



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA

LUKAS TOSCANO MONTENEGRO DE MORAIS

**POSSÍVEL LESÃO AO DIREITO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO PROPICIADA
PELA SUPERFICIALIDADE DA LEI N. 12.965/14**

JOÃO PESSOA

2021

LUKAS TOSCANO MONTENEGRO DE MORAIS

**POSSÍVEL LESÃO AO DIREITO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO PROPICIADA
PELA SUPERFICIALIDADE DA LEI N. 12.965/14**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^ª. Dr.^a Marília Vilhena

JOÃO PESSOA

2021

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

M827p Morais, Lukas Toscano Montenegro de.

Possível lesão ao direito de liberdade de expressão propiciada pela superficialidade da lei n. 12.965/14 / Lukas Toscano Montenegro de Morais. - João Pessoa, 2021.

60 f.

Orientação: Marília Marques Rego Vilhena.
Monografia (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. Liberdade de expressão. 2. Discurso de ódio. 3. Redes sociais. 4. Lei n. 12.965/14. 5. Decisão judicial. I. Vilhena, Marília Marques Rego. II. Título.

UFPB/CCJ

CDU 34

LUKAS TOSCANO MONTENEGRO DE MORAIS

**POSSÍVEL LESÃO AO DIREITO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO PROPICIADA
PELA SUPERFICIALIDADE DA LEI N. 12.965/14**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^ª. Dr.^ª Marília Vilhena

Data de aprovação: ___/___/___

Banca Examinadora

Prof^ª. Dr.^ª Marília Vilhena

Orientadora – Presidente da Banca Examinadora

Prof. Dr. Delosmar Domingos De Mendonca Junior

Examinador Interno

Prof. Dr. Martsung Formiga Cavalcante e Rodovalho de Alencar

Examinador(a) Interno(a)

Dedico este trabalho a Deus, pela sua eterna misericórdia;

A Maria, Mãe de Deus e nossa Mãe Santíssima;

A Marcella, minha noiva, por me inspirar a coragem e me imbuir da fé;

À minha mãe, Jacklena, por ter-me legado o senso de justiça, sem o qual não resistiria a um mundo onde tudo em volta induz à loucura e ao relativismo irrestrito;

Ao meu pai, Fabrício, exemplo ímpar de serviço, de bondade, de amor e de sacrifício pela família, fora dos quais não existe dignidade.

Todos os dias da minha vida, pedirei a Deus que, chegada a hora, tome para Si essas amadas almas, já que, ao fim e ao cabo, só dois momentos importam: o agora e a hora da nossa morte.

AGRADECIMENTOS

À minha orientadora, Prof^a Dr^a Marília Vilhena, pela paciência e pela serenidade no acompanhamento deste trabalho.

À Prof^a Me. Luíze Êmile, pela disposição em ter-me apontado ajustes fundamentais à composição e à conclusão do estudo.

A Filipe Valerim, a Lucas Ferrugem e a Kim Holmes, pela contribuição especialíssima no delineamento das ascensões e das quedas da liberdade de expressão ao longo da História.

Ao Professor Olavo de Carvalho, principalmente, pelo ensinamento de que jamais devemos aceitar termos abstratos enquanto não formos capazes de trocá-los em entidades concretas; ideia imprescindível à percepção do problema desta pesquisa.

Aos meus já quase ex-colegas de curso, Guilherme, Rafaela, Naara e Sara, pelo companheirismo de imensa valia ao longo desta graduação.

Não haverá lealdade, exceto a lealdade ao partido. Mas sempre haverá a intoxicação pelo poder. Sempre, a cada momento, haverá a ansiedade da vitória, a sensação de atropelar um inimigo desamparado. Se você quer uma foto do futuro: imagine uma bota estampada em um rosto humano... para sempre. A moral a ser extraída deste pesadelo perigoso é simples: não deixe isso acontecer. Depende de você.

(George Orwell)

RESUMO

O estudo em tela tem como objetivo a análise do direito de liberdade de expressão no contexto das redes sociais, segundo o ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, a pesquisa visa responder o seguinte questionamento: Em que medida a superficialidade da lei nº 12.965/14 – ao restringir sua referência à liberdade de expressão apenas para consagrá-la como fundamento do uso da internet no Brasil – propicia lesão a esse direito por parte dos detentores dos atuais meios de comunicação social? Como hipótese, tem-se que a superficialidade da lei 12.965/14 propicia lesão ao direito de liberdade de expressão, no momento em que não estabelece sanção ao provedor de rede social *online* o qual proceder com a exclusão de conteúdos e de perfis desprovido de ordem judicial que o respalde. No que concerne à metodologia, trata-se de um estudo qualitativo, que se classifica, quanto método de abordagem, como dedutivo; quanto ao objetivo, como exploratório; e quanto à técnica, como bibliográfico e documental. No tocante à estrutura, inicialmente será delineado o contexto histórico e as percepções doutrinárias e jurisprudenciais a respeito da liberdade de expressão; para, após, demonstrando a natureza de praça pública das redes sociais, apontar as mudanças provocadas no exercício social desse direito e a consequente necessidade de reanálise do tratamento legal que lhe é dispensado. Em seguida, avaliar-se-á a suficiência do Marco Civil da Internet, para, em conformidade com a atribuição constitucional plasmada nos incisos IV e LIV do art. 5º, preservar a eficácia horizontal desse direito, inclusive, no universo digital brasileiro. Ao final, resgatar-se-á a noção de imprescindibilidade de ordem judicial prévia a qualquer relativização da liberdade de manifestação do pensamento, para, com isso, demonstrar que a superficialidade da lei 12.965/14 propicia a extenuação da eficácia horizontal do direito fundamental assegurado, explicitamente, pelo art. 5º, IV, da Constituição Federal do Brasil.

Palavras-chave: Liberdade de expressão. Discurso de ódio. Redes sociais. Lei n. 12.965/14. Decisão judicial.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the right to freedom of speech in the context of social networks, according to the Brazilian legal system. In this regard, the research aims to answer the following question: To what extent does the superficiality of Law No. 12.965/14 - by restricting its reference to freedom of expression only to enshrine it as a foundation for internet use in Brazil - enables holders of current media to undertake this right? As a hypothesis, it is assumed that the superficiality of Law 12.965/14 propitiates injury against the right to freedom of expression, at the time it does not sanction the online social network provider which proceeds with the exclusion of content and profiles devoid of order court that backs it up. Methodologically, this is a qualitative study, which is classified, as an approach method, as deductive; as to the objective, as exploratory; and as for the technique, such as bibliographic and documental. With regard to the structure, the historical context and the doctrinal and jurisprudential perceptions regarding freedom of expression will be initially outlined; and then, demonstrating the public square's nature of the social networks, to point out the changes caused in the social exercise of this right and the consequent need for reanalysis of the legal treatment given to this legal asset. Then, the sufficiency of the law no. 12.965-14 will be assessed, in order to the accordance with the constitutional attribution set out in items IV and LIV of art. 5th, to preserve the horizontal effectiveness of this right, including in the Brazilian digital universe. In the end, the notion of the indispensability of a court order prior to any relativization of the freedom of speech will be rescued, in order to demonstrate that the superficiality of Law 12.965/14 provides for the exhaustion of the horizontal effectiveness of that fundamental right, explicitly guaranteed by art. 5, IV, of the Federal Constitution of Brazil.

Keywords: Freedom of Speech. Hate speech. Social Networks. Law no. 12.965-14. Court order.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 CONTEXTO HISTÓRICO DO DIREITO DE LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DE PENSAMENTO E AS POSSIBILIDADES DE SUA RELATIVIZAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	12
2.1 COMPREENSÃO DO DIREITO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO A PARTIR DO SEU CONTEXTO HISTÓRICO	12
2.2 CONCEPÇÃO DOUTRINÁRIA SOBRE A EFICÁCIA DO DIREITO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E AS MUDANÇAS OCORRIDAS COM O ADVENTO DO CONCEITO DE “DISCURSO DE ÓDIO”	21
3 O ADVENTO DAS REDES SOCIAIS COMO NOVAS PRAÇAS PÚBLICAS E A NECESSIDADE DE REANÁLISE DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....	28
3.1 NATUREZA DE PRAÇA PÚBLICA DAS REDES SOCIAIS.....	28
3.2 CONTROVÉRSIAS DECORRENTES DO MOVIMENTO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL.....	30
3.3 ACONTECIMENTOS DO SÉCULO XXI PERTINENTES À LEITURA DO MARCO CIVIL DA INTERNET	34
4 IMBRÓGLIOS JURÍDICOS DECORRENTES DA SUPERFICIALIDADE DA LEI 12.965/14 E PRÁTICAS JÁ MANTIDAS PELAS REDES SOCIAIS.....	40
4.1 TEMAS SUBMETIDOS AO REGIME DE REPERCUSSÃO GERAL OS QUAIS PODEM AFETAR A INTERPRETAÇÃO DO ART. 19 DA LEI 12.965/14.....	40
4.2 A HIERARQUIA DE VALORES IMPLÍCITA NA LEI 12.965/14 E SEU SILÊNCIO QUANTO À POSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DE CONTEÚDO SEM O RESPALDO DE ORDEM JUDICIAL PRÉVIA. PRÁTICAS JÁ MANTIDAS PELAS REDES SOCIAIS	44
4.3 A INDISTINÇÃO NO TRATAMENTO LEGAL ÀS DIFERENTES ESPÉCIES DE PROVEDORAS DE APLICAÇÕES DE INTERNET	48
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	53
REFERÊNCIAS.....	55

1 INTRODUÇÃO

A liberdade de expressão é a única forma possível de, perante um aparente conflito de valores em concreto, fazer com que dois elementos ambivalentes e opostos por natureza sejam ouvidos, entendidos e refletidos; para, após, começar-se a se esboçar uma solução para o dilema que estiver em tela.

E o modo como o constituinte brasileiro, em 1988, escolheu garantir esse bem foi, por certo aspecto, assaz mais previdente que a postura adotada em outras Constituições, inclusive, mais liberais; pois estampou-se, no texto, a horizontalidade da eficácia desse direito fundamental.

A saber, a Constituição brasileira não é liberal como a estado-unidense, cuja Primeira Emenda é taxativa ao dispor que “O Congresso não criará nenhuma lei [...] restringindo a liberdade de palavra ou de imprensa” (MORRIS, 1964). No art. 5º da Constituição Brasileira, conquanto se preveja a inviolabilidade da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, garante-se que “é livre a manifestação de pensamento, sendo vedado o anonimato”.

Por ser assim, vê-se que o Legislativo brasileiro, ao elaborar o Marco Civil da Internet, olvidou que, na era digital e globalizada, a figura estatal perdeu a exclusividade na ameaça a esse bem jurídico; de modo que, se outrora uma legislação garantista se concentraria em obrigar um comportamento negativo por parte do Estado para assegurar, aos cidadãos, o direito à conduta positiva de se manifestarem; o advento das redes sociais, ao aglutinar o exercício popular desse direito em um mesmo veículo detido por raríssimas e distantes empresas privadas, concedeu, a esses principais provedores das aplicações virtuais, a chance de levarem a censura a cabo como nenhum Estado policial jamais conseguiu.

Nesse sentido, surge o seguinte problema de pesquisa: em que medida a superficialidade da lei nº 12.965/14 – ao restringir sua referência à liberdade de expressão apenas para consagrá-la como fundamento do uso da internet no Brasil – propicia lesão a esse direito por parte dos detentores dos atuais meios de comunicação social?

Como hipótese para o questionamento supra, tem-se que a superficialidade da lei 12.965/14 propicia lesão ao direito de liberdade de expressão, no momento em que não estabelece sanção ao provedor de rede social *online* o qual proceder com a exclusão de conteúdos e de perfis desprovido de ordem judicial que o respalde.

O presente estudo justifica-se por buscar esclarecer um conflito multifacetado entre as garantias constitucionais à liberdade de expressão, à inviolabilidade da intimidade, da honra e da vida privada e, ainda, à propriedade privada; o que é fundamental à conclusão quanto à

suficiência, ou não, da atual redação do Marco Civil da Internet à luz do que preceituam os incisos IV e LIV do art. 5º da CF.

Quanto à metodologia, a pesquisa classifica-se como qualitativa. Utilizou-se o método de abordagem dedutivo, partindo a pesquisa de uma análise geral do direito de liberdade de expressão no ordenamento jurídico brasileiro, para a consideração específica de como a superficialidade da lei n. 12.965/14 propicia lesão a tal direito quando permite que provedores de redes sociais excluam conteúdos e perfis sem o respaldo de ordem judicial. Quanto aos objetivos, o trabalho é do tipo exploratório, oportunizando o aprofundamento da discussão proposta a partir de sua problematização. Por fim, quanto aos procedimentos técnicos utilizados, a pesquisa é do tipo bibliográfica e documental, uma vez que lança mão de informações já disponibilizadas sobre a temática, como doutrinas, artigos científicos, dissertações, jurisprudências e outros documentos.

No primeiro capítulo do presente estudo, será cotejado, do século VI a.C. ao século XX, o contexto histórico do qual resultou a consagração dessa liberdade como garantia fundamental, sua abordagem ao longo das constituições brasileiras, os argumentos invocados pela Suprema Corte estado-unidense para relativizá-la no contexto das duas Guerras Mundiais e as teorias e posicionamentos posteriores a essas reinterpretações; remetendo-se, associadamente, ao tratamento dispensado à liberdade de expressão pela doutrina constitucionalista do Brasil.

Em seguida, demonstrar-se-ão as razões por que as mudanças tecnológicas ocorridas no século XXI impõem uma reanálise quanto à eficácia desse direito; além de, retomando fatos e conceitos apresentados à primeira parte, avaliar-se a existência de um movimento multinacional no sentido de repensar a prevalência desse direito sobre o que se alega ser necessário à segurança da sociedade, bem como a necessidade de atenção a esse fator em razão do movimento de internacionalização do Direito Constitucional.

Assim, considerando a tensão global a respeito do tema e a atribuição de que o Estado brasileiro restou investido pelo constituinte de 1988 no sentido de garantir a livre manifestação no país; verificar-se-á a pertinência da iniciativa do Congresso Nacional em estabelecer, na lei 12.965/14, a liberdade de expressão como primeiro fundamento do uso da internet no Brasil, o modo como os incisos de seu art. 2º parecem reafirmar a horizontalidade desse direito no meio digital; e a necessidade de prévia ordem judicial como objeto de consenso doutrinário-jurisprudencial quanto à relativização dessa garantia constitucional.

Ao fim, no terceiro capítulo, considerando as redações dos arts. 5º, IV, X, LIV, e 220 da CF e tendo-se delineado os princípios costumeiramente apresentados como contrapontos a uma liberdade de manifestação irrestrita; será esmiuçado o problema motivador da presente

pesquisa, ponderando-se o quanto o legislador do Marco Civil da Internet fora, ou não, capaz de dar cumprimento ao dever estatal de garantir a liberdade de expressão e de preveni-la, inclusive, de privações antecedentes ao devido processo legal e ofensivas a diversos outros princípios constitucionais; aproveitando-se, ainda, para cotejar práticas já mantidas, nacionalmente, pelos provedores de aplicações de internet e para reanalisar a razão de ser essencial a esse axioma jurídico.

2 CONTEXTO HISTÓRICO DO DIREITO DE LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DE PENSAMENTO E AS POSSIBILIDADES DE SUA RELATIVIZAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Embora o problema desta pesquisa aparente ser solucionável pela estrita leitura da lei 12.965/14 sob a luz da redação constitucional, a adequada compreensão quanto à pertinência do presente estudo só é possível se acompanhada da ciência a respeito do contexto histórico em razão do qual a liberdade de expressão fora consagrada como direito inalienável, bem como dos argumentos concebidos para relativizar seu alcance.

Por essa razão, iniciar-se-á este trabalho rememorando, por ordem cronológica até o fim do século XX, os tratamentos dispensados, a esse direito, por diferentes povos, teóricos e representantes políticos; no que a relação de episódios históricos atinentes à temática em tela, por questão espacial, será meramente exemplificativa e, por pertinente, abordar-se-ão, inclusive, os dois marcos de mudança interpretativa da Suprema Corte dos Estados Unidos quanto à Primeira Emenda da Constituição.

Ainda, em segundo momento, partindo do que restou preceituado à Constituição brasileira de 1988 e, por oportuno, de uma breve comparação entre isso e aquilo que os *Founding Fathers* gravaram na Estado-Unidense, cotejar-se-ão as concepções gravadas na doutrina constitucionalista brasileira a respeito da liberdade de expressão e de sua eficácia, bem como serão apontadas mudanças no exercício popular desse direito, acarretadas pelo advento das redes sociais, as quais obrigam uma reanálise da concepção doutrinária dominante a respeito de sua eficácia; além de se proceder com uma primeira observação da lei 12.965/14.

Por cautela, ainda, importa ressaltar que o objetivo do presente trabalho não comporta o anseio de solucionar o dilema entre as teses da relatividade e da onipotência da liberdade de expressão, as quais, como se observará adiante, estão sob o escrutínio da dialética há mais de vinte e cinco séculos. Não obstante, a atenção a esse debate é fundamental a um adequado veredito sobre o problema de pesquisa.

2.1 COMPREENSÃO DO DIREITO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO A PARTIR DO SEU CONTEXTO HISTÓRICO

Cumprido observar que a percepção de um respeito à liberdade de expressão, a despeito de percebido em sua fase apenas embrionária, inaugura-se na pólis ateniense, onde Clístenes (510-507 a.C.) e Péricles (443-429 a.C.) conseguem algo que somente viera a ser retomado

pelos ingleses, nos séculos XVIII e XIX: “a passagem da aristocracia para a democracia, sem com isso excluir os aristocratas da política”, como define Schwanitz (2009, p. 20).

Nesse sentido, parte da doutrina constitucional chega a referir-se às Cidades-Estado gregas como “o único exemplo conhecido de um sistema político com plena identidade entre governantes e governados, no qual o poder político está igualmente distribuído entre todos os cidadãos ativos” (LOEWENSTEIN, 1979, p. 155).

Não obstante, mesmo podendo ser vista como o berço da concepção da liberdade de discutir e de questionar; a mesma Atenas apresentava diferenças substanciais quanto às democracias modernas, pois, declaradamente concebia um conceito restritivo de cidadãos – que excluía, das decisões políticas, mulheres, escravos, menores de idade e qualquer pessoa estrangeira ou cujos pais não fossem, ambos, atenienses (EVERITT, 2019).

Ainda assim, foi a elite ateniense que, após acusar Sócrates de perverter a juventude e de atacar os costumes antigos, condenou-o por uma maioria apertada de votos; mas, quando solicitado a sugerir uma pena a si próprio, o filósofo ironizou a Corte ao exigir-lhe, pelo contrário, uma recompensa; em razão do que fora condenado à morte (SCHWANITZ, 2009).

Mais de quatrocentos anos depois, Heródes, o então rei (37-4 a.C.) da Judeia, ouvindo a profecia de que um futuro rei dos judeus ameaçaria seu domínio, determinou o assassinato de todas as crianças menores que dois anos; e, daí a pouco mais de três décadas, um grupo de influentes sumo-sacerdotes da época, consideram Jesus Cristo culpado de sacrilégio; mas, não podendo condená-lo à morte, entregam o acusado a Pôncio Pilatos, então representante da Justiça Romana, imputando-lhe o crime de agitação contra os romanos, além de – tal como ocorrera a Sócrates – corromper os ideais do povo com seus discursos; e, por suas palavras, Jesus é condenado à morte (BÍBLIA, 2020).

Ainda no século seguinte, a livre verbalização das próprias crenças não era objeto de qualquer garantia normativa vigente. Marco Aurélio, monarca romano absoluto (161-180 d.C.) – acentuando a conduta anticristã de seus antecessores Trajano, Adriano e Antonino Pio – “perseguiu os cristãos; e foram martirizados São Justino (†165), o senador Apolônio, os Papas Aniceto (155-166), Sotero (166-175) e São Policarpo de Esmirna” (AQUINO, 2019, p. 129).

Na mesma toada e não apenas contra cristãos e filósofos, há outros vários exemplos históricos de fatos ocorridos enquanto classes dominantes entendiam que certos pensamentos não poderiam alcançar a publicidade. A caçada aos templários de Filipe IV, a fogueira de Joana D’arc, a expulsão dos católicos da Inglaterra, a repressão da Reforma Protestante no Império austríaco, a condenação dos cientistas Galileu e Bruno (AQUINO, 2019), guilhotina em praça pública da Revolução Francesa (SCHWANITZ, 2009), o sistema Gulag, que dizimou a

aristocracia russa; o envio de apoiadores dos judeus para os campos de concentração nazista (OS DONOS..., 2020) e vários outros são os episódios probantes de que esse direito não fora uma constante na história humana.

Mesmo iniciada a primeira dimensão dos direitos fundamentais com a Magna Carta de 1215, a faculdade da livre expressão só viera a se tornar objeto de proteção jurídica após mais de 470 anos, quando, aliás, já havia transcorrido a assinatura da Paz de Westfália (1648) e do *Habeas Corpus Act* (1679), documentos históricos marcantes dessa mesma Geração (LENZA, 2015).

Enfim, no século XVII, conquanto outros povos deliberassem a respeito, os ingleses estrearam no patrocínio à ideia de que todos deveriam gozar da garantia de poderem manifestar livremente seus próprios pensamentos; de modo que, por ocasião da Revolução Gloriosa de 1688 – que resultou na fuga do Rei Carlos I –, os britânicos, rigorosamente divididos entre os legitimistas (*tories*) e os progressistas (*whigs*), suportaram-se unidos por esse único ideal comum, em cuja crença ambos os partidos amadureceram desde a Restauração de 1660 (SCHWANITZ, 2009).

Em razão disso, Guilherme Orange, o então quase-rei holandês da Grã-Bretanha e o qual havia recém-destronado seu sogro, Carlos I, precisou assinar um novo documento antes de, efetivamente, assumir o reinado: a chamada *Bill of Rights*, que se tornou a raiz da Constituição da Grã-Bretanha. Inaugurando a garantia de eleições livres para o parlamento, debates livres entre os parlamentares, liberdade de expressão e imunidade contra perseguições (SCHWANITZ, 2009); reavivando-se, após quase vinte e um séculos, o conceito que não se fazia valer desde o fim da democracia ateniense, em 405 a.C., com a vitória de Esparta sobre Atenas na Guerra do Peloponeso (431 a 404 a.C.) (LEÃO, 2009). Ademais:

Todos os escritores ingleses mantinham contato com os partidos e com os jornais, e, com seus escritos, participavam do debate público de opiniões. Direcionados, portanto, a um público treinado, precisavam escrever de forma compreensível e atraente. Isso tornou a literatura inglesa mais popular do que a alemã. (SCHWANITZ, 2009, p. 105).

Nesse momento, a ideia de liberdade de expressão toma forma entre os direitos de liberdade, que compõem a primeira dimensão de direitos fundamentais e costumam ser descritos pela doutrina sob o seguinte enfoque:

os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e

ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado (BONAVIDES, 2010, p. 563-564).

A *Bill of Rights* foi um dos últimos marcos do Constitucionalismo da Idade Moderna e forte influenciador do Constitucionalismo Norte-Americano que antecedeu e moldou o Constitucionalismo Moderno, inaugurado com a Constituição estado-unidense de 1787 (LENZA, 2017).

Apesar da promulgação desse novo instrumento jurídico em 1689, Thomas Gordon e John Trenchard precisaram-se valer de pseudônimos para, de 1720 a 1723, publicarem ensaios semanais no *London Journal*, denunciando a corrupção e o abuso de poder do Estado Inglês. Tais textos foram posteriormente reunidos para a formação do livro *Cato's Letters* (Cartas de Catão) – em memória ao pseudônimo compartilhado pelos dois autores.

Essa viera a ser a obra mais comum e a única comprovadamente unânime entre as bibliotecas pessoais dos Pais Fundadores dos Estados Unidos (KARSTEN, 1978); e, em um dos ensaios, os autores afirmam que “a liberdade de expressão é O Grande Baluarte da Liberdade; elas prosperam e morrem juntas” (TRENCHARD; GORDON, 1995, p. 81, tradução nossa).

Não à toa, George Washington, pai fundador que se destacou por ter sido o primeiro Presidente dos Estados Unidos da América, em carta enviada a oficiais do exército americano em 1783, pontuou que “Se a liberdade de expressão nos for tirada, então, mudos e silenciosos podemos ser conduzidos, como ovelhas, ao matadouro.”¹ (tradução nossa).

Assim, esse conceito de liberdade, já central para o Direito inglês, fora ainda mais robustecido após a emancipação das Treze Colônias Britânicas, sendo ostentado tanto à Declaração da Independência (1776) quanto à Constituição dos Estados Unidos (1787) e à sua Primeira Emenda (1791) (MORRIS, 1964); bem como exaltado, em vários discursos presidenciais posteriores, como medula óssea do mito fundador americano, tal como fizera Ronald Reagan, ao, após ressaltar a democracia como arena de debate público e a liberdade de expressão como sua própria bússola moral, exortar os americanos a sustentarem essa garantia (RONALD..., 2013).

Tal enaltecimento do que restou gravado no texto constitucional consoa com a percepção de Luís Roberto Barroso (2017), ao descrever que, ao fim da década de 40, passada a Segunda Guerra Mundial – quando “os americanos haviam conquistado uma a uma as

¹ From George Washington to Officers of the Army, 15 March 1783 “[...] *The freedom of Speech may be taken away—and, dumb & silent we may be led, like sheep, to the Slaughter.*”

conquistas dos alemães” (SCHWANITZ, 2009, p. 172) –, o padrão de constitucionalismo vigente na forma de uma supremacia do Poder Legislativo, inspirado pelas doutrinas inglesa e francesa, fora substituído pelo modelo americano, cujo preceito fundante seria a supremacia da Constituição:

A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário. Inúmeros países europeus vieram a adotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais. (BARROSO, 2017, p. 8)

E, mesmo anteriormente às Guerras que antecederam a influência do constitucionalismo americano sobre a Europa, tal fenômeno já contagiava a realidade brasileira, como se confirma do que Lenza (2017) observa quanto ao constitucionalismo moderno, após se referir à Constituição norte-americana de 1787 e à francesa de 1791 como seus principais marcos históricos:

Podemos destacar, nesse primeiro momento, na concepção do constitucionalismo liberal, marcado pelo liberalismo clássico, os seguintes valores: individualismo, absentismo estatal, valorização da propriedade privada e proteção do indivíduo. Essa perspectiva, para se ter um exemplo, influenciou profundamente as Constituições brasileiras de 1824 e 1891 (LENZA, 2017, p. 66).

Dessa forma, menos de um século após a edição da Primeira Emenda, conseguiu-se reverberar a primeira geração dos direitos fundamentais já a partir da primeira Constituição propriamente brasileira, promulgada dois anos após a Declaração de Independência de Portugal; valendo-se conferir especial destaque – sobre a liberdade civil de se manifestar – ao inciso IV do art. 179 da Constituição de 1824, cuja redação fez do Brasil um dos poucos países em que a Lei Maior já consagra esse direito desde sua primeira versão, promulgada por Dom Pedro I:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

IV. Todos podem communicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publical-os pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fórma, que a Lei determinar.

Assim, o valor da liberdade de expressão já se consolidava no Brasil desde o Império; em que, influenciado pela ideia de que discursos deveriam ser combatidos com outros discursos, Dom Pedro II, resistindo com êxito à tentação de censurar seus críticos:

Defendeu sempre a liberdade de expressão, e não interferiu na ação, por vezes ferina, da imprensa, que, de modo irreverente, sequer respeitava o visível comprometimento de seu estado de saúde, quando este se agravou (RAPHANELLI, 2012, p. 157).

Ainda os Republicanos, após sagrarem vitória sobre o Império e proclamarem a Constituição de 1891, mantiveram o reconhecimento da mesma liberdade como bem a ser garantido aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país:

Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 12 - Em qualquer assunto é livre a manifestação de pensamento pela imprensa ou pela tribuna, sem dependência de censura, respondendo cada um pelos abusos que cometer nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido o anonimato.

A despeito de tudo isso, esse movimento de dilatação do objeto de garantia da liberdade de expressão juridicamente assegurada começou a ruir já no início do século seguinte, quando os Estados Unidos promulgaram a Lei de Espionagem em 1917, no contexto da Primeira Guerra Mundial, e o governo começara a processar socialistas que faziam propaganda contra a guerra (ESPIONAGE..., s.d.).

Em 1918, Suprema Corte americana analisa a primeira contenda a suscitar uma reinterpretção da Primeira Emenda, o caso *Schenck v. United States*; no qual o acusado, então Secretário Geral do Partido Socialista, fora condenado por, verbalmente e em panfletos, insistir os homens americanos a não se alistarem e os soldados a não partirem para a guerra que estava em curso contra o Império Alemão (*Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 [1919]).

Assim, inovando no histórico de interpretação unívoco desde 1791, o Justice Oliver Wendell Holmes inaugura os conceitos da evidência e da imediatidade do perigo do discurso como balizadores da interpretação da Primeira Emenda:

A proteção mais rigorosa da liberdade de expressão não protegeria um homem de gritar falsamente “fogo” em um teatro e causar pânico. Nem mesmo protege um homem de uma injunção contra proferir palavras que podem ter todo o efeito de força. A questão em todos os casos é se as palavras usadas são usadas em tais circunstâncias e são de natureza a criar um perigo claro e presente de males substantivos que o Congresso tem o direito de prevenir. É uma questão de proximidade e grau. Quando uma nação está em guerra, muitas coisas que podem ser ditas em tempo de paz são tal obstáculo aos seus esforços que sua declaração não será suportada enquanto os

homens lutarem, e que nenhum tribunal poderia considerá-los protegidos por qualquer direito constitucional. Parece admitir-se que, se fosse provada uma obstrução efetiva ao serviço de recrutamento, poderia ser exigida a responsabilidade pelas palavras que produziram esse efeito. O estatuto de 1917, no § 4, pune as conspirações para obstruir, bem como a obstrução efetiva. Se o ato (falar ou circular um jornal), sua tendência e a intenção com que é feito são os mesmos, não percebemos nenhuma razão para dizer que apenas o sucesso justifica tornar o ato um crime. [Schenck v. United States, 249 U.S. 47 (1919)]²

Dá em diante, mesmo no país que, até então, avançava como arquétipo da liberdade, o direito de se falar o que pensava passou a estar minado pela possibilidade de relativizações.

Na mesma linha, a Constituição brasileira de 1934 também fora marcada por um texto de menor alcance que os anteriores; pois, no item 9 de seu art. 113, apesar de estabelecer que “Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento”, passou a prever ainda que “Não será, porém, tolerada propaganda, de guerra ou de processos violentos, para subverter a ordem política ou social”, inaugurando conceitos de intuito balizador jamais observados até então – e posteriormente reiterados pelo art. 150, § 8º, Constituição de 1967.

Em 1942, no Brasil, fundando-se no curso da Segunda Guerra Mundial (ARRUDA, 2017), editou-se o Decreto nº 10.358/42, cujo art. 2º suspendera, do texto constitucional vigente, o “Art. 122, n. 15, no que concerne ao direito de manifestação de pensamento;” sendo aquele o dispositivo no qual se garantia que “todo cidadão tem o direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, ou por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescritos em lei.”

Paralelamente e pelo mesmo contexto, no intento de reinvocar a ideia de admissibilidade de relativização do direito à liberdade de expressão, a Suprema Corte americana alargou-a; estreando, na jurisprudência, mais hipóteses diante das quais o alcance da Primeira Emenda não deveria ser reconhecido.

Enquanto, no caso *Schenck v. United States*, como visto, o réu era acusado de, na emergência da guerra em curso, intentar obstruir efetivamente o serviço de recrutamento, sendo por isso condenado com base na Lei de Espionagem de 1917 e sob o argumento de promover

² The most stringent protection of free speech would not protect a man in falsely shouting fire in a theatre and causing a panic. It does not even protect a man from an injunction against uttering words that may have all the effect of force. The question in every case is whether the words used are used in such circumstances and are of such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that Congress has a right to prevent. It is a question of proximity and degree. When a nation is at war, many things that might be said in time of peace are such a hindrance to its effort that their utterance will not be endured so long as men fight, and that no Court could regard them as protected by any constitutional right. It seems to be admitted that, if an actual obstruction of the recruiting service were proved, liability for words that produced that effect might be enforced. The statute of 1917, in § 4, punishes conspiracies to obstruct, as well as actual obstruction. If the act (speaking, or circulating a paper), its tendency, and the intent with which it is done are the same, we perceive no ground for saying that success alone warrants making the act a crime.

perigo claro e presente; na lide com a qual os Juizes se depararam em 1942, o caso *Chaplinsky v. New Hampshire*, o contexto fático pertinente é descrito pela própria Corte nos seguintes termos:

Em uma calçada pública no centro de Rochester, Walter Chaplinsky distribuía publicações que apoiavam suas crenças como Testemunha de Jeová e atacava as formas mais convencionais de religião. O marechal da cidade o advertiu contra causar distúrbios, mas a conduta de Chaplinsky resultou em uma rebelião que bloqueou as estradas ao redor e fez com que um policial o removesse (embora não o prendesse). A caminho da delegacia, Chaplinsky viu o delegado de polícia novamente e gritou com ele que ele era "um maldito gângster" e "um maldito fascista". Esse ataque verbal levou à sua prisão.

[...] Ele foi condenado por violar uma lei estadual que proibia discurso intencionalmente ofensivo, irônico ou irritante para qualquer pessoa que estivesse legalmente em uma rua ou área pública. Recorrendo da multa, Chaplinsky argumentou que a lei violava a Primeira Emenda com o fundamento de que era excessivamente vaga. [*Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942)]³

E, desse episódio, o Justice Frank Murphy engendrara uma segunda via interpretativa útil à relativização da liberdade de expressão: a Teoria dos Dois Níveis da Primeira Emenda; cuja compreensão se assegura pelos termos empregados no próprio julgamento:

A palavra 'ofensiva' não deve ser definida em termos do que um destinatário em particular pensa... O teste é o que homens de inteligência comum entenderiam que seriam palavras que provavelmente fariam um destinatário médio lutar... A língua inglesa tem uma série de palavras e expressões que, por consentimento geral, são 'palavras de luta' quando ditas sem um sorriso desarmante... [Essas] palavras, como os homens comuns sabem, são susceptíveis de causar uma luta. Assim como as ameaças, insultos profanos ou obscenos. Palavras zombeteiras e irritantes podem ser consideradas como pertencendo ao âmbito do estatuto, como até então interpretado somente quando eles têm esta característica de claramente tender a excitar o destinatário para uma violação da paz... O estatuto, conforme interpretado, não faz mais do que proibir as palavras face a face claramente susceptíveis de causar uma violação da paz pelo destinatário, palavras cuja fala constitui uma violação da paz por parte do orador - incluindo 'palavras clássicas de combate', palavras no uso atual menos 'clássicas', mas igualmente prováveis de causar violência, e outras palavras desordenadas, incluindo palavrões, obscenidade e ameaças.

Não podemos dizer que o âmbito limitado do estatuto assim interpretado viola o direito constitucional à liberdade de expressão. É um estatuto estreitamente elaborado e limitado para definir e punir condutas específicas dentro do domínio do poder

³ The facts giving rise to this case have been disputed, but this is the version that was used by the Court in making its decision. On a public sidewalk in downtown Rochester, Walter Chaplinsky was distributing literature that supported his beliefs as a Jehovah's Witness and attacked more conventional forms of religion. The town marshal warned him against causing a disturbance, but Chaplinsky's conduct resulted in an upheaval that blocked the surrounding roads and caused a police officer to remove (although not arrest) him. On his way to the police station, Chaplinsky saw the town marshal again and shouted at him that he was "a God-damned racketeer" and "a damned Fascist." This verbal assault led to his arrest. When he was questioned about what he had said, Chaplinsky admitted cursing the marshal as a racketeer and a fascist while denying that he had invoked the name of God. He was convicted of violating a state law that prohibited intentionally offensive, derisive, or annoying speech to any person who is lawfully in a street or public area. Appealing his fine, Chaplinsky argued that the law violated the First Amendment on the grounds that it was overly vague.

estatal, o uso em um lugar público de palavras que possam causar uma violação da paz [Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568 (1942)].⁴

A essa altura, portanto, não apenas um perigo evidente e imediato seria elemento apto a justificar a relativização interpretativa da Primeira Emenda, a qual também se tornou viável caso percebidas “*palavras desordenadas, incluindo palavrões, obscenidade e ameaças*”; revelando, com isso, gradativamente, o delineamento jurisdicional de uma categorização das manifestações, para ser adotada na análise de casos concretos relacionados à interpretação da Primeira Emenda.

Pouco mais de uma década após esse julgado, passada a Segunda Guerra Mundial, iniciaram-se movimentos alegando que o fato de o Nazismo e o Fascismo terem ascendido na Europa ter-se-ia devido à passividade diante do discurso odioso daqueles grupos (OS DONOS..., 2020); e, em 1970, o sociólogo francês Pierre Bourdieu concebe o termo “*violência simbólica*” (BOURDIEU, 1977) que, segundo o próprio autor, “consiste em uma violência que se exerce com a cumplicidade tácita dos que a sofrem e também, com frequência, dos que a exercem, na medida em que uns e outros são inconscientes de exercê-la ou sofrê-la” (BOURDIEU, 1997, p. 22).

Considerando esse conceito, cunhou-se um novo vocábulo, quando o Congresso americano, em 1992, instruiu a Administração Nacional de Telecomunicações e Informações (ANTI) a examinar o papel das telecomunicações na disseminação do “*discurso de ódio*” como um incitamento ao ódio e à violência; em razão do que a ANTI publicou um relatório intitulado “*O Papel das Telecomunicações no Crime de Ódio*” (HOLMES, 2016).

No documento, argumentou-se entender, quanto aos “crimes de ódio” e ao “discurso de ódio” que seria adequado “interpretar os dois termos de forma mais ampla, para abranger o

⁴ "The word 'offensive' is not to be defined in terms of what a particular addressee thinks. ... The test is what men of common intelligence would understand would be words likely to cause an average addressee to fight. . . . The English language has a number of words and expressions which, by general consent, are 'fighting words' when said without a disarming smile... [S]uch words, as ordinary men know, are likely to cause a fight. So are threatening, profane or obscene revilings. Derisive and annoying words can be taken as coming within the purview of the statute as heretofore interpreted only when they have this characteristic of plainly tending to excite the addressee to a breach of the peace... The statute, as construed, does no more than prohibit the face-to-face words plainly likely to cause a breach of the peace by the addressee, words whose speaking constitutes a breach of the peace by the speaker - including 'classical fighting words,' words in current use less 'classical' but equally likely to cause violence, and other disorderly words, including profanity, obscenity and threats." We are unable to say that the limited scope of the statute as thus construed contravenes the Constitutional right of free expression. It is a statute narrowly drawn and limited to define and punish specific conduct lying within the domain of state power, the use in a public place of words likely to cause a breach of the peace.

discurso que cria um clima de ódio ou preconceito, que pode, por sua vez, fomentar a prática de crimes de ódio.”⁵

Tais noções foram notadamente materializadas no debate público, quando o então Presidente dos Estados Unidos, Bill Clinton, em 1995, após o atentado terrorista ocorrido em Oklahoma, discursara atribuindo a responsabilidade do ocorrido a “*vozes altas e raivosas*”⁶ (HOLMES, 2016).

Exposto, enfim, o modo como povos, doutrinadores, políticos e juízes conceberam a liberdade de expressão desde o século VI a.C. até as vésperas do século XXI; passa-se a abordar o tratamento conferido a esse bem jurídico e à sua eficácia pela doutrina constitucionalista brasileira clássica, para apontar, paralelamente, as mudanças que o advento das redes sociais acarretou no exercício popular desse direito e as razões pelas quais essas demandam uma reapreciação doutrinária a esse respeito.

2.2 CONCEPÇÃO DOUTRINÁRIA SOBRE A EFICÁCIA DO DIREITO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E AS MUDANÇAS OCORRIDAS COM O ADVENTO DO CONCEITO DE “DISCURSO DE ÓDIO”

Fundamental ressaltar, de plano, que a doutrina e a jurisprudência pátria – tal como se viu da estrangeira – não entrou em acordo, até a presente data, na eleição de um critério firme para servir de base a relativizações do direito à liberdade de manifestação pensamento. Aliás, sequer é incontroversa a possibilidade de esse direito ser subvalorizado em benefício de qualquer outro, como costuma-se discutir ao se vê-lo desafiado por outros aspectos da dignidade da pessoa humana.

Enquanto Celso de Mello pontua que “o direito à livre expressão não pode conter, em seu âmbito de tutela, exteriorizações revestidas de caráter delituoso” (MELLO, 2015, STF. ARE 891.647 ED, Rel. Min. Celso de Mello, 2a Turma, j. 15/09/2015, DJE de 21/09/2015); o Ministro Marco Aurélio Mello, no julgamento do HC 82.424, de cujo paciente era acusado de racismo por haver publicado obras negando a ocorrência do Holocausto e homenageando o Nazismo, explorara outro enfoque – em visível reverberação daquela fundada em 1919, pelo Justice Oliver Wendell Holmes:

⁵ “interpret the two words more expansively, to encompass speech that creates a climate of hate or prejudice, which may in turn foster the commission of hate crimes.”

⁶ “*loud and angry voices*”

[...] o confronto entre liberdade de expressão e proteção da dignidade humana é de se realizar, não de forma abstrata, mas diante da hipótese concreta, para se verificar se a dignidade de determinada pessoa ou grupo está correndo perigo, se essa ameaça é grave o suficiente a ponto de limitar a liberdade de expressão. (MELLO, 2003 *apud* REALE JÚNIOR, 2010, p. 385)

Nessa toada, como observa Miguel Reale Júnior (2010), para fundamentar seu voto pelo não enquadramento da conduta do réu no crime de racismo, o Ministro registrara entender que, no Brasil:

[...] faltam pressupostos sociais e culturais para tornar livro de cunho preconceituoso contra o povo judeu um verdadeiro perigo atentatório à dignidade dessa comunidade. O mesmo não pode ser dito, por exemplo, em países como a Alemanha (MELLO, 2003 *apud* REALE JÚNIOR, 2010, 385).

Por sua vez, no julgamento do mesmo HC, para votar pela inexistência de conduta criminosa, Ayres Britto adotou argumentação sensivelmente mais valorativa e menos circunstancial:

Sucede que não é crime tecer loas a uma ideologia. [E continua] Pode ser uma pena, uma lástima, uma desgraça que alguém se deixe enganar pelo ouropele de certas ideologias, por corresponderem a um tipo de emoção política ou de filosofia de Estado que enevoa os horizontes do livre pensar. Mas, o fato é que essa modalidade de convicção e conseqüente militância tem a respaldá-la a própria Constituição Federal. (BRITTO, 2003 *apud* REALE JÚNIOR, 2010, p. 383)

Miguel Reale Júnior (2010) observa que o Ministro Ayres Britto alega existir, nas liberdades de pensamento e de expressão, a precedência a quaisquer outros direitos, em razão do que essas se revestiriam de incondicional superioridade axiológica, pelo que, a seu ver, “não se cuida de realizá-las na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, ‘porque a precedência constitucional é daquelas que se impõe em toda e qualquer situação concreta.’” (BRITTO, 2003 *apud* REALE JÚNIOR, 2010, p. 396)

De outro modo, Miguel Reale Júnior (2010) ainda estampa outro parecer, ao arrematar que:

Não compartilho do sonho iluminista de que a liberdade de expressão, como quer Ayres Brito, tenha uma precedência constitucional que se impõe em toda e qualquer situação concreta, nem que a liberdade leve naturalmente à responsabilidade. A própria Constituição, em seu art. 220, estatui ser plena a liberdade de expressão, observado o disposto na própria Constituição, ou seja, a submete à composição ou à sujeição a outros valores, em especial, a meu ver, à dignidade da pessoa humana, que constitui um valor fonte, nuclear, cujo desrespeito impede a fruição de qualquer outro direito fundamental.

Esse reconhecimento da maior intensidade valorativa da dignidade da pessoa humana, contudo, não deve ser admitido em termos absolutos, pois é de se aceitar que, em hipóteses excepcionais, de acordo com as específicas circunstâncias do caso concreto, outro valor constitucional possa prevalecer. No entanto, como regra geral, a dignidade da pessoa humana, a ser preservada em sua dignidade social, igual para todos (direito à não discriminação), e em sua integridade física e psíquica, devem prevalecer, mesmo diante da liberdade de expressão, malgrado seja esta uma importante conquista, sem a qual não se corporifica o Estado Democrático de Direito. (REALE JÚNIOR, 2010, p. 398)

Em todos os casos, o que não se observa, seja na doutrina ou na jurisprudência, é se admitir que, simultaneamente a um rebaixamento da garantia gravada nos arts. 5º, IV, e 220 da CF, ocorram – já ao longo dessa análise quanto ao alcance da garantia de liberdade de expressão – relativizações da presunção de inocência e da imprescindibilidade do devido processo legal.

Assim, na unanimidade das obras e dos julgados encontrados por ocasião deste estudo, não se viu cogitar, em qualquer hipótese, da ideia de se declarar, compatível com o ordenamento jurídico pátrio, a possibilidade de um terceiro particular, baseado em sua própria análise e previamente a qualquer processo judicial, proceder com uma supressão do direito – como se presume ser até que alguma prova em contrário seja percebida em juízo – de qualquer cidadão a manifestar seus pensamentos.

Inclusive, nas palavras de Pimenta Bueno (BUENO, 1857), via-se, independentemente do juízo de admissibilidade jurídica, ser despercebida – ao menos entre particulares ou mesmo de modo massivo pelo Leviatã – a possibilidade fática de se vedar a expressão e a troca de ideias e de opiniões entre os homens.

Ressaltava-se a necessidade natural do ser humano pela expressão e pelo intercâmbio de ideias e de opiniões, em razão do que, taxativamente, expressou-se entender que “seria mesmo impossível vedar, porque fôra para isso necessário dissolver e proibir a sociedade” (BUENO, 1857, p. 395).

Vê-se, portanto, que, graças à descentralização outrora inerente ao exercício social desse direito, a doutrina constitucional clássica, a despeito de não haver desafiado propriamente a horizontalidade de sua eficácia, sempre se concentrou no aspecto vertical da liberdade de expressão.

É o que se confirma, aliás, observando-se referências feitas aos direitos de primeira geração, os quais, comumente, são descritos como aqueles garantidores das liberdades “oponíveis ao estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.” (BONAVIDES, 2010, p. 563-564)

Importante reconhecer, a esta altura, a existência de discussão doutrinária quanto à condicionabilidade da eficácia horizontal dos direitos fundamentais; por ocasião da qual, Canotilho (2000) observa que:

A ordem jurídica privada não está, é certo, divorciada da Constituição. Não é um espaço livre de direitos fundamentais. todavia, o direito privado perderá sua irreduzível autonomia quando as regulações civilísticas - legais ou contratuais - vêm o seu conteúdo substancialmente alterado pela eficácia directa dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada. [...] Se o direito privado deve recolher os princípios básicos dos direitos e garantias fundamentais, também os direitos fundamentais devem reconhecer um espaço de regulação civil, evitando transformar-se em 'direito de não-liberdade' do direito privado (CANOTILHO, 2000, p. 113).

E, no mesmo sentido, Virgílio Afonso da Silva (2011) reforça o ataque a uma interpretação absolutista da horizontalidade dos direitos fundamentais:

[...] Apesar da difundida tese segundo a qual a Constituição Federal de 1988 seria também uma ‘Constituição da sociedade brasileira’, e não somente do Estado brasileiro, o vínculo imediato dos particulares aos direitos fundamentais não pode ser fundamentado até por questões lógico-formais ligadas a qualquer ordenamento jurídico. Caso contrário, boa parte – senão todo o Direito Privado – teria sua autonomia gravemente comprometida em face dos direitos fundamentais, os quais abrangem praticamente todos os aspectos da personalidade humana. Tome-se como exemplo a liberdade de expressão do pensamento do art. 5º, IV, da CF. Qual seria a consequência se se partisse da tese segundo a qual os direitos fundamentais vinculariam particulares e Estado da mesma forma? Entre outras, cite-se a impossibilidade de se cumprirem contratos publicitários. É óbvio que o contratante em uma campanha publicitária de cervejas, por exemplo, nada está interessado na verdadeira opinião do contratado, e o que aqui mais interessa: a conduta de respeito à livre expressão do pensamento do contratado não é devida como o é por todos os órgãos estatais (SILVA, 2011. p. 147).

Por outro aspecto, a posição de Rafael Naranjo de La Cruz (2000) contrapõe a dos autores antecedentes, na medida em que privilegia a eficácia *erga omnes* dos direitos fundamentais, sustentando sua higidez, inclusive, nas relações privadas:

Os direitos fundamentais, em sua dupla vertente, subjetiva e objetiva, constituem o fundamento do inteiro ordenamento jurídico e são aplicáveis em todos os âmbitos de atuação humana de maneira imediata, sem intermediação do legislador. Por isso, as normas de direitos fundamentais contidas na Constituição geram, pela sua natureza e teor literal, direitos subjetivos dos cidadãos, oponíveis aos poderes público e privado. (CRUZ, 2000, p. 199)

Apesar da existência desse debate, à luz dos argumentos ventilados por Canotilho e por Virgílio Afonso da Silva, percebe-se que seu objeto não é de todo indefinido, pois o que os autores advogam não é uma verticalização absoluta dos direitos fundamentais, mas uma atenuação da eficácia horizontal “quando as regulações civilísticas - legais ou contratuais -

vêm o seu conteúdo substancialmente alterado pela eficácia directa dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada” (CANOTILHO, 2000, p. 113).

Nesse sentido, parece razoável interpretar que a substancialidade da alteração, referida pelo autor, tomaria forma nas situações em que a eficácia direta dos direitos fundamentais geraria tamanho apoucamento da matéria do direito privado que as regulações legais ou contratuais teriam, não seus possíveis elementos colaterais, mas a sua própria essência obstada por uma indisponibilidade de ordem constitucional; impedindo o alcance do objeto manifestamente principal da vontade das partes.

Daí a razoabilidade do exemplo ofertado por Virgílio Afonso da Silva quanto à liberdade de expressão nos casos dos anúncios publicitários, uma vez que, nesses – afora o fato de inexistir da figura do consumidor hipossuficiente –, é visível a consciência do contratado quanto à obviedade de que, objetivamente, as vontades das partes contratantes só conseguem-se compatibilizar caso ele se disponha a manifestar seu apoio à empresa contratada e não às suas concorrentes.

Assim, ao menos das aqui apanhadas posições doutrinárias atinentes à (in)disponibilidade dos direitos fundamentais e ao rigor de sua eficácia horizontal, observa-se que, por anos, a concentração da doutrina constitucionalista tradicional não se detivera sobre a possibilidade de que eventual cerceamento da liberdade de expressão dos cidadãos viesse, de fato, a depender apenas de uma conformidade entre o teor das opiniões e os parâmetros de qualquer censor extrajudicial capaz, inclusive, de impor o cerceamento prévio desse direito.

É que, no mundo não-virtual, a única via possível à reparação e à mitigação de eventuais danos causados pela publicação criminosa de conteúdos – ou mesmo pela publicação de conteúdos criminosos por seu teor – era o direito de resposta ou a imposição de uma compensação *in pecúnia* em favor ofendido; pois, naturalmente, o registro de discursos e de opiniões ficava restrito, na imensa maioria dos casos, a papéis já distribuídos ou à memória coletiva.

Não obstante, a ascensão do capitalismo fez o Estado Moderno compartilhar o poder com as grandes empresas de comunicação, e o aparato público capaz de influenciar a opinião popular foi um desses poderes (HOLMES, 2016); conforme, quanto ao Brasil, restou textualizado no art. 223 da Constituição Federal de 1988.

Essa distribuição de poderes, contudo, sofrera notória metamorfose com o advento das redes sociais, que ofereceram, a todo cidadão, a oportunidade de falar o que desejasse, quando e onde bem entendesse; fazendo com que a liberdade de expressão, perseguida pelo Ocidente

ao longo dos séculos, fosse perfectibilizada através do avanço tecnológico que desaguou na descentralização da classe falante (OS DONOS..., 2020).

Daí que o debate mais próximo à problemática do presente estudo só vem ser notado em publicações mais recentes, como quando Pedro Lenza, vindo a tratar da “problemática do *hate speech*” (LENZA, 2017, p. 1135), refere-se à recente observação feita por Sarmento (2017), sustentando, com visível cautela, que “eventual restrição prévia à liberdade de expressão somente seria admitida por meio de decisão judicial e ‘em hipóteses absolutamente excepcionais [...] em favor da tutela de direitos ou outros bens jurídicos contrapostos” (SARMENTO, 2017, p. 257).

A esse respeito, fundamental destacar, *idem*, outro comentário de Sarmento (2006), quando, em texto propriamente dedicado à análise d’“A liberdade de expressão e o problema do *‘hate speech’*”, – malgrado anteriormente à popularização das redes sociais – bem findou por arrematar que:

Em síntese, o caminho adotado pelo Brasil, que aceita as restrições à liberdade de expressão voltadas ao combate do preconceito e da intolerância contra minorias estigmatizadas, parece-nos correto, tanto sob o ponto de vista jurídico como moral. Ele está em plena consonância com a normativa internacional sobre direitos humanos e com a jurisprudência constitucional da maioria das democracias liberais modernas – os Estados Unidos, neste particular, é que representam a exceção. Contudo, num país como o nosso, em que a cultura da liberdade de expressão ainda não deitou raízes, há que se ter cautela e equilíbrio no percurso deste caminho, para que os nobres objetivos de promoção da tolerância e de defesa dos direitos humanos dos excluídos não resvalen para a perigosa tirania do politicamente correto (SARMENTO, 2006, p. 58).

E, sobre o mesmo tema, há reforço doutrinário da indispensabilidade de análise judicial prévia a qualquer relativização da garantia constitucional à liberdade de expressão, ressaltando a importância de que, para evitar abusos, a medida se mantenha insólita no cotidiano jurisdicional:

doutrina e jurisprudência, notadamente o STF, embora adotem a tese da posição preferencial da liberdade de expressão, admitem não se tratar de direito absolutamente infenso a limites e restrições, desde que eventual restrição tenha caráter excepcional, seja promovida por lei e/ou decisão judicial (visto que vedada toda e qualquer censura administrativa) e tenha por fundamento a salvaguarda da dignidade da pessoa humana (que aqui opera simultaneamente) como limite e limite aos limites de direitos fundamentais) e de direitos e bens jurídicos-constitucionais individuais e coletivos fundamentais, observados os critérios da proporcionalidade e da preservação do núcleo essencial dos direitos em conflito. (SARLET, 2013, p. 470)

Enfim, o fato importante à problemática deste trabalho e o qual, neste capítulo, precisa ser demonstrado é este: no debate doutrinário quanto ao balanceamento entre a liberdade de

expressão e quaisquer outros aspectos ou desdobramentos do princípio da dignidade da pessoa humana; o ponto pacífico, ao menos até o início da popularização das redes sociais, fora o pressuposto de que “eventual restrição tenha caráter excepcional, seja promovida por lei e/ou decisão judicial (visto que vedada toda e qualquer censura administrativa)” (SARLET, 2013, p. 470), de modo que “eventual restrição prévia à liberdade de expressão somente seria admitida por meio de decisão judicial e ‘em hipóteses absolutamente excepcionais [...] em favor da tutela de direitos ou outros bens jurídicos contrapostos” (SARMENTO, 2017, p. 257).

Não por acaso, tudo consoa com a medula óssea do “constitucionalismo moderno, em que predominam as constituições escritas como instrumentos para conter qualquer arbítrio decorrente de poder” (LENZA, 2017, p. 66).

Isso exposto, passará a se explorar as mudanças que a popularização das redes impôs nos aspectos jurídicos temporal e espacial do exercício da liberdade de expressão; bem como será analisada a existência de um movimento multinacional no sentido de repensar a prevalência desse direito sobre o que se alega ser necessário à segurança da sociedade – haja vista que somente mediante a apreciação desses elementos revela-se a pertinência do problema desta pesquisa.

3 O ADVENTO DAS REDES SOCIAIS COMO NOVAS PRAÇAS PÚBLICAS E A NECESSIDADE DE REANÁLISE DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A compreensão da problemática desta pesquisa é inalcançável sem que se considerem as mudanças desencadeadas, pelo advento das redes sociais, no exercício popular da liberdade de expressão; pois, conforme adiante explanado: antes da existência de um registro sistemático das alegações, qualquer intento de censurar a sociedade seria excessivamente laborioso e falível.

Ademais, ao entendimento da pertinência em se avaliar a eventual superficialidade do Marco Civil da Internet na defesa desse bem jurídico, é vital se terem claras a onda de internacionalização do direito constitucional e, por conseguinte, as mudanças legais que outros países têm promovido a esse respeito.

3.1 NATUREZA DE PRAÇA PÚBLICA DAS REDES SOCIAIS

A virtualização da comunicação por parte dos cidadãos comuns fez com que o exercício da liberdade de expressão – e, conseqüentemente, a possibilidade de seu cerceamento – ganhasse nova disposição no aspecto jurídico do tempo, pois é possível se excluir os registros de manifestações virtuais – ao contrário do que ocorre com as palavras ditas no prisma físico da realidade, que automaticamente as torna inalteráveis e inalcançáveis desde quando pronunciadas.

Não bastasse, o aspecto espacial do exercício social desse direito também fora essencialmente revolucionado com o advento das aplicações de internet; pois, se antes a desconexão absoluta entre as interações pessoais impedia a eficácia de uma atividade censora; a popularização das redes sociais, ao aglutinar as manifestações a um mesmo meio, trouxe, como corolário, a plena possibilidade fática de um projeto censor tornar-se eficaz. Isso é, como o exercício da liberdade de expressão tornou-se majoritariamente registrado nos anais da internet, as opiniões emitidas no passado – recente ou não – tornaram-se passíveis de exclusão.

Assim, ao passo que, até antes da popularização das redes, a expressão das próprias ideias se dava apenas pela prática de atos comissivos no tempo presente; desde a formação das comunidades virtuais em diante, tornou-se possível excluir, ao menos da visibilidade global, as opiniões intencionalmente lá registradas e mantidas por seus emissores.

Logo, com a era digital, a manutenção proposital da visibilidade das opiniões, publicadas no passado recente ou no distante, tornou-se, também, forma de exercício da

liberdade de expressão no tempo presente; pois, uma vez que o usuário pode excluir suas publicações virtuais a qualquer tempo, é fato que a ação passiva de não excluí-las implica, também, numa forma de se manter expressando-as e as inscrevendo.

Se outrora era inócua cogitar a possibilidade do cerceamento em massa dessa liberdade, por ser impossível uma anulação das opiniões já expressadas, hoje esse é o modo mais claro e imaginável de ataque à garantia constitucional da liberdade de manifestação do pensamento – não restando impedimento fático, aliás, a que a efetivação da censura dispense qualquer apreciação judicial, ou mesmo estatal.

Nesse sentido, interessa notar que a equivalência das redes sociais abertas com a praça pública não fora despercebida pelo legislador do Marco Civil da Internet, o qual, já no art. 2º, *caput* e incisos II, III, VI, reconheceu, como fundamentos do uso da internet no Brasil, o respeito à liberdade de expressão, o desenvolvimento da personalidade, a pluralidade, a diversidade, o exercício da cidadania em meios digitais e a finalidade social da rede; reforçando, portanto, a horizontalidade da eficácia desse direito fundamental.

A respeito, Ellen Gracie Northfleet, ao reafirmar que essa hierarquia de valores é o que norteia o Marco Civil da Internet, pontua ser:

[...] inegável que a Lei do Marco Civil da Internet escolheu por privilegiar a liberdade de expressão e de informação, devendo esta garantia estar conformada ao direito à proteção da privacidade do indivíduo, estabelecido na Constituição Federal. Por esta razão o legislador previu a necessidade de ordem judicial prévia, para a responsabilização dos provedores de aplicação. [...] Pretender que os provedores de aplicações tenham a incumbência de monitorar e filtrar o conteúdo gerado por seus usuários, sob o pretexto de prevenir a divulgação de conteúdo possivelmente ofensivo ou mesmo ilícito, corresponderia a um cerceamento do direito à livre manifestação de pensamento, de expressão e de informação. Retroceder ao modelo simples de *notice and take down* seria um movimento indubitavelmente prejudicial à liberdade de expressão. Corresponderia à autorização de prática de censura! Censura a ser exercida por cada um dos provedores, segundo valores próprios, o que é de todo intolerável! (NORTHFLEET, 2020, n.p.)

Inclusive, tanto se notou ser meritório, na seara cível, o tratamento jurídico das redes sociais como se praça pública fossem, que, no art. 19 da mencionada lei, registrou-se o compromisso com a vedação à censura como razão para estabelecer o descumprimento de ordem judicial como condição impreterível à imputabilidade dos provedores de aplicações de internet pelos “danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros”. *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.

Aliás, mesmo autores mais recentes assumem entender que foi essa a lógica adotada pelo legislador, preservando, como aparente objeto de consenso doutrinário-jurisprudencial, a necessidade de exame judicial prévio a qualquer relativização da garantia de que o cidadão é livre para manifestar seu próprio pensamento:

Essa perspectiva em relação à liberdade de expressão, para se ter um exemplo; verifica--se no art. 19 da Lei 12.965/2014 (conhecida como “marco civil da internet”) que assegurou a necessidade a liberdade de expressão na rede mundial de computadores, salvo ordem judicial específica, com exceção apenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado (art. 21). (LENZA, 2017, pp. 1137-1138)

Ademais, tal concepção sequer aparenta ser vanguardista, uma vez que, além de já assumida no Supremo Tribunal Federal, fora aproveitada em declarada referência à ventilação do mesmo entendimento em outra Suprema Corte, quatro anos antes; pois, conforme o Ministro Luiz Edson Fachin, por ocasião da ADPF 572: “tal como observou o Justice Kennedy, no caso *Packingham v. North Carolina*, as mídias sociais são as ‘novas praças públicas.’” (FACHIN, 2020, p. 16)

3.2 CONTROVÉRSIAS DECORRENTES DO MOVIMENTO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL

Observada a percepção, pela doutrina e pela jurisprudência, do caráter de praça pública das redes sociais abertas, torna-se imediatamente fundamental atentar ao modo como, em outros países, o exercício da liberdade de expressão tem resistido a essa revolução tecnológica; uma vez que se inaugurara elemento inédito à análise jurisdicional, qual seja a possibilidade de controle das “novas praças públicas” (KENNEDY, 2016 *apud* FACHIN, 2020), inclusive, por entidades privadas – sem prejuízo do constante risco de avanço estatal sobre a mesma liberdade, como se viu do contexto histórico inicialmente apanhado.

Não bastasse, a necessidade de atenção ao cenário internacional se avoluma sobremaneira quando considerada a possibilidade de que, graças à dimensão global das principais provedoras de aplicação de internet, decisões de organizações e políticos estrangeiros – e portanto alheias ao processo democrático nacional – passem a ditar regras delimitadoras do exercício da liberdade de expressão na praça pública brasileira; pondo em risco a eficácia dos

ditames constitucionais – cuja interpretação, em virtude da soberania nacional, não deve obediência a determinações e parâmetros estranhos ao que restou preceituado pelo constituinte.

Assim se dá, porque, conquanto a onda neoconstitucionalista intente a universalização “dos direitos fundamentais internacionais nas Constituições futuras, fazendo prevalecer o princípio da dignidade da pessoa humana de maneira universal e afastando, assim, qualquer forma de desumanização” (LENZA, 2017, p. 68); o intercâmbio desses termos linguísticos em entidades concretas – conforme demonstrado pelos cotejos histórico, doutrinário e jurisprudencial – fora sempre casuístico, e nunca, objeto de concordância quanto à sua exata aptidão para servir de balizador da garantia constitucional à liberdade de manifestação do pensamento.

Isso é, a despeito de, eventualmente, poder-se extrair interpretação unívoca de um colegiado quanto à percepção, ou não, da odiosidade de certo discurso, em situações concretas; não se vê unanimidade quanto ao delineamento dos parâmetros cuja união possa fornecer premissa capaz de, em situações futuras e incertas, automatizar a análise do alcance da garantia constitucional à liberdade de expressão. Nesse sentido, vale rememorar, conforme Miguel Reale Júnior (2010) o fato de que:

Esse reconhecimento da maior intensidade valorativa da dignidade da pessoa humana, contudo, não deve ser admitido em termos absolutos, pois é de se aceitar que, em hipóteses excepcionais, de acordo com as específicas circunstâncias do caso concreto, outro valor constitucional possa prevalecer (REALE JÚNIOR, 2010, p. 398).

A esse respeito, ainda há de se ver, conforme destaca Ives Gandra Martins (1995), que não foram os direitos coletivos que restaram gravados como cláusula pétrea, mas exclusivamente os direitos do indivíduo. Isso é, a despeito de o Título II da Constituição Federal se referir a direitos individuais e coletivos, cláusulas pétreas são apenas os direitos individuais, como estão no inciso IV do §4º do art. 60 da Constituição (LIMITES..., 2016).

Por outro aspecto, ainda que possa “ser uma pena, uma lástima, uma desgraça que alguém se deixe enganar pelo ouropel de certas ideologias, por corresponderem a um tipo de emoção política ou de filosofia de Estado que enevoa os horizontes do livre pensar” (BRITTO, 2003 apud REALE JÚNIOR, 2010, p. 383), o único círculo de concórdia da doutrina é que, ao menos *a priori*, “essa modalidade de convicção e conseqüente militância tem a respaldá-la a própria Constituição Federal” (BRITTO, 2003 apud REALE JÚNIOR, 2010, p. 383); daí que, conforme Sarlet (2013):

doutrina e jurisprudência, notadamente o STF, embora adotem a tese da posição preferencial da liberdade de expressão, admitem não se tratar de direito absolutamente infenso a limites e restrições, desde que eventual restrição tenha caráter excepcional, seja promovida por lei e/ou decisão judicial (visto que vedada toda e qualquer censura administrativa) (SARLET, 2013, p. 470).

Assim, com essa menção à necessidade de lei ou decisão judicial prévia a qualquer restrição, a posição doutrinária parece-se manter consensual a esse respeito. A saber, a posição de Sarlet consoa com a de Daniel Sarmento: “eventual restrição prévia à liberdade de expressão somente seria admitida por meio de decisão judicial e ‘em hipóteses absolutamente excepcionais [...] em favor da tutela de direitos ou outros bens jurídicos contrapostos” (SARMENTO, 2017, p. 257).

Não obstante tudo isso, há o fato de que a hierarquia de valores plasmada à Constituição Federal de 1988, tal como as interpretações doutrinárias e jurisprudenciais pátrias a seu respeito, não são de observância obrigatória a qualquer movimento legiferante internacional; pelo que, sob óptica objetiva, pode facilmente conflitar com as resultantes de um ímpeto neoconstitucionalista, haja vista que a *Constituição do “por vir”*, tem, simultaneamente, os seguintes valores:

verdade: a Constituição não pode mais gerar falsas expectativas; o constituinte só poderá “prometer” o que for viável cumprir, devendo ser transparente e ético;
 solidariedade: trata-se de nova perspectiva de igualdade, sedimentada na solidariedade dos povos, na dignidade da pessoa humana e na justiça social;
 consenso: a Constituição deverá ser fruto de consenso democrático;
 continuidade: ao se reformar a Constituição, a ruptura não pode deixar de levar em conta os avanços já conquistados;
 participação: refere-se à efetiva participação dos “corpos intermediários da sociedade”, consagrando-se a noção de democracia participativa e de Estado de Direito Democrático;
 integração: trata-se da previsão de órgãos supranacionais para implementação de uma integração espiritual, moral ética e institucional entre os povos;
 universalização: refere-se à consagração dos direitos fundamentais internacionais nas Constituições futuras, fazendo prevalecer o princípio da dignidade da pessoa humana de maneira universal e afastando, assim, qualquer forma de desumanização (LENZA, 2017, p. 68).

Logo, se até o presente momento vê-se clara discussão doutrinária multifacetada quanto à restringibilidade, ou não, da liberdade de expressão e – entre os que entendem por sua limitação pela dignidade da pessoa humana – quanto aos parâmetros cabíveis a seu sopesamento; muito mais complexo se tornará esse debate à medida que lhe for acrescido o intento neoconstitucionalista. Isso porque, a despeito de existir o rol expresso dos valores almejados pela *Constituição do “por vir”*, não se esclarecera, até então, como se dará a conciliação entre cada um desses.

Noutro falar: não é sabido o modo como a prevalência do “princípio da dignidade da pessoa humana de maneira universal [...] afastando, assim, qualquer forma de desumanização” se conciliará com a garantia à liberdade de expressão protegida pelo anseio da continuidade, por força do qual “ao se reformar a Constituição, a ruptura não pode deixar de levar em conta os avanços já conquistados”; e, ainda, como, diante desse dilema, poderá ser satisfeita a meta de que “a Constituição deverá ser fruto de consenso democrático” – cujo alcance parece ser ainda mais dificultado pelo anseio de se implementar “uma integração espiritual, moral ética e institucional entre os povos (LENZA, 2017, p. 68).

Diante disso, especial atenção merece o anseio neoconstitucionalista pela “consagração dos direitos fundamentais internacionais nas Constituições futuras, fazendo prevalecer o princípio da dignidade da pessoa humana de maneira universal e afastando, assim, qualquer forma de desumanização” (LENZA, 2017, p. 68), pois, não bastassem as controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais atinentes à conciliação da dignidade da pessoa humana com a liberdade de expressão, tem-se ainda a maior garantia que, a ambas, dispensa a Constituição brasileira.

A saber, a redação da Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos dispõe que:

O Congresso não criará nenhuma lei relativa ao estabelecimento de religião, ou proibindo o livre exercício dessa ou daquela; ou restringindo a liberdade de palavra, ou de imprensa; ou o direito do povo de reunir-se pacificamente, e para solicitar ao Governo reparações de agravos (MORRIS, 1964, p. 80).

Por sua vez, o comando constitucional brasileiro não é por um comportamento negativo-legiferante a ser mantido pelo Estado, mas, salientando a eficácia horizontal do bem tutelado, exige-lhe postura ativa em defesa da liberdade de expressão de cada cidadão. *In verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

[...]

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

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

A isso, inclusive, deve-se acrescentar o fato de que, tal como ensina Nelson Nery Júnior:

Uma das características da hermenêutica constitucional é dar uma interpretação *ad amplianda* nas garantias constitucionais, porque todo o texto constitucional tem que

ser interpretado restritivamente, só o é ampliativamente nas garantias constitucionais, nos direitos fundamentais e direitos sociais (CRISTO; VASCONCELOS, 2013, n.p.).

Daí que, quando somadas a abrangência internacional dos meios de comunicação modernos; a vulnerabilidade desses a determinações estrangeiras legislativas ou particulares; seu caráter de praça pública e, enfim; as disparidades entre a Constituição brasileira e as de outros povos; não há como se perquirir o cumprimento do dever estatal de garantir a liberdade de expressão no Brasil sem que se analisem os elementos que, mesmo alheios ao alcance da Lei Maior, desenharão a linha de admissibilidade do que será permitido nas redes sociais – a qual será aplicada, inclusive, no espaço digital brasileiro.

Delineada, então, – tanto em virtude do sentido neoconstitucionalista quanto da abrangência global das redes – a importância de que sejam observadas as normativas internacionais na análise do problema da presente pesquisa, passa-se à abordagem das questões pertinentes sob esse enfoque; resgatando-se fatos e conceitos pontuados no primeiro capítulo.

3.3 ACONTECIMENTOS DO SÉCULO XXI PERTINENTES À LEITURA DO MARCO CIVIL DA INTERNET

Fora do mundo ocidental, onde o sistema democrático é de aparição mais rara, a primeira legislação concernente aos limites da liberdade de expressão na internet surgira na China, em 1997, através do, ainda vigente, “Regulamento de Segurança, Proteção e Gerenciamento de Redes de Informação de Computadores e Internet”⁷, cujos itens 5 e 8 do art. 5º do Capítulo I proíbem expressamente o usuário de “fazer falsidades, distorcer a verdade, espalhar boatos, destruir a ordem da sociedade” e de “prejudicar a reputação de órgãos do Estado”⁸.

Nessa toada, fora fundado, em 2002, o sistema até hoje conhecido como “*The Great Firewall of China*”, que – segundo o próprio governo Chinês – conta com mais de dois milhões de funcionários (CHINA...,2013) e cujo funcionamento visa a garantir a eficácia do art. 51 da Constituição de 1982, segundo o qual:

⁷ Disponível em: <http://www.lehmanlaw.com/resource-centre/laws-and-regulations/information-technology/computer-information-network-and-internet-security-protection-and-management-regulations-1997.html>. Acesso em: 2 jul. 2021.

⁸ Article 5. No unit or individual may use the Internet to create, replicate, retrieve, or transmit the following kinds of information: [...] (5) Making falsehoods or distorting the truth, spreading rumors, destroying the order of society; [...] (8) Injuring the reputation of state organs;

No exercício das suas liberdades e dos seus direitos, os cidadãos da República Popular da China não podem atentar contra os interesses do Estado, da sociedade e da coletividade ou contra as legítimas liberdades e direitos dos outros cidadãos (CHINA, 1982).

A respeito, Tomiyoshi tece as seguintes considerações:

A mais nova muralha da China atualmente é o ‘Great Firewall of China’ e outros mecanismos capazes de controlar os conteúdos nas páginas virtuais, sendo considerados os métodos mais avançados de controle da informação do mundo, sobre a justificativa do governo de filtrar informações que consideram “sensíveis”. Um dos problemas é que foram determinados quais seriam essas informações de maneira genérica, deixando a livre arbítrio do Partido a interpretação. Sendo permitido inclusive, o controle dos conteúdos de e-mails. [...]

A política de censura chinesa fortaleceu ainda mais com a aprovação da Emenda que entrou em vigor em 1º de outubro de 2010, que obriga provedores de internet e operadores de serviços telefônicos a fornecer informações privadas de e-mail e interromper ligações de denunciem vazamento do que se classifica como ‘segredos de Estado’ (TOMIYOSHI, 2011, p. 147).

Por essa razão, quanto ao uso da internet, é de se ressaltar o duplo-padrão do governo chinês, que a aproveita ao desenvolvimento econômico do país, mas, simultaneamente, blindar-se dos desgastes políticos comumente atrelados ao maior fluxo e ao menor controle no intercâmbio de informações:

o governo chinês incentiva seu uso econômico, ao mesmo tempo em que tenta bloquear sua utilização para fins de mudança social e política. Para o bloqueio do uso político e manutenção do uso econômico diversas técnicas sofisticadas são utilizadas. Assim, [...] não é meramente a expressão de opinião política que é censurada, os maiores alvos da censura são as postagens que incitam a ação fora da rede (WIVES, 2013, p. 58).

Não obstante, o art. 35 da Constituição Chinesa tem a seguinte redação:

Artigo 35º (*sic.*)

Os cidadãos da República Popular da China gozam de liberdade de expressão, de imprensa, de associação, de reunião, de desfile e de manifestação. (CHINA, 1982)

A Rússia, por sua vez, em 2009, criou o “Roskomnadzor” (RUSSIA, 2009), que se tornou a principal ferramenta do Serviço Federal de Supervisão de Comunicações, Tecnologia da Informação e Meios de Comunicação de Massa. E, em 2015, estabeleceu-se a RuNet, que se traduz em uma internet propriamente russa. Em referência a esse:

Rachel Denber, diretora da divisão da Europa e Ásia Central da ONG Human Rights Watch, afirma que, a RuNet “coloca em perigo a liberdade de expressão e informação online.”(HUMAN, 2019) Declara ainda que “o governo pode agora censurar de maneira direta o conteúdo ou, inclusive, transformar a internet russa em um sistema fechado sem informar ao público sobre o que fez ou por quê”(HUMAN, 2019). Por

isso, a Lei tem sido considerada um pretexto utilizado pelo governo russo para ampliar o controle político, além de abrir caminho para um monitoramento em massa (AGUIAR, 2019, p. 109).

A legislação que fundamenta o “Roskomnadzor” prevê, ainda, a aplicação de multa no valor de até U\$ 127 mil dólares e, ainda, pena de prisão de até 5 anos (OS DONOS..., 2020); entretanto, interessa notar que, tal como as Constituições chinesa e brasileira, a russa garante, nos itens 1, 4 e 5 de seu art. 29, que:

1. A todos é garantida a liberdade de pensamento e de expressão.
[...]
4. Todos têm o direito de livremente procurar, receber, transmitir, produzir e divulgar informação por qualquer meio lícito. A lista de constatações que compõem segredo de estado é determinada por lei federal.
5. Garantida a liberdade de informação de massa. A censura é proibida (RÚSSIA, 1993).

Foi a Rússia que propôs, na ONU, em outubro de 2019, a Convenção Internacional de Combate ao Cibercrime; da qual foram coautores e apoiadores a China, a Coreia do Norte e a Venezuela; e o documento fora aprovado pelo órgão mundial de 193 membros por 79 votos a favor e 60 contra, com 33 abstenções (ONU, 2019).

Paralelamente a esse movimento percebido entre os países orientais, o elemento de invocação mais comum aos argumentos pela restrição da liberdade de expressão, no Ocidente, fora o discurso de ódio.

Em 2009, aliás, a National Hispanic Media Coalition descreveu sua definição em um relatório, no qual especificou quatro espécies de discurso de ódio: fatos falsos, argumentação falha, linguagem divisionista e metáforas desumanizantes (HOLMES, 2016). Em concreto, contudo, algumas leituras contraditórias surgem dessa mesma raiz.

Em 2018, Jack Philips – confeitiro cristão – fora condenado pela Comissão de Direitos Civis do Colorado após se negar a fazer um bolo para um casal gay [Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission, 584 U.S.(2018)]. Por outra banda, o Conselho de Relações Americano-Islâmicas classificou como neonazista a organização, no Arkansas, de uma “marcha contra a Sharia” (PIGGOTT, 2017); valendo-se observar, porém, que o Código Penal do Irã, a saber, dispõe o seguinte:

- Código Penal Iraniano
Artigo 15- Hadd é uma punição para a qual os motivos, tipo, quantidade e condições de execução são especificados na sagrada Sharia.
[...]
Artigo 235- Tafkhiz é definido como colocar o órgão sexual de um homem (pênis) entre as coxas ou nádegas de outra pessoa do sexo masculino.

Nota- Uma penetração [de um pênis no ânus de outra pessoa do sexo masculino] que não atinge o ponto da circuncisão deve ser considerada tafkhiz.

Artigo 236- No caso de tafkhiz, a punição hadd para a parte ativa e passiva será de cem chicotadas e não fará diferença se o infrator cumpre ou não as condições de ihsan [mencionadas na nota 2 do artigo 234], ou se [o infrator] recorreu ou não à coerção.

Nota- Se a parte ativa for não muçulmana e a parte passiva for muçulmana, a punição hadd para a parte ativa será a pena de morte.

Artigo 237- Atos homossexuais de uma pessoa do sexo masculino em casos diferentes de livat e tafkhiz, como beijar ou tocar como resultado de luxúria, são puníveis com trinta e um a setenta e quatro chibatadas de punição ta'zir da sexta série.

Nota 1 - Este artigo é igualmente aplicável no caso de uma pessoa do sexo feminino.

Nota 2- Este artigo não será aplicável nos casos puníveis com uma punição hadd de acordo com as regras da Sharia (IRÃ, 1991).

A Irlanda, a seu tempo, promulgara a Lei de Proibição do Incitamento ao Ato de Ódio, cuja primeira seção, que traz os ditames interpretativos, estabelece que o termo “ódio” significa o ódio contra um grupo de pessoas no Estado ou em outro lugar devido à sua raça, cor, nacionalidade, religião, origem étnica ou nacional, pertença à comunidade itinerante ou orientação sexual” (IRLANDA, 1989).

A Holanda fez constar o seguinte de seu Código Penal:

Artigo 137c: Aquele que se expressa publicamente de forma ofensiva no que diz respeito a um grupo de pessoas por causa de sua raça, religião sua filosofia de vida, sua orientação heterossexual ou homossexual ou suas deficiências físicas, psicológicas ou mentais, deve ser punido com prisão de até um ano ou com aplicação de multa da terceira categoria.

Artigo 137d: Aquele que incita ódio publicamente contra uma pessoa ou grupos de pessoas por causa de sua raça, religião sua filosofia de vida, sua orientação heterossexual ou homossexual ou suas deficiências físicas, psicológicas ou mentais, deve ser punido com prisão de até um ano ou com aplicação de multa da terceira categoria (HOLANDA, 2012).

Não por acaso, então, as três maiores plataformas de comunicação social do Brasil, quais sejam o Facebook, o Instagram e o Twitter já estabelecem, em seus termos de uso que a verificação de “*discurso de ódio*” pode resultar na exclusão das postagens do usuários e, inclusive, de sua conta; sendo que os referidos termos preveem que a ocorrência nessa conduta será verificada exclusivamente pela plataforma.

Veja-se, por oportuno, a posição das primeiras mencionadas, que consubstanciam as maiores das redes sociais no Brasil e contam com uma só administração:

Nossas regras sobre discurso de ódio não toleram ataques a pessoas com base em suas características protegidas, incluindo raça ou religião. Reforçamos essas regras no ano passado, banindo formas mais implícitas de discurso de ódio, como conteúdo retratando blackface (quando pessoas que não são negras pintam o rosto de preto para fazer caricaturas de pessoas negras) e elementos antissemitas comuns. Agimos sempre que tomamos conhecimento de conteúdos com discurso de ódio. Além disso, estamos continuamente melhorando nossas ferramentas de detecção para que possamos

encontrá-los com mais rapidez. Entre julho e setembro do ano passado, tomamos medidas em relação a 6,5 milhões de itens contendo discurso de ódio no Instagram, incluindo em mensagens diretas, nas quais 95% das vezes encontramos indícios antes de qualquer denúncia (ATUALIZAÇÃO..., 2021).

A título exemplificativo, vale verificar que, do termo explicativo das práticas de combate ao discurso de ódio adotado pelo Instagram e pelo Facebook, consta a seguinte recomendação para evitar essa prática:

Não publique: Conteúdo visando um indivíduo ou grupo de pessoas (incluindo todos os subconjuntos, salvo os que descrevem o cometimento de crimes violentos ou ofensas sexuais), nos moldes das referidas características protegidas ou status de imigração com: [...] Comparações, generalizações ou declarações designadas, ou afirmações comportamentais (por escrito ou visuais) que incluam: Pessoas negras e macacos ou seres semelhantes a macacos; Pessoas negras e equipamentos agrícolas; Caricaturas de pessoas negras pintando o rosto de preto; Judeus e ratos; Judeus comandando o mundo ou controlando grandes instituições, como redes de mídia, a economia ou o governo; Negação ou distorção de informações sobre o Holocausto; Muçulmanos e porcos; Muçulmanos e relações sexuais com cabras ou porcos. Mexicanos e seres semelhantes a vermes; Mulheres como objetos domésticos ou referência à mulher como propriedade ou “objeto”; Pessoas transgêneras ou não-binárias sendo chamadas de “isso”; Dalits, pessoas de casta programada ou de "casta inferior" com trabalhadores braçais (DISCURSO..., s.d.)

Quanto a esse, somado ao fato de que não se destaca a recomendação como de caráter exemplificativo, interessa gravar a ausência, por exemplo, de qualquer referência aos cristãos, que, perseguidos como diversas outras denominações religiosas no planeta, sofreram conhecidos massacres no século XX, como no genocídio armênio, na Cristiada Mexicana e na, ainda corrente, perseguição na Coreia do Norte e no Camboja e vários outros. (ANTEQUERA, 2021).

Disso emerge razoável incerteza quanto à probabilidade de que tais políticas, em sendo levadas a cabo, de fato coadunem com a garantia constitucional (art. 5º, VIII da CF) de que “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”.

Nada obstante a relativa pertinência dessa observação à análise do problema de pesquisa, eis que o ordenamento jurídico pátrio, sob a luz dessa mencionada garantia do art. 5º, VIII, também preceitua a igualdade nas contratações (art. 6º, II do CDC); a principal noção a se apurar do presente capítulo é questão assaz antecedente.

Malgrado as discussões doutrinária e jurisprudencial brasileiras estejam, há décadas, perquirindo com cautela uma premissa adequada à verificação do alcance da liberdade expressão; as normas que, gradativamente, passam a vigorar nas “*novas praças públicas*” do

país impedem a manifestação de certos pensamentos, sem qualquer apreciação legislativa ou mesmo judicial a respeito – ao passo que esse crivo judicial, como visto, sempre fora o único elemento reconhecidamente necessário à luz unânime da doutrina e da jurisprudência.

Isso considerado, passa a se analisar propriamente, sob a óptica dos arts. 5º, IV, X, LIV, e 220 da CF, o quanto o legislador do Marco Civil da Internet fora, ou não, capaz de dar cumprimento ao dever estatal de garantir a liberdade de expressão e de preveni-la, inclusive, de privações antecedentes ao devido processo legal e potencialmente ofensivas a diversos outros direitos fundamentais.

4 IMBRÓGLIOS JURÍDICOS DECORRENTES DA SUPERFICIALIDADE DA LEI 12.965/14 E PRÁTICAS JÁ MANTIDAS PELAS REDES SOCIAIS

Para evitar uma análise unifacetada da lei 12.965/14, é essencial que sua leitura se acompanhe tanto das práticas levadas a cabo na realidade, quanto dos argumentos invocados em defesa dessas e das demais disposições legais pertinentes.

De antemão, contudo, vale-se analisarem as questões que o Supremo Tribunal Federal decidirá no âmbito do RE 1.057.258 RG/MG e do RE 1.037.396 RG/SP, por apresentarem notado potencial de estabelecerem diretrizes interpretativas inéditas sobre o art. 19 do Marco Civil da Internet.

4.1 TEMAS SUBMETIDOS AO REGIME DE REPERCUSSÃO GERAL OS QUAIS PODEM AFETAR A INTERPRETAÇÃO DO ART. 19 DA LEI 12.965/14

Vale atentar à existência de dois recursos extraordinários cuja Repercussão Geral já restara reconhecida pelo STF e os quais aguardam o julgamento do Colendo Tribunal.

Por ocasião do RE 1.057.258 RG/MG, será analisado o “Tema 533 - Dever de empresa hospedeira de sítio na internet fiscalizar o conteúdo publicado e de retirá-lo do ar quando considerado ofensivo, sem intervenção do Judiciário”.

Não obstante, a situação jurídica da qual resultou o referido recurso foi antecedente à promulgação do Marco Civil da Internet, que, em seu art. 19, trouxe a seguinte disposição:

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.

Logo, afora a hipótese de se entender pela inconstitucionalidade do dispositivo supra – o que, em tese, não aguarda julgamento nesses autos –, é razoável esperar o reconhecimento de que, para efeito da Repercussão Geral, a controvérsia carreada pelo Tema 533 se esvaziara com a edição desse comando legal explícito a respeito da irresponsabilidade civil dos provedores de aplicações anteriormente à intimação de ordem judicial específica.

Noutro falar, se outrora foi discutível a responsabilidade fiscalizatória e até editorial dos provedores de aplicação pelo conteúdo neles publicado, o art. 19 da lei 12.965/14 evidencia a

inexistência do dever que o julgamento do RE 1.057.258 pretende perquirir, pois, por força do art. 19 a lei 12.965/14, à exceção do previsto em seu art. 21, os provedores de aplicação de internet passaram a não poderem ser responsabilizados enquanto não se virem no descumprimento de ordem judicial (NORTHFLEET, 2020).

Isso resolvido. Vale observar que, já na vigência do Marco Civil da Internet, outro Recurso Extraordinário pertinente tivera sua Repercussão Geral reconhecida pela Suprema Corte nacional, qual tenha sido o RE 1.037.396 RG/SP.

Este último fora interposto pela principal provedora de aplicações de Internet do Brasil, o Facebook, em face de decisão judicial que condenara a detentora da plataforma ao pagamento de danos morais decorrentes da não exclusão de perfil alegadamente falso e criado em nome de terceira; que, por isso, precisou ajuizar a demanda para que fosse determinada a derrubada do perfil que, em tese, cometia falsidade ideológica em seu desfavor.

À decisão, gravou-se que:

[...] condicionar a retirada do perfil falso somente após ordem judicial específica, na dicção desse artigo, significaria isentar os provedores de aplicações, caso da ré, de toda e qualquer responsabilidade indenizatória, fazendo letra morta do sistema protetivo haurido à luz do Código de Defesa do Consumidor, circunstância que, inclusive, aviltaria preceito constitucional (art. 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal) desta última (vítima). [...]

Ademais, tal disposição como que quer obrigar, compelir o consumidor vitimado, a ingressar em Juízo para atendimento da pretensão que, seguramente, poderia ser levada a cabo pelo próprio provedor cercando-se de garantias a fim de preservar, em última análise, a liberdade de expressão. Antes, o provedor fica em confortável, mas não menos desproporcional, posição de inércia frente à vítima do abuso desse mesmo direito de manifestação do pensamento, gerando paradoxal desequilíbrio em relação aos invioláveis direitos à intimidade, a vida privada, a honra e a imagem (art. 5º, inciso X, da Constituição Federal) desta última (vítima).

Destarte, condicionar a responsabilização da ré à prévia tomada de medida judicial pela autora, na conformidade do art. 19 do Marco Civil da Internet, fulminaria seu direito básico de efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos (art. 6º, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor).

Em outros termos, ao haver entendido pela concessão de danos morais, a decisão apontou que o dever de suspender a conta acusada teria nascido desde o requerimento extrajudicial pela exclusão do perfil que se alegou ser falso; e, por consequência literal, que a provedora da aplicação deveria ter efetuado a exclusão da conta acusada independente e previamente a qualquer ordem judicial.

A partir daí, portanto, é que toma forma a problemática da presente pesquisa, pois, como se viu ser a unânime à doutrina e à jurisprudência tradicionais: é necessário que “eventual restrição tenha caráter excepcional, seja promovida por lei e/ou decisão judicial (visto que

vedada toda e qualquer censura administrativa)” (SARLET, 2013, p. 470), de modo que “eventual restrição prévia à liberdade de expressão somente seria admitida por meio de decisão judicial e ‘em hipóteses absolutamente excepcionais... em favor da tutela de direitos ou outros bens jurídicos contrapostos” (SARMENTO, 2017, p. 257).

Por sua vez, no âmbito do RE 1.037.396 RG/SP, Tema 987, interposto pelo Facebook e a ser apreciado pelo STF em sede de Repercussão Geral, a própria provedora sustenta que “a obrigação conferida às empresas privadas de analisar e excluir conteúdo gerado por terceiros, sem prévia apreciação da autoridade judicial, configura censura e restrição à liberdade de manifestação” (RE 1.037.396 RG/SP); após o que foram admitidos os “pleitos de ingresso no feito do [...] Google Brasil Internet Ltda. [...] e Twitter Brasil Rede de Informação Ltda. na condição de *amici curiae*” (RE 1.037.396 RG/SP). No julgamento do recurso mencionado, então, a Corte Suprema declarará a constitucionalidade ou não do art. 19 do Marco Civil da Internet (Lei no 12.965/14) e a possibilidade de se condicionar a retirada de perfil falso ou tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente somente após ordem judicial específica (RE 1.037.396 RG/SP).

Em primeira análise, então, a aparência é de que a decisão da Corte necessariamente se enquadrará em um de dois únicos possíveis cenários: declarar a responsabilidade civil dos provedores “pelos danos decorrentes de conteúdos gerados por terceiros” (art. 19 da lei 12.965/14) e, portanto, conferir-lhes o dever de excluir as postagens e perfis atentatórios à dignidade da pessoa humana; ou, reconhecendo constitucional o art. 19 da lei 12.965/14, apontar-lhes como civilmente inimputáveis até a intimação de “ordem judicial específica [...] para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente”.

Ocorre que, de atenta análise dos termos em que restou ementado o acórdão em que se reconheceu a Repercussão Geral, revela-se a inexistência da primeira das possibilidades supramencionadas, pois a questão em tela fora apontada como a “*possibilidade* de se condicionar a retirada de perfil falso ou tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente somente após ordem judicial específica” (RE 1.037.396 RG/SP).

Em verdade, portanto, caso a constitucionalidade do art. 19 venha a se reconhecer nesses termos; estar-se-á declarando que sua eficácia não se traduz no intuito estampado pelo legislador ao início do *caput* daquele dispositivo – qual seja o de “assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura” –, uma vez que o provedor *poderá*, ou não, “condicionar a

retirada de perfil falso ou tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente” à existência de ordem judicial específica.

Na realidade, então, a despeito de obrigada a excluir aquilo que o Poder Judiciário determinar; a rede social não dependerá de lei ou decisão judicial alguma para levar a cabo a exclusão do que bem entender.

A esse respeito, então, é válido resgatar a observação gravada por Daniel Sarmiento, no sentido de que, mesmo em se aceitando cabíveis restrições à liberdade de manifestação diante de certos casos concretos, “há que se ter cautela e equilíbrio no percurso deste caminho, para que os nobres objetivos de promoção da tolerância e de defesa dos direitos humanos dos excluídos não resvalam para a perigosa tirania do politicamente correto” (SARMENTO, 2006, p. 58).

Por essa razão, a eleição dessa tese da *possibilidade* do condicionamento da retirada de conteúdo consubstanciaria mudança diametral do único paradigma já aceito pela doutrina e pela jurisprudência dominantes a respeito da liberdade de expressão; qual seja o curto, mas cristalino, ponto pacífico de que eventual restrição deve ter caráter excepcional e ser promovida por lei e/ou decisão judicial (graças à vedação de toda e qualquer censura administrativa) (SARLET, 2013), de modo que “eventual restrição prévia à liberdade de expressão somente seria admitida por meio de decisão judicial e ‘em hipóteses absolutamente excepcionais... em favor da tutela de direitos ou outros bens jurídicos contrapostos.’” (SARMENTO, 2017, p. 257)

Em razão disso, se a base do constitucionalismo moderno é mesmo a predominância das constituições escritas como instrumentos para conter qualquer arbítrio decorrente de poder (LENZA, 2017, p. 66), não lhe é compatível a realidade que seria instaurada por uma interpretação, em sede de Repercussão Geral, a qual garantisse, às controladoras das “novas praças públicas” (FACHIN, 2020, p. 16), a possibilidade de cercearem os discursos que entenderem indignos de divulgação.

Ellen Gracie Northfleet (2020), em consonância com a lógica assumida por todos os demais autores até então referidos, reitera que, por força do princípio da reserva de jurisdição, o Judiciário possui legitimidade exclusiva para, sopesando os direitos em conflito, apontar quais conteúdos, dentre os publicados na rede mundial de computadores, infringem, ou não, o ordenamento jurídico.

Por outro aspecto, é de se ver que a ação originária de que decorreu o RE 1.037.396 RG/SP teve “por fundamento o fato de que uma pessoa que nunca teve cadastro no Facebook, constava como titular de um perfil falso, utilizado para ofender pessoas diversas” (NORTHFLEET, 2020), pelo que, em verdade, é plausível a configuração de um dano moral.

Não obstante, a única exceção que o legislador do Marco Civil da Internet estipulara ao disposto no art. 19 fora a prevista no art. 21 do mesmo diploma:

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.

Nesse sentido, apesar de ainda não resolvida a problemática da pesquisa – que se dá sob o enfoque da garantia à liberdade da expressão –, já se vê que a lei 12.965/14 legou notório imbróglia jurídico às vítimas de falsidade ideológica praticada nas redes sociais; uma vez que, caso a provedora da aplicação leia seu art. 19 considerando seu “intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura”, concluíra pela necessidade de ordem judicial para que suspenda a conta aparentemente delituosa.

Isso pontuado, avaliar-se-á, a partir de casos concretos, como interpretam o art. 19 da lei 12.965/14 aquelas provedoras de aplicações de internet que não o absorvem sob a óptica do “intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura”, mas pelo o ângulo de que a mesma lei não estabelecera qualquer vedação à exclusão de contas e de conteúdo sem a existência de ordem judicial a respeito.

4.2 A HIERARQUIA DE VALORES IMPLÍCITA NA LEI 12.965/14 E SEU SILÊNCIO QUANTO À POSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DE CONTEÚDO SEM O RESPALDO DE ORDEM JUDICIAL PRÉVIA. PRÁTICAS JÁ MANTIDAS PELAS REDES SOCIAIS

A liberdade de expressão fora o único bem homenageado no primeiro artigo de disposição material do Marco Civil da Internet, onde se estampara literalmente que “A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão” (art. 2º). E, à mesma prioridade, voltou-se todo o MCI:

Art. 2º A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como:

II – os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais;

V – a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor;

VI – a finalidade social da rede.

3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:

I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal;

IV - preservação e garantia da neutralidade de rede;

VII - preservação da natureza participativa da rede;

Parágrafo único. Os princípios expressos nesta Lei não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Art. 4º. A disciplina do uso da internet no Brasil tem por objetivo a promoção:

I - do direito de acesso à internet a todos;

II - do acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos;

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

XI - publicidade e clareza de eventuais políticas de uso dos provedores de conexão à internet e de aplicações de internet;

Art. 8º A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet.

Parágrafo único. São nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que violem o disposto no **caput**, tais como aquelas que:

A isso convém somar que “A ordem jurídica privada não está, é certo, divorciada da Constituição” (CANOTILHO, 2000, p. 113), pelo que todo o diploma deve ser lido, ainda, sob a luz constitucional, que o ilumina com seguintes termos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

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

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Assim sendo, parece deveras coerente o argumento invocado no RE 1.037.396 RG/SP, ao se sustentar que “a obrigação conferida às empresas privadas de analisar e excluir conteúdo gerado por terceiros, sem prévia apreciação da autoridade judicial, configura censura e restrição à liberdade de manifestação”.

De se perceber, entretanto, que o objetivo de tal recurso é que se reconheça lícita a “*possibilidade* de se condicionar a retirada de perfil falso ou tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente somente após ordem judicial específica”, uma vez que tal tese afastaria, da recorrente, quaisquer condenações por danos morais ou materiais em virtude do não atendimento de requerimentos extrajudiciais pela exclusão de postagens.

Ocorre, a despeito da linha argumentativa adotada pela recorrente e apoiada pelas *amici curiae*, que não consta dos autos o fato de, atualmente, todas essas provedoras já realizarem, assumidamente, a retirada de perfis e de conteúdos publicados nas plataformas sem a existência de decisão judicial concernente.

Conforme Ellen Gracie Northfleet (2020), não se pode deixar de distinguir a obrigação de remover o conteúdo mediante ordem judicial da possibilidade de removê-lo sem qualquer ordem judicial.

Daí ser válido notar que a recorrente mencionada não criticou a *faculdade* “conferida às empresas privadas de analisar e excluir conteúdo gerado por terceiros, sem prévia apreciação da autoridade judicial, configura censura e restrição à liberdade de manifestação”, mas, cuidadosamente, a *obrigação* de que assim procedessem.

É que, embora tais empresas tenham sido legalmente tratadas como equivalentes à verdadeira praça pública, havendo-se-lhas reconhecido a irresponsabilidade pelos conteúdos nelas publicados; têm-se, no art. 19 da Lei 12.965/14, razoável sinal de que não serão civilmente responsabilizadas quando, eventualmente, procederem, mesmo sem prévia ordem judicial para tanto, com a exclusão de quaisquer conteúdos.

E, enxergando essa combinação entre o melhor dos dois mundos, os provedores de aplicações na internet não têm-se privado de julgar, liminarmente, o que deve, ou não, ser mantido nos anais da internet; investindo-se do arbítrio que, como visto, fora sempre de admissibilidade excepcional e, em todos os casos desde a Revolução Gloriosa de 1688, exclusivo ao Poder Judiciário.

De outro modo, como já apanhado, a jurisprudência e a doutrina não lograram êxito, até o presente momento, no desenvolvimento de uma premissa capaz de, em situações futuras e incertas, automatizar a análise do alcance da garantia constitucional à liberdade de expressão.

Logo, nenhum silêncio legal pode ser lido como uma permissão a que sejam adotados termos indefinidos e sem qualquer previsão de juridicidade – tais como “*discurso de ódio*” ou “*crimes de ódio*” – para definir o que pode, ou não, restar expressado nas redes sociais – que são abertas em homenagem aos princípios da igualdade nas contratações (art. 6º, II, do CDC) e da vedação à censura de qualquer natureza e sob qualquer forma, processo ou veículo.

Assim, além de a inexistência de crime sem lei anterior que o preveja (art. 5º, XXXIX, da CF) impedir as provedoras de redes sociais de aplicarem penas arbitrárias aos usuários que bem entenderem, deve-se recordar que:

Esse reconhecimento da maior intensidade valorativa da dignidade da pessoa humana, contudo, não deve ser admitido em termos absolutos, pois é de se aceitar que, em hipóteses excepcionais, de acordo com as específicas circunstâncias do caso concreto, outro valor constitucional possa prevalecer (REALE JÚNIOR, 2010, p. 398).

Ademais, o inciso LIV do art. 5º da CF estabelece que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”; sendo que “uma das características da hermenêutica constitucional é dar uma interpretação *ad amplianda* nas garantias constitucionais, porque todo o texto constitucional tem que ser interpretado restritivamente, só o é ampliativamente nas garantias constitucionais, nos direitos fundamentais e direitos sociais” (CRISTO; VASCONCELOS, 2013, n.p.).

Nesse sentido, não há porque se interpretar que as pessoas poderiam ser privadas de todas as outras suas liberdades, enquanto só aquela concernente a seu direito de ir e vir estaria acobertada pelo devido processo legal. Ou seja, a garantia estatuída pelo inciso LIV do art. 5º assegura, também, que cerceamentos da liberdade de expressão deverão ser precedidos do devido processo legal.

A despeito disso, estampou-se anteriormente que os próprios termos de uso e as regras estabelecidas por essas empresas ignoram a horizontalidade e a consequente indisponibilidade do direito fundamental à liberdade de expressão.

Ademais, há de se ver outro fato a esse respeito, pois já é a realidade que essas empresas, para defenderem a constitucionalidade de suas condutas censoras, estão, perante o Judiciário brasileiro, lançando mão da inexistência de vedação, na lei 12.965/14, à exclusão de perfis e conteúdos das redes sociais sem o amparo em qualquer decisão judicial pertinente.

De se destacar, *verbi gratia*, o caso extraído do processo de nº 0809997-59.2021.8.15.2001, cuja situação que deu azo ao ajuizamento fora a indisponibilização repentina, sem decisão judicial ou mesmo tratativa prévia própria plataforma, de conta mantida por certa celebridade brasileira na plataforma do Twitter.

Na contestação, a ré, Twitter Brasil Rede de Informação Ltda., alegou taxativamente que:

[...] O Marco Civil da Internet foi expresso ao privilegiar, *prima facie*, a liberdade de expressão e de informação em detrimento de eventuais alegações de violação aos direitos da personalidade.

69. O referido diploma legal traduziu a vontade do legislador ao estabelecer a obrigação de remoção de conteúdo mediante ordem judicial. Contudo, esses mesmos legisladores, em momento algum, vedaram aos provedores de aplicação de internet a sua atuação legítima de análise e verificação da violação do contrato celebrado com o usuário, afigurando-se como sua liberalidade, e não obrigação, a intervenção extrajudicial em observância ao acordo firmado com os usuários.

70. Assim, em nenhum momento o Marco Civil determina que precise existir uma ordem judicial para que um conteúdo seja removido da internet. O provedor apenas será obrigado a remover um conteúdo caso, em regra, exista uma ordem judicial ordenando isso. Antes da ordem judicial, cabe ao provedor gerir a sua plataforma e decidir se removerá ou não determinado conteúdo, quando constatadas violações aos seus termos de uso. [...] (Processo nº 0809997-59.2021.8.15.2001 id. 41911249)

Daí se ver, então, que, mesmo diante da redação expressa nos arts. 5º, IV, e 220, *caput* e §2º, da CF, tais provedoras, sob a égide de a lei 12.965/14 não lhes haver proibido disso, põem-se a selecionar, pelo próprio arbítrio, o que pode, ou não, ser mantido nos anais das “novas praças públicas” (KENNEDY, 2016 apud FACHIN, 2020).

Conforme apurado do primeiro capítulo deste trabalho, então, deve-se resgatar que, no debate doutrinário quanto ao balanceamento entre a liberdade de expressão e quaisquer outros aspectos ou desdobramentos do princípio da dignidade da pessoa humana; o único objeto de concordância é justamente que “eventual restrição tenha caráter excepcional, seja promovida por lei e/ou decisão judicial (visto que vedada toda e qualquer censura administrativa)” (SARLET, 2013, p. 470), de modo que “eventual restrição prévia à liberdade de expressão somente seria admitida por meio de decisão judicial e ‘em hipóteses absolutamente excepcionais... em favor da tutela de direitos ou outros bens jurídicos contrapostos” (SARMENTO, 2017, p. 470).

Tudo isso, vale repisar, em plena consonância com a razão de ser do “constitucionalismo moderno, em que predominam as constituições escritas como instrumentos para conter qualquer arbítrio decorrente de poder” (LENZA, 2017, p. 66).

4.3 A INDISTINÇÃO NO TRATAMENTO LEGAL ÀS DIFERENTES ESPÉCIES DE PROVEDORAS DE APLICAÇÕES DE INTERNET

Ainda que o objeto deste estudo seja avaliar a suficiência da lei nº 12.965/14 para salvaguardar a liberdade de expressão no espaço digital brasileiro, é preciso reconhecer que a concepção de qualquer hipótese ao questionamento da pesquisa deve considerar, por óbvio, a realidade como um todo.

Isso é, não se pode analisar a norma em questão como se seu único e exclusivo encargo fosse o de assegurar a garantia da liberdade de manifestação do pensamento, dado que, sem embargo da nobreza dessa incumbência, o uso da internet no Brasil e no mundo se reveste de várias outras serventias que não a mera troca de opiniões e de informações; e o desafio

legiferante é, justamente, harmonizar a tutela de todos esses desdobramentos no mesmo diploma.

Isso, aliás, foi objetivamente compreendido pelo legislador, que, para além dos elementos recém-destacados e referentes à liberdade de expressão; também gravou o seguinte em outros dispositivos do mesmo diploma:

Art. 2º A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como:

IV - a abertura e a colaboração;

V - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e [...]

Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:

VI - responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei;

VIII - liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei.

Art. 4º A disciplina do uso da internet no Brasil tem por objetivo a promoção:

III - da inovação e do fomento à ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso;

Noutro falar, fato é que a leitura desses primeiros dispositivos norteadores parece indicar que o legislador estava razoavelmente consciente da existência variadas naturezas de aplicações e negócios simultaneamente disponíveis e utilizadas pelo usuário da internet.

Não obstante, quando do principal dispositivo de caráter interpretativo do Marco Civil da Internet, o legislador fizera constar, simplesmente, que:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

V - conexão à internet: a habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP;

VII - aplicações de internet: o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet;

Ou seja, toda a legislação findou por espriar seus efeitos a partir de um único traço diferenciador entre os todos os diferentes modelos de negócio relacionados às redes; de modo que o olhar do operador do direito, a rigor, dever-se-ia restringir à diferenciação entre os “provedores de conexão à internet e [os] de aplicações de internet” (art. 7º, XI).

Ocorre, no entanto, que este último grupo é conhecidamente dotado de diversas subcategorias que, na realidade, apontam cada qual para a essência específica dos negócios que as integram.

Isso é, uma plataforma restrita à viabilização de comércio *online* não se confunde outra que ofereça um ambiente de jogos *online*, a qual também não se confunde com um aplicativo restrito à troca de mensagens privadas; ao passo que nenhuma dessas se confunde com uma

rede social propriamente dita, na qual inúmeros usuários publicam, livremente e num amálgama, diversas opiniões, produtos, informações e serviços.

Tal distinção, vale notar, não é de modo algum prescindível à aplicação da ordem jurídica sobre esses provedores de aplicações de internet, mas, longe disso, essencial à justa operação do direito nos casos concretos.

Assim se comprova, *verbi gratia*, ao se rememorar a discussão jurisprudencial e doutrinária quanto ao grau de dureza da horizontalidade dos direitos fundamentais; a respeito do que – vale repisar – José Joaquim Gomes pontuara que:

A ordem jurídica privada não está, é certo, divorciada da Constituição. Não é um espaço livre de direitos fundamentais. todavia, o direito privado perderá sua irreduzível autonomia quando as regulações civilísticas - legais ou contratuais - vêm o seu conteúdo substancialmente alterado pela eficácia directa dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada. [...] Se o direito privado deve recolher os princípios básicos dos direitos e garantias fundamentais, também os direitos fundamentais devem reconhecer um espaço de regulação civil, evitando transformar-se em 'direito de não-liberdade' do direito privado (CANOTILHO, 2000, p. 113).

E, conforme já explanado, o que autor advoga não é uma verticalização absoluta dos direitos fundamentais, mas uma atenuação da eficácia horizontal “quando as regulações civilísticas - legais ou contratuais - vêm o seu conteúdo substancialmente alterado pela eficácia directa dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada” (CANOTILHO, 2000, p. 113).

Em outros termos, esse abrandamento da eficácia horizontal se impõe quando a interpretação imaleável da indisponibilidade de direitos fundamentais signifique o impedimento do próprio objeto manifestamente principal da vontade comum das partes.

Essa noção se corporifica quando observado que a essência dos contratos firmados entre o Facebook, o Instagram, o Twitter e seus respectivos usuários, definitivamente, não se confunde com aquela que se extrai dos pactos acertados entre vendedores que, eventualmente, pretendam disponibilizar seus produtos em plataformas rigorosamente concebidas para o comércio *online*, a exemplo das mantidas por *players* nacionalmente conhecidos, como o Mercado Livre, as Casas Bahia e as Lojas Americanas.

No primeiro dos casos, inclusive pelo reconhecido carácter de praça pública das redes sociais (FACHIN, 2020), é visível que o elemento volitivo do negócio pactuado não passa por qualquer abdicação da liberdade de expressão do usuário; ao passo que, no segundo, a plataforma não se destina ao intercâmbio de informações e de opiniões, mas diretamente à comercialização de produtos e serviços.

Em razão disso, dado que o consumidor dessas plataformas de *e-commerce* não adquire os produtos e serviços ofertados com base na credibilidade que atribui ao vendedor propriamente dito – mas sim à plataforma de modo geral –, é fundamental que o art. 19 da lei 12.965/14 não implique, sob a égide de que *lex posterior derogat legi priori*, no abandono da responsabilidade solidária estabelecida pelo CDC. Entenda-se:

CDC

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

Art. 19. Os fornecedores respondem solidariamente pelos vícios de quantidade do produto sempre que, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, seu conteúdo líquido for inferior às indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou de mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: [...]

Marco Civil da Internet

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.

Ou seja, se friamente levado a cabo o art. 19 da lei 12.965/14, as plataformas de comércio *online* poderiam, deliberadamente, manter disponíveis todas e quaisquer ofertas enganosas sem o receio de, mesmo havendo faturado a parcela que lhes cabe pela realização dos negócios, serem civilmente responsabilizadas pelos danos decorrentes dos ludíbrios arquitetados pelos vendedores.

Evidente, contudo, que, procedendo assim, os operadores do direito fariam letra morta de inúmeros outros princípios e dispositivos legais e constitucionais pertinentes; sendo o mais claro desses, o próprio dever estatal de promover a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII, da CF).

Nesse sentido, – para que a hipótese eleita neste trabalho não aparente desconectada dos múltiplos fatores que cuja consideração se impõe a uma norma como o Marco Civil da Internet – importa destacar que o legislador deveria haver distinguido expressamente as redes sociais

abertas das demais provedoras de aplicações de internet na internet – às quais, em muitos casos, não haveria de se cogitar a eficácia do supracitado art. 19.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto no capítulo inaugural: desde a Antiguidade, muitas pessoas sofreram com base na ideia de que certas opiniões demandavam um silêncio forçado. A humanidade demorou muito para aprender a lição da liberdade de expressão.

Por isso, antes de um arremate-técnico jurídico sobre o problema desta pesquisa, é imprescindível – sob pena de reduzir-se o Direito à altura da Matemática – rememorar um pouco do que permeia a custosa garantia da liberdade de se manifestar; mesmo que em apertada síntese do que se delineou no presente trabalho.

À vista disso, recorda-se que a natureza de praça pública das redes sociais não passou despercebida do legislador do Marco Civil da Internet. Aliás, todo o desenrolar do diploma – a exemplo dos arts. 2º, II, V, VI, 3º, I, IV, VII, e 4º, I e II, 7º, XI e 8º – presta-se, justamente, a repisar a hierarquia de direitos da qual se imbuíu; enquanto a Constituição Federal do Brasil assegura (arts. 5º, IV, e 220, §4º) cabalmente ser livre a manifestação do pensamento e ser vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Malgrado às clarezas legal e constitucional brasileiras, o minucioso cotejo exemplificativo carreado pelo segundo capítulo desta pesquisa evidenciou que, seja na China, na Rússia, na Holanda ou na maioria dos outros 190 países-membros da ONU; previsões constitucionais de nada serviram à concretização da promessa inicial do constitucionalismo moderno: livrar o cidadão de todo poder arbitrário.

Não por coincidência, inclusive, tanto seus termos de uso quanto os argumentos por elas ventilados perante Judiciário nacional demonstram que as três maiores redes sociais do espaço digital brasileiro – as quais cresceram sob a graça da irresponsabilidade civil confiada pelo art. 19 da lei 12.936/14 – já fazem pouco caso do espírito estampado no Marco Civil da Internet.

É verdade que, conforme seus arts. arts. 2º, II, V, VI, 3º, I, IV, VII, e 4º, I e II, 7º, XI, e 8º – os quais ficam ainda mais claros sob a luz constitucional dos arts. 5º, IV, LIV, e 220, §2º e acompanhados do princípio consumerista de igualdade nas contratações (art. 6º, II, do CDC) – a liberdade de expressão é, de fato, a primeira chave de compreensão do referido diploma.

E se, por compreensão, entende-se o ato de captar a unidade do espírito da lei desde a hierarquia de intenções e valores que lhe deu forma, em vez de julgá-la de fora; então, esse ato implica respeitar cuidadosamente o inexpresso e o subentendido, e não na licença para, na falta de proibições explícitas na redação, fraturar sua espinha dorsal com a idolatria ao texto coisificado, túmulo do pensamento.

Nada obstante, como visto ao capítulo final pelo exemplo do RE 1.037.396 RG/SP, a superficialidade da lei 12.936/14 instaurou verdadeira insegurança jurídica a outros possíveis jurisdicionados, como as vítimas de estelionato e de falsidade ideológica nas redes sociais; cuja proteção do ordenamento jurídico era, sem dúvidas, mais eficaz antes do obstáculo criado pelo art. 19 do Marco Civil da Internet.

Essa imperícia legislativa, – como comprova a Repercussão Geral conhecida sobre o Tema 987, que aguarda julgamento pelo STF – legou ao Judiciário um estímulo a socorrer esses injustiçados mediante uma possível declaração de inconstitucionalidade do art. 19 da lei 12.936/14; sendo que todo imbróglio evaporaria caso o art. 21 houvesse contemplado tais situações como elementos autorizadores da imediata exclusão de contas e conteúdos, como já garantido às situações lá elencadas.

Ademais, a generalização dos provedores de aplicação de internet sem o delineamento de qualquer subgrupo, ignorou distinções entre as próprias naturezas de vários desses provedores; ao passo que essa percepção é justamente a pedra de toque para a horizontalidade dos direitos fundamentais na seara digital.

De todo esse labirinto, o apurado é, em verdade, a hipótese posta ao início do presente trabalho: no momento em que, ignorando o contexto neoconstitucionalista em curso, a lei 12.965/14 não estabelece sanção ao provedor de plataforma de rede social *online* o qual proceder com a exclusão de conteúdos e de perfis desprovido de ordem judicial que o respalde, propicia-se lesão ao direito de liberdade de expressão como garantido pelos arts. 5º, IV, LIV, e 220, *caput* e §2º da Constituição Federal.

Assim, em sede de conclusão, pode-se inferir que o legislador do Marco Civil da Internet fora, portanto, incapaz de satisfazer a atribuição constitucional que lhe impusera o constituinte de 1988, ao, conforme os arts. 5º, IV, e 220, *caput* e § 2º, injungir o Estado brasileiro a manter “livre a manifestação do pensamento”, a salvaguardá-la contra restrições “sob qualquer forma, processo ou veículo” e, ainda, de “toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.”

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Nathalia dos Santos; RIBEIRO, Mayara Nascimento Ribeiro. RuNet: A internet russa. In: GONÇALVES, A.; ALMEIDA, D. F. E.; REI, F. (orgs.). **Governança global: desafios e complexidade**. Santos: Editora Universitária Leopoldianum, 2019, p. 101 a 115.

ANTEQUERA, Luis. **Cristofobia: a perseguição aos cristãos no século XXI**. 2. ed. Florianópolis: ID Editora, 2021.

AQUINO, Felipe Rinaldo Queiroz de. **História da Igreja: Idade Antiga**. 5. ed. Lorena: Cléofas, 2019.

AQUINO, Felipe Rinaldo Queiroz de. **História da Igreja: Idade Média**. 4. ed. Lorena: Cléofas, 2019.

ARRUDA, Carmen Silva Lima de. **Breve estudo hermenêutico-epistemológico da cláusula do devido processo legal**. Brasília: Revista CEJ, 2017.

ATUALIZAÇÃO sobre o nosso trabalho para combater o abuso no instagram. **Instagram**. 2021. Disponível em: <https://about.instagram.com/pt-br/blog/announcements/an-update-on-our-work-to-tackle-abuse-on-instagram>. Acesso em: 2 jul. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. 2017. Disponível em: https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf. Acesso em: 28 jun. 2021.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1995.

BÍBLIA SAGRADA. 2020. 12. ed. São Paulo: Editora Ave Maria.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BOURDIER, Pierre. **Reproduction in education, society and culture: theory, culture and society**. 1. ed. Londres: Sage Publications, 1970.

BOURDIEU, Pierre. **Sobre a televisão**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1977.

BRASIL. [Constituição (1891)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891**. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 28 jun. 2021.

BRASIL. [Constituição (1934)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934**. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 28 jun. 2021.

BRASIL. [Constituição (1937)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937**. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 28 jun. 2021.

BRASIL. [Constituição (1967)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 24 de janeiro de 1967**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 28 jun. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 10.258 de 17 de agosto de 1942**. Autoriza aumento do orçamento para as obras do porto de São Sebastião. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Emb. Decl. no Recurso Extraordinário com Agravo 891.647**, rel. min. Celso de Mello, j. 15-9-2015, DJE de 21-9-2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9412755>. Acesso em: 2 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **A G. Reg. nos Emb. Decl. e Mandado de Segurança 36.364/ DF**. Relator: Min. Marco Aurélio, Data de Julgamento: 15/05/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJE-137 03-06-2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752834388>. Acesso em: 3 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1037396**. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=5160549>. Acesso em: 30 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1.037.396/ SP**. RECTE.(S): Facebook Servicos online do Brasil Ltda. RECDO. (A/S): Lourdes Pavioto Correa. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314030456&ext=.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2021.

BRAZIL. [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1924**. Rio de Janeiro, RJ: Império do Brazil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 28 jun. 2021.

BUENO, Pimenta. **Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império**. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve e C., 1857. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/185600>. Acesso em: 2 jul. 2021.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. *In*: GRAU, E. R.; GUERRA FILHO, W. S. (orgs.).

Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2000.

CHINA employs two million microblog monitors state media say. **BBC News**. 2013. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/world-asia-china-24396957>. Acesso em: 3 jul. 2021.

CHINA. [Constituição (1982)] **Constituição da República Popular da China de 4 de dezembro de 1982**. Disponível em: <https://bo.io.gov.mo/bo/i/1999/constituicao/index.asp>. Acesso em: 3 jul. 2021.

CRISTO, Alessandro; VASCONCELOS, Marcos de. Ativismo judicial é uma imbecilidade que inventaram. **Conjur**, 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-ago-04/entrevista-nelson-neri-junior-professor-advogado-parecerista>. Acesso em: 1 jul. 2021.

CRUZ, Rafael Naranjo de la. **Los limites de los derechos fundamentales em las relaciones entre particulares:** la buena fe. Espanha: Centro de Estudios Político e Constitucionales, 2000.

DISCURSO de ódio. **Padrões da Comunidade**. Disponível em: https://www.facebook.com/communitystandards/hate_speech. Acesso em: 3 jul. 2021.

ESPIONAGE Act of 1917. **State Historical Society of Iowa**. Disponível em: <https://iowaculture.gov/history/education/educator-resources/primary-source-sets/americas-involvement-world-war-i/espionage>. Acesso em: 2 jul. 2021.

EVERITT, Anthony. **A ascensão de Atenas:** a história da maior civilização do mundo. 1. ed. São Paulo: Crítica, 2019.

HOLANDA. **Criminal Code**. Disponível em: https://www.ejtn.eu/PageFiles/6533/2014%20seminars/Omsenie/WetboekvanStrafrecht_ENG_PV.pdf. Acesso em: 30 jun. 2021.

HOLMES, Kim R. **The closing of the liberal min:** how groupthink and intolerance define the left. 1. ed. New York: Encounter Books, 2016. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D10358.htm#art2. Acesso em: 28 ju. 2021.

IRAN. **Islamic Penal Code, 20 november 1991**. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/518a19404.html>. Acesso em: 28 jun. 2021.

IRLANDA. **Prohibition of incitement to hatred act**, 1989. Disponível em: <http://www.irishstatutebook.ie/eli/1989/act/19/enacted/en/html>. Acesso em: 3 jul. 2021.

KARSTEN, Peter. **Patriot-Heroes in England and America**. The University of Wisconsin Press, 1978.

LEÃO, Delfim. **Do Polites ao Kosmopolites**. Universidade de Coimbra. Anuario de Estudios Filológicos, 2009.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. São Paulo: 2017.

LIMITES à liberdade de expressão na democracia, 2016. 1 vídeo (13:11 min). Publicado pelo canal Cultura e Eventos OAB-SP. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=DM-cHEuFfN8>. Acesso em: 30 jun. 2021.

LOWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. 1ª ed. – Barcelona: Seix y Barral S.A., 1979.

MORRIS, Richard Brandon. **Documentos básicos da história dos Estados Unidos**. 1. ed. Fundo de Cultura, 1964.

NORTHFLEET, Ellen Gracie. O marco civil da internet sob o prisma da constitucionalidade (Parte I). **Conjur**, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-19/ellen-gracie-constitucionalidade-marco-civil-internet>. Acesso em: 28 jun. 2021.

NORTHFLEET, Ellen Gracie. O marco civil da internet sob o prisma da constitucionalidade: (Parte II). **Conjur**, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-20/ellen-gracie-constitucionalidade-marco-civil-internet-ii#author>. Acesso em: 28 jun. 2021.

ONU. **Countering the use of information and communications technologies for criminal purposes**. U N General Assembly, 2019. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/3837326?ln=en#record-files-collapse-header>. Acesso em: 30 jun. 2021.

OS DONOS da verdade (filme completo), 2020. 1 vídeo (1:21:59 min). Publicado pelo canal Brasil Paralelo. Disponível em: <https://youtu.be/8kn4mFP3uUY>. Acesso em: 30 jun. 2021.

PARAÍBA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA PARAÍBA. **Processo de nº 0809997-59.2021.8.15.2001 id. 41911249**, 2021, [em segredo de justiça]

PIGGOTT, Stephen. **Neo-Nazi Billy Roper Organizing ACT for America's "March Against Sharia" in Arkansas**, 6 jun. 2017. Disponível em: <https://www.splcenter.org/hatewatch/2017/06/06/neo-nazi-billy-roper-organizing-act-americas-march-against-sharia-arkansas>. Acesso em 3 jul. 2021.

RAPHANELLI, Noeli Zuleica Oliveira. **D. Pedro II: vínculos com o judaísmo**. 2012. Tese (Doutorado em História) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8138/tde-06102014-190859/publico/2012_NoelyZuleicaOliveiraRaphanelli_VCorr.pdf. Acesso em 30 jun. 2021.

REALE JÚNIOR, Miguel. Limites à liberdade de expressão. **Revista Espaço Jurídico**. Florianópolis, v. 11, n. 2, p. 374-401, jul./dez. 2010.

RONALD Reagan – Encroaching Control. 2013. Disponível em: <https://archive.org/details/RonaldReagan-EncroachingControl>. Acesso em: 2 jul. 2021.

RUSSIA. [Constitution (1993)]. **Constitution of the Russian Federation**. Moscou, Rússia. The Government of the Russian Federation. Disponível em: <http://archive.government.ru/eng/gov/base/54.html#section6>. Acesso em: 3 jul. 2021.

RUSSIA. **Statute of Roskomnadzor**, 2009. Moscou, Rússia. The Government of the Russian Federation. Disponível em: <http://eng.rkn.gov.ru/about/>. Acesso em: 3 jul. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do hate speech. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, ano 1, n. 4, p. 56, out./dez. 2006.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. *In: BARROSO, L. R. (org.). A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SCHWANITZ, Dietrich. **Cultura geral: tudo o que você deve saber**. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da **A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2011.

TOMIYOSHI, Talissa Estefania Tomaz. A liberdade de expressão na República Popular da China. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais**, Curitiba, v. 1, n. 14, p. 135-151, 2011. Disponível em: <https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/view/2714/2283>. Acesso em 3 jul. 2021.

TRENCHARD John; GORDON, Thomas. **Cato's Letters, or Essays on Liberty, Civil and Religious, and Other Important Subjects**. Four volumes in Two, edited and annotated by Ronald Hamowy .v. 1. Indianapolis: Liberty Fund, 1995. Disponível em: <https://bit.ly/3AwTNlt>. Acesso em: 2 jul. 2021.

U.S. DEPARTMENT OF COMMERCE. National Telecommunications and Information Administration. **The Role of Telecommunications in Hate Crimes**. Springfield, VA: National Technical Information Service. [1993] Disponível em: <https://www.ntia.doc.gov/legacy/reports/1993/TelecomHateCrimes1993.pdf> . Acesso em: 3 jul. 2021.

UNITED STATES OF AMERICA *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*, 584 U.S , 2018. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-111_j4el.pdf. Acesso em: 3 jul. 2021.

UNITED STATES OF AMERICA. *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568, 1942. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/315/568/>. Acesso em: 3 jul. 2021.

UNITED STATES OF AMERICA. *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47, 1919. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/249/47/>. Acesso em: 3 jul 2021.

WASHINGTON, George. From George Washington to Officers of the Army, 15 March 1783: Head Quarters Newburgh 15th of March 1783. 1783. Disponível em: <https://founders.archives.gov/documents/Washington/99-01-02-10840>

WIVES, W. W. **Situações de conflito no uso da Internet**: embates e soluções. 2013. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) — Universidade de Brasília, Brasília, 2013.