹⁷, Stephanie Lenz, autora da postagem, figurou como demandante em um processo judicial, cujo fim lhe foi favorável⁶¹⁸.

Superada a apresentação de alguns casos, aptos a denotar os equívocos em concreto cometidos pelo sistema da notificação extrajudicial, críticas doutrinárias serão pontuadas. A primeira crítica é que o DMCA impõe uma barreira que funciona como restrição prévia, induzindo o provedor de serviço, que não deseja ser responsabilizado, a derrubar o conteúdo antecipadamente, sem decisão judicial. Outra queixa segue no sentido de que tal é feito sem qualquer oitiva daquele que postou o conteúdo. O sistema, dizem os críticos, priorizaria a remoção e faria com que o orador silenciado procure o Judiciário. O problema é que isso traz, ao menos, um ônus, qual seja, o dispêndio de dinheiro, fator que demove qualquer intenção de defesa da liberdade de expressão⁶¹⁹. Mais um ponto crítico é que esse sistema não soluciona a questão do embate entre direitos, preocupando-se apenas com a parte pecuniária e de responsabilidade. Nesse sentido, o mesmo não consegue diminuir as violações, no caso, a direitos autorais⁶²⁰.

4.3.3 A interpretação do art. 19 do MCI

Relembrando que o presente estudo versa sobre remoção de conteúdo inserido por terceiro na rede e que, neste item, analisa-se qual ator pode decidir sobre remoção, mostra-se importante verificar o que se escreveu sobre o art. 19, do MCI, no tocante à questão específica da remoção de conteúdo. Chama-se a atenção para isso porque várias interpretações sobre o tema da responsabilidade foram externadas, mas aqui não serão abordadas por entendermos fugir do nosso propósito.

⁶¹⁷ EUA. Corte Distrital. Distrito Norte da Califórnia. Divisão de San Jose. *Lenz v. Universal Music Corp.*, 572 F. Supp. 2d 1150 (N.D. Cal. 2008).

⁶¹⁸ SELTZER, Wendy. Free speech unmoored in copyright's safe harbor: Chilling effects of the DMCA on the first amendment. *Harvard Journal of Law & Technology*. v. 24, 2010, p. 224.

⁶¹⁹ SELTZER, Wendy. Free speech unmoored in copyright's safe harbor: Chilling effects of the DMCA on the first amendment. *Harvard Journal of Law & Technology*. v. 24, 2010, pp. 177-180.

⁶²⁰ SELTZER, Wendy. Free speech unmoored in copyright's safe harbor: Chilling effects of the DMCA on the first amendment. *Harvard Journal of Law & Technology*. v. 24, 2010, p. 186.

4.3.3.1 Necessidade de ordem judicial para a remoção

Muitos autores que se debruçaram sobre as repercussões do MCI, afirmaram, lendo o citado art. 19, que para o provedor de aplicação efetuar a remoção de conteúdo, primeiro, faz-se necessária uma decisão judicial. Nesse sentido, previamente deve existir uma ordem judicial, cuja notificação determinará que o provedor derrube a postagem.

Marcos Bitelli filiando-se a tal ideia, explica que a legislação foi protetiva da liberdade de expressão e buscou evitar a censura⁶²¹. Márcia Bezerra, ao estudar o então PL nº 2.126/2011, colocou-se contrária à possibilidade de remoção de conteúdo, por parte do provedor, quando notificado extrajudicialmente, entendendo incorreto entregar a discricionariedade decisória e a ponderação entre direitos fundamentais ao ator privado⁶²². Por sua vez, Carlos de Oliveira, com a vinda do MCI, disse que a jurisprudência deveria mudar seu rumo, afirmando, em conexão com a competência dos Juizados Especiais Cíveis, que a remoção só pode ter vez depois de uma decisão judicial⁶²³.

Rebeca Garcia, pelo que compreendemos, defende que a remoção só poderá ocorrer após uma decisão judicial, já que, ao estudar o MCI e sob o fundamento de tutela da liberdade de expressão, explica que esta opção deu-se mais como uma garantia de se evitarem os abusos por parte dos notificantes, o monitoramento prévio, a autocensura e as remoções imediatas e irrefletidas. Apesar disso, a mesma reconhece que os provedores de aplicação possuem termos de serviço que prevêm notificação extrajudicial e remoção, com resposta célere⁶²⁴. Também Caitlin Mulholland, ao analisar o art. 19, do MCI, diz que o sistema de notificação extrajudicial para derrubada de conteúdo é falho, arbitrário, gera censura e intimida a liberdade de expressão. A autora defende a necessidade de decisão judicial, porque se traria

⁶²¹ BITELLI, Marcos Alberto Sant'Anna. A Lei 12.965/2014: o Marco Civil da internet. *Revista de Direito das Comunicações*, v. 7, jan.-jun./2014, pp. 291-333. Também entendendo que a remoção pressupõe notificação judicial, ver ALMEIDA, Juliana Evangelista de. Responsabilidade civil dos provedores de serviços de Internet. *Revista de Direito Privado*, Ano 16, vol. 62, abr.-jun./2015, p. 107.

⁶²² BEZERRA, Márcia Fernandes. Apontamentos sobre o marco civil da internet. *JICEX*, v. 1, n. 1, 2014.

⁶²³ OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. Aspectos principais da Lei n. 12.965, de 2014, o Marco Civil da Internet: subsídios à comunidade jurídica. *Revista de Direito das Comunicações*, v. 7, jan.-jun./2014, pp. 271-289.

⁶²⁴ GARCIA, Rebeca. Marco civil da internet no Brasil: repercussões e perspectivas. *Revista dos Tribunais*, Ano 105, vol. 964, fev./2016, pp. 171-174.

segurança às partes e se proceduralizaria o pedido de remoção⁶²⁵. Comentando o art. 20, do MCI⁶²⁶, a professora explica que uma das suas razões é excluir a responsabilidade do provedor, frente ao orador, pela derrubada do conteúdo.

4.3.3.2 Remoção através de notificação extrajudicial ou judicial

É interessante notar que existe raciocínio que entende possível tanto a notificação extrajudicial, quanto a notificação judicial, para fins de remoção. Desta ideia, há quem promova uma divisão de critérios, pelo qual, em razão da maior importância do fundamento, seria possível utilizar-se da notificação extrajudicial, por conta da celeridade que imprime. Por outro lado, sendo um outro motivo, a notificação para remoção seria a judicial.

Chiara de Teffé, interpretando o art. 19, do MCI, esclarece, dentre outros pontos, três temas importantes, quais sejam, que a notificação extrajudicial não gera o dever de remoção de conteúdo; que o Poder Judiciário fora eleito o ator legitimado a ditar se um conteúdo é ou não ilícito; e que a remoção de conteúdo pode vir de uma ordem judicial ou de uma notificação extrajudicial, esta seguindo parâmetros previstos nos próprios termos de uso do provedor⁶²⁷. De igual modo, Fátima Nancy Andrichi, assevera que a determinação deverá ter origem em uma notificação judicial, “diante da impossibilidade de se delegar o juízo acerca do potencial ofensivo de determinado texto ou imagem à discricionariedade da vítima ou do provedor”. Não obstante, a magistrada assevera que este seu entendimento não se aplica às

⁶²⁵ MULHOLLAND, Caitlin. Responsabilidade civil indireta dos provedores de serviço de internet e sua regulação no marco civil da internet. In: CELLA, José Renato Gaziero; ROVER, Aires José; DO NASCIMENTO, Valéria Ribas (coord.). Organização CONPEDI/UFS. *Direito e Novas Tecnologias*. Florianópolis: CONPEDI, 2015, pp. 493-495.

⁶²⁶ Diz o dispositivo: Art. 20. Sempre que tiver informações de contato do usuário diretamente responsável pelo conteúdo a que se refere o art. 19, caberá ao provedor de aplicações de internet comunicar-lhe os motivos e informações relativos à indisponibilização de conteúdo, com informações que permitam o contraditório e a ampla defesa em juízo, salvo expressa previsão legal ou expressa determinação judicial fundamentada em contrário. Parágrafo único. Quando solicitado pelo usuário que disponibilizou o conteúdo tornado indisponível, o provedor de aplicações de internet que exerce essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos substituirá o conteúdo tornado indisponível pela motivação ou pela ordem judicial que deu fundamento à indisponibilização.

⁶²⁷ TEFFÉ, Chiara Antonia Spadaccini de. Responsabilidade civil e liberdade de expressão no marco civil da Internet: a responsabilidade civil dos provedores por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. *Revista de Direito Privado*, Ano 16, vol. 63, jul.-set./2015, pp. 67-74.

redes sociais, por possuírem serviço de denúncia contra postagens ilícitas e termos de uso nos quais os usuários devem obediência⁶²⁸.

Thompson, em tom crítico ao projeto do MCI, deu a entender que a remoção de conteúdo, no âmbito dessa legislação, só poderia ser realizada a partir de prévia decisão judicial. De forma ideal, sem ser direto, defendeu que, ciente do conteúdo ilegal e tendo este uma nota de patente ofensa, o provedor deveria remover tal publicação⁶²⁹. Ao final do seu articulado e apresentando sugestões ao projeto do MCI, o autor subdividiu a matéria e disse que, sendo o caso relacionado a direitos da personalidade, a remoção deveria ser imediata, assim que se tomar conhecimento da violação, sendo este conhecimento o derivado de conduta própria do provedor ou de outra origem. Sendo, porém, caso de violação a direito patrimonial, a remoção só teria vez após decisão judicial ou notificação de outra autoridade competente⁶³⁰.

Na sequência de interpretações sobre como se provoca a remoção de conteúdo, inclusive seguindo a positivação do próprio art. 19, do MCI, que circunscreve o dispositivo à responsabilização civil, alguns autores proclamam bastar a notificação extrajudicial para derrubada de conteúdo, reservando-se à notificação judicial, aliada à inércia, a configuração da responsabilidade civil do provedor de aplicação.

Hian Colaço enxerga que, notificado extrajudicialmente, o provedor de aplicação (em sua visão, provedores de hospedagem e de conteúdo), pode remover o conteúdo considerado ilícito, sem ordem judicial⁶³¹. Ronaldo Lemos, Carlos Affonso e Sérgio Branco lembram que, na consulta pública ao projeto do MCI, em sua segunda fase, a redação inicial de responsabilização dos provedores, por conteúdo postado por terceiro, contemplava a notificação extrajudicial. Porém, ante a rejeição⁶³² da mesma, modificou-se-lhe o conteúdo.

⁶²⁸ ANDRIGHI, Fátima Nancy. A responsabilidade civil dos provedores de pesquisa via internet. A responsabilidade civil dos provedores de pesquisa via internet. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, vol. 78, nº 3, jul/set, 2012, p. 72.

⁶²⁹ THOMPSON, Marcelo. Marco civil ou demarcação de direitos? Democracia, razoabilidade e as fendas na internet do Brasil. *RDA - Revista de Direito Administrativo*, v. 261, set./dez. 2012, pp. 213-218.

⁶³⁰ THOMPSON, Marcelo. Marco civil ou demarcação de direitos? Democracia, razoabilidade e as fendas na internet do Brasil. *RDA - Revista de Direito Administrativo*, v. 261, set./dez. 2012, pp. 248-251.

⁶³¹ COLAÇO, Hian Silva. Responsabilidade civil dos provedores de Internet: diálogo entre a jurisprudência e o marco civil da Internet. *Revista dos Tribunais*, Ano 104, vol. 957, julho/2015, pp. 126-127.

⁶³² A crítica à redação anterior não passou despercebida por Gabriel Furtado. FURTADO, Gabriel Rocha. O marco civil da Internet: a construção da cidadania virtual. In: SCHREIBER, Anderson (coord.). *Direito e Mídia*. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 251-252.

Esta nova postura sinalizaria uma confiança no Judiciário como legitimado a solver essa questão constitucional. Isso, sem dúvida, confere-lhe pedigree democrático. De todo modo, os autores enfatizam que isso não impede a remoção concretizada pelo provedor sem ordem judicial, desde que violado um termo de serviço ou o conteúdo seja explicitamente ilícito⁶³³.

Por fim, Marcel Leonardi explica que existem dois tipos de remoção: a imposta e a espontânea. Aquela advém de ordem judicial, cujo não atendimento enseja responsabilidade civil do provedor. A última surge da notificação extrajudicial, da vítima de um conteúdo ofensivo. Nesse sentido, o autor enfatiza que a responsabilidade civil não impede a remoção de conteúdo, pelo provedor, ante a provocação extrajudicial, tudo em conformidade com sua política⁶³⁴.

4.3.3.3 Proposta de interpretação

Pela leitura da regra do art. 19, do MCI e das lições supra, é possível dizer que uma ordem judicial está autorizada a fazer tal determinação, seja porque direitos fundamentais devem ser tutelados e ponderados pelo Poder Judiciário, seja para se evitar o subjetivismo do ator privado. Esta, no entanto, não é a nossa preocupação. O foco aqui é afirmar que o provedor tem legitimidade para remover conteúdo da Internet, a partir de notificação extrajudicial da vítima. Nosso raciocínio traz a contribuição das ideias de dimensão objetiva

⁶³³ LEMOS, Ronaldo; SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; BRANCO, Sérgio. Responsabilidade civil na internet: uma breve reflexão sobre a experiência brasileira e norte-americana. *Revista de Direito das Comunicações*, Ano 1, n. 1, jan.-jun./2010, pp. 95-97. Carlos Affonso diz que o referido dispositivo “em nada impediria os provedores de, na organização de suas atividades, criar regras que possam definir o que pode ou não pode ser exibido em sua plataforma”, sendo permitida, pois, a notificação extrajudicial ensejar a remoção de conteúdo, destacando que a liberdade de expressão é o vetor a ser levado em conta, restando à remoção extrajudicial, fora das hipóteses legais de exceção, para casos em que “razões muito evidentes assim determinem”. SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. As cinco faces da proteção à liberdade de expressão no Marco Civil da Internet. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). *Direito & Internet III – Tomo II: Marco Civil da internet (Lei nº 12.965/2014)*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, pp. 400-405. De igual modo, ver GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Uma Análise Crítica da Responsabilidade Civil dos Provedores na Lei nº 12.965/14 (Marco Civil da Internet). In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). *Direito & Internet III–Tomo II: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014)*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, pp. 318-319; e CHINELLATO, Silmara J. de A.. Marco Civil da Internet e Direito Autoral: Responsabilidade Civil dos Provedores de Conteúdo. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). *Direito & Internet III–Tomo II: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014)*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, pp. 323 e 330.

⁶³⁴ LEONARDI, Marcel. Internet e regulação: o bom exemplo do Marco Civil da Internet. *Revista do Advogado*, Ano XXXII, n. 115, abril de 2012, pp. 108-109.

dos direitos fundamentais e de eficácia horizontal direta e imediata destes direitos. Só isso, porém, não basta. Assim, acrescentamos a ideia de fundamentação da decisão do provedor. Como tal poderia impedir a necessária e esperada celeridade do mundo “online”, apresentaremos parâmetros para que, por notificação extrajudicial, a remoção ocorra. Então, considerando que o art. 19, mencionado, restringe a responsabilidade aquiliana à ordem judicial e isso poderia desincentivar a efetividade do sistema de notificação extrajudicial, ao final, propomos a fixação de responsabilidade contratual.

É sabido que os direitos fundamentais possuem duas dimensões, a subjetiva e a objetiva. Nesta perspectiva, os direitos fundamentais formam uma ordem de valores que espraia ventos por todo o ordenamento, impondo que toda e qualquer interpretação jurídica seja iluminada por essa concepção axiológica⁶³⁵. Não se pode esquecer que os direitos fundamentais são merecedores de proteção especial. É neste sentido que Ingo Sarlet explica que a dimensão objetiva tem, dentre várias funções, a de reconhecer que os direitos fundamentais importam em dever de proteção do Estado⁶³⁶. Ao lado deste dever ainda existem o dever de respeito e o dever de promoção. Nestes dois últimos sentidos, costuma-se dizer que ao Estado é imposta uma conduta de respeito ou de não violação aos direitos fundamentais, assim como de fomento aos mesmos. Por outro lado, o dever de proteção significa que “o legislador tem a obrigação de editar normas que dispensem adequada tutela aos direitos fundamentais”, além do que “o administrador tem a obrigação de agir materialmente para prevenir e reparar as lesões perpetradas contra tais direitos” e, por fim, “o Judiciário tem a obrigação de, na prestação jurisdicional, manter sempre a atenção voltada para a defesa dos direitos fundamentais”⁶³⁷. Importante notar que Sarlet direciona o dever de proteção do Estado contra agressões a direitos por parte do próprio Estado, por parte de outro particular⁶³⁸ e por parte de outros Estados⁶³⁹.

⁶³⁵ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, pp. 154-155.

⁶³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4ª ed. ampl., incluindo novo capítulo sobre princípios fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 345.

⁶³⁷ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 282-286.

⁶³⁸ Também nesse sentido, ver GARCIA, Emerson. *Conflito entre normas constitucionais: esboço de uma teoria geral*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 306.

⁶³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4ª ed. ampl., incluindo novo capítulo sobre princípios fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 345. Daniel Sarmento afirma que do dever de proteção extrai-se a obrigação de o Estado de salvaguardar os

Já por aqui, através do dever de proteção, é possível afirmar que o legislador propositadamente não inseriu no art. 19, do MCI todas as formas de remoção. Não restringindo a derrubada à ordem judicial, não está errado asseverar que o sistema permitiu a remoção voluntária⁶⁴⁰, por meio de notificação extrajudicial⁶⁴¹. Sendo o caso de remoção, não faria sentido o legislador amarrar as mãos do provedor e não permiti-lo executar a remoção espontânea. Por certo, a autorização obedece ao dever de proteção por parte do legislador.

E não é só. Esse parece ser o caminho correto a ser seguido pela jurisprudência. Como dito, o magistrado também está vinculado a, por intermédio de suas decisões, tutelar os direitos fundamentais. A hipótese fática sendo de remoção, o sentido decisório deve virar os olhos para onde melhor se proteja o direito fundamental prevalecente. Deste modo, o Judiciário estará cumprindo com seu dever de proteção⁶⁴², se, dentro das interpretações possíveis do art. 19, do MCI, para a hipótese de remoção, admitir a notificação extrajudicial e derrubada voluntária, por parte do provedor de aplicações⁶⁴³.

Mais um fundamento a dar solidez à possibilidade de remoção de conteúdo a partir de notificação extrajudicial, é a ideia de eficácia horizontal direta e imediata dos direitos

indivíduos de danos e lesões que possam sofrer em razão da atuação de terceiros. SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 161.

⁶⁴⁰ Como aqui existe espontaneidade, a ideia não afronta os princípios de Manila, notadamente o II.a, que diz: “Os intermediários não devem ser obrigados a restringir conteúdos a menos que uma ordem determinando que o material em questão é ilegal tenha sido emitida por uma autoridade judicial independente e imparcial” (Disponível em: <<https://www.manilaprinciples.org/pt-br>>. Acesso em: 01 nov. 2017).

⁶⁴¹ Se o legislador positivou que a notificação judicial – mais inércia - enseja responsabilidade civil é porque intencionalmente não quis vincular a notificação extrajudicial a uma eventual lentidão por parte do Judiciário, em que pese a previsão de competência dos Juizados Especiais. Além disso, não se espera, nem de longe, que esse mesmo legislador, especializado que se tornou em matéria afeta à Internet, desconhecesse o sistema de “notice and takedown”. Por isso, é possível afirmar que quis ele abrir a possibilidade de sistematização da notificação e derrubada à livre política do provedor. Contribui para esta ideia a mais ágil tutela de direitos da personalidade, como honra, imagem e privacidade, encarnada na notificação extrajudicial. Feita esta escolha, ou seja, o “como” proteger-se o direito, desincumbiu-se o legislador de seu dever de proteção, oriundo da dimensão objetiva, conforme ensina Robert Alexy. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Versión castellana: Ernesto Garzón Valdés; Revisión: Ruth Zimmerling. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 447-448. Parece-nos que esse enquadramento igualmente obedece à lição de Canotilho, para quem “da garantia constitucional de um direito resulta o dever do Estado adoptar medidas positivas destinadas a proteger o exercício dos direitos fundamentais perante atividades perturbadoras ou lesivas dos mesmos praticadas por terceiros”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª edição. Coimbra: Almedina, p. 407.

⁶⁴² GARCIA, Emerson. *Conflicto entre normas constitucionais: esboço de uma teoria geral*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, pp. 308-309.

⁶⁴³ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 185.

fundamentais⁶⁴⁴. Classicamente, pensa-se na configuração dos direitos fundamentais direcionados contra a opressão estatal, ante a clara assimetria de poder entre Estado e cidadão⁶⁴⁵. Não obstante e auxiliado pela dimensão objetiva dos referidos direitos⁶⁴⁶, ganhou fôlego no Brasil^{647 648} a referida doutrina da eficácia horizontal, reconhecendo-se, em um estudo de caso a caso, uma assimetria, de fato, entre atores privados. Particularmente, a assimetria econômica e tecnológica no mundo digital, entre provedores e usuários, é bastante constante. É preciso dizer que a violação de direitos fundamentais de particulares, por particulares não é uma constatação nova⁶⁴⁹. Porque a sociedade igualmente viola os direitos

⁶⁴⁴ Parece interessante para dar luz à questão, colocar a seguinte indagação. Poderia o provedor, ao ser instado a remover conteúdo postado por terceiro, dirigir-se ao usuário ofendido e dizer que, ante a sua própria vontade de ingressar na Internet, seja no sítio eletrônico G ou na rede social F, não estaria vinculado a proteger determinado direito fundamental e, portanto, derrubar o conteúdo ilícito apontado?

⁶⁴⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª edição, revista e atualizada por Samantha Meyer-Plug. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 258.

⁶⁴⁶ Daniel Sarmiento é expresso no sentido de os deveres de proteção e a teoria da eficácia horizontal direta e imediata reforçarem-se mutuamente, ao dizer que “[o] reconhecimento de que o Estado tem o dever de proteger os particulares de lesões e ameaças aos seus direitos fundamentais perpetrados por terceiros não apresenta nenhuma incompatibilidade ou contradição com a idéia da incidência direta dos mesmos direitos na esfera privada”, para então emendar que “os atores privados, sobretudo quando investidos em maior poder social, representam um perigo tão grande ou até maior que o próprio Estado”. SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 287.

⁶⁴⁷ Existem, em que pese algumas variações, três posturas quanto à doutrina da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Em primeiro, colocam-se os que negam a referida incidência, predominante nos EUA (“state action”). Em segundo, posicionam-se os que sustentam uma eficácia horizontal, mas indireta, ou seja, é a lei que instrumentaliza as relações particulares, funcionando a norma constitucional como um direcionamento de como melhor interpretar o direito infraconstitucional. Em que pese o caso *Lüth*, ocorrido na Alemanha e julgado pelo Tribunal Constitucional alemão, já exposto neste trabalho, ser apontado como o que deu início à doutrina da eficácia horizontal, é essa segunda postura que predomina em terras germânicas. A última postura é a da eficácia direta, abraçada no Brasil. Nesse sentido, ver MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 333-343. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4ª ed. ampl., incluindo novo capítulo sobre princípios fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 372. GARCIA, Emerson. *Conflito entre normas constitucionais: esboço de uma teoria geral*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, pp. 296-306. SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, pp. 226-275. DA SILVA, Virgílio Afonso. Direitos fundamentais e relações entre particulares. *Revista Direito GV*, v. 1, n. 1, 2005, pp. 174-175. NOVAIS, Jorge Reis. Os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (org.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2007, pp. 357-360.

⁶⁴⁸ Exemplificativamente, o STF já reconheceu a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas. Ver RE 201.819/RJ – Rio de Janeiro; Recurso Extraordinário; Relator(a): Min. Ellen Gracie; Relator(a) p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes; Julgamento: 11/10/2005; Órgão Julgador: Segunda Turma; Publicação: DJ 27-10-2006 PP-00064; EMENT VOL-02253-04 PP-00577; RTJ VOL-00209-02 PP-00821.

⁶⁴⁹ Mill já observava a possibilidade de tirania social ou da maioria, a se impor contra o dissidente. MILL, John Stuart. *On Liberty*. Auckland: The Floating Press, 2009, p. 10.

de seus componentes defende-se a eficácia dos mesmos nas relações privadas⁶⁵⁰, com a transposição do dever de proteção para o particular tutelar o direito de outro particular⁶⁵¹.

No estudo da eficácia horizontal direta e imediata dos direitos fundamentais, uma questão aguda é a relacionada à contraposição da autônima privada em rivalização com o direito fundamental⁶⁵². Neste ponto, Emerson Garcia explica que há situações nas quais a Constituição já direciona determinados direitos fundamentais às relações privadas, exemplificando com a indenização dos danos morais decorrentes da manifestação do pensamento⁶⁵³ - o que tem encaixe no presente trabalho -, aparentando querer dizer que não tem cabimento discutir autonomia privada, nessas hipóteses.

Por outro lado, é absolutamente recorrente discutir-se a apontada autonomia quando se leciona a respeito da eficácia horizontal direta. Antes de mais nada, na Internet, a situação é peculiar, eis que três são as pessoas envolvidas: o ofendido, o ofensor (terceiro) e o provedor. Além disso, é de se convir que ninguém, ou a grande minoria das pessoas, navega “online” ou ingressa em uma rede social, para ser ofendida ou lesada em direitos como honra e imagem⁶⁵⁴.

⁶⁵⁰ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 334-335.

⁶⁵¹ É nesse sentido que interpretamos a lição de JJ Canotilho quando escreve que “[r]econhece-se, desde logo, que a problemática da chamada ‘eficácia horizontal’ se insere no âmbito da *função de protecção dos direitos fundamentais*, ou seja, as normas consagradoras dos direitos, liberdades e garantias e direitos análogos constituem ou transportam *princípios de ordenação objectiva* – em especial, deveres de garantia e de protecção do Estado – que são também eficazes na ordem jurídica privada”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª edição. Coimbra: Almedina, p. 1.271.

⁶⁵² Em crítica construtiva a respeito do tema, Jorge Novais questiona todo o desenho apresentado pelos que defendem a eficácia direta horizontal e explica que, ao final, apesar do uso de argumentos como assimetria da relação, não enxergam a neutralização de direitos, posto que ambas as partes estariam no exercício dos seus direitos fundamentais. Assim, inexistiria um trunfo de uma em face da outra. NOVAIS, Jorge Reis. Os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (org.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2007, pp. 369-373. Especificamente no tocante ao nosso caso, dois pontos interligados merecem atenção. O primeiro refere-se a um pressuposto necessário para o dito por Novais, que é o exercício legítimo do direito fundamental, para que sirva de trunfo nesse cenário. Para neutralizar direitos, parece-nos no mínimo estranho invocar um que, em verdade, esteja a proteger situação injurídica. Daí que, e surge o segundo ponto, afirmar que por parte do ofensor há o legítimo exercício da liberdade de expressão quando posta, na Internet, conteúdo terrorista, de pornografia infantil ou de pornografia de vingança, de ofensa direta à pessoa, de racismo, por exemplo, parece ser algo rechaçável. Antes de apontar um direito para confrontar com outro (neutralização), entendemos que primeiro deve ser analisado se, em si, o mesmo está sendo corretamente exercido. Não o sendo, não tem cabimento usá-lo como trunfo em um embate horizontal de direitos. Da mesma forma, a utilização da autonomia privada como argumento a viabilizar postagem ofensiva ou ilícita parece-nos indevida, o que aparenta fazer eco ao dito por Emerson Garcia logo acima.

⁶⁵³ GARCIA, Emerson. *Conflito entre normas constitucionais: esboço de uma teoria geral*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 296.

⁶⁵⁴ Note que aqui nossa abordagem é com relação às violações a direitos fundamentais, na Internet, que ensejem remoção de conteúdo, o que no Brasil se dá majoritariamente através de ofensa à imagem, privacidade e honra, conforme demonstram os dados estampados no terceiro capítulo deste trabalho. Não há espaço para formulação de uma teoria geral da eficácia horizontal, mas fica a advertência de que “a incidência exagerada dos direitos

Se a autonomia privada pressupõe um equilíbrio entre as pessoas e existindo uma desigualdade, tal autonomia resta enfraquecida, é de ser frisado que os direitos fundamentais surgem para buscar um certo restabelecimento desse equilíbrio⁶⁵⁵. Com olhos no mundo virtual, o ofendido está em franca posição desfavorável, seja por uma assimetria econômica e tecnológica, com relação ao provedor, seja por uma assimetria social proporcionada pela tecnologia, com relação ao ofensor. Sob o primeiro enfoque, é clara a desproteção do ofendido, ante ao potencial e à infraestrutura da tecnologia da informação nas mãos dos provedores⁶⁵⁶. Sob o segundo enfoque, exatamente pelo que proporciona tal infraestrutura, o ofendido fica, infelizmente, mais exposto e submetido a investidas do ofensor que se utiliza das facilidades da Internet para atacá-lo⁶⁵⁷. Por isso, parece-nos que a autonomia, caso se queira utilizá-la nesse cenário, em princípio, não barraria o uso da doutrina da eficácia horizontal direta e imediata. Nessa relação triangular, dar muito peso à autonomia de a pessoa ingressar na Internet e livremente se relacionar, mas deixar desprotegido um direito da personalidade, parece-nos um excesso indevido.

Deixando de lado o *standard* da assimetria (ou da desigualdade externa à autonomia privada), Virgílio Afonso da Silva prefere usar como critério a “sinceridade no exercício da

fundamentais nas relações privadas terminaria por conduzir à própria supressão da autonomia da vontade” e que esse modelo “não ampara a tese de que todo e qualquer direito fundamental seja aplicável às relações privadas”. GARCIA, Emerson. *Conflito entre normas constitucionais: esboço de uma teoria geral*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 300.

⁶⁵⁵ GARCIA, Emerson. *Conflito entre normas constitucionais: esboço de uma teoria geral*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 316.

⁶⁵⁶ Com relação ao ingresso em um sítio eletrônico ou uma rede social, o máximo que formaliza o respectivo acesso é um termo ou contrato de adesão das políticas ou algo assemelhado. É, portanto, possível falar na existência de uma relação contratual aqui, mas longe de efetivamente haver uma forte autonomia privada, por parte do indivíduo, o que denota uma alta desigualdade fática. De outra forma, a ofensa que aqui estudamos não é postada pelo provedor e sim por terceiro. Nessa relação com o provedor, parece-nos clara a vulnerabilidade do usuário, repita-se ante a assimetria econômica e tecnológica e, por isso, os direitos fundamentais à honra, imagem e privacidade devem sobrepor-se à ideia de autonomia privada. Em que pese anuir ou aderir às políticas do “site”, não é possível sustentar que o usuário com isso está concordando em ser ofendido no ambiente “online”. SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, pp. 303-305 e 311-312.

⁶⁵⁷ Na relação entre ofendido e ofensor, em um ambiente criado por outrem (o provedor), parece-nos que a ofensa é heterônoma, porquanto a relação jurídica, em princípio, é com o provedor. Em casos como tais, deve a proteção ao direito fundamental superar a autonomia privada. É bom ressaltar que Daniel Sarmiento vê “sempre uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, independentemente da existência, ou não, de uma manifesta desigualdade de forças entre as partes nas relações jurídicas”. E, como diz o autor, “[q]uando o atingido não participa do ato gerador da lesão ao seu direito fundamental, está em jogo apenas a autonomia privada da outra parte da relação jurídica. Neste caso, o peso atribuído à autonomia privada é menor”. SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, pp. 289, 306-307 e 311-312.

autonomia privada”⁶⁵⁸. Apesar de entendermos que, em regra, a assimetria entre as pessoas influenciará em tal sinceridade, é importante trazer esse parâmetro para a Internet. Nos segundo e terceiros capítulos deste trabalho ficou registrado o ingresso cada vez maior do brasileiro no ambiente “online”, seja por questão laboral, seja por necessidade de atualização dos fatos e acontecimentos diários, seja mesmo por mero deleite, dentre muitas outras razões. Isso permite afirmar que a Internet é uma ferramenta indispensável para receber informações e pensamentos, assim como para exteriorizar os mesmos. Na atualidade as pessoas precisam da Internet, e principalmente das redes sociais, para realizar suas atividades diárias, o que nos autoriza dizer que inexiste sinceridade, mas, efetivamente, uma necessidade. Mais dia ou menos dia, torna-se imprescindível o ingresso na Internet, sobretudo em rede social, enfraquecendo o argumento da autonomia privada com foco na sinceridade de seu exercício, o que abre as portas para aplicação da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais.

Por outro lado, olvidar todas essas colocações, pode gerar verdadeiro “chilling effect” em relação à liberdade de expressão do próprio ofendido em sua honra, que, possivelmente insatisfeito⁶⁵⁹ ou até traumatizado⁶⁶⁰, não buscará mais o canal da Internet para dar vazão à sua liberdade de expressão, o que não é positivo, ao cabo, para a própria liberdade de expressão. Este é um argumento que concilia a proteção dos apontados direitos da personalidade com a proteção da liberdade de expressão, e reforça o dever de proteção e a aplicação da eficácia horizontal direta⁶⁶¹, legitimando a remoção por notificação extrajudicial de conteúdo da Internet⁶⁶².

⁶⁵⁸ DA SILVA, Virgílio Afonso. Direitos fundamentais e relações entre particulares. *Revista Direito GV*, v. 1, n. 1, 2005, pp. 176-177.

⁶⁵⁹ Pense-se no exemplo (caso concreto) de o ofendido se ver gravemente atacado em sua honra, na sua página de rede social, por conta dos negócios de sua companhia. Não parece inimaginável esta pessoa “fechar” sua página por conta do ocorrido.

⁶⁶⁰ Pense-se no exemplo de a ofendida (caso concreto) verificar que entraram em sua página de rede social e vincularam seu nome a “garota de programa”, com consequências graves para sua vida “offline”, como ligações incessantes de pessoas a procura de “programa”. Do mesmo modo, é até provável, senão certo, que tal pessoa “encerrará” sua página por conta do ocorrido.

⁶⁶¹ Com essa interpretação, discordamos de Jorge Novais ao propugnar que a eficácia horizontal direta nada acrescenta àquilo que poderia ser obtido pelas teses anteriores (eficácia mediata e dever de proteção), banaliza os direitos fundamentais ou ameaça a liberdade. NOVAIS, Jorge Reis. Os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (org.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2007, p. 384. Pensamos que a teoria da eficácia direta horizontal, aplicada ao caso aqui em estudo, valoriza os direitos fundamentais em área das relações sociais deveras confusa, ante a celeridade das inovações e do fluxo informacional inerentes. Ademais, a aplicação entre particulares, muito pelo contrário, conclama os particulares a terem atenção com o outro, no respeito e na exigibilidade dos direitos fundamentais, ao invés de ficarem mansos, olhando e aguardando a postura do Estado que não vem. É chegada a hora de a sociedade perceber que nem tudo se resolve pelo Estado e a eficácia direta horizontal pode contribuir para uma chamada de

Sustentada a possibilidade de remoção a partir da notificação extrajudicial, é preciso tratar da fundamentação da decisão, por parte do provedor, o que engloba uma análise do parágrafo único, do art. 20, do MCI⁶⁶³. Enquanto o *caput*, do dispositivo dá contornos a um misto de liberdade de expressão (daquele que teve a postagem derrubada receber informação) e devido processo legal (para que tal pessoa possa defender sua postura), o respectivo parágrafo único trata de modo mais profundo da liberdade de expressão do auditório.

Não obstante isso, parece-nos ter havido um equívoco por parte do legislador. Condicionar à vontade de uma pessoa o conhecimento de um dado que o auditório pode ter total interesse, mostra-se errado⁶⁶⁴. A liberdade de expressão é um direito que envolve o livre fluxo de fato e opinião, e que possui, ao mesmo tempo e de modo não fragmentado, ao menos duas perspectivas, senão três. Assim como existe o orador, também há o ouvinte e o auditório. É possível dizer que o citado parágrafo único deu mais relevância à vontade do orador que teve sua postagem derrubada, quanto ao conteúdo relacionado à motivação ou à ordem judicial que deu fundamento à indisponibilização, alijando o auditório da recepção de informação de por qual razão a postagem anterior foi retirada.

responsabilidade das pessoas frente ao vizinho. Por último, o problema da ameaça à liberdade não é uma questão apenas da eficácia horizontal, não podendo servir de argumento contra esta, em favor do uso tradicional de intermediação estatal na solução de conflitos. Como sabido, vem tradicionalmente do Estado a ameaça à liberdade.

⁶⁶² Com essas palavras, discordamos do professor Daniel Sarmiento, ou ao menos inserimos a hipótese nas exceções a que alude, quando defende que o particular – e o provedor é um particular – não tem o dever de proteção. Assevera o autor que “apesar da elasticidade e da tendência expansiva que os direitos fundamentais assumem no campo das relações privadas, parece-nos que, afora algumas exceções pontuais que não infirmam a regra, a vinculação dos particulares a tais direitos não abrange o dever de proteção dos mesmos, em relação a lesões e ameaças provenientes de terceiros. Em outras palavras, cada pessoa ou entidade privada tem obrigação jurídica de respeitar, comissiva e omissivamente, os direitos fundamentais alheios, mas não tem o dever de proteger estes mesmos direitos diante de agressões de terceiros. Ao particular, faltariam os meios e instrumentos para tanto. No Estado de Direito, detentor do monopólio do uso legítimo da força, este dever de proteção pesa, em princípio, sobre as autoridades estatais do Legislativo, Executivo e Judiciário”. SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 300. Em que pese concordarmos que o uso legítimo da força é, em regra, atribuição estatal, vemos na remoção de conteúdo, por parte do provedor, na situação acima detalhada, uma forma de proteger direito fundamental.

⁶⁶³ Diz o dispositivo: Art. 20. Sempre que tiver informações de contato do usuário diretamente responsável pelo conteúdo a que se refere o art. 19, caberá ao provedor de aplicações de internet comunicar-lhe os motivos e informações relativos à indisponibilização de conteúdo, com informações que permitam o contraditório e a ampla defesa em juízo, salvo expressa previsão legal ou expressa determinação judicial fundamentada em contrário. Parágrafo único. Quando solicitado pelo usuário que disponibilizou o conteúdo tornado indisponível, o provedor de aplicações de internet que exerce essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos substituirá o conteúdo tornado indisponível pela motivação ou pela ordem judicial que deu fundamento à indisponibilização.

⁶⁶⁴ Inclusive, tal regra parece se chocar com o ideal insculpido no princípio de Manila VI.f, segunda parte, que diz: “(...) o intermediário deve exibir uma notificação clara que explique qual conteúdo foi restrito e o motivo para tanto” (Disponível em: <<https://www.manilaprinciples.org/pt-br>>. Acesso em: 01 nov. 2017).

Tal regra a nosso sentir viola frontalmente a Constituição, por importar em censura prévia e afrontar o próprio desenho da liberdade de expressão. Se a censura significa uma etapa anterior para se veicular uma informação, pela qual, à discricionariedade do ator, o dado pode não vir à tona, claramente e curiosamente, aquele que, eventualmente, pode ter tido sua liberdade de expressão atacada, acaba por violar a liberdade de expressão do auditório. O legislador ignorou por completo a necessidade tanto de conhecimento, por parte dos usuários da Internet, do porque determinado conteúdo foi derrubado, quanto da prestação de contas à coletividade. Tal “accountability”⁶⁶⁵ só virá quando jogarem-se luzes nos critérios adotados pelo provedor para efetivação de remoção por meio de notificação extrajudicial, e lugar melhor não há para isso do que no próprio local onde o conteúdo se encontrava⁶⁶⁶. O ônus argumentativo⁶⁶⁷ é de extrema importância, para que a sociedade controle⁶⁶⁸ o ator responsável pela decisão de derrubada, seja o Judiciário, seja o “player” privado. Além disso, mais um argumento é a visão para frente, ou seja, para delinear o que as pessoas podem ou não fazer amanhã.

Essa ideia de necessária fundamentação da remoção, por parte do provedor, pública para que todos vejam, não pode ignorar a imaneente velocidade dos acontecimentos no universo digital. Por isso, pensamos que aqui tem aplicação as lições antes expostas quando do estudo da jurisprudência estrangeira, como de parte da doutrina que admite a notificação

⁶⁶⁵ Perel e Elkin-Koren explicam “accountability” com as seguintes palavras, no original: “Accountability refers to the extent to which decision-makers are expected to justify their choices to those affected by these choices, be held answerable for their actions, and be held responsible for their failures and wrongdoings”. PEREL, Maayan; ELKIN-KOREN, Niva. Accountability in Algorithmic Copyright Enforcement. *Stan. Tech. L. Rev.*, v. 19, 2016, p. 481.

⁶⁶⁶ Muito significativa são as passagens de Adler, que diz, no original: “In digital worlds run by private actors, citizens deserve answers when intermediaries take down their content for undisclosed reasons. A commitment to transparency will ensure that intermediaries can justify their content censorship decisions and empower content creators who are otherwise left in the dark when services reject their content” e que “if an intermediary removes third party content for which it is presumably shielded from liability under Section 230, the author of the content deserves to know why the content has been removed. The same accountability requirements should apply to intermediaries making non-intellectual-property-related decisions to filter content; this would almost certainly reduce the willingness of service providers to take down objectionable content”. ADLER, Julie. The Public's Burden in a Digital Age: Pressures on Intermediaries and the Privatization of Internet Censorship. *JL & Pol'y*, v. 20, 2011, pp. 262-263 e 264.

⁶⁶⁷ Pensamos que, assim como olhando para o magistrado, “[a] fundamentação das sentenças é certamente uma grande garantia de justiça, quando consegue reproduzir exatamente, como num esboço topográfico, o itinerário lógico que o juiz percorreu para chegar à sua conclusão”, não pode o provedor furtar-se a apresentar a sua inteligência, tanto com relação ao raciocínio que fez, como com relação à exposição do mesmo para o público. CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes: vistos por um advogado*. Tradução, Eduardo Brandão. 1ª edição, 5ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 175.

⁶⁶⁸ SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. 1ª edição. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, pp. 117-121.

extrajudicial. Relembrando o ponto, foi dito que seria importante separar conteúdos patentemente ofensivos ou ilícitos, daqueles outros onde haja algum tipo de dúvida. Para aqueles será de admitir-se a notificação extrajudicial, para estes, em que pairam incertezas, a via correta será a tutela judicial. A título de exemplo, seria possível, no critério referente a conteúdo claramente ofensivo, o provedor proibir a qualificação de um descendente afrobrasileiro de macaco, seja por palavras, vídeos, sons, foto ou desenho.

Para tanto, duas condutas se fazem necessárias. A primeira será, na política de serviço ou no termo de serviço do provedor, este deixar bem claras as hipóteses de remoção por notificação extrajudicial. A segunda, quando da análise do conteúdo postado, será expor uma decisão, ainda que de forma bastante sucinta, fazendo alusão entre o fato ocorrido, em concreto, e o disposto ou cláusula no referido termo de uso. Assim dar-se-á a publicidade necessária, tanto em abstrato (no apontado termo), como no caso concreto, respeitando-se o auditório na recepção de informação. Note, inclusive, que o provedor, percebendo a evidente ofensa ou ilicitude do conteúdo, poderá removê-lo de ofício, o que não significa o mesmo ter o dever de fiscalização prévia.

Isso tem uma explicação e esta é a mesma que confere efetividade ao sistema de notificação extrajudicial, qual seja, a responsabilidade contratual. Caso esta não tenha vez, certamente haverá um desincentivo à remoção. Na medida em que o art. 19, do MCI, trata de responsabilidade aquiliana, o termo de serviço, contrato que é, legitima o surgimento de responsabilidade por violação dessa avença. Desse modo, a decisão de não remoção, provocada por notificação extrajudicial, de conteúdo claramente ofensivo ou ilícito, viabilizará a responsabilização contratual do próprio provedor, entregando sistematicidade e legitimidade à notificação extrajudicial, para fins de remoção.

4.4 Caracterização da Interação em Mídia Jornalística Digital

A presente subseção tratará da caracterização da interação em mídia jornalística digital e sua importância para a liberdade de expressão. Para se evitar confusão, chamamos de interação em mídia jornalística aquela parcela muitas vezes existente ao final de uma notícia digital, ou ao final da respectiva página “web”, onde terceiros fazem comentários, em geral, a respeito do conteúdo da referida matéria jornalística. Dali, como se pode imaginar, pode vir

toda sorte de colocação, por parte do usuário, desde ideias pertinentes, até citação de fatos e pensamentos sem qualquer relação com o mesmo.

4.4.1 O entendimento do STJ

Para a melhor compreensão do problema, a seguir será exposta a situação decidida pelo STJ, em caso julgado pela Terceira Turma, datado de 24 de março de 2015⁶⁶⁹. No estado de Alagoas, o Portal de Notícias Pajuçara Editora, Internet e Eventos noticiou a concessão de *habeas corpus*, de ofício, em favor de um deputado estadual da referida unidade federativa. No campo de comentários, foram expostas ofensas à imagem do deputado estadual. Frente à hipótese, o deputado demandou o portal de notícias, pleiteando danos morais, alegando que a matéria fora veiculada de modo incompleto a fim de instigar a agressividade dos usuários e popularidade do veículo de imprensa. Citado, o portal excluiu as postagens ofensivas da caixa de comentários. Na primeira instância, a mídia foi condenada em R\$ 80.000,00, sendo o montante reduzido para R\$ 60.000,00 na segunda instância. Dentre os argumentos articulados no recurso especial, o portal afirmou não ter controle prévio de conteúdo postado por terceiro. O recurso extraordinário restou sobrestado, ante o reconhecimento de repercussão geral.

O STJ entendeu contrariamente à tese da mídia jornalística. O relator Min. Paulo de Tarso Sanseverino, após distinguir os provedores de serviço de Internet em de “backbone”, de acesso, de hospedagem, de informação e de conteúdo, na linha do exposto no REsp 1.381.610/RS, de relatoria da Min(a). Nancy Andrichi, explicou que, no caso concreto, o portal funciona como provedor de informação, com relação à matéria veiculada; e provedor de conteúdo, quanto às postagens feitas por usuários. Depois, traçou a distinção, para efeito de responsabilização, usando como critério o controle editorial prévio, dizendo, com olhos na doutrina, que se há interferência do operador humano para a publicação, resta caracterizado o controle, mas, se a hipótese for de publicação instantânea por parte do terceiro, fica descaracterizado o prévio controle. Nessa toada, reconheceu que as postagens foram feitas diretamente pelos usuários no sítio eletrônico www.tudonahora.com.br.

⁶⁶⁹ Brasil. STJ. REsp 1.352.053/AL; Recurso Especial 2012/0231836-9; Relator(a): Ministro Paulo de Tarso Sanseverino; Órgão Julgador: Terceira Turma; Data do Julgamento: 24/03/2015; Data da Publicação/Fonte: DJe 30/03/2015; RDDP vol. 147 p. 127.

Apesar disso, o relator asseverou que, por ser a recorrente uma companhia cuja atividade é o fornecimento de informação ao público (portal de notícias), deveria exercer o controle de conteúdo das postagens dos usuários. Acrescentou que esse controle, no caso, é necessário, por conta do objeto da sociedade. Portanto, o STJ, por opinião própria, entendeu que não é o efetivo controle editorial da publicação que demarca o tipo de provedor, mas sim sua concepção de que tal deveria exercer o apontado controle editorial prévio, exatamente por atuar com fornecimento de informação ao público⁶⁷⁰.

Discordamos da postura do Tribunal Superior pelas ideias que serão lançadas a seguir. Antes, entretanto, recordar-se-ão as concepções de provedores de conteúdo e de informação, aquele espécie de provedor de aplicação⁶⁷¹, termo utilizado pelo MCI.

4.4.2 O entendimento da doutrina

Existe, de fato, uma confusão no uso das terminologias, o que deve ser evitado. Por exemplo, Furtado, ao analisar e diferenciar os tipos de provedores de Internet, assinala que o provedor de conteúdo cria conteúdo ou disponibiliza conteúdo criado por outrem, sendo certo que exerce controle prévio sobre tais conteúdos que ficam disponíveis na rede⁶⁷². Hian Colaço explica que o provedor de conteúdo em sentido estrito é aquele que disponibiliza, na rede, conteúdo criado por provedor de informação, afirmando ser os “web sites” e exemplificando com os “blogs” e portais de notícias. Conforme o autor, em regra, tais possuiriam controle editorial prévio de conteúdo. Entretanto, salienta que se a informação tiver origem em terceira pessoa (provedor de informação), o controle editorial por parte do provedor de conteúdo deverá ser analisado no caso concreto, o que pode não ocorrer. Assim, se o caso é de provedoria de conteúdo, sem controle editorial, mas com “publicação de informações

⁶⁷⁰ O decidido no âmbito do STJ começa a encontrar eco nas decisões das Cortes estaduais. É exemplo disso o seguinte caso: Brasil. TJAL. Apelação 0001442-88.2012.8.02.0053; Relator(a): Desa. Elisabeth Carvalho Nascimento; Comarca: São Miguel dos Campos; Órgão julgador: 2ª Câmara Cível; Data do julgamento: 07/04/2016; Data de registro: 11/04/2016. Ver também Brasil. TJCE. Apelação 0551518-10.2012.8.06.0001; Relator(a): Lira Ramos de Oliveira; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 3ª Câmara Direito Privado; Data do julgamento: 05/04/2017; Data de registro: 06/04/2017.

⁶⁷¹ Há quem sinalize que provedor de aplicação é sinônimo de provedor de conteúdo. Nesse sentido, BEZERRA, Márcia Fernandes. Apontamentos sobre o marco civil da internet. *JICEX*, v. 1, n. 1, 2014, p. 03.

⁶⁷² FURTADO, Gabriel Rocha. O marco civil da Internet: a construção da cidadania virtual. In: SCHREIBER, Anderson (coord.). *Direito e Mídia*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 248.

ofensivas de modo instantâneo, em tempo real, (...) não há responsabilização do provedor de conteúdo”, devendo ser responsabilizado tão somente o “autor da publicação ofensiva, pois a informação disponibilizada não passou por nenhum juízo de valor do provedor”⁶⁷³.

Por sua vez, Rodrigues Junior, comparando as tarefas realizadas entre o Globo.com e o Estadão.com, com o Orkut e o Facebook, diz que aqueles são provedores de conteúdo, mas estes não propriamente, explicando que no último caso, os conteúdos praticamente têm origem apenas nos respectivos usuários. Reconhecendo que debaixo do guarda chuva de provedor de conteúdo, no qual se inserem provedores de busca, provedores de hospedagem, provedores de correio eletrônico, e os próprios provedores de conteúdo e de informação, o autor reclama o necessário uso de uma terminologia mais estritamente adequada, especialmente por parte do STJ⁶⁷⁴. O autor ainda aponta a evolução da construção da responsabilidade dos provedores, no direito brasileiro, descolando-se do norte americano, sobretudo do art. 230⁶⁷⁵, do CDA. É que conforme foi constituído o instituto nos EUA, há uma “quase total ausência de responsabilidade dos provedores de conteúdo e agentes afins”, sendo o único responsável pelo ilícito o seu criador, ficando de fora os provedores de “backbone”, de conexão, de correio eletrônico, de hospedagem, tendo estes ou não controle prévio sobre os conteúdos, bem como estando ou não cientes dos mesmos⁶⁷⁶.

Por último, minudenciando as funções dos provedores de serviço de Internet, Marcel Leonardi expõe que provedores de “backbone” são responsáveis por fornecer infraestrutura aos provedores de acesso e de hospedagem, acrescentando que provedores de acesso não são responsáveis por conteúdo postado por terceiro na Internet. Frisa, de igual modo, que os provedores de correio eletrônico, de hospedagem e de conteúdo são isentos de responsabilidade, por postagens de terceiro na rede, armazenadas em seus servidores. Tal se dá pela ausência de controle prévio sobre o conteúdo⁶⁷⁷. Tudo isso ressalta a expressão, por

⁶⁷³ COLAÇO, Hian Silva. Responsabilidade civil dos provedores de Internet: diálogo entre a jurisprudência e o marco civil da Internet. *Revista dos Tribunais*, Ano 104, vol. 957, julho/2015, pp. 128-129.

⁶⁷⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Responsabilidade civil e Internet: problemas de qualificação e classificação de conflitos nas redes sociais. In: ANDRIGUI, Fátima Nancy (coord.). *Responsabilidade civil e inadimplemento no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 287-288.

⁶⁷⁵ Diz o texto, no original: “No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider”.

⁶⁷⁶ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Responsabilidade civil e Internet: problemas de qualificação e classificação de conflitos nas redes sociais. In: ANDRIGUI, Fátima Nancy (coord.). *Responsabilidade civil e inadimplemento no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 300-302.

⁶⁷⁷ LEONARDI, Marcel. Internet e regulação: o bom exemplo do Marco Civil da Internet. *Revista do Advogado*, Ano XXXII, n. 115, abril de 2012, pp. 108-109.

vezes usada, de intermediários. O intermediário seria aquele que não produz a informação, não influenciando no conteúdo da mesma, e situa-se entre o “fornecedor da informação e aquele que a recepciona”. Nesse sentido, não se responsabiliza pelo veiculado, exceto se abandonar a “posição de indiferença” e passar a influenciar no referido conteúdo⁶⁷⁸.

4.4.3 Argumentos contrários ao entendimento do STJ

Dentro do quadro exposto, a parcela referente à interação em mídia digital, para que comentários sejam postados, em relação a uma notícia jornalística, e imediatamente inseridos na página “web”, não deve ser caracterizada como provedoria de informação, em que pese o restante da mesma página, poder assim ser qualificada. O conteúdo tendo sido redigido por terceiro e pelo mesmo inserto no referido local, de forma imediata, denota uma falta de ingerência por parte do portal de notícias. Ausente, portanto, o controle prévio editorial, deveria haver, em princípio, uma imunidade. Até aí, ao que tudo indica, nossas palavras parecem não se distanciar do explicitado pelo STJ, no julgamento acima colacionado. O problema surge quando a Corte diz que não interessa se existe controle prévio editorial, sendo relevante que deveria haver efetivamente tal controle, justamente porque atua o provedor profissionalmente como fornecedor de informação (notícias).

Em nossa opinião, é exatamente porque concretiza a função de fornecedor de notícias, que o portal de notícias, no ponto aqui em debate, deveria receber uma resposta diametralmente oposta à entregue pelo STJ.

Inicialmente convém recordar o que dito no primeiro capítulo. A liberdade de expressão reúne em seu âmago valores constitucionais da maior importância. Do valor democrático, personificado no autogoverno democrático, ao valor da dignidade da pessoa humana, concretizado na autorrealização, tal liberdade incorpora sentidos imprescindíveis a uma vida em sociedade e por isso afirma-se que desfruta de uma posição preferencial. Mas não é somente isso.

⁶⁷⁸ Aquino Junior expõe que “[s]e há intervenção do provedor no conteúdo, este passa a ocupar o polo de fornecedor de conteúdo, o que modifica seu papel no tocante à eventual responsabilização”. AQUINO JUNIOR, Geraldo Frazão de. A Responsabilidade Civil no âmbito do Marco Civil da Internet. *Revista dos Tribunais Nordeste*, v. 5, mai.-jun./2014, pp. 257-277.

Ana Paula de Barcellos, em trabalho específico, classifica a liberdade de imprensa como em uma posição preferencial reforçada. Partindo da ideia de posição preferencial, a autora explica que a importância da liberdade de imprensa dá-se, um, pela sua enorme capacidade de obtenção e difusão de informações e ideias, por serem instituições com esse fim e expertise; e, dois, porque definem a pauta de debates sociais. Por causa disso, a indesejabilidade do controle da imprensa – aí incluída a vedação de monopólio - seria uma primeira razão para a caracterização da posição preferencial reforçada. A segunda razão é ligada ao papel de desenvolvimento do debate público e da cidadania. Uma terceira razão está afeta à dinâmica da própria atividade, que reúne busca rápida de informação e expressão de opinião, com célere transmissão das mesmas. Com isso, tal posição preferencial reforçada importa em uma ampla preferência em eventual conflito. A professora aponta três questões que denotam essa preferência. A primeira delas refere-se à verdade da informação prestada pela imprensa. Ela deve ser relativa e seguir critério subjetivo de responsabilidade, ou seja, deve haver dolo ou culpa grave por parte do profissional de jornalismo (“actual malice”). A segunda refere-se à divulgação de fatos de interesse público ou sobre ação estatal. E a terceira é ligada à prioridade pela fixação de indenização *a posteriori*, ficando a vedação à publicação como algo extremamente excepcional⁶⁷⁹.

É nítido que a elevação a uma posição preferencial reforçada tem, ao menos, dois sentidos: emprestar maior segurança e, portanto, liberdade para o exercício da função e afastar eventuais responsabilizações do veículo de imprensa, por matérias que não comportariam indenização. Se é no ambiente da mídia jornalística que são obtidas e difundidas informações e ideias, por conta da respectiva inata capacidade; se a mesma é eminentemente responsável pelo debate público, até mesmo dominando a agenda da sociedade; e se a dinamicidade e a velocidade importam em acelerada transmissão de notícias, o sentido da decisão do STJ mostra-se equivocado. A imposição, por parte de órgão do Judiciário, de controle editorial prévio, no tocante aos comentários postados por usuários, inverte a lógica de proteção à liberdade e coloca na cabeça do portal de notícias uma espada pronta a ser acionada, por ter se entendido que o mesmo não bem efetuou o aludido controle.

⁶⁷⁹ DE BARCELLOS, Ana Paula. 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. *DPU -Direito Público*, v. 11, n. 55, jan.-fev./2014, pp. 63-67.

Além do subjetivismo⁶⁸⁰, próximo⁶⁸¹ ao que se daria nos casos de controle prévio de conteúdo, em outros tipos de provedores⁶⁸², o monitoramento, para fins de controle editorial, trará maior gasto financeiro ao portal, que se enrijecerá na tentativa de cumprir com algo que naturalmente seu desenho não comportava, que é a fiscalização anterior de conteúdo. A questão financeira é importante, na medida em que o monopólio da informação é ruim para um país, ainda mais tratando-se de Brasil⁶⁸³. Não é desprezível, para um portal de notícias de pequeno porte, o aumento de gastos para fins de controle prévio editorial. Por outro lado, para os portais de grande porte e consolidados, tal elevação de gasto pode ter diminuta repercussão. Com isso, a consequência provável é a desativação da parte de interação ou, caso se insista na manutenção da mesma, uma instabilidade na vida dos portais pequenos, com posterior encerramento seu, cenário perfeito para os portais maiores e estabilizados. Quem perde com isso é a troca de ideias e, portanto, a democracia.

Sob outro ângulo, o debate público, cuja agenda está, naturalmente, nas mãos da imprensa, deixará de ser público. É que com a filtragem, correta ou incorretamente feita, nem todos participarão na condição de orador. Da mesma forma, nem todas as matérias estarão, de fato, aos olhos dos que desejam ler os comentários. Um encurtamento ou fechamento da amplitude do debate ocorrerá e tudo porque se elegeu o provedor como agente privado (ou público, já que não há qualquer empecilho para um portal de notícias estar inserido na estrutura da administração pública) censor da postagem, o que remete o debate para a vedação de censura prévia, constitucionalmente prevista⁶⁸⁴.

⁶⁸⁰ Utiliza-se aqui da expressão subjetivismo porque o provedor terá que fazer um exercício mental em abstrato e substituir os sentimentos de uma pessoa, para adivinhar se a mesma se ofenderia ou não com as postagens de terceiros, na parte de interação.

⁶⁸¹ No controle prévio de conteúdo, como já dito, o provedor teria que, de forma intermitente, varrer seu espaço, para localizar algo que, em tese, poderia eventualmente ser considerado ofensivo. No controle editorial prévio, o provedor teria que impedir postagens de inserção imediata no espaço destinado aos comentários. Neste desenho, ele receberia as manifestações dos usuários e apenas as “aprovadas” seriam incluídas na citada parte interativa.

⁶⁸² Para uma análise da jurisprudência dos Tribunais Superiores em matéria afeta à imposição de filtragem prévia a ser feita pelos provedores, com relação a conteúdo postado por terceiros, ver o terceiro capítulo deste trabalho.

⁶⁸³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 363. Siqueira Castro aborda a questão do domínio da informação utilizando-se da expressão oligarquização da informação. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 438. Comparato também tratou da soma entre acúmulo de poder e democratização dos meios de comunicação. Ver sobre o tema: COMPARATO, Fábio Konder. A democratização dos meios de comunicação de massa. *Revista USP*, nº 48, 2001; COMPARATO, Fábio Konder. Para que o povo tenha enfim a palavra. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, nº 50, 2009.

⁶⁸⁴ Paulo Branco, em obra coletiva com Gilmar Mendes e Inocêncio Coelho, coloca que “[a] liberdade de expressão, enquanto direito fundamental, tem, sobretudo, um caráter de pretensão a que o Estado não exerça

O STJ sinalizou, no julgamento acima exposto, que não importa se na hipótese existe ou não controle editorial da postagem feita por terceiro, na interação em mídia jornalística digital. De acordo com o Tribunal, deve, tratando-se de veículo jornalístico que disponibilize tal interação, haver o controle. Sem abordar o tema positivado nos arts. 5º, IX, e 220, §2º, da Constituição de 1988, a Corte Superior entendeu que “tratando-se de uma empresa jornalística, não se pode admitir a ausência de qualquer controle sobre as mensagens e comentários divulgados”.

O resultado disso, que não foi percebido pelo Tribunal, ao menos expressamente, é que a imposição de controle editorial somado ao passo seguinte, qual seja, a responsabilização do portal de notícias, ensejará uma pressão, ainda que indireta, sobre o veículo de comunicação. Ao cabo, uma censura privada acaba podendo ser levada a efeito⁶⁸⁵. Da mesma forma, não se pode ignorar que a mídia e o governo, mormente em países que não alcançaram uma sólida prática da democracia e, portanto, permitem um controle de fato da imprensa na mão de poucos, podem acabar atuando irmanados em assuntos cujo público deseja receber e participar da informação. Essa mistura indesejável pode desembocar em uma censura⁶⁸⁶, que fica viabilizada pela presente decisão do STJ.

Uma visão interessante e que dá fôlego contra a decisão do STJ segue o seguinte sentido. Para quem enxerga o princípio da neutralidade de rede como aquele pelo qual todos os conteúdos, sítios eletrônicos e plataformas devem ser igualmente acessíveis⁶⁸⁷, o entendimento judicial não poderia permitir que o portal de notícias selecionasse qual orador terá acesso ao auditório. Se entendida essa igualdade tanto para o auditório, quanto para o orador, a decisão aqui estudada não respeita tal princípio. A ideia é que o princípio da neutralidade de rede não pode se satisfazer com uma igualdade apenas ao auditório. A Internet é um universo criativo e a criatividade é um predicado do orador. Deseja-se e incentiva-se sempre mais esta qualidade. Pouca utilidade teria o referido princípio se, por exemplo, somente uma aplicação, em um determinado segmento, realiza uma atividade. É porque há

censura”. Neste sentido, o STJ, ao exigir um controle prévio editorial por parte dos portais de notícias, andou na contramão, conforme explicado acima. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 361.

⁶⁸⁵ SELTZER, Wendy. The Politics of Internet Control and Delegated Censorship. *The American Society of International Law, Berkman Center Research Publication No. 2008-3*, 2008, pp. 01-02.

⁶⁸⁶ MCDONALD, Barry P. Censorship and the Media: A Foreword. *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, v. 25, 2011, pp. 104-105.

⁶⁸⁷ ADLER, Julie. The Public's Burden in a Digital Age: Pressures on Intermediaries and the Privatization of Internet Censorship. *JL & Pol'y*, v. 20, 2011, pp. 241-243.

uma multiplicidade de atores em um setor que a neutralidade pede a entrega ao auditório sem maiores interferências. Assim, é possível dizer que a multiplicidade de oradores é um pressuposto da maior potencialidade do princípio da neutralidade de rede. Porém, a imposição de controle prévio editorial entrega ao provedor a opção de quem vai acessar e postar nos comentários relacionados a uma determinada notícia. Isso, por certo, viabiliza uma desigualdade de acesso e, portanto, uma violação ao apontado princípio, para quem o lê da forma acima expressada. Ao fim, a censura privada acaba podendo ser implementada.

Não perceberam os julgadores que a interação entre usuário da Internet e portal de notícia, em verdade, permite uma participação comunicativa⁶⁸⁸ entre os próprios usuários, inclusive entre aqueles que não se conhecem. A partir de uma notícia postada pelo portal, qualquer um poderia, acessando o sítio eletrônico, externar uma opinião ou dar nota de um fato. Isso, sem sombra de dúvida, amplia a figura do orador. Igualmente, com a maior quantidade⁶⁸⁹ de inserções na parte interativa, o auditório⁶⁹⁰ fica mais alimentado de informações, o que é também saudável, não apenas a partir de uma ótica democrática de autogoverno, mas de democracia cultural e de autorrealização. Porém, com a imposição de dever de controle prévio editorial, parece-nos que a consequência será a diminuição, espontânea ou não, da figura do orador na interação, com perda para o auditório da quantidade de postagens. Assim, a medida tornará mais enxuta a referida interação, com perda para todos os lados da comunicação. Afirma-se isso pela simples razão de que o portal de notícias,

⁶⁸⁸ Woan, ao abordar o universo do “blog” no exercício do jornalismo, destaca a possibilidade de “feedback” entre o leitor e o jornalista, afirmando em tom otimista a reciprocidade dessa troca. Aqui, nós vamos além. O que nos parece importante é a troca de informações entre o próprio auditório, o que claramente inclui o jornalista. Não obstante, na nossa visão, o controle prévio editorial pode não ser benéfico para a boa troca de informações. WOAN, Sunny. *The Blogosphere: Past, Present, and Future. Preserving the Unfettered Development of Alternative Journalism. California Western Law Review*, v. 44, 2008, p. 109.

⁶⁸⁹ Preferimos nos restringir a uma amplitude da quantidade do conteúdo e não propriamente de sua qualidade por duas razões. A primeira porque a qualidade do discurso pode agradar uma pessoa e desagradar outra. A segunda porque acreditamos que a qualidade do discurso irá variar de acordo com o nível cultural e de amadurecimento de uma sociedade.

⁶⁹⁰ A dicotomia orador e auditório é uma constante quando do estudo da liberdade de expressão e isso foi realçado no primeiro capítulo deste trabalho. Neste item, porém, resta ainda mais relevante a proteção dessas pessoas ou posições. Se o olhar do orador não é de difícil percepção, para fins de proteção através da liberdade de expressão, nem sempre o mesmo se dá com a figura do auditório. Entretanto, sua importância constitucional vem reconhecida, dentre outras formas, com a vedação de censura, medida esta que entrega a avaliação sobre a validade e aceitabilidade de uma opinião não ao Estado, mas ao público, como reforça Paulo Branco. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 361. Também Siqueira Castro apresenta suas lições sobre liberdade de expressão com olhos para o orador e o auditório. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010, pp. 437, 442 e 445.

mesmo que sem estar em dúvida da correção da postagem, preferirá não colocá-la no ar, especialmente quando voltada a escândalos políticos ou figuras notórias.

Outro ponto que merece destaque e não foi captado pelo STJ ao julgar o caso mencionado é a possibilidade de fugir da agenda ditada pelos veículos de notícia⁶⁹¹. Imaginemos um exemplo simples e de tranquila ocorrência. O portal de notícias X postou uma notícia a respeito do fato Y. Ao mesmo tempo em que tal fato Y aconteceu, um outro fato Z também se deu, porém este era impregnado de saliência política maior, que o provedor preferiu evitar. No cenário ideal e factível, apesar dessa conduta por parte do portal, os usuários, descontentes, poderiam, a um só tempo, passar a interagir contra a matéria veiculada, comentar sobre a ‘notícia’ não publicada e criticar o próprio portal de notícias. Por certo, ainda, diante de tal cenário, na vez seguinte, o portal tomaria outra postura. Contudo, frente ao modelo desenhado pelo STJ, tudo isso se perde. A agenda de debates continua monopolizada nas mãos do portal, os outros temas não serão discutidos – posto que filtrados pelo provedor – e as críticas direcionadas não serão vistas. Como consequência, o portal de notícia continuará a agir dessa forma, sendo um gargalo de notícias, o que será exaltado por aqueles que não desejam se expor à luz de debates críticos democráticos⁶⁹². Não enxergou a Corte que o necessário controle prévio editorial entrega à mídia a possibilidade de não discutir temas agudos à sociedade, em franca violação à concepção de mercado livre de ideias.

Da mesma forma, vizinha à situação destacada acima, é a hipótese do portal, em vez de não querer que uma notícia circule, não desejar que um ponto de vista seja externado. Aqui a situação ainda é mais complicada, porque o ar de normalidade é mantido. Ou seja, a matéria é veiculada, porém os pontos de vista diferentes ao exposto na mesma não vão ao conhecimento do auditório. Mais uma vez como gargalo, agora do ponto de vista do orador, o provedor, exercitando o controle editorial prévio, inviabiliza o ingresso da ideia ou da comunicação de um fato no mercado de ideias.

Essa ideia não é a mesma, porém nos remete a um problema semelhante: o da bolha. Os “filter bubbles”, ou filtros bolhas, são um fenômeno no qual um algoritmo entrega um

⁶⁹¹ A ideia tem paralelo com o que foi formulado por Woan, quando escrevendo a respeito do “blog” no exercício do jornalismo, consegue, não apenas dar notícia de fato que a mídia tradicional negligenciou, como influencia esta mídia. WOAN, Sunny. *The Blogosphere: Past, Present, and Future. Preserving the Unfettered Development of Alternative Journalism. California Western Law Review*, v. 44, 2008, pp. 113-115.

⁶⁹² No ponto, parece-nos que o controle editorial prévio poderá funcionar em desfavor da vinda de novas ideias, já que poderá controlar sua inserção na interação. De certa forma, é o contrário do que Louis D. Brandeis, em 1913, pregava em relação à publicidade, quando alertava que a mesma era um remédio para as doenças sociais e industriais, acrescentando que a luz do sol seria o melhor dos desinfetantes. BRANDEIS, Louis D. *What Publicity Can Do? Harper's Weekly*, 20 dez. 1913, p. 10.

resultado ao usuário da Internet, por “entender”, ante o histórico dessa pessoa no mundo “online”, que é isso que se deseja⁶⁹³. Inúmeros provedores possuem tal técnica e uma das destacadas consequências é que acaba proporcionando, em tese, experiências aproximadamente iguais ao que o usuário está acostumado. Se o mesmo possui afinidades, por exemplo, políticas em um sentido, em geral, o algoritmo o direciona para mesma experiência, vivendo-se em uma bolha. Reproduzindo esse modelo para a mídia jornalística digital, não é difícil imaginar que um portal de notícias seja mais inclinado a determinadas matérias ou estilos ou vertente política⁶⁹⁴. Permitir a interação sem controle prévio significa impossibilitar o portal de vetar algum comentário em sentido diverso da tendência desse provedor e, ao mesmo tempo, ampliar a visão daqueles presos na bolha⁶⁹⁵, já que um ator “externo” terá ingressado no portal e postado conteúdo diferente do usual e acostumado pelos consumidores daquele feito. O contrário, entretanto, é a decorrência com a decisão do STJ. O controle editorial prévio permite a seleção de postagens, com repercussão clara na bolha, inevitavelmente, mantida. Assim, percebe-se, a ausência de controle editorial é libertador em relação à bolha.

⁶⁹³ Nas palavras de Eli Parisier, no original, “[t]he basic code at the heart of the new Internet is pretty simple. The new generation of Internet filters looks at the things you seem to like—the actual things you’ve done, or the things people like you like—and tries to extrapolate. They are prediction engines, constantly creating and refining a theory of who you are and what you’ll do and want next. Together, these engines create a unique universe of information for each of us—what I’ve come to call a filter bubble—which fundamentally alters the way we encounter ideas and information”. PARISIER, Eli. *The filter bubble: What the Internet is hiding from you*. New York: The Penguin Press, 2011, p. 10.

⁶⁹⁴ Nossa hipótese se aproxima bastante do exemplo dado por Borgesijs e outros, quando, ao falarem do filtro bolha, expõem, no original, “[f]or example, a personalised news website could give more prominence to conservative media items, based on the inferred political interests of the user. When they form their political ideas, users of such personalised services may encounter fewer opinions or political arguments”. ZUIDERVEEN BORGESIJS, F. et al. Should we worry about filter bubbles. *Internet Policy Review*, v. 5, n. 1, 2016, p. 03.

⁶⁹⁵ O contrário significa permitir um raciocínio mais limitado, como quis se expressar McDonald. MCDONALD, Barry P. Censorship and the Media: A Foreword. *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, v. 25, 2011, p. 107. Parece ser nesse sentido que Borgesijs e outros explicam, no original: “According to this line of research, people who are repeatedly exposed to biased information that favours a particular political standpoint that is close to their own will eventually develop more extreme positions and be less tolerant with regard to opposite points of view. Empirical evidence from the US supports this argument. For example, Stroud (2010) used representative American election survey data to show that Americans who adopt a homogenous partisan news diet become more extreme in their views during the campaign. Similar effects of self-selective exposure to partisan news on polarisation were also found in experimental settings (e.g. Knobloch-Westerwick & Meng, 2011). To understand the importance of cross-cutting information in a democracy, Price, Cappella, and Nir (2002) investigated the effects of being exposed to information in the mass media that contradicts existing attitudes and beliefs. They found that people who regularly encounter diverse opinions in the media are not only better able to provide reasons for their own political choices; they also have a better understanding of what motivates the perspective of others”. ZUIDERVEEN BORGESIJS, F. et al. Should we worry about filter bubbles. *Internet Policy Review*, v. 5, n. 1, 2016, p. 08.

Vinculado ao assunto do “filter bubble”⁶⁹⁶ e com forte repercussão em assuntos politicamente salientes, como a história recente norte americana⁶⁹⁷ evidenciou, tem-se hoje em dia e, provavelmente, cada vez mais, as “fake news” ou notícias falsas^{698 699}. Até o momento, parece não existir um modo eficiente para que esse fenômeno não se alastre na Internet. Pelo contrário, o ambiente “online” é, de certa forma, propício para a rápida circulação de informação ou opinião⁷⁰⁰ e, assim, para a difusão da notícia que não encontra amparo na realidade⁷⁰¹. Por outro lado, quanto maior for a quantidade de mecanismos de revelação da verdade relacionada a uma notícia, melhor. Nesse sentido, a interação por comentários apresenta-se como uma maneira de, inclusive dialogicamente, chegar-se a uma

⁶⁹⁶ Cass Sunstein relaciona os rumores com a pós verdade, expressão não usual à época em que o autor fez sua ilação. Segundo ele, falsos rumores são bem recebidos por quem já possui uma pré convicção do assunto direcionado para o mesmo sentido da falsidade. Adicionamos aí os filtros bolha, exatamente por permitir o encontro daqueles que pensam de forma semelhante e a difusão da notícia falsa. SUNSTEIN, Cass R. “She Said What?” “He Did That?” Believing False Rumors. *Harvard Law School, Harvard Public Law Working Paper n. 08-56*, 2008, pp. 02-03.

⁶⁹⁷ No ponto, fazemos referência à corrida eleitoral à Casa Branca, disputada entre Donald Trump e Hillary Clinton, mencionada no primeiro capítulo deste trabalho.

⁶⁹⁸ Na definição de Klein e Wueller, “fake news” é, no original, “the online publication of intentionally or knowingly false statements of fact”. KLEIN, David O.; WUELLER, Joshua R. Fake News: A Legal Perspective. *Journal of Internet Law*, v. 20, n. 10, abril de 2017, p. 06. Na definição de Allcott e Gentzkow, “fake news” são, no original, “news articles that are intentionally and verifiably false, and could mislead readers”. ALLCOTT, Hunt; GENTZKOW, Matthew. Social Media and Fake News in the 2016 Election. *Journal of Economic Perspectives*, v. 31, n. 2, 2017, p. 213.

⁶⁹⁹ É importante trazer as palavras de Konrad Hesse, quando leciona sobre liberdade de expressão, no Direito alemão: “Não é protegida pelo artigo 5º da Lei Fundamental a informação de fatos falsa, consciente ou demonstrada, embora exatamente ela, muitas vezes, siga o objetivo da formação de opinião; porque a opinião, que ela deve formar, deve necessariamente ser uma incorreta, deveria ser efetuada uma pseudo operação da formação de opinião, que não pode gozar da proteção de direitos fundamentais do artigo 5º da Lei Fundamental”. HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20ª edição alemã: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 304.

⁷⁰⁰ Esse predicado somado ao da busca pelo lucro fácil, através de cliques e visitas na página, são fatores que podem explicar o fenômeno das “fake news” na Internet. Souza e Padrão apontam quatro categorias de sítios eletrônicos que desenvolvem “fake news”, sendo “(i) os que intencionalmente buscam enganar através de manchetes tendenciosas; (ii) os de reputação razoável que compartilham boatos em larga escala sem verificar corretamente os fatos; (iii) os que relatam de forma tendenciosa fatos reais, manipulando a informação; e (iv) os que humoristicamente trabalham com situações hipotéticas”. Note que todos eles podem ser mídias jornalísticas e contar com interação com os usuários, encaixando-se em nossa explicação. SOUZA, Carlos Affonso; PADRÃO, Vinicius. Quem lê tanta notícia (falsa)? Entendendo o combate contra as “fake news”, p. 02. Disponível em: <<https://itsrio.org/pt/publicacoes/quem-le-tanta-noticia-falsa/>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

⁷⁰¹ Fazendo referência ao que chamou de barbarismo eletrônico “online”, com consequência no colapso do saber reflexivo e na massificação da mediocridade, Siqueira Castro, ainda mencionando a tecnologia televisiva, já demonstrava preocupação com o direito difuso à informação verdadeira. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 558.

verdade, pondo por terra a versão da “fake news”⁷⁰². O oposto poderia não ser obtido, em caso de controle prévio editorial⁷⁰³, porque pode o próprio portal de notícias ter interesse na versão falsa. Além disso, poderia ser questionado se a “fake news” não poderia ser inserida na postagem, na referida parcela interativa. Não se é ingênuo para pensar que não. Mas, da mesma forma, a busca da verdade, nessa hipótese, parece ser melhor alcançada com mais discurso, como defendido por aqueles que no primeiro capítulo deste trabalho aderem ao fundamento da liberdade de expressão no mercado livre de ideias e na busca pela verdade. Vale ressaltar que a “fake news” ganha muita luz quando se encontra sozinha, como notícia não contestada. A partir do momento que as pessoas questionam a validade da informação, o potencial da versão falsa começa a se perder⁷⁰⁴. Bastante importante para este fim é a interação livre de controle prévio editorial.

Mais um ponto relevante remete ao dito no primeiro capítulo com relação ao caráter subjetivo do livre fluxo de fatos. A livre circulação de juízos e opiniões tem, por si, um caráter subjetivo. Por sua vez, a circulação de fatos, em tese, deveria ter uma nota de objetividade, porque um fato ocorre de determinado modo. Entretanto, como enfatiza Luís Roberto Barroso, “na seleção dos fatos a serem divulgados há uma interferência do componente pessoal”⁷⁰⁵. Mais do que isso, uma dose de subjetividade leva, não só a divulgação de um fato, mas também na forma como o mesmo vem a público. Note que essa conduta “subjetivizada” é uma atitude, consciente ou inconsciente, do veículo de

⁷⁰² A ideia aqui é que quanto mais informação, mais saudável é a democracia, já que esta exerce-se através do voto bem informado. A desinformação é prejudicial, assim como o são a facilidade de enganar os outros na Internet e a dificuldade das pessoas em distinguir o que é falso e o que é verdadeiro. GAUGHAN, Anthony J. *Illiberal Democracy: The Toxic Mix of Fake News, Hyperpolarization, and Partisan Election Administration*. *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy*, v. 12, n. 3, 2017, p. 68.

⁷⁰³ Verstraete, Bambauer e Bambauer até defendem uma intervenção (filtragem de informação para combater tais notícias) do provedor, na fiscalização da “fake news”, porém o fazem partindo do pressuposto de que o mesmo tem imunidade de responsabilidade. Ao contrário, pelo desenho aparentado pela decisão do STJ, aqui o controle editorial vem para ensejar a responsabilização. Nota-se que as ideias são opostas. VERSTRAETE, Mark; BAMBAUER, Derek E.; BAMBAUER, Jane R. *Identifying and Countering Fake News*. *Arizona Legal Studies Discussion Paper No. 17-15*, 2017, pp. 21-24.

⁷⁰⁴ Não olvidamos, porém, do alerta de Sunstein, no sentido de que as pessoas que acreditam nas “fake news” não desistem facilmente de acreditar nelas. Em outra parte de seu trabalho, o autor, apesar da evidente falta de otimismo, salienta, no original, que “[f]alse rumors spread as a result of social interactions. To correct them, steps should be taken to expose people to balanced information and to make corrections.”. SUNSTEIN, Cass R. “She Said What?” “He Did That?” Believing False Rumors. *Harvard Law School, Harvard Public Law Working Paper n. 08-56*, 2008, pp. 03 e 15.

⁷⁰⁵ 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. *RDA - Revista de Direito Administrativo*, v. 235, jan./mar. 2004, p. 18.

comunicação. Tomando essas constatações como pressuposto, não é difícil se enxergar algo como que um “contraditório”, a diminuir a referida nota de subjetividade, no fato noticiado. No ponto, é possível entender que a interação dos usuários na mídia jornalística digital cumpre a função de entregar esse contraditório, diminuindo a subjetividade citada. Não obstante isso, a exigência de controle prévio editorial permite ao portal de notícias impossibilitar esse “contraditório”, fazendo prevalecer o contorno subjetivo do próprio provedor, na divulgação do fato. Parece claro que, entre a circulação de um fato, com uma inerente subjetividade, e a circulação de fato, com esta qualidade, porém com a possibilidade das demais pessoas contribuírem para “objetivizar” a narrativa, para dar-lhe um caráter mais próximo ao que, realmente, ocorreu, esta segunda opção melhor atende à liberdade de expressão.

Assunto interessante e que pode ser usado, paralelamente, aqui é o princípio da separação⁷⁰⁶, do professor Tim Wu, citado no segundo capítulo deste trabalho. Um dos fundamentos para tal princípio é que, porque o Estado precisa ser checado, a fim de evitar abusos, o mesmo não deveria promover a regulação da indústria da informação, sendo a ideia um regime de limitação e divisão de todos os poderes. Transportando esta lógica para a interação na mídia jornalística digital, o prévio controle editorial permitiria uma autorregulação por parte do portal de notícias que, em verdade, impediria que os usuários pudessem exercer uma checagem do provedor. Sem a livre postagem com imediata inserção do comentário na parcela interativa, do portal, ou seja, com a possibilidade de filtragem do que vai ao ar, por parte do próprio provedor, este blinda-se contra a checagem dos usuários, podendo apenas permitir que fatos e opiniões de seu interesse ganhe o público. A liberdade de expressão, vale lembrar, é direito a ser exercido para viabilizar a checagem, bastando lembrar o famoso caso *New York Times v. Sullivan*⁷⁰⁷. Porém, o controle editorial conferido ao portal de notícias autoriza ao mesmo a sua própria checagem contra a liberdade de expressão alheia.

Além disso, há um tema grave e que não deve ser desprezado. O STJ ao decidir no sentido acima descrito, deu ao portal de notícias o dever de divisar o que é um comentário injurídico e, a partir disso, não inseri-lo na interação dos usuários. O problema é que tal provedor pode não querer assumir esse ônus, por inúmeras razões, dentre elas a de não saber

⁷⁰⁶ WU, Tim. *The master switch: The rise and fall of information empires*. New York: Vintage Book, 2011, pp. 301-320.

⁷⁰⁷ EUA. Suprema Corte. *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

fazer a distinção necessária, ou porque tem medo de errar. Como visto, no primeiro capítulo, o medo é uma das bases para a dissuasão. Na dúvida, em vez de priorizar a liberdade de expressão, como defendemos neste trabalho, pode ser que o portal, temeroso em sofrer demandas de responsabilidade civil, antes mesmo das mesmas acontecerem, prefira encerrar a possibilidade de interação dos usuários. O “chilling effect” aí é claro e com uma consequência preocupante. Restarão abafados os oradores, que não terão mais um espaço para dar fluxo às suas ideias; e o auditório, que deixará de existir, com o fechamento da interação.

Por último, uma análise mais acurada da decisão do STJ revela que a Corte criou um ônus aos portais de notícias. Mais do que isso, o Tribunal resolveu positivar uma regulação, qual seja, a exigência de controle prévio editorial em relação aos portais de notícias, especificamente quanto à parcela destinada à interação dos usuários. Escorado nos argumentos de defeito do serviço e de segurança, lastreados na Lei nº 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor (CDC), o STJ acabou por criar um dever antes inexistente. Ocorre que poderia a Corte ter testado seu raciocínio, à luz da ponderação de princípios, através do dever de proporcionalidade, para checar se, no presente desenho, o mais pertinente seria o controle prévio ou o posterior, como se dá com as demais situações. Não tendo feito isso, olvidou de todos os fundamentos antes aqui expostos. E mais, não se desincumbiu de apresentar um raciocínio lógico com vistas à máxima realização dos interesses em jogo e a ocorrência do menor sacrifício possível de cada um dos mesmos⁷⁰⁸. Isso, por certo, viola a própria liberdade de expressão do ouvinte – a pessoa jurídica ré da demanda - e do auditório – o público, versado ou não em Direito, interessado na solução da questão - que restaram alijados da formulação, por parte do Tribunal, de um raciocínio que olhasse para os dois lados do caso e entregasse uma decisão que os equilibrassem.

O STJ preferiu não visualizar que, entre se permitir a total omissão do portal de notícias, em hipótese na qual haja algum comentário injurídico na interação, e se impor o dever de controle prévio editorial, existe uma via intermediária que permite uma robusta interação, respeitando-se a liberdade de expressão, todavia controlável, *a posteriori*, a partir da provocação de quem esteja na posição jurídica que a legitime a tanto. Veja que a primeira opção – total omissão do portal – aniquilaria, por exemplo, um direito da personalidade, como a honra, posto que o provedor não teria o dever de remoção de conteúdo. De igual modo, por todos os argumentados levantados, a segunda opção – controle prévio editorial – aniquilaria

⁷⁰⁸ BINEMBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista Quaestio Iuris*, v. 1, n. 2, 2005, p. 46.

uma plena liberdade de expressão. Como dito, nas duas opções dos extremos ou se pode podar de forma excessiva a liberdade de expressão, ou existiria um excesso em se admitir a total omissão do portal de notícias diante de um comentário insultante, não se afigurando uma ou outra solução insubstituível por outra menos gravosa e igualmente eficaz⁷⁰⁹. Ambas as situações podem levar à não realização dos direitos fundamentais (liberdade de expressão e honra). Uma ponderação é bem vinda nesse cenário de bens jurídicos antagônicos⁷¹⁰. Por outro ângulo, a terceira opção consegue reunir a possibilidade de exercício da liberdade de expressão, com eventual necessidade de remoção, por conta de violação a direito da personalidade, assim como respeita a posição preferencial da referida liberdade e também seus valores fundantes, como expostos no primeiro capítulo. Nesse sentido, considerando os três subprincípios da proporcionalidade, a terceira via é menos gravosa do que as outras duas, em relação aos direitos citados, respeitando-se o subprincípio da necessidade e, ao mesmo tempo, menos excessiva em relação aos mesmos direitos, com olhos no fim perseguido, qual seja, evitar-se ofensas a partir do discurso, atendendo-se o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito⁷¹¹.

Com efeito, a exigência de controle prévio editorial, em hipóteses de interação em mídia jornalística digital, teve como moto impedir a ofensa à honra das pessoas, a final, foi em um caso concreto dessa espécie que o julgamento se deu. Assim, é permitido dizer que o STJ quis tutelar a honra, sendo esta a etapa prévia à análise interna da proporcionalidade e que nos afigura possuidora de legitimidade. O meio para tanto, repita-se, foi a imposição de controle prévio editorial, não se permitindo a automática interação de comentários entre os receptores da notícia. Parece simples afirmar que tal medida é adequada ao alcance da finalidade pretendida, superando-se a primeira fase na análise da proporcionalidade. É dizer, o meio restritivo (controle prévio) fomenta o objetivo perseguido (tutela da honra). Todavia, ao se adentrar na segunda fase – a necessidade – o problema se coloca, porque esta só resta cumprida se “a realização do objetivo perseguido não puder ser promovida, com a mesma eficiência, por meio de outro ato que limite em menor medida o direito fundamental atingido” (a liberdade de expressão). E como escrito, existe uma medida alternativa que também

⁷⁰⁹ BINEMBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista Quaestio Iuris*, v. 1, n. 2, 2005, p. 47.

⁷¹⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *RDA - Revista de Direito Administrativo*, v. 215, jan./mar. 1999, p. 170.

⁷¹¹ ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *RDA - Revista de Direito Administrativo*, v. 215, jan./mar. 1999, p. 171.

atingiria a desejada tutela da honra, sem afrontar a referida liberdade em sua plenitude. O controle a partir de provocação de quem de direito, e não prévio, é menos restritivo à liberdade de expressão, ao tempo que se mostra igualmente eficiente na tutela da honra, especialmente porque o portal não precisará adivinhar futuristicamente o que pensa o titular da honra. Ainda que superado o segundo passo, a análise não vence o terceiro. O STJ afirmou que exatamente por se tratar de uma companhia que trabalha na seara da distribuição da informação, o controle editorial seria um dever. Enxergamos o oposto. Porque sua função é essa, a liberdade de expressão deveria ser mais respeitada. Por isso, na terceira fase – proporcionalidade em sentido estrito – o controle prévio, que é “o grau de realização do direito a ser fomentado” (honra) adotado, não justifica “o grau de restrição ao direito atingido”⁷¹² (liberdade de expressão), significando isso dizer que a medida de controle prévio editorial, imposta sobre os ombros dos portais eletrônicos de notícias, na parcela da interação dos usuários, não obedece o dever de proporcionalidade.

Portanto, em nossa concepção, não agiu bem o STJ ao caracterizar a parcela interativa da mídia jornalística digital como provedor em que se deve necessariamente existir controle prévio editorial. Pelos argumentos expendidos, entendemos que tal tipo de controle é contrário à liberdade de expressão e, por isso, não deve ser adotado. Deste modo, casos como o analisado devem ser solucionados, *a posteriori*, através de remoção de conteúdo da Internet, e não, de modo prévio, com o controle editorial.

⁷¹² DA SILVA, Virgílio Afonso. Anvisa e o controle do tabagismo. *RDA - Revista de Direito Administrativo*, v. 268, jan./abr. 2015, pp. 306-310.

CONCLUSÃO

Encerrados os aportes teóricos, foi possível ver que no curso do trabalho somaram-se principalmente três ordens de fatores que serviram de sustentação para o escrito: a doutrina, a interpretação dos tribunais e os dados quantitativos. É de se constatar que, preliminarmente, tais fontes de estudo foram captadas com olhos nacionais e internacionais, ou seja, tanto doutrina de direito comparado, como nacional; assim como posicionamentos judiciais das Cortes brasileiras e estrangeiras; e dados pesquisados por atores situados no Brasil, como fora, tiveram vital importância para a confecção desta dissertação.

Esse foco nos permite afirmar que muitos dos temas aqui desenvolvidos são alvo de pesquisa não só no Brasil, mas por muitos países. Além disso, a contemporaneidade dos assuntos debatidos deve ser consignada, o que é extraído pelos anos das publicações dos livros e articulados, como também das notícias jornalísticas de veículos de imprensa internacionais e brasileiros, e dos relatórios dos atores ou companhias envolvidos com a tecnologia da informação, da mesma forma, nacionais e internacionais. Aliás, isso nos trouxe, a um só tempo, atração pela temática e receio. A atração porque tratamos aqui de um trabalho vivo, em construção com o dia a dia, tudo devido à velocidade com que a tecnologia da informação se modifica. O receio exatamente porque, tratando-se de debates hodiernos e diante das mudanças que ocorrem com frequência na Internet, o risco de não alcançar um ponto chave ou de alcançá-lo, mas vê-lo já datado é alto. Entretanto, não fugimos do desafio.

Na introdução deste trabalho expressamos, como problema, que em questões afetas à remoção de conteúdo da Internet, no Brasil não se atribui a relevância devida à liberdade de expressão, faltando em muitos temas ligados a esta remoção uma preocupação maior em retratar uma estrutura que confira maior peso à referida liberdade. Ao longo da dissertação, de fato, o problema foi evidenciado e tentamos, nesse sentido, imprimir um quadro teórico que empresta mais importância à liberdade de expressão. E nessa toada, parece-nos que contribuimos para os debates a respeito da remoção de conteúdo, trazendo argumentos no sentido de uma nova direção de raciocínios ou no sentido de robustecer a liberdade de expressão. Assim, apesar das dificuldades, os objetivos citados, ainda na introdução, de trazer visões doutrinárias que contribuam para uma doutrina mais sólida da liberdade de expressão

em um ambiente “online” e de discorrer sobre anonimato, URL, árbitro julgador da remoção e interação em portal de notícias foram cumpridos nos primeiro, segundo e quarto capítulos.

É com esse espírito que se torna útil sintetizar os principais pontos que foram desenvolvidos ao longo do texto, o que será feito de acordo com a evolução dos capítulos, para que, ao tempo em que se enxerga a conclusão específica, visualize-se de forma mais ampla o contexto de tal conclusão.

Iniciando pelo Capítulo 1, podemos extrair os seguintes pontos, na tentativa de bem estruturar uma concepção mais robusta de liberdade de expressão, à primeira vista, com foco na vida como um todo, mas, logo após, com ótica voltada para o ambiente “online”:

1. A liberdade de expressão, em sentido amplo, é um direito de preocupação mundial, sendo este predicado enxergado em várias decisões de Cortes Supremas pelo mundo, o que permite afirmar que a mesma recebe atenção não só de atores judiciais, mas de vários outros.

2. Na maioria das vezes, quando se deseja realizar um estudo de fôlego da liberdade de expressão, socorre-se das interpretações levadas a efeito no direito norte americano da Primeira Emenda, não significando isso dizer que esta doutrina deve ser simplesmente importada para outras realidades, sem sua devida adequação.

3. Para início de construção da liberdade de expressão, apontou-se o pilar do livre mercado de ideias e a da busca pela verdade. Em que pese existirem críticas ao mesmo, este valor tem relevância dentro de um ideal liberal, dentro do qual se propugna um Estado neutro. É importante aqui ressaltar que, aqui, propõe-se mais discurso.

4. Um outro valor destacado a dar firmeza à liberdade de expressão foi o da democracia política ou do autogoverno democrático. Como dito, a liberdade de expressão serviria à formação de uma opinião pública em questões políticas. Já aqui é possível vislumbrar algo que na frente foi melhor minudenciado: a diferença entre o orador e o auditório. Isso porque a explicação do autogoverno democrático, como fundamento para a liberdade de expressão, ganhou duas vertentes. A primeira foi da pessoa que se manifesta, o orador. Por esta visão, as pessoas desejosas a contribuir para o processo comunicativo, na formação da opinião pública, deveriam ter um canal para se expressar. A segunda vertente foi relacionada a quem recebe a manifestação reflexiva ou de fato. Ou seja, aqui não importa que todos falem, mas sim que o relevante seja dito. Importante é que o assunto de interesse público seja dito, mesmo que nem todos expressem suas ideias. Tal lógica é voltada a um auditório melhor informado, para que, por exemplo, bem exerça o direito de votar.

5. O terceiro valor da liberdade de expressão exposto foi o da autorrealização. Com foco na autonomia, sobretudo a privada, esse fundamento liga-se à dignidade da pessoa humana e autoriza uma tutela em face do Estado e a favor da presente liberdade. O livre buscar e externar opiniões e fatos compõem a formação da autenticidade da pessoa.

6. O último valor fundante da liberdade de expressão, montado no bojo do universo “online”, foi a democracia cultural. Jack M. Balkin ao exprimir essa sua ideia, expressamente aduz que a mesma não afasta os fundamentos anteriores, porém explica que a democracia não deve apenas se circunscrever a debates políticos. Mormente em um mundo digital, o que vai importar é a formatação do “eu” e da cultura, um alimentando o outro, nos respectivos crescimentos. Aqui a ideia de que todos são comentaristas e transmissores, e não apenas espectadores e consumidores, tem vez.

7. É de se perceber que a estruturação da liberdade de expressão tem íntima ligação com a democracia e com a dignidade humana, o que autoriza a construção da posição preferencial. Pela mesma, não se afirma haver um direito absoluto ou hierarquia entre direitos fundamentais, mas, na ponderação a ser realizada, uma concessão de maior valor axiológico à liberdade de expressão. O trabalho apresentou posturas de Cortes de cúpula de alguns países que adotam essa qualificação para a liberdade de expressão.

8. Mostrou-se importante aprofundar e minudenciar os elementos da liberdade de expressão, em sentido amplo. Deste modo, duas ordens de elementos foram colocados. Os elementos internos ou objetivos buscaram tratar de distinguir a liberdade de expressão da liberdade de informação, diferenciando-se a livre circulação de juízos da livre circulação de fatos, para demonstrar que aquela é uma liberdade mais ampla, e esta, por possuir vários ingredientes, mais restrita.

9. Ainda no tocante aos elementos internos ou objetivos, foi destacado, um, que, na liberdade em estudo, uma acepção é seu conteúdo, e outra, é a forma; e, dois, que ambas merecem a devida proteção, porque o contrário gera a fragilização da outra acepção. Foi importante enxergar que, no mais das vezes, a Internet, como canal, qualifica-se como forma de um discurso, assim como o anonimato.

10. Seguindo a evolução do raciocínio, a visão apontada para os elementos externos ou subjetivos, como dito antes, é de grande valia. Aos poucos migrando para análise do espaço cibernético, o trabalho expôs que é possível existir o orador, o ouvinte e o auditório. E na Internet, não está errado dizer que todos falam para todos.

11. O passo seguinte foi assentar critérios para a regulação da liberdade de expressão. Se o trabalho se debruça também sobre o assunto da remoção de conteúdo da Internet, foi fundamental exprimir que o discurso pode ser regulado. Distinguiu-se a regulação para aumentar o discurso da que tem o propósito de abrandá-lo. Critérios foram expostos no afã de viabilizar a regulação, sendo, um, o referente ao tempo, lugar e maneira que o mesmo é externado, e, outro, o da natureza do discurso. Assim, aquele que tenha ligação com os fundamentos da liberdade de expressão, só poderão sofrer regulação restritiva a partir de justificativa muito densa por parte do Estado, enquanto que os demais, não. São o que se nominou de discursos de alto e de baixo valor.

12. Ainda nessa lógica, e mergulhado na experiência que a Internet proporciona, ficou consignado que, tanto nela, como antes dela, os discursos de alto e de baixo valor existiam. Porém, como no ciberespaço todos falam a todos, o que merece olhar diferenciado, a regulação da liberdade de expressão nesse ambiente deve ter mais atenção do que nos demais universos, nos quais há uma grande concentração da posição de orador.

13. Foram apresentados os debates nacionais a respeito da regulação da liberdade de expressão, tanto em relação à possibilidade de a lei promover tal restrição; como se a limitação pode ser prévia ou apenas posterior. Respondemos que a lei pode realizar essa restrição e expusemos que a regra é da limitação *a posteriori*.

14. Foi dado destaque também à limitação de conteúdo, tendo sido distinguida a regulação quanto ao conteúdo e sem discriminação a favor ou contra um determinado ponto de vista (regulação de conteúdo com ponto de vista neutro), da regulação de conteúdo e de ponto de vista, devendo esta apresentar uma razão de determinado ponto de vista criar um sério risco e não poder ser combatido com mais discurso, além de ter que se explicitar por que se irá punir uma determinada visão e não outra.

15. O último assunto estudado no Capítulo 1 foi o “chilling effect”. Apontamos o problema de se abafar o discurso das minorias e sua origem na doutrina da Primeira Emenda. Ligamos a dissuasão ao medo e aos princípios da incerteza e da comparação de danos, para afirmar que é preferível o erro de sobreproteção à liberdade de expressão, do que o erro de subproteção.

16. Concebemos o efeito silenciador como aquele no qual o indivíduo sente-se dissuadido, autocensurando-se, em razão de sentir medo de praticar uma conduta lícita, por conta de um ato estatal ou particular, que indireta ou diretamente, afeta-o com dano ou ameaça de dano à sua liberdade de expressão.

Encerradas as conclusões dirigidas ao Capítulo 1, passemos às relacionadas ao Capítulo 2. Desde já é possível consignar que muitas vozes levantam-se para dizer que a estrutura do direito da liberdade de expressão é a mesma nos ambientes “online” e “offline”. Enfatizamos que, na busca de construir um aporte teórico que responda as questões do Capítulo 4, foi importante tratar especificamente de assuntos da Internet vinculados à liberdade de expressão, estando abaixo as conclusões:

17. A Internet não foi inicialmente desenhada para ter o nível de interação hoje existente. Não obstante, com a Web 2.0, isso passou a acontecer, aumentando exponencialmente a possibilidade de troca de informações e opiniões, em ambiente digital. A evolução da tecnologia fez com que muitos falassem para muitos, passando, cada vez mais, as pessoas a ser produtores e não apenas consumidores de informações e opiniões. Apesar da relevância para a evolução da cultura e da sabedoria, ficando a liberdade de expressão como forte canal a proteger tudo isso, a colisão com outros direitos fundamentais passou a ser certa.

18. Por sua vez, evidenciou-se por números a maior e progressiva presença da Internet na vida do brasileiro, tendo ultrapassado a metade da população, o que não impediu a constatação de deturpações quando comparados certos segmentos da sociedade, como, por exemplo, o urbano e o rural.

19. Além disso, os brasileiros foram considerados os que mais gastam horas nas chamadas redes sociais, utilizando, principalmente, o Facebook, o WhatsApp, o Messenger, o YouTube, o Instagram, o Google+, o Skype, o Twitter, o LinkedIn, o Snapchat e o Pinterest.

20. Características importantes da Internet foram destacadas, como o fator de aproximação e afastamento das pessoas, o que pode repercutir na polarização da sociedade, com consequência para a democracia; a possibilidade de servir de canal de comunicação global entre as pessoas; a ausência de uma autoridade central; o fácil armazenamento de dados, com captação, acumulação e utilização dos mesmos, ainda que não autorizadas, ocasionando certa vulneração e coisificação; a democratização no acesso à informação, conferindo paridade entre orador e ouvinte; a assunção do papel de ferramenta de emancipação, de transparência e de tutela contra ditaduras e opressões, por parte das redes sociais; e a possibilidade de se atuar em anonimato.

21. Debateremos a possibilidade de regulação da Internet. Considerando, como fizemos antes quando da análise sobre regulação da liberdade de expressão, que para se implementar eventual remoção de conteúdo da Internet, era preciso discutir a regulação desse universo, expusemos o olhar de quem afirma sua impossibilidade. Entretanto, firmamos opinião

favorável, sobretudo porque o mundo virtual nada mais é do que o real e transmissões são enviadas e recebidas em algum local físico particular, o que permite apontar para uma jurisdição. Ademais, a Internet possui características físicas, podendo as frequências e oscilações ser mensuradas. Os acontecimentos do mundo virtual respingam e geram consequências no mundo real. A comodificação e a ideia de propriedade daquele ambiente são uma realidade. Também o que se disse a respeito de democracia cultural e arquitetura da rede serviram de argumento. Do mesmo modo, o ideal de Internet aberta e um olhar diferente do princípio da separação nos permitiram defender a regulação da mesma. Na mesma lógica, a neutralidade de rede evidenciou uma sustentação a favorecer a regulação, assim como uma visão positiva de ação estatal, a promover a liberdade de expressão em favor de uma diversidade de opinião, nesse ambiente. Por fim, a universalidade da Internet e a abundância de assuntos autorizam uma regulação, para a descoberta do conteúdo valoroso.

22. Dentro da ideia de que tanto a liberdade de expressão, como a remoção de conteúdo se dão em algum lugar na Internet, foi preciso expor algumas noções do que se passa com os provedores de serviço de Internet. Assim, podemos concluir que a rede trabalha em camadas. Frente ao debate existente, o trabalho trouxe a visão de que existem as camadas física, lógica e de conteúdo; além da ótica de que, somadas as estas, há as camadas de protocolo e social.

23. Outra questão que dá margem a debates refere-se aos tipos de provedores. Consignamos algumas classificações adotadas e mencionamos a falta de uniformidade inclusive no seio do STJ. De todo modo, parece ter sido a categorização usada pela Min(a). Nancy Andrichi, no sentido de existirem os provedores de “backbone”, de acesso, de hospedagem, de informação, e de conteúdo, a mais utilizada.

24. Apresentamos a natureza, a partir do acima dito e de julgados do STJ, dos principais provedores em funcionamento no Brasil, Google e Facebook, já que ocorre em seus ambientes a maioria dos pedidos de remoção de conteúdo.

25. Trabalhamos as concepções de IP, assunto extremamente importante, para o tema do anonimato. Dissemos que o TCP/IP é um protocolo praticamente universal e usado pela Internet. O dispositivo ligado ao protocolo TCP/IP recebe um endereço IP. Os IPs podem ser público ou privado. Aquele é o que habilita o usuário o acesso direto à Internet, prescindindo-se de equipamento para distribuição de dados. Este permite que vários dispositivos utilizem o mesmo IP público, podendo, dentro de uma rede, equipamentos com IPs privados se comunicar, dependendo o alcance de endereços externos da utilização de um IP público.

26. Expusemos a noção de IPs fixos e dinâmicos. Assim, um provedor de acesso tem vários IPs e pode fornecer um IP a um só e mesmo usuário (IP fixo) ou a vários, conforme a disponibilidade e sem prévia fixação, recebendo-se, a cada acesso, um endereço IP distinto (IP dinâmico).

27. Para os fins do anonimato e dificuldade no rastreamento de uma pessoa, chamamos a atenção para a situação na qual um ambiente disponibiliza acesso público, sem fio e gratuito, à Internet, sem prévio cadastramento do usuário.

28. De vital importância também para o trabalho foi a noção sobre URL, já que uma das questões do Capítulo 4 foi vincular essa ferramenta à liberdade de expressão. Colocamos que o URL é o conjunto de caracteres identificadores de uma página. É por ele que uma página é individualizada, habilitando-se um navegador a acessar seu conteúdo.

29. Caracterizamos também o algoritmo, porque é a partir dele que decisões, pré-estabelecidas pelos provedores, são concretizadas. Não à toa, diz-se que o mesmo é um software, um programa de computador, que segue padrões de operação previamente fixados e que decide por um resultado, como a exclusão de um discurso na Internet.

Concluídas as principais compreensões do Capítulo 2, o trabalho laborou com a necessidade de expor como o Brasil, em termos de remoção de conteúdo da Internet, porta-se. Por isso, a seguir encontram-se as conclusões dentro de dois olhares, um voltado para dados quantitativos; e outro, para dados jurisprudenciais:

30. Com relação aos números do Brasil, no tema afeto à remoção de conteúdo da Internet, verificou-se que o país é um dos recordistas, em escala mundial. Tanto sobre os olhares das companhias de tecnologia da informação, quanto da imprensa, evidenciou-se que o brasileiro volta-se invariavelmente contra o discurso lançado na rede. Esta constatação é enxergada sob os dois prismas do fenômeno, vale dizer, quando o poder público (usualmente, o Poder Judiciário, o que, porém, não absolve os demais ramos de função) requer ou determina a exclusão de informação ou opinião e quando o próprio particular postula a derrubada junto ao provedor.

31. No tocante ao panorama da jurisprudência dos Tribunais Superiores, o trabalho se defrontou com quatro temas, justamente para que à frente, no Capítulo 4, fossem enfrentados os argumentos mais protetores da liberdade de expressão. Em relação à vedação ao anonimato e à utilidade do IP, pôde ser constatado que aquele é rechaçado pelos Tribunais Superiores à unanimidade, ou seja, se o orador é anônimo, a solução é a remoção de conteúdo. Em uma sequência lógica de raciocínio, estampamos que o STJ, antenado com a noção de IP, de modo

irrestrito buscou em suas decisões trazer ao público a lógica da localização e identificação dos usuários.

32. Com relação ao URL e sua exigência, para fins de remoção específica do conteúdo da Internet, historiamos a evolução da jurisprudência, principalmente do STJ, para apontar que hoje este Tribunal entende como imprescindível, por parte do interessado, o oferecimento do URL específico da postagem a ser derrubada.

33. Quanto a necessidade de decisão judicial para remoção de conteúdo da Internet, consignamos a jurisprudência assaz dividida do STJ. Vacilando entre a notificação extrajudicial e a necessidade de decisão judicial, a Corte, ao longo dos anos, foi apresentando soluções nem sempre uniformes. Não obstante, expressamos que o Tribunal mudou sua jurisprudência, com olhos na entrada em vigor do MCI, ao menos em relação à configuração da responsabilidade, e passou a adotar o sistema da notificação judicial.

34. O último tema jurisprudencial consignado foi o da imposição de fiscalização prévia, eis que matéria vizinha e anterior à de controle editorial prévio, por parte dos portais de notícias. O monitoramento prévio inicialmente foi alvo de acirrados debates, especialmente no STJ, tendo sido expressadas as posições a favor e contrária. Com o tempo, no entanto, foi possível verificar o apaziguamento da controvérsia, tendo sido firmado o entendimento pela impossibilidade, forte nos argumentos de viabilidade técnica, de não ser atividade intrínseca, de asfixia da liberdade de expressão e de cerceamento do auditório em sua liberdade de receber informações e opiniões.

Encerramos as conclusões do Capítulo 3. Todas as assertivas escritas para os três capítulos iniciais foram relevantes para apresentar, no Capítulo 4, descritivamente as questões a que nos debruçamos e as proposições que em nossa visão melhor solucionam as temáticas. É com este duplo enfoque, descritivo e propositivo, que as conclusões abaixo serão apresentadas por assuntos.

35. O primeiro item do Capítulo 4 tratou de abordar a questão do discurso anônimo na Internet. No desiderato de entregar uma visão diferenciada que não enxergasse o anonimato apenas como um inimigo, esse subcapítulo pontuou que:

35.a O Constituinte não pensou, ao debater o anonimato, no universo descortinado pela Internet, eis que os debates circunscreveram-se ao mundo da comunicação social, sobretudo a via impressa, sendo perceptível uma visão patrimonial, com a constante exaltação no sentido de viabilizar-se a responsabilização daquele que fala anonimamente.

35.b É possível afirmar que a norma constitucional inibitória, na mente do Constituinte, foi desenhada teleologicamente voltada a, no fundo, responsabilizar aquele que age em abuso do discurso, através dos meios de comunicação usuais, fora do universo digital, absolutamente desconhecido das discussões da época.

35.c Os debates sobre o tema não abordaram os valores fundantes da liberdade de expressão, o modo como o anonimato poderia ajudar as minorias, o “chilling effect”, o fato de a ofensa à imagem e à honra a alguém ser um problema de conteúdo do discurso, enquanto o anonimato, em verdade, é uma questão de forma do discurso, e a diferenciação entre orador auditório.

35.d Na procura da teleologia da vedação ao anonimato, buscou-se também a interpretação do STF. O Pretório Excelso, exceto vozes isoladas, ao longo da história, insiste em qualificar o discurso anônimo de moralmente deficitário, ofensivo e que deve ser impedido ante a irresponsabilidade que traduz.

35.e No Brasil, a vedação ao anonimato é uma norma constitucional proibitiva e limitadora da liberdade de expressão. Defendemos que a mesma é vestida como norma regra.

35.f Concluimos, então, que a teleologia da regra é possibilitar a responsabilização, devendo seu âmbito de abrangência ser este e a liberdade de pensamento.

35.g Para oferecer uma visão diferenciada, escolhemos a jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, com relação ao anonimato. Com ela, podemos apresentar um olhar distinto e que prima pela proteção do anonimato, no afã de melhor tutelar a própria liberdade de expressão.

35.h Se é claramente perceptível a possibilidade da existência de um discurso anônimo não abusivo, empenhamo-nos em defender a juridicidade do anônimo que livre discursa fatos e opiniões. E fizemos isso com a distinção entre anonimato e censura prévia; a inexistência de covardia, imoralidade ou falta de atributo heróico; o livre mercado de ideias e a busca pela verdade; a autorrealização do orador; o valor democrático político ou cultural; uma ótica voltada às vozes das minorias; a existência de uma sociedade assimétrica, economicamente e de força propriamente dita; e atenção voltada ao auditório.

35.i No campo do uso abusivo da liberdade de expressão, foi preciso trazer a noção de política do nome real e analisar se a ordem jurídica brasileira determina a vinculação entre IP e a identidade do orador. Concluimos que naquela hipótese há o pseudo anonimato e por isso a responsabilização da pessoa prescinde da vedação ao anonimato. Assim, esta não autorizaria a remoção de conteúdo. Não obstante, na segunda hipótese, sustentamos inexistir

determinação legal que vinculasse o IP à indubitável identificação de alguém. Desta forma, seria aplicável a proibição ao anonimato e esta legitimaria a remoção de conteúdo.

36. O segundo item do Capítulo 4 estudou o localizador de conteúdo na Internet e sua vinculação com a liberdade de expressão. Aqui, o trabalho buscou agregar argumentos de uma teoria da referida liberdade, na intenção de entregar mais proteção à mesma, podendo ser dito que:

36.a O localizador de conteúdo tem a missão de apontar o dedo para essa mensagem, publicação ou dado específico, de modo que ele, e somente ele, seja excluído do ambiente cibernético.

36.b Com relação à juridicidade do monitoramento prévio de conteúdo, passo anterior à remoção de conteúdo, o STJ, a partir de 2012, começou a sedimentar posição contrária, utilizando-se, em 2015, de argumento constitucional, o que se manteve até 2017. Utilizou-se, para tanto, dos seguintes fundamentos: o controle prévio atingiria a transmissão de dados em tempo real; o referido monitoramento não é atividade intrínseca ao serviço prestado; haveria asfixia da liberdade de expressão, com cerceamento do auditório no recebimento de seu direito à informação; estaria configurada a censura; a definição dos critérios que autorizariam o veto importaria em um subjetivismo muito grande; e seria temerário delegar o juízo de discricionariedade sobre o conteúdo dessas informações aos provedores.

36.c Apesar da posição do Tribunal Superior, o trabalho constatou que Cortes locais, mesmo depois de 2012, divergiram do referido pensamento.

36.d Com a superação da ideia de fiscalização prévia, a solução encontrada foi a de se promover a remoção de conteúdo já postado. Sua localização exata, então, é assunto de extrema relevância. Aí entra em cena a funcionalidade do URL. E foi a partir de 2015 que a jurisprudência do STJ se inclinou pela exigência em sua indicação, apaziguando forte debate na Corte.

36.e Ocorre que tal postura do STJ não foi acompanhada pelas Cortes locais, de forma uníssona, como demonstrou o trabalho. Frente a esse quadro, no segundo subcapítulo esforçamo-nos em trazer argumentos de forte conotação com a liberdade de expressão.

36.f No que se refere ao monitoramento prévio, concluímos haver violação à proibição de censura, no caso, privada ou pública e privada. Forte na ideia de posição preferencial; de presunção de vedação à censura; de ônus definitório, ônus argumentativo e ônus comprobatório; e de margem de tolerância concluímos que melhor protege a liberdade de expressão a remoção de conteúdo, quando este for o caso, e não o apontado monitoramento.

36.g Em relação ao URL, para fins de remoção, consignamos que a única forma de se localizar com precisão, certeza e segurança uma conta na internet é por meio do seu URL correto e específico, vez que a edição de textos e imagens, bem como a criação de contas semelhantes gera a impropriedade de localizar um conteúdo através de fotos ou “prints”. De igual modo, milhares de postagens, semelhantes ou não, podem existir em uma mesma página, perfil ou grupo, dentro de uma rede social, tornando a localização do conteúdo específico muito difícil. Além do mais, o URL é a característica mais barata de se obter e um dos recursos mais informativos, sendo curto, onipresente e responsável pelo conteúdo.

36.h Porque cada publicação possui apenas um URL, a liberdade de expressão reclama sua indicação, para efeito de remoção. Desta forma, concluímos que o mesmo protege o auditório e os demais oradores que não publicaram conteúdo ilícito; assim como o próprio orador que publicou conteúdo ilícito, com relação aos seus demais conteúdos, que, sem este mecanismo, poderiam também ser excluídos. Como o URL entrega clareza da publicação, o medo de derrubada de conteúdos lícitos não existirá, não tendo vez o efeito resfriador. O orador e o auditório terão confiança que sua liberdade de expressão mater-se-á íntegra e isso fomentará sempre mais o debate de ideias, o mercado de ideias.

36.i Por fim, debruçamo-nos na situação em que dentro da mesma página exista conteúdos lícito e ilícito. Propomos a seguinte solução. Caso seja possível, dentro do mesmo URL, identificar pessoas distintas e notificar o orador do conteúdo lícito, para que este insira o mesmo em outro URL, esta medida deverá ser levada a efeito, como método protetivo da liberdade de expressão. Salvaguardada a circulação de fato e opinião lícita, é o momento de derrubar o ilícito. Caso se tenha identificado que a mesma pessoa fez postagens lícitas e ilícitas, é o caso de notificá-la a agir como a pessoa acima oradora de conteúdo lícito, sendo interpretada a sua omissão, como subterfúgio em se utilizar da forte doutrina da liberdade de expressão para fins injurídicos. Nesta situação, a solução será a remoção de ambas as inserções. Por último, sendo impossível a identificação de quem fez postagens lícitas e ilícitas, e tendo já sido considerada a ilicitude da publicação e resolvida a decisão pela remoção, a execução deverá derrubar todo o URL.

37. No terceiro item do Capítulo 4 tratamos do árbitro que pode decidir a respeito da remoção de conteúdo da Internet. Assim, a questão é se é válida a notificação extrajudicial ou se é imprescindível uma decisão judicial. No mesmo espírito de olhar com cuidado para a liberdade de expressão, argumentamos que:

37.a O trabalho chamou a atenção para o fato de serem situações distintas a remoção de conteúdo da Internet e a responsabilização do provedor por não ter removido determinada publicação.

37.b Experiências estrangeiras não oferecem solução única para a questão. Às vezes, apenas afirmando que a remoção tem que ser ordenada por decisão judicial ou administrativa; às vezes, asseverando que o caráter insultante do discurso (ilicitude evidente) faz prescindir a notificação judicial, o direito comparado admite tanto a ordem judicial, como a notificação extrajudicial.

37.c Demonstrando a dificuldade do tema, entendemos importante trazer vários equívocos por parte dos dois modelos. Os exemplos estampados evidenciam que dificilmente é possível afirmar que um sistema é melhor que o outro. Conseguimos provar, no entanto, que os juízes e os provedores erram em quantidade.

37.d O passo seguinte foi descortinar a doutrina que promoveu a interpretação do art. 19, do MCI, diferenciando-as entre a necessidade de ordem judicial para remoção de conteúdo, e a remoção a partir de notificação judicial ou extrajudicial.

37.e Ao cabo da apresentação supra, oferecemos nosso ponto de vista na discussão da possibilidade de um provedor remover conteúdo, a partir de notificação extrajudicial. Defendemos a legitimidade de o provedor remover conteúdo, com duas ordens de argumentos: dimensão objetiva dos direitos fundamentais e eficácia horizontal direta e imediata destes direitos. Sobre a primeira perspectiva, foram ressaltados o dever de respeito, o dever de proteção e o dever de promoção. Pelo dever de proteção, consignamos que o legislador deve editar leis que protejam direitos fundamentais; e o juiz deve decidir da forma que melhor tutele os mesmos. Alvo deste dever, como destacamos, não é apenas o Estado, mas também o particular, aqui o provedor de serviço de Internet. Em ambiente digital, a tutela dos direitos fundamentais precisa ser célere, não podendo apenas a via judicial viabilizar a exclusão de conteúdo. Por isso, concluímos que no art. 19, do MCI, não se encontra uma vedação à remoção.

37.f Pela ideia de eficácia horizontal direta e imediata destes direitos, analisamos a assimetria existente no universo “online”. Entendemos importante destacar a autonomia privada e a relação triangular, em hipótese de ofensa na Internet, e escrevemos que o ofendido está em franca posição desfavorável, seja por uma assimetria econômica e tecnológica, com relação ao provedor, seja por uma assimetria social proporcionada pela tecnologia, com

relação ao ofensor, não podendo a autonomia funcionar como barreira ao argumento da apontada eficácia.

37.g Ainda no mesmo plano, para quem não se utiliza da lógica da assimetria, mas sim da “sinceridade no exercício da autonomia privada”, defendemos que, na atualidade, as pessoas precisam da Internet para realizar suas atividades diárias.

37.h Ignorar as constatações feitas pode ocasionar o efeito silenciador do discurso do próprio ofendido em sua honra, que não buscará mais o canal da Internet para dar vazão à sua liberdade de expressão.

37.i Ocorre que apenas entregar o poder de remover postagens na Internet aos provedores não é medida completa. Por isso, pensamos que tem o provedor o ônus argumentativo de explicar por qual razão derrubou determinado conteúdo. Para tanto e devido à necessária celeridade que o mundo “online” exige, propomos o parâmetro de conteúdo patentemente ofensivo, a ser previsto no termo de uso, a fim de legitimar a remoção por meio de notificação extrajudicial. A previsão em termo de uso daria exigibilidade necessária ao sistema.

38. No quarto e último item do Capítulo 4 enfrentamos tema novo que foi decidido pelo STJ e começa a ter repercussão nas justiças locais: a caracterização da parte interativa das mídias jornalísticas digitais. A questão foi saber como tratar os comentários inseridos instantaneamente por terceiros, em relação a uma notícia postada por um portal. Sempre com forte pensamento na liberdade de expressão, aduzimos que:

38.a O STJ posicionou-se pela necessidade de controle editorial prévio, a fim de concretizar um verdadeiro domínio do que pode ir ao ar, na referida interação, sob o argumento de que a atividade de tal tipo de companhia é o fornecimento de informação ao público.

38.b Para discordar do posicionamento da Corte, apontamos a confusão reinante e várias distinções doutrinárias entre provedor de conteúdo e provedor de informação.

38.c Com a intenção de afirmarmos a ilegitimidade de imposição de controle editorial prévio, o que desloca a solução, em casos de discurso ilícito, para a remoção de conteúdo inserido na parcela interativa dos portais de notícias, utilizamos dos seguintes argumentos:

38.c.(I) A imposição de controle editorial prévio, no tocante aos comentários postados por usuários, inverte a lógica de proteção à liberdade, emprestada pela ideia de posição preferencial reforçada, e ameaça o portal de notícias, por se ter entendido que o mesmo não bem efetuou o aludido controle.

38.c.(II) Além disso, o gasto financeiro por parte do portal e o monopólio da informação foram lembrados, pois aquele poderá levar ao fechamento do canal comunicativo, com o aumento do monopólio da informação.

38.c.(III) O referido controle pode também gerar uma transformação do debate amplo para um debate curto, ante a diminuição da figura do orador.

38.c.(IV) Igualmente, utilizamos da vedação à censura prévia, para afirmar a impossibilidade do aludido controle.

38.c.(V) O princípio da neutralidade de rede foi por nós levantado, com a lógica de se exigir a multiplicidade de oradores.

38.c.(VI) Servimo-nos da participação comunicativa, da ampliação da figura do orador e da maior alimentação do auditório, com fulcro nos valores da democracia política e cultural e da autorrealização, para explicar que a lógica correta não pode ser a de controle prévio.

38.c.(VII) De igual modo, para fugir da agenda ditada pelos veículos de notícia e para ampliar o mercado livre de ideias, o citado controle encontra empecilho.

38.c.(VIII) Com igual conotação, a tutela do ponto de vista do orador e o ingresso do discurso no mercado de ideias obstaculizam o acerto da decisão do STJ.

38.c.(IX) Mais um fundamento é a libertação dos filtros bolhas, já que um terceiro poderá postar nos comentários mencionados e permitir que novas ideias cheguem a um público blindado por notícias tendenciosas.

38.c.(X) Enxergamos a busca da verdade aqui um fator a combater as “fake news”, o que pode ser executado não pelo controle prévio, mas pelo livre fluxo de fatos e juízos.

38.c.(XI) A interação livre que defendemos gerará um “contraditório” e uma diminuição da subjetividade inerente à entrega da informação (liberdade de informação).

38.c.(XII) Utilizamos ainda do princípio da separação e da possibilidade de os usuários exercerem uma checagem do provedor, para rechaçar o controle prévio editorial.

38.c.(XIII) Explicamos também que o medo do portal em divisar o que é um discurso ilícito, pode ocasionar “chilling effect” no discurso dos oradores e, como consequência, uma diminuição de espaço para o auditório.

38.c.(XIV) Por último, arguimos a inobservância do dever de proporcionalidade, não enxergando o STJ que, entre se permitir a total omissão do portal de notícias e se impor o dever de controle prévio editorial, existe uma via intermediária que permite uma robusta interação, respeitando-se a liberdade de expressão, todavia controlável, *a posteriori*.

REFERÊNCIAS

ABREU, Giovanna; NICOLAU, Marcos. A estética do anonimato na Deep Web: a metáfora das máscaras e do homem invisível aplicada ao “submundo” da internet. *Culturas Midiáticas*, Ano VII, n. 12, jan.-jun. 2014.

ADLER, Julie. The Public's Burden in a Digital Age: Pressures on Intermediaries and the Privatization of Internet Censorship. *JL & Pol'y*, v. 20, 2011.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Versión castellana: Ernesto Garzón Valdés; Revisión: Ruth Zimmerling. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALLCOTT, Hunt; GENTZKOW, Matthew. Social Media and Fake News in the 2016 Election. *Journal of Economic Perspectives*, v. 31, n. 2, 2017.

ALMEIDA, Juliana Evangelista de. Responsabilidade civil dos provedores de serviços de Internet. *Revista de Direito Privado*, Ano 16, vol. 62, abr.-jun./2015.

AMMORI, Marvin. First Amendment Architecture. *Wis. L. Rev.*, 2012.

AMMORI, Marvin. The New New York Times: Free Speech Lawyering in the Age of Google and Twitter. *Harvard Law Review*, v. 127, 2014.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. A responsabilidade civil dos provedores de pesquisa via internet. A responsabilidade civil dos provedores de pesquisa via internet. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, vol. 78, nº 3, jul/set, 2012.

AQUINO JUNIOR, Geraldo Frazão de. A Responsabilidade Civil no âmbito do Marco Civil da Internet. *Revista dos Tribunais Nordeste*, v. 5, mai.-jun./2014.

ARGUELLES, Diego Werneck. LEAL, Fernando. Pragmatismo como [meta] teoria normativa da decisão judicial: caracterização, estratégia e implicações. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ARGYRO, Karanasiou P. Respecting Context: A New Deal for Free Speech in the Digital Era. *European Journal of Law and Technology*, v. 3, n. 3, 2012.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *RDA - Revista de Direito Administrativo*, v. 215, jan./mar. 1999.

AZPITARTE, Miguel. Libertad de expresión y jurisprudencia constitucional. El caso español. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos fundamentais, Informática e Comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BALKIN, Jack M. Cultural Democracy and the First Amendment. *Northwestern University Law Review*, v. 110, n. 5, 2016.

BALKIN, Jack M. Digital speech and democratic culture: A theory of freedom of expression for the information society. *NYUL rev.*, v. 79, 2004.

BALKIN, Jack M. How rights change: freedom of speech in the digital era. *Sydney L. Rev.*, v. 26, 2004.

BALKIN, Jack M. Information Fiduciaries and the First Amendment. *UC Davis L. Rev.*, v. 49, 2016.

BALKIN, Jack M. O Futuro da Liberdade de Expressão na era Digital. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Liberdade de Expressão no Século XXI*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

BALKIN, Jack M. Virtual Liberty: Freedom to Design and Freedom to Play in Virtual Worlds. *Virginia Law Review*. V. 90. 2014.

BARENDT, Eric. *Freedom of speech*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

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.

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. *RDA - Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 235, janeiro/março, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão, censura e controle da programação de televisão na Constituição de 1988. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*, 2ª edição, Tomo I. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª edição, revista e atualizada por Samantha Meyer-Plug. São Paulo: Malheiros, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. *Vigilância líquida: diálogos com David Lyon*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BAYKAN, Eda et al. Purely URL-Based Topic Classification. *WWW '09 Proceedings of the 18th International Conference on World Wide Web*. New York: ACM, 2009.

BENKLER, Yochai. From consumers to users: Shifting the deeper structures of regulation toward sustainable commons and user access. *Fed. Comm. LJ*, v. 52, 2000.

BERLIN, Isaiah. *Liberty. Incorporating Four Essays On Liberty*. Henry Hardy. Oxford: Oxford University Press, 2002.

BERMAN, Paul Schiff. *Law and Society Approaches to Cyberspace*. Burlington: Ashgate Publishing Limited, 2007.

BEZEMEK, Christoph. Behind a veil of obscurity-anonymity, encryption, free speech and privacy. *International Journal of Technology Policy and Law*, v. 3, n. 1, 2017.

BEZERRA, Márcia Fernandes. Apontamentos sobre o marco civil da internet. *JICEX*, v. 1, n. 1, 2014.

BINEMBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista Quaestio Iuris*, v. 1, n. 2, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. Meios de Comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa. As liberdades de expressão e de imprensa dos Estados Unidos e no Brasil. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, nº 5, fev-mar-abr/2006.

BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação, Regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BITELLI, Marcos Alberto Sant'Anna. A Lei 12.965/2014: o Marco Civil da internet. *Revista de Direito das Comunicações*, v. 7, jan.-jun./2014.

BORGESJUS, Frederik J. Zuiderveen et al. Should We Worry about Filter Bubbles?. *Internet Policy Review*, v. 5, n. 1, 2016.

BOSSUYT, Marc J. *Guide to the "travaux Préparatoires" of the International Covenant on Civil and Political Rights*. Dordrecht, Boston and Lancaster: Martinus Nijhoff Publishers, 1987.

BRANDEIS. Louis D. What Publicity Can Do? *Harper's Weekly*, 20 de dezembro de 1913.

BRASIL. IBGE. *Acesso à Internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal: 2011/IBGE*, Coordenação de Trabalho e Rendimento. Rio de Janeiro: IBGE, 2013.

BRASIL. IBGE. *Acesso à Internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal: 2013/IBGE*, Coordenação de Trabalho e Rendimento. Rio de Janeiro: IBGE, 2015.

BRASIL. IBGE. *Acesso à Internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal: 2014/IBGE*, Coordenação de Trabalho e Rendimento. – Rio de Janeiro: IBGE, 2016.

BRASIL. IBGE. *Acesso à Internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal: 2015/IBGE*, Coordenação de Trabalho e Rendimento. – Rio de Janeiro: IBGE, 2016.

BRECKHEIMER, Peter J. A haven for hate: the foreign and domestic implications of protecting Internet hate speech under the first amendment. *S. Cal. L. Rev.*, v. 75, 2001.

BRINK, David O.. Princípios de Millian, Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Liberdade de Expressão no Século XXI*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

BROWN, Ian. The Global Online Freedom Act. *Georgetown Journal of International Affairs*. V. 14, n. 1, 2013.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. *Direito Público*, nº 15, jan-fev-mar/2007.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou tutela do discurso do ódio? Uma controvérsia entre a Alemanha e os EUA. Tradução de Peter Naumann. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

CAHN, Edmond. The Firstness of the First Amendment. *The Yale Law Journal*, v. 65, n. 4, 1956.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes: vistos por um advogado*. Tradução, Eduardo Brandão. 1ª edição, 5ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CANES-WRONE, Brandice; DORF, Michael C. Measuring the chilling effect. *NYUL Rev.*, v. 90, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª edição. Coimbra: Almedina.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CGI.br. *Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação nos domicílios brasileiros* [livro eletrônico]: TIC domicílios 2015 = Survey on the use of information and communication technologies in brazilian households: ICT households 2015/Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR [editor]. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2016.

CHANDER, Anupam. Googling Freedom. *California Law Review*, vol. 99, n. 01, 2011.

CHANDER, Anupam. The Racist Algorithm?. *Michigan Law Review*, v. 115, n. 6, 2017.

CHANDER, Anupam; LÊ, Uyên P. Free Speech. *Iowa Law Review*, v. 100, n. 2, 2015.

CHINELLATO, Silmara J. de A.. Marco Civil da Internet e Direito Autoral: Responsabilidade Civil dos Provedores de Conteúdo. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). *Direito & Internet III—Tomo II: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014)*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

CHOI, Bryan H. The Anonymous Internet. *Maryland Law Review*, v. 72, n. 2, 2013.

COBIA, Jeffrey. The Digital Millennium Copyright Act Takedown Notice Procedure: Misuses, Abuses, and Shortcomings of the Process. *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, v. 10, n. 1, 2009.

COHEN-ALMAGOR, Raphael. In Internet's Way. In: FACKLER, Mark; FORTNER, Robert S. (eds.). *Ethics and Evil in the Public Sphere: media, universal values & global development*. New York: Hampton Press, 2010.

COHEN-ALMAGOR, Raphael. Internet Architecture, Freedom of Expression and Social Responsibility: Critical Realism and Proposals for a Better Future. *Innovation: The European Journal of Social Science Research*, (15 April 2015). DOI: 10.1080/13511610.2015.1025042. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2602005>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

COLAÇO, Hian Silva. Dimensão Internacional do Direito Humano ao Esquecimento Digital: Diálogo entre a Experiência Brasileira e Estrangeira. *Revista Jurídica Luso Brasileira – RJLB*, ano 2, nº 3, 2016 – Portugal, Lisboa: Publicação do Centro de Investigação de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (CIDP).

COLAÇO, Hian Silva. Responsabilidade civil dos provedores de Internet: diálogo entre a jurisprudência e o marco civil da Internet. *Revista dos Tribunais*, Ano 104, vol. 957, julho/2015.

COMPARATO, Fábio Konder. A democratização dos meios de comunicação de massa. *Revista USP*, nº 48, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. Para que o povo tenha enfim a palavra. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, nº 50, 2009.

CONWAY, Carol Elizabeth. Livre concorrência e Internet: A Importância da Neutralidade de Redes para o Contínuo Desenvolvimento da Web. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). *Direito & Internet III – Tomo II: Marco Civil da internet (Lei nº 12.965/2014)*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

DA SILVA, Virgílio Afonso. Anvisa e o controle do tabagismo. *RDA - Revista de Direito Administrativo*, v. 268, jan./abr. 2015.

DA SILVA, Virgílio Afonso. Direitos fundamentais e relações entre particulares. *Revista Direito GV*, v. 1, n. 1, 2005.

DA SILVEIRA, Ricardo et al. Direito ao Esquecimento frente à Hostilidade da Sociedade Superinformacional. *Periódico Científico Projeção, Direito e Sociedade*, v. 6, nº 2, 2015.

DA SILVEIRA, Sérgio Amadeu. Redes cibernéticas e tecnologias do anonimato. *Comunicação & Sociedade*, v. 30, n. 51, 2009.

DALY, Angela, *The Internet, and Rationales for Free Expression* (March 20, 2010). Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1600242> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1600242>>. Acesso em: 20 dez. 2016.

DE BARCELLOS, Ana Paula. 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. *DPU - Direito Público*, v. 11, n. 55, jan-fev/2014.

DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

DE CHUEIRI, Vera Karam; RAMOS, Diego Motta. Liberdade de expressão, constitucionalismo e democracia: meios de comunicação de massa e regulação. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 14, n. 104, 2013.

DE OLIVA, Afonso Carvalho. *Um Estudo do Caso Xuxa vs. Google Search (REsp 1.316.921): O Direito ao Esquecimento na Internet e o Superior Tribunal de Justiça*, trabalho apresentado no I Congresso Internacional de Direitos da Personalidade (ISBN 978-85-8084-723-9).

DEMASKE, Chris. *Modern power and free speech: Contemporary culture and issues of equality*. Laham: Lexington Books, 2009.

DENT, Chris; KENYON, Andrew T. Defamation Law's Chilling Effect: A Comparative Content Analysis of Australian and US Newspapers. *Media and Arts Law Review*, v. 9, n. 89, 2004.

DOLICH, Michael N. Alleging a first amendment chilling effect to create a Plaintiff's standing: a practical approach. *Drake L. Rev.*, v. 43, 1993.

DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução: Fernando Santos; revisão técnica: Alonso Reis Freire. - São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

EASTERBROOK, Frank H. Cyberspace and the Law of the Horse. *University of Chicago Legal Forum*. 1996.

ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança: Uma Teoria do Controle Judicial de Constitucionalidade*. Tradução Juliana Lemos; revisão técnica Alonso Reis Freire; revisão da tradução e texto final Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

ENCABO, Manuel Núñez. Europa y EEUU: dos conceptos divergentes de la libertad de expresión. *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, v. 9, 2008.

FETZER, Thomas; YOO, Christopher S. New Technologies and Constitutional Law. *Public Law and Legal Theory Research Paper Series Research Paper No. 13-30*. 2012. Ou FETZER, Thomas; YOO, Christopher S. New technologies and constitutional law. In: TUSHNET,

Mark; FLEINER, Thomas; SAUNDERS, Cheryl (eds.). *Routledge Handbook of Constitutional Law*. London and New York: Routledge Taylor & Francis Group, 2013.

FISS, Owen M. *A Ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Tradução e prefácio de Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FISS, Owen M. Free speech and social structure. *Iowa L. Rev.*, v. 71, 1986.

FISS, Owen M. Objectivity and interpretation. *Stanford Law Review*, vol. 34, April 1982.

FISS, Owen M. Why the state?. *Harvard Law Review*, v. 100, n. 4, 1987.

FORGIONI, Paula A.; MIURA, Maira Yuriko Rocha. O princípio da Neutralidade e o Marco Civil da Internet no Brasil. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). *Direito & Internet III – Tomo II: Marco Civil da internet (Lei nº 12.965/2014)*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

FRASER, Nancy. Social justice in the age of identity politics: Redistribution, recognition, and participation. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or recognition?: a political-philosophical exchange*. Translated by Joel Golb, James Ingram and Christiane Wilke. London-New York: Verso, 2003.

FROOMKIN, A. Michael. From Anonymity to Identification. *Journal of Self-Regulation and Regulation*, v. 1, 2015.

FROOMKIN, A. Michael. Lessons Learned Too Well: Anonymity in a Time of Surveillance. *Ariz. L. Rev.*, v. 59, 2017.

FURA, Elisabet; KLAMBERG, Mark. The Chilling Effect of Counter-Terrorism Measures: A Comparative Analysis of Electronic Surveillance Laws in Europe and the USA. 2012. In: CASADEVALL, Josep; MYJER, Egbert; O'BOYLE, Michael (editors). *Freedom of Expression – Essays in honour of Nicolas Bratza – President of the European Court of Human Rights*. Oisterwijk: Wolf Legal Publishers, 2012.

FURTADO, Gabriel Rocha. O marco civil da Internet: a construção da cidadania virtual. In: SCHREIBER, Anderson (coord.). *Direito e Mídia*. São Paulo: Atlas, 2013.

GARCÍA, Aristeo. El derecho al olvido digital de los políticos en el Estado de México: análisis y propuesta desde una perspectiva comparada. *Apuntes Electorales*, nº 52, 2015.

GARCIA, Emerson. *Conflito entre normas constitucionais: esboço de uma teoria geral*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

GARCIA, Rebeca. Marco civil da internet no Brasil: repercussões e perspectivas. *Revista dos Tribunais*, Ano 105, vol. 964, fev./2016.

GAUGHAN, Anthony J. Illiberal Democracy: The Toxic Mix of Fake News, Hyperpolarization, and Partisan Election Administration. *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy*, v. 12, n. 3, 2017.

GILLMAN, Howard. Preferred Freedoms: The Progressive Expansion of State Power and the Rise of Modern Civil Liberties Jurisprudence. *Political Research Quarterly*, v. 47, n. 3, 1994.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Uma Análise Crítica da Responsabilidade Civil dos Provedores na Lei nº 12.965/14 (Marco Civil da Internet). In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). *Direito & Internet III–Tomo II: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014)*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

GODWIN, Mike. *Cyber rights: Defending free speech in the digital age*. Cambridge and London: MIT Press, 2003.

GOEMANS, Caroline; DUMORTIER, Jos. Mandatory retention of traffic data in the EU: possible impact on privacy and on-line anonymity. 2002 (Disponível em: <<http://www.law.kuleuven.be/citip/en/docs/publications/440retention-of-traffic-data-dumortier-goemans2f90.pdf>>. Acesso em: 24 ago. 2017).

GRIMM, Dieter. The role of fundamental rights after sixty-five years of constitutional jurisprudence in Germany. *International Journal of Constitutional Law*, v. 13, n. 1, 2015.

HERNÁNDEZ RAMOS, Mario. El derecho al olvido digital en la web 2.0. *Cuaderno Red de Cátedras Telefónica*, nº 11, 2013.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20ª edição alemã: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

HILL QC, Lord Lester of Herne. Free Speech Today. *XXXIII POLISH Yearbook of International Law 2013*, Warsaw: Wydawnictwo Naukowe Scholar, 2014.

HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

KAMINSKI, Margot. Real Masks and Real Name Policies: Applying Anti-Mask Case Law to Anonymous Online Speech. *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. LJ*, v. 23, 2013.

KAMINSKI, Margot E.; WITNOV, Shane. The Conforming Effect: First Amendment Implications of Surveillance, beyond Chilling Speech. *U. Rich. L. Rev.*, v. 49, 2014.

KAN, Min-Yen; THI, Hoang Oanh Nguyen. Fast webpage classification using URL features. The National University of Singapore; School of Computing. 2005. Disponível em: <https://www-new.comp.nus.edu.sg/~kanmy/papers/nustrc8_05.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2017.

KENDRICK, Leslie. Speech, Intent and the Chilling Effect. *William & Mary Law Review*, V. 54, 2013.

KENYON, Andrew T. Investigating Chilling Effects: News Media and Public Speech in Malaysia, Singapore, and Australia. *International Journal of Communication*, v. 4, 2010.

KIM, Jae Young. *Sorting Out Deregulation: Protecting Free Speech and Internet Access in the United States, Germany, and Japan*. New York: LFB Scholarly Publishing LLC, 2002.

KLEIN, David O.; WUELLER, Joshua R. Fake News: A Legal Perspective. *Journal of Internet Law*, v. 20, n. 10, abril de 2017.

KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. As liberdades de expressão e de imprensa da jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LAMB, Jason M. The Digital Divide: Free Expression, Technology and a Fair Democracy (March 20, 2013). Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2245072>> ou <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2245072>>. Acesso em: 28 dez. 2016.

LAMPARELLO, Adam. The Internet is the New Marketplace of Ideas: Why Riley v. California Supports Net Neutrality. *DePaul J. Art Tech. & Intell. Prop. L.*, v. 25, 2014.
LE, Anh; MARKOPOULOU, Athina; FALOUTSOS, Michalis. PhishDef: URL Names Say It All. 2010. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/6cb9/8992cba5f0e0cca19526ee70c496b783bcbb.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2017.

LEE, Jyh-An; LIU, Ching-Yi. Real-name registration rules and the fading digital anonymity in China. *Washington International Law Journal*, v. 25, n. 1, 2016.

LE MOS, Ronaldo; SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; BRANCO, Sérgio. Responsabilidade civil na internet: uma breve reflexão sobre a experiência brasileira e norte-americana. *Revista de Direito das Comunicações*, Ano 1, n. 1, jan.-jun./2010.

LEONARDI, Marcel. Internet e regulação: o bom exemplo do Marco Civil da Internet. *Revista do Advogado*, Ano XXXII, n. 115, abril de 2012.

LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005.

LEONARDI, Marcel. *Tutela e privacidade na internet*. São Paulo: Saraiva, 2011.

LESSIG, Lawrence. The law of the horse: What cyberlaw might teach. *Harvard law review*, v. 113, n. 2, 1999.

LEWIS, Dustin Andrew; BLUM, Gabriella; MODIRZADEH, Naz Khatoon. *War-Algorithm Accountability*. Harvard Law School Program on International Law and Armed Conflict; Research Briefing, 2016.

LIDSKY, Lyrrisa Barnett. Anonymity in cyberspace: What can we learn from John Doe. *BCL Rev.*, v. 50, 2009.

LIMA, Erik Noleta Kirk Palma. Direito ao esquecimento: discussão européia e sua repercussão no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, v. 50, nº 199, jul./set. 2013, 07/2013.

LIMA, Glaydson de Farias. *Manual de direito digital: fundamentos, legislação e jurisprudência*, 1ª edição. Curitiba: Appris, 2016.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade de expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Coimbra: Universidade de Coimbra. Coimbra editora, 2002.

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

MAIA, Daniel. *Liberdade de expressão nas redes sociais*, 1ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MARCON, João Paulo Falavinha; DIAS, Thais Pereira. DeepWeb: O lado sombrio da Internet. *Conjuntura Global*, v. 3, n. 4, out./dez. 2014.

MARDER, Ben et al. The extended ‘chilling’ effect of Facebook: The cold reality of ubiquitous social networking. *Computers in Human Behavior*, v. 60, 2016.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. Hierarquização de direitos fundamentais: a doutrina da posição preferencial na jurisprudência da Suprema Corte Norte-americana. *Revista Sequência*, n. 48, 2004.

MARTIN, Jason A.; FARGO, Anthony L. Anonymity as a Legal Right: Where and Why It Matters. *North Carolina Journal of Law & Technology*, v. 16, n. 2, 2015.

MASON, Alpheus Thomas. The Core of Free Government, 1938-40: Mr. Justice Stone and "Preferred Freedoms". *The Yale Law Journal*, v. 65, n. 5, 1956.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. *Delete: The virtue of forgetting in the digital age*. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2011.

MAYER-SCHONBERGER, Victor; FOSTER, Teree E. A regulatory web: free speech and the global information infrastructure. *Mich. Telecomm. & Tech. L. Rev.*, v. 3, 1996.

MCDONALD, Barry P. Censorship and the Media: A Foreword. *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, v. 25, 2011.

MCKAY, Robert B. The Preference for Freedom. *NyUL Rev.*, v. 34, 1959.

MCNEALY, Jasmine. A Textual Analysis of the Influence of McIntyre v. Ohio Elections Commission in Cases Involving Anonymous Online Commenters. *First Amend. L. Rev.*, v. 11, 2012.

MEIKLEJOHN, Alexander. *Free speech and its relation to self-government*. New York: Harper & Brothers Publishers, 1948.

MEIKLEJOHN, Alexander. The First Amendment is an absolute. *The Supreme Court Review*, v. 1961, 1961.

MENDEL, Toby; SALOMON, Eve. Liberdade de expressão e regulação da radiodifusão. *Série Debates CI*, v. 8, fev/2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MILL, John Stuart. *On Liberty*. Auckland: The Floating Press, 2009.

MULHOLLAND, Caitlin. Responsabilidade civil indireta dos provedores de serviço de internet e sua regulação no marco civil da internet. In: CELLA, José Renato Gaziero; ROVER, Aires José; DO NASCIMENTO, Valéria Ribas (coord.). Organização CONPEDI/UFS. *Direito e Novas Tecnologias*. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

MURPHY, James. Free Speech and the Internet: “The Future of First Amendment Jurisprudence”. *Law School Student Scholarship*, Paper 845, 2016.

NETANEL, Neil Weinstock. Cyberspace 2.0. *Tex. L. Rev.*, v. 79, 2000.

NOVAIS, Jorge Reis. Os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (org.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2007.

NUSSBAUM, Martha C. Capabilities and human rights. *Fordham L. Rev.*, v. 66, 1997.

NUSSBAUM, Martha C. *Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. Tradução de Susana de Castro. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

O’NEIL, Cathy. *Weapons of Math Destruction: How big data increases inequality and threatens democracy*. New York: Crown, 2016.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. Aspectos principais da Lei n. 12.965, de 2014, o Marco Civil da Internet: subsídios à comunidade jurídica. *Revista de Direito das Comunicações*, v. 7, jan.-jun./2014.

PARISER, Eli. *The filter bubble: What the Internet is hiding from you*. New York: The Penguin Press, 2011.

PARK, Chang Sup. Online speech and democratic culture: a comparison of freedom of online speech between South Korea and the United States. *Asian Journal of Communication*, 2016.

PASQUALE, Frank. *The black box society: The secret algorithms that control money and information*. Cambridge and London: Harvard University Press, 2015.

PAZZINATTO, Carlos Henrique; DE ALMENDRA FREITAS, Cinthia Obladen. O direito ao esquecimento frente aos mecanismos de memória eterna. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 13, nº 17, 2016.

PECK, Robert S. *Libraries, The First Amendment, and Cyberspace: What you need to know*. Chicago and London: American Library Association, 2000.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREL, Maayan; ELKIN-KOREN, Niva. Accountability in Algorithmic Copyright Enforcement. *Stan. Tech. L. Rev.*, v. 19, 2016.

POLLICINO, Oreste. European Judicial Dialogue and the Protection of Fundamental Rights in the New Digital Environment: An Attempt at Emancipation and Reconciliation: The Case of Freedom of Speech. In: MORANO-FOADI, Sonia; VICKERS, Lucy (Eds.). *Fundamental Rights In The EU. A Matter Of Two Courts*. Oxford: Hart Publishing, 2015.

POST, Robert. Participatory Democracy and Free Speech. *Virginia Law Review*, v. 97, n. 03, 2011.

POST, Robert. Participatory Democracy as a Theory of Free Speech: A Reply. *Virginia Law Review*, v. 97, n. 03, 2011.

RAMOS, Pedro Henrique Soares. O Marco Civil e a Importância da Neutralidade da Rede: Evidências Empíricas no Brasil. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). *Direito & Internet III – Tomo II: Marco Civil da internet (Lei nº 12.965/2014)*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Responsabilidade civil e Internet: problemas de qualificação e classificação de conflitos nas redes sociais. In: ANDRIGUI, Fátima Nancy (coord.). *Responsabilidade civil e inadimplemento no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2014.

ROGAL, Laura. Anonymity in social media. *Phoenix L. Rev.*, v. 7, 2013.

ROIG, Jorge R. Decoding First Amendment Coverage of Computer Source Code in the Age of YouTube, Facebook and the Arab Spring. *NYU Annual Survey of American Law*, v. 68, n. 2, 2012.

ROWBOTTOM, Jacob H. In the Shadow of the Big Media: Freedom of Expression, Participation and the Production of Knowledge Online. *Public Law Forthcoming; Oxford Legal Studies Research Paper No. 10/2014*. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2383901>>. Acesso em: 19 dez. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4ª ed. ampl., incluindo novo capítulo sobre princípios fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do “Hate Speech”. In: SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. 1ª edição. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SARMENTO, Daniel. Comentários ao artigo 5º, IV. In: CANOTILHO, JJ Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana; conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Forum, 2016.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. In: SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARMENTO, Daniel. *Liberdades comunicativas e ‘direito ao esquecimento’ na ordem constitucional brasileira*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/2/art20150213-09.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2016.

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

SCHAUER, Frederick. Liberdade de Expressão em Decisões na Europa e nos Estados Unidos: Um Estudo de Caso na Arquitetura Constitucional Comparada. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Liberdade de Expressão no Século XXI*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

SCHAUER, Frederick. The Second-Best First Amendment. *Wm. & Mary L. Rev.*, v. 31, 1989.

SCHREIBER, Simone. Liberdade de Expressão: Justificativa Teórica e a Doutrina da Posição Preferencial no Ordenamento Jurídico. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*. São Paulo: Renovar, 2007.

SEDLER, Robert A.. Um Ensaio sobre a Liberdade de Expressão: Os Estados Unidos versus o Resto do Mundo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Liberdade de Expressão no Século XXI*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

SELTZER, Wendy. Free speech unmoored in copyright's safe harbor: Chilling effects of the DMCA on the first amendment. *Harvard Journal of Law & Technology*. v. 24, 2010.

SELTZER, Wendy. The Politics of Internet Control and Delegated Censorship. *The American Society of International Law, Berkman Center Research Publication No. 2008-3*, 2008.

SHAPIRO, Martin. Judicial Modesty Political Reality and Preferred Position. *Cornell Law Quarterly*, v. 47, 1962.

SIDHU, Dawinder S. The Chilling Effect of Government Surveillance Programs on the Use of the Internet by Muslim-Americans. *University of Maryland Law Journal of Race, Religion, Gender and Class*, v. 7, n. 2, 2007.

SKINNER, Quentin. A third concept of liberty. *Proceedings of the British Academy*. Oxford: Oxford University Press, v.117, 2002.

SOLOVE, Daniel J. Reconstructing electronic surveillance law. *Geo. Wash. L. Rev.*, v. 72, 2004.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. As cinco faces da proteção à liberdade de expressão no Marco Civil da Internet. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). *Direito & Internet III – Tomo II: Marco Civil da internet (Lei nº 12.965/2014)*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. O algoritmo do Facebook e seus três paradoxos. Disponível em: <<https://feed.itsrio.org/o-algoritmo-do-facebook-e-seus-tr%C3%AAs-paradoxos-445cbd3585f7>>. Acesso em: 07 jul. 2017.

SOUZA, Carlos Affonso; PADRÃO, Vinicius. Quem lê tanta notícia (falsa)? Entendendo o combate contra as “fake news”. Disponível em: <<https://itsrio.org/pt/publicacoes/quem-le-tanta-noticia-falsa/>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; BOTTINO, Celina; PADRÃO, Vinicius. Quem será o relator da Lava Jato? Pergunte ao algoritmo. Disponível em: <<https://feed.itsrio.org/quem-ser%C3%A1-o-relator-da-lava-jato-pergunte-ao-algoritmo-d1dd3f88c59d>>. Acesso em: 07 jul. 2017.

SUNSTEIN, Cass R. "She Said What?" "He Did That?" Believing False Rumors. *Harvard Law School, Harvard Public Law Working Paper n. 08-56*, 2008.

SUNSTEIN, Cass R. Porque as sociedades precisam de dissenso. Tradução de Marçal Justen Filho. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 4, n. 13, jan./mar. 2006. Tradução da Introdução e parte do Capítulo I da obra *Why Societies Need Dissent*. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=34597>>. Acesso em: 3 mar. 2010.

SUNSTEIN, Cass R. *# Republic: Divided Democracy in the Age of Social Media*. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2017.

SUNSTEIN, Cass R. *Republic.com 2.0*. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2009.

TEFFÉ, Chiara Antonia Spadaccini de. Responsabilidade civil e liberdade de expressão no marco civil da Internet: a responsabilidade civil dos provedores por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. *Revista de Direito Privado*, Ano 16, vol. 63, jul.-set./2015.

THOMPSON, Marcelo. Marco civil ou demarcação de direitos? Democracia, razoabilidade e as fendas na internet do Brasil. *RDA - Revista de Direito Administrativo*, v. 261, set./dez. 2012.

TRAVIS, Hannibal. Of Blogs, eBooks, and Broadband: Access to Digital Media as a First Amendment Right. *Hofstra Law Review*, Vol. 35, 2007.

TSESIS, Alexander. Hate in cyberspace: Regulating hate speech on the Internet. *San Diego L. Rev.*, v. 38, 2001.

UBANGHA, Choice. Hate Speech in Cyberspace: Why Education is Better than Regulation. 2016, pp. 09-12. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2865053>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

VERSTRAETE, Mark; BAMBAUER, Derek E.; BAMBAUER, Jane R. Identifying and Countering Fake News. *Arizona Legal Studies Discussion Paper No. 17-15*, 2017.

WIEBE, Brandon. Adopting a Universal Standard for Unmasking Anonymous File Sharers. 2013 (Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2699181>>. Acesso em: 25 mar. 2017).

WOAN, Sunny. The Blogosphere: Past, Present, and Future. Preserving the Unfettered Development of Alternative Journalism. *California Western Law Review*, v. 44, 2008.

WU, Tim. *The master switch: The rise and fall of information empires*. New York: Vintage Book, 2011.

ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo. Anonymous speech on the Internet. In: KOLTAY, András (ed.). *Media Freedom and Regulation in the New Media World*. Budapest: Wolters Kluwer, CompLex, 2014.

ZITTRAIN, Jonathan L. *The future of the internet - and how to stop it*. New Haven & London: Yale University Press, 2008.