

FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA

CURSO DE DOUTORADO EM DIREITO

CLÁUDIO DE OLIVEIRA SANTOS COLNAGO

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA INTERNET: DESAFIOS
REGULATÓRIOS E PARÂMETROS DE INTERPRETAÇÃO**

Vitória/ES
2016

CLÁUDIO DE OLIVEIRA SANTOS COLNAGO

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA INTERNET: DESAFIOS
REGULATÓRIOS E PARÂMETROS DE INTERPRETAÇÃO**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu*, Curso de Doutorado em Direitos e Garantias Fundamentais, da Faculdade de Direito de Vitória (FDV), como requisito para obtenção do grau de Doutor em Direito

Orientador: Prof. Doutor Adriano Sant'Ana Pedra

Vitória/ES
2016

CLÁUDIO DE OLIVEIRA SANTOS COLNAGO

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA INTERNET: DESAFIOS
REGULATÓRIOS E PARÂMETROS DE INTERPRETAÇÃO**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para obtenção do grau de Doutor em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Adriano Sant'Ana Pedra
Faculdade de Direito de Vitória – FDV
Orientador

Prof. Dr. Américo Bedê Freire Júnior
Faculdade de Direito de Vitória – FDV

Prof. Dr. Anderson Sant'Ana Pedra
Faculdade de Direito de Vitória – FDV

Prof. Dr. Cássius Guimarães Chai
Universidade Federal do Maranhão – UFMA

Prof. Dr. Marcel Leonardi
Escola de Direito de São Paulo – FGV/SP

Vitória/ES
2016

*Dedico este trabalho às duas pessoas
que, acima de todas as outras, me
ajudam diariamente a compreender o
significado da felicidade: Aline e
Beatriz.*

AGRADECIMENTOS

A presente Tese não seria possível sem a colaboração e ajuda, direta e indireta, de inúmeras pessoas. Agradeço, em primeiro lugar, à Faculdade de Direito de Vitória (FDV), instituição na qual cursei minha graduação, meu Mestrado e agora finalizo meu Doutorado. O apoio de pessoas chave como Abikair, Elda, Paula e Ricardo permitiram a realização dessa empreitada. Agradeço também a todos os meus colegas da primeira turma do Doutorado em Direitos e Garantias Fundamentais, pelos constantes apoios, trocas de ideias e debates, em especial a Bedê e Bruna. Igualmente, agradeço meus colegas professores da graduação da FDV, como Anderson, Bruno Costa, Caleb, Israel, Nelson, Rafael Boldt, Rodrigo Cardoso, Sergio, Thiago, e Zenkner, dentre tantos outros com quem diariamente trocamos ideias, impressões e inspirações.

Registro também meu agradecimento ao meu orientador, Professor Adriano Sant'Ana Pedra, cujos apontamentos preciosos e precisos permitiram uma produção científica constante e segura, seja nos artigos publicados e apresentados em Congressos, seja na presente Tese. Também agradeço aos meus professores das disciplinas do Doutorado e aos colegas de Grupo de Pesquisa, na pessoa dos Professores Alexandre Coura, Daury Fabríz e João Maurício Adeodato.

Agradecimentos também são devidos à Bergi Advocacia, na figura de Marcio Brotto, Paulo Cerutti, Pedro Queiroga e demais colaboradores, que sempre incentivaram e permitiram a atuação acadêmica deste que vos escreve. A José Osvaldo Bergi, que nos deixou pouco antes de iniciar meu Doutorado, registro meu agradecimento por cada ensinamento jurídico, ético e humano que pude desenvolver sob sua regência.

Igualmente agradeço à minha família (meus pais Flavia e Alberto e meus irmãos, Renzo e Bianca), pelo amor, pela tolerância e pelo apoio por ocasião das inúmeras atividades inerentes ao Doutorado, realizado juntamente com a academia e a advocacia. Em especial, agradeço a minha esposa Aline pelo amor e apoio incondicionais e a minha filha Beatriz (que nasceu durante o Doutorado), por proporcionar a mim constantes recargas de energia e a reafirmação da fé no ser humano, com sua alegria e inocência que a todos contagia.

RESUMO

A tese aqui desenvolvida busca responder ao seguinte problema: quais aspectos hermenêuticos e técnicos devem ser levados em consideração na solução de colisões de direitos fundamentais que envolvam a liberdade de expressão exercida via Internet? Inicia a busca da resposta abordando a teoria de base de Lawrence Lessig, com as chamadas quatro forças de regulação: o Direito, as normas sociais, o mercado e a arquitetura. Busca-se contextualizar tal teoria com as questões envolvendo o direito fundamental à liberdade de expressão na Internet. Para tanto, percorre elementos gerais de dogmática de direitos fundamentais (limites, limites dos limites, colisões) e busca aplicá-los à liberdade de expressão, sustentando a necessidade de utilização da doutrina da posição preferencial tanto para o discurso em geral quanto na expressão realizada via Internet. Analisa, a seguir, os desafios da liberdade de expressão ligados ao Direito, às normas sociais, ao mercado e à arquitetura, abordando o Marco Civil da Internet Brasileira, a percepção da liberdade de expressão como direito “fraco”, a exclusão digital, a alta concentração de poder em algumas grandes empresas de Internet, e a aplicação, via arquitetura, de questões como remoção de conteúdo, exercício do direito de resposta e direito ao esquecimento. Ao final, lança parâmetros regulatórios e hermenêuticos que buscam orientar as situações de colisão de direitos fundamentais envolvendo a liberdade de expressão na Internet, aplicando o teste de proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) aos casos específicos que envolvem tal direito fundamental na Internet.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais; Internet; Regulação; Sociedade da Informação

ABSTRACT

The thesis here developed seeks to address the following problem: which hermeneutic and technical aspects should be taken in consideration when solving fundamental rights collisions involving freedom of expression exercised through the Internet? The search for an answer begins with the base theory of Lawrence Lessig, with the so called four restraints in liberty: Law, norms, market and architecture. The research contextualizes such theory with the issues involving the fundamental right to freedom of expression on Internet. In order to do so, analyzes general issues of fundamental rights dogmatism (limits, limits of limits, collisions) and applies them to freedom of expression, sustaining the need to use the preferred position doctrine not only for offline speech, but also for the one exercised online. Examines, therefore, the challenges regarding freedom of expression connected to Law, norms, market and architecture, analyzing the Brazilian Civil Framework for the Internet, the perception of freedom of expression as a “weak” right, the digital divide, the high concentration of power on some big data corporations and the application, through architecture, of issues such as content removal, right of reply and the right to be forgotten. By the end, the research proposes some lines of thought that may serve to orient the cases involving collision of fundamental rights regarding the freedom of expression on Internet, applying the proportionality test (adequacy, necessity and proportionality in a narrow sense) to specific cases related to such fundamental right online.

KEYWORDS: Fundamental Rights; Internet; Regulation; Information Society.

INTRODUÇÃO.....	9
1 A REGULAÇÃO DA INTERNET PARA ALÉM DO DIREITO: NORMAS SOCIAIS, MERCADO E ARQUITETURA.....	15
1.1 REGULAÇÃO NO CONTEXTO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO.....	15
1.2 FORÇAS DE REGULAÇÃO NA TEORIA DE LAWRENCE LESSIG.....	19
1.3 1.2.1 AS NORMAS SOCIAIS (“NORMS”).....	25
1.4 1.2.2 O MERCADO (“MARKET”).....	27
1.5 1.2.3 A ARQUITETURA (“ARCHITECTURE”).....	31
2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....	48
2.1 ASPECTOS ESSENCIAIS SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: LIMITES E COLISÕES.....	49
2.1.1 Direitos fundamentais e seus limites.....	49
2.1.2 Direitos fundamentais e suas colisões.....	60
2.2 A LIVRE EXPRESSÃO NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: ÂMBITO DE PROTEÇÃO, LIMITES, LIMITES DOS LIMITES E COLISÕES.....	68
2.3 LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITOS EM COLISÃO: CARÁTER PREFERENCIAL?.....	84
3 LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA INTERNET: DESAFIOS PARA SUA CONCRETIZAÇÃO.....	92
3.1 DESAFIOS LIGADOS AO DIREITO: AMBIGUIDADE LATENTE E INTERPRETAÇÃO RETROSPECTIVA.....	93
3.2 DESAFIOS LIGADOS ÀS NORMAS SOCIAIS: A CONCEPÇÃO SOCIAL DA LIVRE EXPRESSÃO COMO “LIBERDADE FRACA” E OS EFEITOS INIBIDORES DE SUA BAIXA EFETIVIDADE.....	120
3.3 DESAFIOS LIGADOS AO MERCADO: A CONCENTRAÇÃO DAS GRANDES EMPRESAS DE INTERNET E A NECESSIDADE DE INVESTIMENTOS EM INFRA-ESTRUTURA.....	128
3.4 DESAFIOS DE ARQUITETURA: O CÓDIGO COMO BARREIRA E	

COMO CANALIZADOR DE UMA MAIOR E MELHOR EXPRESSÃO.....	147
3.4.1 Remoção de conteúdo: a censura pela arquitetura e os efeitos inibidores da livre expressão.....	153
3.4.2 Exercício do Direito de Resposta: um necessário contraponto à livre expressão na Internet e parâmetros para sua maior eficácia.....	162
3.4.3 Direito ao esquecimento: nova forma de tutela da imagem e da honra, que deve ocorrer de forma cautelosa.....	166
3.5 ELEMENTOS DE VALORAÇÃO NA COLISÃO ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E OUTROS DIREITOS FUNDAMENTAIS, NA INTERNET: EM BUSCA DO PONTO DE EQUILÍBRIO.....	169
CONCLUSÃO.....	180
REFERÊNCIAS.....	185

INTRODUÇÃO

Como aplicar a liberdade de expressão nos casos em que ela se manifeste pela Internet? Devemos adotar uma postura mais libertária ou mais restritiva? Quais elementos de valoração são importantes para tomar tal decisão? Como a Arquitetura da Internet, assim como o Direito, o Mercado e as Normas Sociais, influenciam, como forças de regulação, em tal processo de tomada de decisão? Estas são perguntas prévias que levam ao problema a ser solucionado na presente Tese: **quais aspectos hermenêuticos e regulatórios devem ser levados em consideração na solução de colisões de direitos fundamentais que envolvam a liberdade de expressão exercida via Internet?**

Com vistas a evitar compreensões distintas, esclarecemos que a palavra “Constituição”, para os fins deste trabalho, consiste no conjunto de enunciados e de significados que compõem o texto da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988 e com a redação atualizada até a Emenda Constitucional nº 91, de 18 de fevereiro de 2016. Expressões especialmente relevantes para o trabalho, como Internet, Direito, Arquitetura, Normas Sociais, Mercado, dentre outras, foram grafadas com letra maiúscula em razão de sua importância.

No âmbito do presente trabalho em alguns momentos são utilizadas as expressões “liberdade de expressão”, “livre expressão” ou “expressão livre”. Não se pretendeu, com isso, atribuir significados diferentes às palavras. Em ambos os casos a referência diz respeito ao direito fundamental de livremente expressar o pensamento e a opinião. Todavia, por questões que serão abordadas ao longo do trabalho, a trajetória da liberdade de expressão entre nós ainda padece de inúmeros percalços que terminam por lhe atribuir uma baixíssima concretização. Por tais razões, sentimos a necessidade de, em determinados pontos, enfatizar a necessidade de que a expressão seja mais do que uma “liberdade”, mas que seja efetivamente “livre”.

A Internet não é somente uma rede de computadores, mas sim uma “rede de redes”. Neste detalhe reside, em boa parte, seu caráter inovador e revolucionário, já que, antes dela, o modelo mais comum de comunicação era o um-para-um, padrão de comunicação da carta e do telefone. Mesmo o modelo alternativo, baseado no “Broadcast” (rádio e TV, também chamado de “uma-para-muitos”) não conseguiu trazer o elemento essencial que populariza a Internet: a interatividade, que hoje é quase instantânea.

A expansão da Internet no Brasil ao longo dos anos 1990 e da primeira década do século XXI também acompanhou uma modificação no perfil da rede. Conforme denominação atribuída a Tim O'Reilly, estaríamos defronte da “Internet 2.0”, na qual a participação e a interatividade seriam ampliadas mediante serviços de comunicação instantânea. Segundo popular artigo publicado em seu website, sete princípios dão forma a essa “nova onda” da Internet, transcritos a seguir em tradução livre: a) serviços (com escalabilidade orientada ao custo) em vez de softwares “de prateleira”; b) controle sobre fontes de dados únicas, que são ao mesmo tempo difíceis de serem recriadas e que se auto alimentam, conforme aumente o número de pessoas que as usa; c) visão dos usuários como co-desenvolvedores; d) estímulos à inteligência coletiva; e) utilização de Mercados de nicho em modo *self service* como vantagens competitivas; f) software para ser usado em vários dispositivos; g) modelos simples de interface, desenvolvimento e de negócios (O'REILLY, 2016).

Este “novo perfil” da Internet se popularizou com os Blogs (espaços de postagem de conteúdo e debate entre os usuários da rede) e, mais recentemente, com as chamadas “mídias sociais”, como Facebook e Twitter. A popularidade de tais serviços bem mostra a penetração da Internet no dia-a-dia da sociedade brasileira, com milhões de usuários. A humanidade definitivamente mudou em razão do avanço da Internet. E como o sistema jurídico entra em tal equação? Como bem destaca Pedra, “as inovações tecnológicas [...] permitem contornar problemas de saúde ou realizar anseios e criam novas situações, inimagináveis no passado, que precisam ser reguladas pelo Direito” (2011, p. 11). A intensa difusão da Internet ao redor do mundo a tornou o meio de interação do Século XXI por excelência. Diferentemente do telefone ou outros meios, a Internet propicia um verdadeiro *locus* comunicacional, projetando-se a ilusão de que o usuário estaria em uma outra realidade. Daí a popularidade do uso de termos como “cyberspace” ou ciberespaço, que vêm evoluindo para a caracterização de um meio ambiente digital (COLNAGO; PEDRA, 2014, p. 397).

A Internet consiste em uma plataforma que viabiliza uma maior aproximação entre as pessoas, ao permitir, mediante facilidades tecnológicas, a comunicação instantânea entre indivíduos que estejam em pontos distintos do globo terrestre. Decerto há paradoxos inerentes à Rede, na medida em que a proximidade virtual pode significar também um isolamento real: cada vez mais notamos o crescimento de comportamentos “anti-sociais” causados pelo abuso na utilização inadequadas de dispositivos eletrônicos. Os dois aspectos da questão, todavia, só demonstram o quanto vimos afirmando: a adoção em larga escala da Internet implicou em uma profunda mudança no comportamento das pessoas – e é justamente sobre isso que versa

o Direito: conduta humana. Daí ser natural que se indague acerca do papel que os Direitos Fundamentais devem desempenhar em tal contexto de profunda mudança, retomando-se as perguntas inicialmente formuladas nesta Introdução. Em outras palavras, pode-se perquirir se o exercício de tais direitos no âmbito da Internet deve ser entendido como idêntico àquele que se implementa fora da Rede ou se, de forma oposta, caberia sustentar uma necessidade de interpretação diferenciada ou “tradução” para os casos que envolvam a implementação de Direitos Fundamentais quando a Internet esteja envolvida. Pode-se antecipar que, no que toca à liberdade de expressão, a Internet possui diferenças fundamentais em relação aos tradicionais meios de comunicação de massa, devido à sua capacidade de manter um conjunto organizado de informações, além de existir sem uma limitação editorial institucionalizada (SCHACHTER; KURTZBERG, 2008, p. 110).

Embora se possa indagar sobre a caracterização dos direitos fundamentais exercidos via Internet como uma “nova geração” de direitos, não nos parece que tal enfoque seja o ponto correto da discussão. Pensamos que a centralidade do tema consiste no estabelecimento ou não de uma interpretação diferenciada para os direitos fundamentais quando exercidos pela Internet, numa “tradução”.

Neste contexto de reinterpretação ou não dos direitos fundamentais na rede é que cabe indagar acerca dos efeitos de tal tradução sobre a liberdade de expressão, direito fundamental que apresenta uma profunda ligação com o Estado Democrático de Direito, sobretudo em razão do singelo fato de que a possibilidade de exprimir ideias, concepções e opiniões é aspecto essencial da conscientização individual e coletiva. Como já destacamos, “...se o ser humano é assim definido em razão de sua personalidade e de sua capacidade de refletir e criar, é nítida a ligação da livre manifestação de suas concepções com a sua própria condição de pessoa” (COLNAGO; BRASIL JUNIOR, p. 469).

A despeito da considerável produção bibliográfica sobre os mais distintos temas envolvendo a liberdade de expressão, pode-se dizer que ainda há um espaço digno de abordagem no que toca ao exercício de tal direito no âmbito da Internet. Afinal, a efetividade da liberdade de expressão *on-line* se diferencia em vários aspectos de sua configuração “tradicional”, por ampliar sobremaneira o alcance da manifestação do pensamento e por depender, como nunca, da colaboração de particulares (hoje grande conglomeradores econômicos que controlam serviços digitais utilizados por milhões de pessoas) para alcançar seu desiderato. A instantaneidade da troca irrestrita de informações, que é uma característica da Internet (com exceção de alguns regimes autoritários, que estabelecem severos controles

sobre a Rede, como a China) privilegia sobretudo a liberdade de expressão que, ocorrendo em meio digital, não encontra quaisquer barreiras físicas que não o próprio interesse dos usuários em consumirem e divulgarem conteúdo.

Ademais, cabe destacar a enorme relevância do reconhecimento conferido pela Organização das Nações Unidas que, através de seu relator especial para a promoção e proteção do direito à liberdade de opinião e expressão, constatou ser a Internet um ativo estratégico para a concretização de tal direito fundamental. Assim, pelo fato de colaborar para uma sociedade mais democrática e livre, a concretização da liberdade de expressão contribui com a maior efetividade de todos os direitos fundamentais. Destaca-se o seguinte trecho do relatório, apresentado em 16/05/2011¹:

Ao contrário de qualquer outro meio de comunicação, a Internet permite que indivíduos busquem, recebem e transmitam informações e ideias de todos os tipos de forma instantânea e barata, sem limites de fronteiras nacionais. Ao expandir de forma vasta a capacidade dos indivíduos exercerem seu direito à liberdade de opinião e expressão, que é uma “incentivadora” de outros direitos humanos, a Internet impulsiona o desenvolvimento econômico, social e político, além de contribuir para o progresso da humanidade como um todo. (LA RUE, 2011)

Contrapõe-se a tal visão otimista a constatação de que a Internet não é um meio utilizado exclusivamente para o “bem”. Por isso, é fundamental que exista uma regulação estatal que venha a proteger as pessoas de eventuais abusos cometidos no âmbito da Rede, tendo vindo em boa hora a lume a Lei 12.965/2014, conhecida como “Marco Civil da Internet”. Afinal é de se esperar que, como sempre ocorreu com as tecnologias desenvolvidas pela humanidade, a Internet venha a ser utilizada para abusos de direito ou prática de ilícitos.

Embora a inexistência de normas específicas para a Internet não seja fator que possa impedir a aplicabilidade do sistema jurídico às condutas instrumentalizadas na Rede, é certo que as relações por ela mediadas possuem peculiaridades que não podem ser ignoradas. Neste sentido, Balkin aponta que a popularização da Internet (chamada por ele de “revolução digital”) facilita e democratiza o exercício da liberdade de expressão, pois a) reduz os custos de produção e distribuição da informação, b) permite que a informação seja distribuída independentemente de fronteiras geográficas ou culturais, c) reduz o custo de inovação, ao facilitar o diálogo e a construção entre as informações produzidas (BALKIN, 2004).

¹ Tradução livre. Segue o original: “Unlike any other medium, the Internet enables individuals to seek, receive and impart information and ideas of all kinds instantaneously and inexpensively across national borders. By vastly expanding the capacity of individuals to enjoy their right to freedom of opinion and expression, which is an ‘enabler’ of other human rights, the Internet boosts economic, social and political development, and contributes to the progress of humankind as a whole”. (LA RUE, 2011)

É neste contexto que alia as peculiaridades da liberdade de expressão com as especificidades da Internet que desenvolvemos a presente pesquisa, no sentido de perquirir quais aspectos hermenêuticos e regulatórios devem ser levados em consideração pelo aplicador do Direito no momento da solução de colisões de direitos fundamentais que envolvam a liberdade de expressão exercida via Internet.

O trabalho buscou ser desenvolvido em três capítulos. No primeiro, intitulado “A regulação da Internet para além do Direito: Normas Sociais, Mercado e Arquitetura” introduzimos a teoria de base a orientar a análise do trabalho, consistente na obra do norte-americano Lawrence Lessig em relação às por nós chamadas “forças” de regulação que, além do Direito, seria as Normas Sociais, o Mercado e a Arquitetura. A teoria de base busca ser contextualizada com a questão da regulação no contexto da sociedade da informação e à realidade brasileira, com o fornecimento de exemplos para sua aplicabilidade prática com destaque para a importância não somente do Direito, mas também das demais forças para fins de atingir uma regulação adequada e eficaz.

No segundo capítulo buscou-se realizar uma primeira abordagem sobre os direitos fundamentais em geral e a liberdade de expressão em particular, introduzindo as questões inerentes à respectiva dogmática: a definição do âmbito de proteção e dos limites dos direitos fundamentais, as teorias interna e externa, as colisões de direitos fundamentais e a aplicação idônea do critério da proporcionalidade como parâmetro para a sua solução. Com isso, passou-se à problematização da liberdade de expressão no Direito Constitucional brasileiro, buscando delinear seu âmbito de proteção, seus limites, os limites dos limites e os parâmetros a serem aplicados em casos de colisões envolvendo tal posição jusfundamental, assim como a polêmica e mal compreendida questão envolvendo a doutrina do caráter preferencial da liberdade de expressão.

No terceiro capítulo buscamos aplicar a teoria de base das forças de regulação de Lessig para identificar, em cada um dos âmbitos regulatórios, desafios à concretização da liberdade de expressão na Internet. Neste contexto é que foram abordados os desafios ligados ao Direito, com a ambiguidade latente e a interpretação retrospectiva, demonstrando a necessidade de uma tradução do velho Direito à nova realidade, sobretudo em razão dos avanços tecnológicos e da promulgação em boa hora do Marco Civil da Internet. Também se analisa como o Marco Civil trouxe um regime jurídico mais favorável à liberdade de expressão quando regulou a responsabilidade dos provedores de aplicações de Internet por atos de seus usuários. No mesmo capítulo foram abordados os desafios inerentes às Normas

Sociais, na medida em que a liberdade de expressão é considerada, socialmente, como um direito fundamental “fraco”, o que não contribui para sua efetividade na medida em que se propaga um efeito inibidor do seu exercício. O Mercado também apresenta desafios inerentes à liberdade de expressão na Internet, seja diante da necessidade de investimentos em infraestrutura para inclusão digital, seja em face da posição dominante de Mercado exercida pelas grandes empresas provedoras de aplicações de Internet. A seguir, analisou-se como a Arquitetura enquanto força de regulação aplicada à Internet pode ser um desafio à concretização da liberdade de expressão, abordando como as aplicações podem ser programadas e reprogramadas, resultando ou em uma barreira ou em um veículo de estímulo a uma maior e melhor forma de se expressar. Na ocasião, foram analisados três pontos-chave que são profundamente influenciados pela Arquitetura da Internet: a) a possibilidade de remoção de conteúdo, b) o exercício do direito de resposta e c) o exercício do direito ao esquecimento. O capítulo é finalizado com um argumento em prol de alguns parâmetros a serem considerados como critérios de valoração por ocasião da colisão de direitos fundamentais envolvendo a liberdade de expressão na Internet, buscando sempre um equilíbrio possível entre os direitos que colidem.

Na conclusão buscou-se conferir um fechamento ao trabalho, de forma a recapitular os pontos relevantes e as sugestões pertinentes lançadas de forma fundamentada ao longo de todo o trabalho, especificamente no que diz respeito aos aspectos regulatórios (com a aplicação das forças de regulação – Direito, Normas Sociais, Mercado e Arquitetura) que colaboraram na construção dos aspectos hermenêuticos – com a fixação de parâmetros a serem observados quando da solução de colisões de direitos fundamentais que envolvam a liberdade de expressão, com aplicação dos testes de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito inerentes à técnica da proporcionalidade.

1 A REGULAÇÃO DA INTERNET PARA ALÉM DO DIREITO: NORMAS SOCIAIS, MERCADO E ARQUITETURA

Neste capítulo inicial buscamos analisar como a Arquitetura da Internet, tal qual a Arquitetura do mundo real, pode condicionar e influenciar o processo de regulação das condutas humanas sob um ponto de vista amplo. Esta premissa (Arquitetura como força de regulação) será desenvolvida de forma a verificar sua aplicabilidade para os comportamentos em geral e também para o agir desenvolvido no âmbito da Internet. O crescimento do uso da chamada Grande Rede demanda a abordagem desse importante fator de determinação da conduta dos seres humanos tidos por usuários. Os capítulos seguintes irão acrescentar outros elementos ao trabalho, como a questão dos limites e colisões de direitos fundamentais, a problematização acerca da liberdade de expressão enquanto direito fundamental (que, como será visto, deverá assumir um *caráter preferencial*) e a conjugação da Arquitetura com outros elementos relevantes para a solução da colisão de direitos fundamentais que envolvam a livre expressão. Pretende-se verificar como a Arquitetura da Internet (seja diretamente, seja conjugada com as demais forças de regulação) influencia o processo de tomada de decisão acerca de colisões de direitos fundamentais que envolvam a liberdade de expressão exercida por tal meio, na medida em que a conformação da rede afeta diretamente o juízo decisório a ser firmado pelo aplicador do Direito encarregado de elaborar a respectiva regra de colisão.

3.6 1.1 REGULAÇÃO NO CONTEXTO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

É certo que a evolução tecnológica que se acentuou no final do século XX e se perpetua pelo século XXI tem por mote a forma de processamento da informação e sua relação com o desenvolvimento e domínio do conhecimento. Como destaca Souza, a utilização “[...] da técnica de tratamento de informações proporcionou ao homem evoluir rapidamente no desenvolvimento de atividades que variam desde um cálculo antes impossível até o envio e o recebimento quase instantâneo de uma correspondência internacional” (SOUZA, 2003, p. 15). Prosseguindo em tal raciocínio, verifica-se a profunda relação entre o domínio da informação, o conhecimento e o desenvolvimento global atual:

Focalizando-se, portanto, a sociedade contemporânea pode-se concluir que um dos fatores dominantes para o crescimento das nações encontra-se no desenvolvimento da informática, tornando a disponibilidade de informações um dos principais fatores

de produção, distinguindo ainda mais os países que a possuem dos que, em sua ausência, não têm outra alternativa senão ceder a uma velada subordinação. (SOUZA, 2003, p. 17)

O citado desenvolvimento da tecnologia da informação permitiu a expansão do poder de processamento dos computadores, seja unitariamente, seja conjugados em redes, que viabilizaram posteriormente o nascimento de uma rede mundial, conhecida por todos como Internet. Assim, seja na sua conformação original, seja em seu desenho atual, a Internet é ao mesmo tempo semente e fruto desta nova concepção social, pela qual a informação é “[...]um elemento estratégico decisivo da evolução social e factor com capacidade determinante do comportamento dos povos” (ASCENSÃO, 2003, p. 7). A chamada “sociedade da informação” é caracterizada, pois, pelo fluxo contínuo de informações, resultante da expansão das mais diversas mídias - rádio, TV, jornais – (SOUZA, 2003, p. 18), com destaque para a tendência atual de convergência de todas elas para a Internet, que permite a instantaneidade apesar da distância geográfica. Assim, a sociedade da informação consagra um determinado desenho social no qual o tratamento da informação (desde a captação, passando pelo armazenamento, processamento, uso e transmissão) ocupa um papel central na atividade econômica, na criação de riqueza e na definição da qualidade de vida das pessoas (SIMÃO FILHO, 2007, p. 12), inclusive com a capacidade de colaborar na garantia e efetivação dos direitos humanos, “em especial os direitos de participação social inerentes da ordem constitucional do Estado Democrático de Direito”. (PEREIRA; NASCIMENTO, 2016, p. 258)

Na sociedade da informação, a tecnologia se entrelaça com o conhecimento, que passa a ser “produzido, transmitido e captado velozmente”. (TEIXEIRA, 2010, p. 5.487). Resulta-se, pois, na máxima destacada por Ascensão: “quem domina a informação, domina o mundo” (2003, p. 6). A Internet atuou como “semente” ao impulsionar a revolução dos meios de comunicação mundiais e, ao mesmo tempo, se aproveitou desta revolução para expandir seu alcance e inserção no meio social, enquanto veículo natural (fruto) do livre trânsito de informações. A sociedade da informação foi bem destacada em estudo elaborado pelo Ministério de Ciência e Tecnologia brasileiro, intitulado “Sociedade da informação no Brasil - Livro verde”, do qual se destaca o seguinte trecho relevante:

A sociedade da informação não é um modismo. Representa uma profunda mudança na organização da sociedade e da economia, havendo quem a considere um novo paradigma técnico-econômico. É um fenômeno global, com elevado potencial transformador das atividades sociais e econômicas, uma vez que a estrutura e a dinâmica dessas atividades inevitavelmente serão, em alguma medida, afetadas pela infraestrutura de informações disponível. É também acentuada sua dimensão

político-econômica, decorrente da contribuição da infraestrutura de informações para que as regiões sejam mais ou menos atraentes em relação aos negócios e empreendimentos. Sua importância assemelha-se à de uma boa estrada de rodagem para o sucesso econômico das localidades. Tem ainda marcante dimensão social, em virtude do seu elevado potencial de promover a integração, ao reduzir as distâncias entre pessoas e aumentar o seu nível de informação.

[...]

Em cada país, a sociedade da informação está sendo construída em meio a diferentes condições e projetos de desenvolvimento social, segundo estratégias moldadas de acordo com cada contexto. As tecnologias envolvidas vêm transformando as estruturas e as práticas de produção, comercialização e consumo e de cooperação e competição entre os agentes, alterando, enfim, a própria cadeia de geração de valor. Do mesmo modo, regiões, segmentos sociais, setores econômicos, organizações e indivíduos são afetados diferentemente pelo novo paradigma, em função das condições de acesso à informação, da base de conhecimentos e, sobretudo, da capacidade de aprender e inovar. (BRASIL, 2000, p. 5)

Com sua expansão e popularização, a Internet é o *locus* natural da sociedade da informação. Referida criação da humanidade é definida pela legislação brasileira como “o sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes” (artigo 5º, I da Lei 12.965/2014). Pode também ser conceituada como “[...] uma rede internacional de computadores conectados entre si”, sendo “[...] um meio de comunicação que possibilita o intercâmbio de informações de toda natureza, em escala global, com um nível de interatividade jamais visto anteriormente” (LEONARDI, 2005, p. 1). Referido sistema tem por finalidade oferecer uma comunicação universal a aplicações que rodam em servidores vinculados a distintas redes, todas interconectadas. Uma comunicação universal somente seria possível quando os diferentes servidores pudessem trocar informações com qualquer outro independentemente de a qual rede estivessem ligados, servindo a Internet justamente para permitir a interligação entre as diferentes formas de conexão (SCHEWIK, 2010, p. 1016). De tal detalhe emerge a conhecida referência à Internet como uma “rede de redes”.

Na condição de uma rede de computadores, a Arquitetura da Internet (ou seja, como ela se apresenta à apreensão cognitiva dos indivíduos) pode ser analisada sob três diferentes enfoques ou “camadas”, na definição de Benkler (2006, p. 392). Segundo o professor americano, a Internet seria composta das camadas física, lógica e de conteúdo. A primeira diz respeito aos componentes materiais e tangíveis utilizados para conectar seres humanos uns aos outros, o que inclui computadores, telefones, cabos, dentre outros. Conforme destacado por Lemos, tal estrutura abrange o “[...]conjunto de computadores que a compõem e pelos meios físicos que os interconectam, como fibras óticas, linhas telefônicas, ondas de rádio,

etc.” (2005, p. 16). Por sua vez, a camada de conteúdo é o conjunto de manifestações utilizadas pelas pessoas para se comunicar, incluindo desde as palavras e símbolos utilizados até os mecanismos destinados à comunicação e à interpretação em si. Abrange, pois, tudo aquilo que venha a ser transmitido pelas camadas física e lógica, como fotos, vídeos, áudio, e-mails, dentre outros (LEMOS, 2005, p. 16). A camada lógica, por sua vez, consiste nos algoritmos, padrões e formas de traduzir a linguagem humana em algo que possa ser compreendido pelos computadores, de forma que estes possam transmitir e armazenar o conteúdo, assim como os algoritmos, padrões e formas de traduzir a linguagem dos computadores em algo compreensível aos seres humanos. A camada lógica abrange, logo, padrões, protocolos e software, desde plataformas mais genéricas, como sistemas operacionais, a aplicações mais específicas. Uma comunicação humana mediada deve usar todas as três camadas e cada uma delas representa um caminho que a comunicação deve utilizar de forma a atingir seu destino (BENKLER, 2006, p. 392). Essas três camadas em conjunto formam o que Brown e Marsden denominam um “ecossistema” que abrange ligações físicas, redes, ligações de informações, sistemas operacionais, aplicações e conteúdo, diferente de outras redes por suas características simultâneas de fragmentação e interoperabilidade (2013, p. 90).

A Arquitetura da Internet pode ser analisada sob o enfoque da influência do processo de tomada de decisão porque a referida rede, enquanto nova tecnologia de comunicação, não somente é moldada pelo nosso uso, mas também altera nossas vidas, daí emergindo um “novo padrão sociotécnico”, como bem destaca Castells (2003, p. 10):

A comunicação consciente (linguagem humana) é o que faz a especificidade biológica da espécie humana. Como nossa prática é baseada na comunicação, e a Internet transforma o modo como nos comunicamos, nossas vidas são profundamente afetadas por essa nova tecnologia da comunicação. Por outro lado, ao usá-la de muitas maneiras, nós transformamos a própria Internet. Um novo padrão sociotécnico emerge dessa interação.

Por isso será necessário analisar como a maneira pela qual a Internet se apresenta e é manipulada por todos pode influenciar na determinação do comportamento a ser seguido por uma dada comunidade. Para tal desiderato, o presente trabalho se utiliza da teoria de base de Lawrence Lessig, autor pioneiro na abordagem da Arquitetura enquanto força de regulação aplicável ao contexto da Internet, conforme demonstrado a seguir.

3.7 1.2 FORÇAS DE REGULAÇÃO NA TEORIA DE LAWRENCE LESSIG

Certamente inúmeros aspectos influenciam o comportamento dos seres humanos: desde a condição meteorológica até fatores psicológicos, perpassando por elementos de formação cultural e ideológica, é certo que a complexidade humana não pode ser reduzida de forma absoluta a um punhado de fatores invariáveis. A pós-modernidade nos deixa confortáveis para afirmar, ainda que paradoxalmente: não há certezas absolutas e categóricas acerca da realidade (muito embora esta frase aparente ser a única exceção). Logo, poderíamos seguir um caminho mais fácil, relegando a determinação do comportamento humano ao acaso, ou buscar a trilha mais complexa que aponta para uma tentativa de resposta, ainda que sempre provisória e sujeita a refutações. Essa, aliás, é a grande marca dos enunciados científicos: a possibilidade de serem intersubjetivamente submetidos a testes, enquanto tentativas de falseamento (POPPER, 2008, p. 42, 46). É neste contexto, de busca por uma maior objetividade (sem negar a subjetividade inerente à condição humana) que se insere o tema da busca do que chamamos de “forças” de regulação, na obra de Lawrence Lessig.

Lessig é um respeitado autor norte-americano no que diz respeito à regulação da Internet, tendo sido precursor de inúmeros estudos e iniciativas práticas sobre o tema. Em 2001 ele fundou a iniciativa “Creative Commons”, uma organização sem fins lucrativos com o objetivo de expandir a variedade de criações culturais disponíveis a terceiros, permitindo a sua reutilização e derivação para o compartilhamento lícito de tais trabalhos. Atualmente Lessig coordena o “Berkman Center” de tecnologia na Universidade de Harvard, tendo exercido funções acadêmicas nas universidades americanas de Stanford (onde fundou o “Center for Internet and Society”) e de Chicago. Ele também participou de inúmeras entidades relevantes para a proteção de direitos fundamentais na Internet, como a “Free Software Foundation”, o “Software Freedom Law Center” e a “Electronic Frontier Foundation”. Seu trabalho principal sobre regulação da Internet (“Code and other laws of cyberspace”, posteriormente atualizado e rebatizado como “Code 2.0”) é habitualmente citado em trabalhos desenvolvidos sobre o tema da regulação da Internet, no Brasil (como nos casos das obras de Marcel Leonardi e Ronaldo Lemos) e no Exterior (GREENLEAF, 1998, MINICO, 2013, KARAGIANNOPOULOS, 2012, entre outros). Por tais razões, a doutrina de Lessig foi escolhida como teoria de base do presente trabalho.

O uso do termo “forças” decorre de uma licença de tradução. No original, Lessig utiliza a denominação “constraints”, que traduzido de forma literal significaria “restrições”

(LESSIG, 1998a, p. 662-663, LESSIG, 2006, p. 124). Todavia, o autor aplica a referida expressão no contexto da regulação enquanto uma intervenção sobre a liberdade de um indivíduo – daí a conclusão pela qual as limitações a tal livre-arbítrio individual representariam verdadeiras intervenções externas e, como tal, indicariam uma restrição sobre as definições de condutas puramente individuais. Todavia, acreditamos que o uso do termo “forças” de regulação seja mais apropriado, na medida em que estamos a abordar elementos que possuem uma maior ou menor tendência para direcionar a conduta do ser humano a este ou àquele caminho. É de se destacar que o próprio autor faz uso também da palavra “modalities” (modalidades – LESSIG, 2006, p. 124) para se referir ao que aqui nominamos “forças” de regulação, o que indica que a precisão terminológica não era a grande preocupação de seu trabalho, neste pormenor. Passemos, pois, à sua análise.

A formulação teórica das forças de regulação se dá num contexto maior de busca por uma melhoria na metodologia de análise do comportamento humano e das melhores técnicas de regulação a serem utilizadas. Lessig constrói inicialmente a referida abordagem no trabalho “The New Chicago School²”, buscando identificar na análise interdisciplinar o ponto de partida para uma nova linha de pesquisa, a qual buscaria não relegar as normas jurídicas a um segundo plano (quando comparadas com as regras do Mercado, por exemplo), mas sim desenvolver uma visão mais abrangente do fenômeno regulatório.

Sem a pretensão de exclusão, Lessig identifica quatro forças de regulação presentes num dado Ordenamento Jurídico. Compartilhamos, aqui, dos mesmos objetivos do autor americano: não descartamos a possibilidade de identificação eventual de outras forças de regulação que não correspondam perfeitamente à enunciação por ele descrita. Trata-se, somente, de uma plataforma de trabalho, especialmente útil para analisar a regulação de

² Tradução livre: “Escolas de Chicago, da maneira como me refiro, dão ênfase a esta multiplicidade de forças de regulação e buscam entendê-la sob a perspectiva da escolha racional. A Velha Escola de Chicago faz isso como uma forma de diminuir a importância do Direito. Ela argumenta que o Direito é, em relação às outras forças de regulação, menos eficaz: suas regras são brutas; suas respostas, lentas; suas intervenções, desastradas; e sua eficácia geralmente destinada ao fracasso. Outras forças de regulação, segundo a velha escola sustenta, desempenha um trabalho mais eficaz que o Direito, de forma que melhor faria o Direito se deixasse essas outras forças trabalharem em paz. [...] A Nova Escola de Chicago busca um outro objetivo. Ela compartilha com a velha escola um interesse nas distintas forças de regulação e adota uma perspectiva de escolha racional de forma a melhor compreender essas modalidades alternativas ao Direito”. Segue original: “Chicago schools, as I mean the term, emphasize this multiplicity of constraint and understand it from the perspective of rational choice. The Old Chicago School does this as a way of diminishing the significance of law. It argues that law is, relative to these other constraints, a less effective constraint: Its regulations, crude; its response, slow; its interventions, clumsy; and its effect often self-defeating. Other regulators, the old school argues, regulate better than law. Hence law, the argument goes, would better let these regulators regulate. [...] The New Chicago School aims at a different end. It shares with the old an interest in these alternative modalities of regulation. And it adopts as well a rational choice perspective that would help understand these modalities alternative to law”. (LESSIG, 1998, p. 665, 666)

conduta via Internet, como se verificará mais adiante. Tais forças seriam em número de quatro: direito (*law*), Normas Sociais (*norms*), Mercado (*market*) e Arquitetura (*architecture*). Embora elas não necessariamente regulem a conduta humana com a mesma intensidade, pode-se buscar uma análise conjunta seja sob o ponto de vista da forma como elas atingem a conduta individual, seja pelo prisma da substituição de uma pela outra (ou outras) para se atingir um objetivo coletivamente relevante (LESSIG, 1998a, p. 664). Não há que se falar, porém, em hierarquia propriamente dita entre as forças de regulação. Podem-se identificar maiores conveniências na adoção de uma ou outra, de acordo com o contexto e o objeto a ser regulado. A princípio, a regulação pela Arquitetura tende a ser mais eficaz na obtenção de determinados objetivos do que as demais. O Direito, porém, consiste em força de regulação pretensamente mais democrática do que as Normas Sociais, o Mercado ou a Arquitetura.

Referido modelo de análise, longe de ser aplicável somente às questões que envolvam a Internet, pode ser utilizado no exame de diferentes propostas de regulação do comportamento humano em qualquer contexto (LEMO, 2005, p. 21). Como descrito pelo próprio Lessig, em tradução livre³:

As ameaças aos valores implícitos no Direito – ameaças decorrentes de mudanças na Arquitetura em código – são somente exemplos específicos de uma questão geral maior: a de que além do Direito, outros fatores também viabilizam valores jurídicos, e o Direito sozinho não consegue garanti-los. Se nosso objetivo é um mundo constituído por esses valores, então são esses outros reguladores – código, mas também costumes e o Mercado – que devem ser abordados. O Ciberespaço torna claro não somente como essa interação ocorre, mas também a urgência em compreender como influenciá-la. (LESSIG, 1999b, p. 546)

Lessig aborda a regulação sob uma perspectiva direta e uma indireta. Enquanto na primeira a regulação incide imediatamente sobre o indivíduo, na segunda a força de regulação atua sobre uma outra força que, esta sim, será efetiva sobre o objeto final de regulação. Imagine o exemplo das retenções na fonte do tributo conhecido como imposto sobre a renda, no Brasil: a fonte pagadora (qualificada como responsável tributária) é obrigada, por lei, a recolher o tributo que será devido pelo contribuinte. O Estado, neste caso, busca uma maior efetividade da conduta tida por desejada (pagamento do imposto) mediante uma regulação indireta: obrigar a retenção e pagamento do imposto pela fonte pagadora. Neste ponto, destaca

³ Segue o original: “The threats to values implicit in the law — threats raised by changes in the architecture of code — are just particular examples of a more general point: that more than law alone enables legal values, and law alone cannot guarantee them. If our objective is a world constituted by these values, then it is as much these other regulators — code, but also norms and the market — that must be addressed. Cyberspace makes plain not just how this interaction takes place, but also the urgency of understanding how to affect it”.

Mayer-Schoenberger que a regulação indireta é muito menos transparente e, pois, menos sujeita a sofrer com oposições públicas, tal qual ocorre com a regulação direta (2008, p. 718).

A regulação contemporânea deve consistir, pois, numa conjunção de elementos de regulação direta e indireta, visando atingir um determinado objetivo relevante, numa abordagem holística (BROWN e MARSDEN, 2013, p. 2435). Assim, a questão acerca da definição da forma de regulação sempre deverá levar em conta aquela que é mais propícia a atingir os objetivos buscados pela limitação da liberdade humana, desde que consentâneo com os valores constitucionais essenciais. Lessig fornece alguns exemplos relevantes de combinação de forças de regulação que podem servir para ilustrar a aplicação de sua teoria: 1) cigarros, 2) cintos de segurança, 3) discriminação contra pessoas com deficiência e 4) drogas. Tais exemplos serão explicados a seguir.

Supondo que haja pretensão pública à redução do consumo de cigarros, seriam possíveis as seguintes alternativas regulatórias: a) proibição do ato de fumar, mediante aprovação de lei em tal sentido, com cominação de penalidade (regulação direta mediante norma jurídica), b) elevação dos tributos incidentes sobre o cigarro, de forma a torná-lo extremamente caro (reduzindo-se pois a demanda por tal produto), c) criação de campanha publicitária destinada a conscientizar a população acerca dos malefícios do ato de fumar, somada à já existente rejeição social⁴ de pessoas que fumam em espaço público (LESSIG, 2006, p. 122) ou d) determinação de que os fabricantes de cigarros não podem mais utilizar nicotina ou outros componentes químicos que induzam dependência - regulando assim como o cigarro é fabricado⁵ e, logo, determinando sua Arquitetura (LESSIG, 1998a, p. 667).

⁴ Tradução livre: “Fumantes nos Estados Unidos certamente sentem sua liberdade regulada, mesmo que raramente pelo Direito. Não há uma ‘polícia do cigarro’ e tribunais do cigarro ainda são bem raros. Em vez disso, fumantes nos Estados Unidos são regulados pelas Normas Sociais. Essas normas estabelecem que uma pessoa não deve acender um cigarro em um carro, sem antes pedir permissão aos demais passageiros. Elas também estabelecem, porém, que uma pessoa não precisa pedir permissão similar para fumar em um piquenique. Essas Normas Sociais efetivam uma certa restrição, e esse restrição regula o comportamento de fumar”. Segue o original: “Smokers in the United States certainly feel their freedom regulated, even if only rarely by the law. There are no smoking police, and smoking courts are still quite rare. Rather, smokers in America are regulated by norms. Norms say that one doesn’t light a cigarette in a private car without first asking permission of the other passengers. They also say, however, that one needn’t ask permission to smoke at a picnic. Norms say that others can ask you to stop smoking at a restaurant, or that you never smoke during a meal. These norms effect a certain constraint, and this constraint regulates smoking behavior.” (LESSIG, 2006, p. 122)

⁵ Ainda abordando a relevância da Arquitetura para a regulação do consumo de cigarros, destaca-se o apontamento de Ronaldo Lemos: “Por fim, a própria Arquitetura do cigarro, suas características intrínsecas, também regula a atividade de fumar. O fato de cigarros terem ou não filtro, por exemplo, é levado em consideração pelo fumante na hora de optar por fumar: cigarros com filtro incentivam o fumante a consumir um maior número de cigarros do que se houvesse apenas cigarros sem filtro. Ou ainda mais importante: o fato de os cigarros conterem nicotina, uma substância que causa dependência, influencia diretamente o hábito de fumar. Controlando a quantidade de nicotina presente no cigarro, é possível incentivar ou desestimular o fumo. Desse modo, dependendo da própria Arquitetura do cigarro (mais ou menos nicotina, com filtro ou sem filtro), mais ou

Em outra hipótese, na qual o Poder Público queira reforçar a obrigatoriedade do uso dos cintos de segurança em automóveis, é factível vislumbrar as seguintes alternativas, que não são excludentes, mas podem ser combinadas entre si: a) aprovação de lei que determine ser obrigatório o uso do cinto de segurança, sob pena de multa (regulação direta), b) criação de subsídio às seguradoras de forma a tornar o seguro de automóvel mais barato para aquelas pessoas que habitualmente usam o cinto de segurança, c) financiamento de campanhas publicitárias que criem estigmas nas pessoas que não usam cinto de segurança, demonstrando como elas podem afetar os demais passageiros que estão protegidos ou d) tornar obrigatório que os automóveis novos fabricados venham com cintos de segurança automáticos (a serem acionados assim que o veículo é ligado) ou sistemas de travamento da ignição, que somente poderia ser acionada quando todos os passageiros estejam com seus respectivos cintos de segurança travados. Como ensina Lessig, cada uma dessas iniciativas tem um impacto sobre o comportamento de usar ou não o cinto de segurança, acompanhada de um determinado custo, cabendo ao regulador buscar a solução que agregue a melhor efetividade com o menor custo relativo para os indivíduos (LESSIG, 1998a, p. 668).

Em relação à discriminação contra as pessoas com deficiência, as iniciativas para sua eliminação podem partir a) do enfoque jurídico direto, estabelecendo-se ser ilícita a discriminação dos deficientes, b) do enfoque das Normas Sociais, estabelecendo-se campanhas financiadas pelo Poder Público visando educar as crianças acerca das dificuldades das pessoas com deficiência e a necessidade de que sejam incluídas na sociedade (eliminando-se, assim, o preconceito desde a raiz), c) do enfoque do Mercado, criando incentivos para que empresas venham a contratar pessoas com deficiência e d) do enfoque da Arquitetura, regulando normas de construção de forma a tornar os prédios e locais públicos acessíveis a todos, inclusive às pessoas com deficiência. (LESSIG, 1998a, p. 669). Tratando desse tema, Lessig destaca o seguinte, em tradução livre:

Pense sobre a Lei dos Americanos com Deficiência (LAD). Muitos dos “deficientes” são excluídos do acesso à maior parte do mundo. Um prédio que somente tenha escadas é um prédio inacessível a uma pessoa em cadeira de rodas; as escadas são uma restrição sobre a pessoa com deficiência em relação ao acesso ao prédio. Mas o LAD em parte busca modificar tal limitação determinando aos construtores que modifiquem o desenho dos prédios de forma que os deficientes não sejam excluídos.

menos pessoas irão praticar o ato de fumar.” (LEMONS, Ronaldo. **Direito, tecnologia e cultura**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005, p. 22)

Trata-se de uma regulação do código do espaço físico, pelo Direito, para ultrapassar uma restrição que o código do espaço físico criou. (LESSIG, 2006, p. 127)⁶

Sobre tal questão, o Ordenamento Jurídico brasileiro assume vários enfoques: a) o jurídico direto, ao proibir “qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência” (art. 7º, XXXI da Constituição), b) o das Normas Sociais, ao garantir que as pessoas com deficiência têm direito a atendimento educacional especializado preferencialmente na rede regular de ensino (art. 208, III do texto constitucional, concretizado pela Lei 13.146/2015), e c) da Arquitetura, ao estabelecer ser dever do Estado, entre outros, “a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos” (art. 227, § 1º, II da Constituição).

Ainda nos exemplos fornecidos por Lessig, destacamos a questão da redução do consumo de drogas ilícitas. Sob tal perspectiva, o Poder Público poderá adotar uma abordagem de regulação direta mediante normas jurídicas que proíbam o consumo de tais entorpecentes⁷. Também é factível que sejam financiadas campanhas públicas destinadas a conscientizar a população sobre os danos causados à saúde, estigmatizando o consumo de drogas, em abordagem no nível das Normas Sociais. Também é possível investir em apreensões massivas do produto, de forma a elevar seu preço final e, assim, inibir o consumo da mesma forma que se buscaria fazer com o cigarro (muito embora o vício, quando manifestado em graus elevados, tenda a afastar qualquer reflexão racional sobre custo e benefício). Ainda, seria possível atingir as drogas em sua própria Arquitetura, tornando-as mais perigosas ainda, como forma de inibir seu uso pelo medo (Lessig narra o caso em que o governo americano assim procedeu em 1977, lançando um potente herbicida em plantações de maconha). (LESSIG, 1998a, p. 669).

O último exemplo trata da intrincada questão do aborto, marcada no contexto jurídico americano pela decisão proferida pela Suprema Corte daquele país no caso *Roe v. Wade*. Embora juridicamente permitido, o ato de abortar sofre uma série de restrições

⁶ Segue o original: “Law can also change the regulation of architecture. Think about the Americans with Disabilities Act (ADA). Many of the ‘disabled’ are cut off from access to much of the world. A building with only stairs is a building that is inaccessible to a person in a wheelchair; the stairs are a constraint on the disabled person’s access to that building. But the ADA in part aims to change that constraint by requiring builders to change the design of buildings so that the disabled are not excluded. Here is a regulation of real-space code, by law, to change the constraint that real-space code creates”. (LESSIG, 2006, p. 127)

⁷ Note-se que o presente trabalho não busca se posicionar sobre a polêmica questão acerca da constitucionalidade da proibição estatal de consumo de drogas, nem busca indicar um posicionamento sobre se o governo deve ou não conduzir atitudes de repressão a narcóticos. A enunciação do exemplo serve somente para ilustrar diferentes estratégias regulatórias que podem ser utilizadas em relação a um objetivo eventualmente considerado como de interesse público.

indiretas impostas pelo governo americano, como impedir médicos de aconselharem o aborto em clínicas de planejamento familiar financiadas pelo Poder Público (abordagem das Normas Sociais), excluir de programas de financiamento público as clínicas que realizem o citado procedimento (abordagem do Mercado), ou ainda forçar que mulheres aguardem 48 horas entre a solicitação e a efetivação do procedimento abortivo (abordagem pela Arquitetura – no caso, do tempo) (LESSIG, 1998a, p. 670).

Ao tratar do Direito (“Law”), Lessig se refere a todo o conjunto normativo estatal (LEMOS, 2005, p. 21). Aborda, assim, como o sistema jurídico regula a conduta humana na medida em que representa o monopólio da força pelo Estado: não cumpridas as normas jurídicas da forma como estabelecidas, poderá o Poder Público implementá-las à força, seja desencadeando sanções pecuniárias, seja modificando a situação jurídica do indivíduo de forma a realizar o comando inicialmente ignorado. Trata-se do uso da sanção em sentido amplo, enquanto sobreposição da vontade individual pela vontade governamental, inibindo ou incentivando comportamentos com regras estabelecidas previamente, conjugadas com atuações coercitivas posteriores. Assim, a simples ciência da existência de uma consequência jurídica não favorável já consistiria em elemento suficiente para incentivar, na maioria dos casos, o cumprimento espontâneo da norma posta (LEONARDI, 2012, p. 159). Enquanto força de regulação, o Direito está em posição privilegiada, na medida em que possui aptidão de influenciar todas as demais, estabelecendo uma regulação indireta (LEMOS, 2005, p. 22). Em um Estado Democrático de Direito não se poderia de fato admitir que um aspecto da vida humana que influencie substancialmente uma comunidade venha a se caracterizar como totalmente imune à regulação estatal, fundada que está na representatividade democrática dos órgãos que criam as normas jurídicas. Não se descarta, porém, a necessidade de proporcionalidade da regulação estabelecida pelo Poder Público, que deve ser sempre necessária à obtenção dos objetivos comunitários: há que se perquirir acerca de quais são os modos de intervenção mais democráticos e respeitadores com as características essenciais da Internet (PLAZA, 2004, p. 13).

3.8

3.9 1.2.1 AS NORMAS SOCIAIS (“NORMS”)

Pode-se afirmar que no modelo de Lessig, as normas jurídicas e as Normas Sociais têm em comum o fato de que ambas dependem da sanção, seja ela institucionalizada no caso das primeiras, ou difusa, quando tratando das segundas. Esta dispersão decorre do fato de que a sanção, neste caso, é originada pela própria sociedade, vista enquanto comunidade de

peessoas com seus valores próprios. As Normas Sociais se relacionam com a ideia dos costumes locais, variáveis conforme a cultura de cada comunidade ou país. Lessig propõe assim um modelo que ao mesmo tempo em que reconhece a relevância dos costumes como força de regulação, busca abordar as formas pelas quais ele pode interagir com o sistema jurídico (diferenciando-se, assim, de estudos de “primeira geração” da Escola de Chicago que, quiçá deslumbrados por pesquisas empíricas que davam maior força ao costume, concluíam pela imprestabilidade do sistema jurídico⁸) (LESSIG, 1998A, p. 673). Greenleaf continua a explanação, em tradução livre:

No espaço físico as Normas Sociais fazem com que nos sintamos incomodados com piadas racistas ou linguajar sexista, nos fazem contar a verdade sobre nossa idade, mesmo que concessões pudessem ser feitas, assim como a observar as convenções de terceiros porque fomos educados a nos sentir culpados se fizéssemos o contrário, bem como porque receamos uma rejeição social se não a cumprimos (ao menos se formos descobertos). Normas Sociais também colaboram na observância das disposições legais ao nos fazer nos sentir culpados sempre que deixamos de observar as regras jurídicas, mesmo quando a possibilidade de sua aplicação seja próxima a zero. (GREENLEAF, 1998, p. 9)⁹

O eventual descumprimento de uma norma social não implica no acionamento do aparato estatal destinado a implementar a conduta desejada, mas sim na repulsa ou rejeição pelos membros de uma dada comunidade à pessoa que desviou daquele comportamento tido como correto. Neste ponto reside sua ampla eficácia, visto que, ao menos para uma pessoa socialmente integrada, referidas normas de comportamento representarão uma relevante parcela dos entraves impostos à sua forma de agir. (LEONARDI, 2012, p. 160)

Muitas vezes as normas jurídicas podem adotar condutas coincidentes com as das Normas Sociais, mas a sobreposição nem sempre é verdadeira, seja porque uma dada comunidade discorda da conduta normatizada, seja porque o comportamento sequer é digno de regulação jurídica, sob o ponto de vista da necessidade. Assim, tem sido considerado

⁸ Tradução livre: “A lição é de que as Normas Sociais obrigam independentemente do Direito; que elas não eram simplesmente um comando vindo do Direito, e que elas não estavam abertas ao simples controle ou direcionamento pelo Direito. Normas Sociais são relativamente fixas, essencialmente imóveis, inflexíveis à influência do Direito – elas seriam, neste sentido, não plásticas. [...] Mas o mero fato de que o Direito não consegue direcionar ou simplesmente controlar as Normas Sociais não significa que não exista uma influência em ambos os lados (Normas Sociais influenciando o Direito e o Direito influenciando as Normas Sociais). Segue o original: “The lesson was that norms constrained independently of law; that they were not simply the dictates of law, and that they were not open to the simple control or direction of law. Norms were relatively fixed, essentially immovable, unyielding to the influences of law – they were in this sense nonplastic. [...] For just because law cannot directly or simply control norms, it does not follow that there is not an influence in both ways (norms influencing law or law influencing norms)”. (LESSIG, 1998, p. 673)

⁹ “In real space social norms cause us to frown on racist jokes or sexist language, to tell the truth about our age where concessions might be available, and to observe other conventions both because we have been brought up to feel guilty if we act otherwise, and also because we fear social embarrassment by doing otherwise (at least if caught). Norms also aid the observance of the sanctions of law by making us guilty about breaking laws even if the likelihood of enforcement is next to nil”. (GREENLEAF, 1998, p. 9)

irrelevante para o Direito tratar do caso de um convidado que aparece em uma festa de casamento com trajes distintos daquele que constam do respectivo convite. Por outro lado, se a repulsa social decorrer de algum tipo de preconceito ou discriminação, o comportamento passará a interessar ao ordenamento jurídico, na medida em que valores fundamentais daquele sistema podem estar em jogo (imagine um convidado para a mesma festa de casamento que é “convidado a se retirar” pelo fato de ser negro, por sua orientação sexual ou por sua origem nacional).

Há casos de costumes culturais que, de festejados ou tolerados, passaram a ser reprimidos pelo ordenamento jurídico, em razão da mudança de paradigmas que acompanha a evolução da sociedade. Pode-se destacar, sobre o tema, a questão das touradas, que foram banidas em regiões da Espanha, ou os casos da “Farra do boi” no estado de Santa Catarina ou de briga de galos: à medida em que a preocupação com a sustentabilidade do meio ambiente passa a ser um objetivo juridicamente relevante, tais manifestações culturais passaram a ser vistas como atos de crueldade contra animais e, como tal, regulados pelo Direito como condutas proibidas. Como bem afirmado em julgado do Supremo Tribunal Federal:

A promoção de briga de galos, além de caracterizar prática criminosa tipificada na legislação ambiental, configura conduta atentatória à Constituição da República, que veda a submissão de animais a atos de crueldade, cuja natureza perversa, à semelhança da “farra do boi” (RE 153.531/SC), não permite sejam eles qualificados como inocente manifestação cultural, de caráter meramente folclórico. (BRASIL, 2011).

Mayer-Schoenberger também comenta sobre este aspecto da teoria de Lessig, exemplificando que, na cultura ocidental, é geralmente aceitável que devamos comer com garfos e facas ou usar um aperto de mão para nos apresentarmos a outras pessoas, mas o mesmo não ocorre com o ato de cuspir em público. Culturas distintas ostentarão Normas Sociais diferentes, mas há um mínimo invariável em relação a todas elas: alguns comportamentos são aceitos, enquanto outros não o são (2008, p. 716).

3.10

3.11 1.2.2 O MERCADO (“MARKET”)

O Mercado também atua como uma das forças de regulação, baseando-se no conceito básico de preço, derivado da escassez. Trata-se, o Mercado, de mecanismo que pode e deve sofrer intervenções governamentais para a garantia da competição, da simetria e da clareza de informações, assim como uma equitativa alocação de direitos (MAYER-SCHOENBERGER, 2008, p. 724). A ideia central consiste no fato de que quanto mais caro for o desempenho de

um comportamento, menor será a tendência de sua adoção. O oposto também é verdadeiro: quanto mais barata for a adoção de uma conduta, maior será a chance de que seu desempenho seja mais frequente. Como destacado por Leonardi, “Os entraves do Mercado existem em razão de uma elaborada estrutura de leis e Normas Sociais definindo o que pode ser comprado e vendido e de que maneira isso deve ser feito”. (2012, p. 161).

A abordagem do Mercado enquanto força de regulação não cai no erro da “Velha Escola de Chicago”, que o glorificava e entendia que a maior eficiência Mercadológica sugeriria o abandono de outros enfoques normativos (LESSIG, 1998a, p. 673). Pelo contrário: faz-se necessário abordar o Mercado como forma de regulação, mas ciente da necessidade de imposição de limites para que não se converta uma economia de Mercado em uma sociedade de Mercado. Esta, na lição de Sandel, termina por convolar praticamente qualquer ato da vida em sociedade em uma questão de preço e valor Mercadológico. Daí a necessidade de analisar o que este filósofo americano denomina “limites morais” em oposição a uma “visão econômica da vida”:

O que quero dizer é simplesmente que os Mercados refletem e promovem certas normas, certas maneiras de valorar os bens neles trocados. Ao decidir se devemos mercantilizar um bem, não devemos, portanto, levar em conta apenas a eficiência e a justiça distributiva. Devemos nos perguntar também se as normas de Mercado não acabarão descartando as normas alheias ao Mercado e se isso não representa uma perda que mereça nossa atenção.

[...]

Num momento em que os Mercados e o raciocínio Mercadológico disseminam-se por esferas da vida tradicionalmente governadas por outras normas – saúde, educação, procriação, política para os refugiados, proteção ambiental – esse dilema manifesta-se cada vez mais.

O que devemos fazer quando a promessa de crescimento econômico ou de eficiência econômica significa estabelecer um preço para bens que consideramos sem preço? Às vezes enfrentamos o dilema de nos movimentar em Mercados moralmente questionáveis na expectativa de alcançar fins meritórios. (SANDEL, 2012, p. 79-80).

[...]

Para decidir se devemos ou não recorrer a incentivos financeiros, precisamos saber se esses incentivos podem corromper atitudes e normas que merecem ser protegidas. Para responder a essa questão, a lógica de Mercado precisa transformar-se numa lógica moral. No fim das contas, o economista de fato precisa “lidar com a moralidade”. (SANDEL, 2012, p. 79-80, 91)

Sandel trata então de duas possíveis limitações aos efeitos dos Mercados sobre outras esferas normativas da vida: a objeção da equanimidade e a objeção da corrupção. Enquanto a primeira “aponta para as desigualdades que as escolhas de Mercado podem refletir”, a segunda destaca “as atitudes e as normas que as relações de Mercado podem prejudicar ou dissolver” (SANDEL, 2012, p. 109-110). Em suas palavras:

A objeção da equanimidade lembra a injustiça que pode estar sendo praticada quando alguém compra e vende algo em condições de desigualdade ou grave necessidade econômica. De acordo com aqueles que fazem essa objeção, as alterações operadas no Mercado nem sempre são tão voluntárias quanto querem fazer crer os entusiastas do Mercado. Um camponês pode decidir vender o rim ou a córnea para alimentar a família, mas essa concordância talvez não seja de fato voluntária. Ele pode, na verdade, estar sendo injustamente coagido por uma situação de privação.

A objeção da corrupção é diferente. Ela frisa o efeito degradante da valoração e das trocas de Mercado em certos bens e certas práticas. Segundo os que a sustentam, certos bens morais e cívicos são degradados ou corrompidos quando comprados e vendidos. O argumento da corrupção não pode ser respondido pelo estabelecimento de condições justas de barganha. Ele se aplica igualmente em condições de igualdade e desigualdade. (SANDEL, 2012, p. 110-111)

[...]

Cada uma dessas objeções baseia-se em um diferente ideal moral. O argumento da equanimidade volta-se para o ideal do consentimento, ou, mais precisamente, para esse ideal em contexto justo. Um dos principais argumentos em favor do uso dos Mercados para a distribuição dos bens é que respeitam a liberdade de escolha. Permitem que cada um escolha por si mesmo se quer vender este ou aquele bem por determinado preço.

Mas a objeção da equanimidade chama a atenção para o fato de que algumas dessas escolhas não são realmente voluntárias. As escolhas de Mercado não são livres se determinadas pessoas estão em situação de pobreza desesperadora ou sem condições de barganhar em termos justos. Assim, para saber se uma escolha de Mercado é de fato livre, devemos questionar quais as condições de desigualdade do contexto social que comprometem um real consentimento. Em que momento as desigualdades do poder de barganha coagem os que estão em desvantagem e põem em risco a justiça dos acordos?

O argumento da corrupção volta-se para um outro conjunto de ideais morais. Não recorre ao consentimento, mas à importância moral dos bens em questão, aqueles que seriam degradados pela valoração e a troca de Mercado. Assim, para decidir se se deve comprar e vender a admissão no ensino universitário, precisamos debater quais são os bens morais e cívicos que essas instituições devem cultivar, procurando descobrir se a venda da admissão comprometeria esses bens. Para decidir se se deve estabelecer um Mercado de adoção de bebês, precisamos saber quais normas devem governar as relações entre pais e filhos e descobrir se a compra e a venda de crianças poriam em risco essas normas. (SANDEL, 2012, p. 111-112)

E conclui:

À medida que o Mercado penetra as esferas da vida tradicionalmente governadas por normas alheias a ele, a ideia de que os Mercados não afetam nem conspurcam os bens neles trocados torna-se cada vez mais implausível. Cresce o número de pesquisas confirmando o que parece indicar o senso comum: os incentivos financeiros e outros mecanismos de Mercado podem sair pela culatra ao descartar as normas alheias ao Mercado. Às vezes, oferecer alguma forma de pagamento por determinado comportamento pode diminuir, em vez de aumentar, sua incidência. (SANDEL, 2012, p. 113)

As intervenções estatais na economia brasileira fornecem inúmeros exemplos de como o Mercado influencia na forma como as pessoas se comportam, ainda que parte dessas atuações do Poder Público possa ser duramente criticada por eventuais distorções que causem

sobre a própria economia. Tome-se como exemplo a concepção de extrafiscalidade, presentes em inúmeros tributos brasileiros, pela qual a finalidade de sua majoração ou redução é justamente incentivar ou não dados comportamentos.

No âmbito federal, tributos como o IPI (imposto sobre produtos industrializados) ou o IOF (imposto sobre crédito, câmbio e demais operações financeiras) são largamente utilizados como estratégias regulatórias, sendo ora reduzidos para incentivar o consumo de determinados produtos industrializados, ora majorados para coibir gastos em moeda estrangeira. Como destaca Mendes “[...] há tributos mais aptos ao emprego com fins diversos do fiscal. Nada obstante, todos, sem nenhuma exceção, podem cumprir, em maior ou menor, grau tal desígnio”. (2009, p. 304). De fato, o sistema fiscal existe não somente para fins básicos de arrecadação, mas também com objetivos regulatórios.

Da mesma forma, os tributos também podem ser utilizados com a finalidade de dar tratamento diferenciado a microempresas e empresas de pequeno porte (art. 146, III, “d” da Constituição), assim como para “prevenir desequilíbrios de concorrência” (art. 146-A da Constituição) ou ainda para estabelecer “tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação” (art. 170, VI da Constituição). O exemplo clássico sobre o tema consiste no já abordado ato de fumar: o Poder Público pode torná-lo uma conduta extremamente cara mediante a elevação da tributação incidente sobre o produto cigarro e seus assemelhados, tornando-o, em tese, menos acessível à universalidade da população. Todavia, a atuação estatal para fins de intervenção no Mercado não está limitada à utilização de tributos.

A mesma estratégia pode ser utilizada na administração de tarifas de concessionárias de serviços básicos (energia elétrica, água e esgoto, transporte, dentre outros), cuja majoração pode ter impacto na economia. Igualmente, a definição da taxa de juros básica da economia pode ser fator primordial de definição dos preços das Mercadorias, na medida em que sua elevação ou redução tende a encarecer ou baratear o acesso ao crédito (contribuindo ou não para o financiamento de atividades produtivas, geradoras de riqueza e emprego). Da mesma forma, empresas estatais (controladas pelo Poder Público) também assumem relevante papel no que toca à regulação do Mercado. Enquanto bancos estatais podem oferecer taxas de financiamento inferiores às das demais instituições, com a finalidade de aumentar a competição entre elas, empresas que atuem no Mercado de petróleo e gás natural podem controlar reajustes dos combustíveis com a finalidade de evitar um encarecimento de demais bens e serviços que sejam dependentes de tal fonte energética. Sejam tais intervenções

consideradas boas ou más, obtendo sucesso ou não, elas se apresentam como formas pelas quais o Poder Público pode intervir no Mercado, sempre com a finalidade de interferir na formação do seu elemento primordial: o preço.

3.12 1.2.3 A ARQUITETURA (“ARCHITECTURE”)

A Arquitetura como força de regulação pode ser compreendida como a maneira pela qual os objetos do mundo são apresentados aos sentidos humanos, compreendendo não somente as criações naturais, como também as artificiais. Como exemplifica Lessig, o fato de levar mais ou menos tempo para se chegar de carro a uma clínica que realize um procedimento abortivo consiste em uma forma de regulação no sentido de impedir o aborto, da mesma forma que a existência de um viaduto e trilhos de trem separando duas comunidades de moradores é uma forma de regulá-las, dificultando a integração entre elas (LESSIG, 1998A, p. 663). Igualmente, o fato de uma determinada escola ser longe ou perto da comunidade que pretenda atender também é um fator que influenciará a efetividade do direito de acesso à educação das crianças daquela comunidade. Tais “barreiras” presentes no mundo, sejam elas naturais ou erguidas pelo ser humano, poderão influenciar (permitindo ou inibindo) condutas e, por tal razão, representam uma força de regulação. (LESSIG, 1998A, p. 663). O exemplo de Greenleaf é extremamente didático: “No espaço real as leis que criminalizam assaltos a banco são muito úteis, mas paredes espessas, vidro blindado, guardas armados e cofres com senhas complexas são as mais efetivas restrições”¹⁰ (GREENLEAF, 1998, p. 10).

O estudo da Arquitetura como força de regulação já tinha sido objeto ainda que indireto nos trabalhos de Jeremy Bentham. Em sua obra “O Panóptico”, Bentham descreve uma construção arquitetônica desenhada especialmente para facilitar a inspeção de uns pelos outros, em verdadeiro antecedente da sociedade da vigilância que vislumbramos como “dimensão-chave” dos tempos atuais (BAUMAN, 2014, p. 9). Para Bentham, o maior mérito de sua concepção arquitetônica seria o sentimento de vigilância constante compartilhado por todos os que frequentassem o edifício por si denominado de “Panóptico”, sejam os prisioneiros, sejam as autoridades incumbidas da inspeção (BENTHAM, 2000, p. 31). O seguinte trecho de sua obra é significativo:

10 “In real space laws criminalising bank robbery are very helpful, but thick walls, bulletproof glass, armed guards and combination locks on safes are the most effective constraints.” (GREENLEAF, 1998, p. 10)

É óbvio que, em todos esses casos, quanto mais constantemente as pessoas a serem inspecionadas estiverem sob a vista das pessoas que devem inspecioná-las, mais perfeitamente o propósito do estabelecimento terá sido alcançado. A perfeição ideal, se esse fosse o objetivo, exigiria que cada pessoa estivesse realmente nessa condição, durante cada momento do tempo. Sendo isso impossível, a próxima coisa a ser desejada é que, em todo momento, ao ver razão para acreditar nisso e ao não ver a possibilidade contrária, ele deveria pensar que está nessa condição. (BENTHAM, 2000, p. 20)

Em outras palavras, Bentham aponta os benefícios de uma Arquitetura específica (o Panóptico) para regular o comportamento das pessoas, seja de modo repressivo, seja de forma preventiva, ao incutir em todos o receio de estar sendo vigiado. Este condicionamento fornecido pela Arquitetura é bem percebido por Bauman, para quem o Panóptico é apenas um modelo de vigilância que mal se compararia às atuais tecnologias eletrônicas móveis, que torna a “[...]Arquitetura de paredes e janelas amplamente redundante (não obstante firewalls e windows)”, permitindo formas de controle “[...] que apresentam diferentes faces, que não tem uma conexão óbvia com o aprisionamento e, além disso, amiúde compartilham as características da flexibilidade e da diversão encontradas no entretenimento e no consumo”. (BAUMAN, 2014, p. 12).

A proposta de Bentham foi analisada por Foucault, que destacava o efeito mais importante do Panóptico: “[...] induzir no detento um estado consciente e permanente de visibilidade que assegura o funcionamento automático do poder”. (2007, p. 166) Foucault prossegue em sua explanação crítica caracterizando o Panóptico como um “diagrama de mecanismo de poder levado à sua forma ideal”, podendo ser representado como um “puro sistema Arquitetural e óptico” ou como uma “figura de tecnologia política que se pode e se deve destacar de qualquer uso específico” (FOUCAULT, 2007, p. 170).

Antes de Lessig, Richard Ford já analisava os profundos impactos que uma determinada forma de organizar as cidades poderia trazer para a manutenção de uma sociedade segregacionista, a despeito de tais políticas de separação já terem sido formalmente abolidas pelo sistema jurídico. Segundo Ford, o que se denomina de “segregação residencial” consiste em mais do que uma questão de distanciamento social, viabilizando uma fragmentação política e uma estratificação econômica mantida por normas jurídicas aparentemente impessoais (FORD, 1994, p. 1844). A evolução de uma cidade, longe de ser um fenômeno natural, é uma consequência da influência de diferentes forças de regulação que atuam sobre os atores responsáveis por tal desenvolvimento. Ford enfatiza, pois, a importância do espaço socialmente construído como forma de entender a forma como as relações sociais (e raciais) se estabelecem. (FORD, 1994, p. 1918).

A experiência contemporânea nos fornece inúmeros exemplos de regulação pela Arquitetura. Leonardi traz alguns destaques presentes nos mais básicos atos do nosso cotidiano:

[...] para evitar que carros trafeguem em alta velocidade nas proximidades de escolas, lombadas são construídas nas ruas que as circundam; obstáculos são colocados junto a escadas rolantes em aeroportos, para evitar que passageiros levem carrinhos de bagagem a certos locais; e filas são organizadas, por meio de barreiras físicas. (2012, p. 162)

A regulação pela Arquitetura se faz presente, pois, com enorme frequência em nosso cotidiano. Os concessionários do serviço público de transporte da Grande Vitória/ES, por exemplo, sofrem há algum tempo com o problema de indivíduos que usufruem do serviço sem pagar, comportamento que se manifesta como “pular a roleta” (roleta que serve, justamente, como obstáculo arquitetônico destinado a permitir que somente os pagantes utilizem o transporte). Tal procedimento, praticado por um número elevado de pessoas, leva a prejuízos que deverão ser absorvidos pela tarifa e, logo, compartilhado pelos demais pagantes. Para evitá-lo, as concessionárias conceberam um novo modelo de roleta que vai até o teto, impedindo, pois, o acesso ao ônibus sem o pagamento da respectiva tarifa (FOLHA VITÓRIA, 2012). Também no município de Vitória/ES há o exemplo da calçada-cidadã, destinada a facilitar a locomoção sobretudo de pessoas com deficiência visual, na medida em que parcela da calçada é desenhada para facilitar o deslocamento de indivíduos cegos. No caso, tratou-se de uma hipótese de regulação pelo Direito com vistas à modificação da Arquitetura, que atua como fator direto de regulação. A Lei Municipal nº 4.821/98 foi modificada pela Lei nº 6.525/2005, estabelecendo a seguinte redação para seu artigo 163:

Art. 163. A construção e reconstrução das calçadas dos logradouros públicos que possuam meio-fio em toda a extensão das testadas dos terrenos, edificados ou não, são obrigatórias e competem aos proprietários ou possuidores dos mesmos, seguindo as diretrizes do projeto denominado “Calçada Cidadã”, obedecendo o conceito de Acessibilidade Universal e baseado na NBR 9050/04 da ABNT, atendendo aos seguintes requisitos:

I - declividade máxima de 2% (dois por cento) do alinhamento para o meio-fio;

II - largura e, quando necessário, especificações e tipo de material indicados pela Prefeitura, conforme padrão para construção de calçadas do Projeto Calçada Cidadã, indicado nos Anexos I, II e III;

III - proibição de degraus em vias e logradouros com declividade inferior a 20% (vinte por cento);

IV - proibição de uso de materiais derrapantes e trepidantes, bem como de uso de revestimento formando superfície inteiramente lisa;

V - meio-fio rebaixado com rampas ligadas às faixas de travessia de pedestres na dimensão da faixa, atendendo à NT;

VI - meio-fio rebaixado para acesso de veículos, perfazendo no máximo 50% da testada do terreno, atendendo às disposições da Calçada Cidadã, sendo

expressamente proibido rampas e/ou degraus tanto na calçada, quanto na sarjeta, devendo o desnível ser vencido inteiramente dentro do alinhamento do terreno;
VII - destinar área livre, sem pavimentação, ao redor do tronco do vegetal em calçada arborizada.

Todavia, nem sempre a regulação pela Arquitetura se apresenta como garantidora de objetivos “nobres”. Em Belo Horizonte/MG, a administração municipal buscou enfrentar a questão dos moradores de rua que se instalavam na parte de baixo de viadutos usando da Arquitetura: providenciou a implantação de revestimento de área com pedra gnaiss (pedra de mão) em 144 metros quadrados, o que inviabilizou fisicamente a ocupação dos espaços por pessoas que pretendessem se deitar ou mesmo dormir (BELO HORIZONTE, 2011). A iniciativa da capital mineira é espelhada em experiência realizada em Londres, capital britânica, onde se iniciou a instalação de dispositivos que ficaram conhecidos como “espinhos anti-mendigo” (*anti-homeless spikes*), uma das espécies de um gênero maior que ficou conhecido como “Arquitetura hostil” (*hostile architecture*) (QUINN, 2014). Na Venezuela, sistemas biométricos têm sido implantados para limitar a quantidade de produtos e alimentos que podem ser comprados nos supermercados (G1, 2014).

Ainda sobre a regulação via Arquitetura, destacam-se os estudos de Teresa Caldeira acerca dos efeitos das concepções arquitetônicas para fins de perpetuação de diferentes formas de desigualdade social, através do uso de “enclaves fortificados”, que consistem em “[...]propriedades privadas para uso coletivo: fisicamente são isolados, seja por muros, espaços vazios ou outros recursos arquitetônicos: estão voltados para dentro e não para a rua”. Referidos enclaves “[...] geram cidades fragmentadas em que é difícil manter os princípios básicos de livre circulação e abertura dos espaços públicos que serviram de fundamento para a estruturação das cidades modernas” (1997, p. 155, 159). O diagnóstico feito acerca de São Paulo é impactante:

São Paulo é hoje uma cidade de muros. Ergueram-se barreiras por toda parte –e em volta das casas, prédios de apartamentos, parques, praças, complexos de escritórios e escolas. Edifícios e casas que comumente se ligavam às ruas por jardins hoje estão separados por altos muros e grades e têm equipamentos eletrônicos de vigilância e guardas privados armados. Com frequência as novas adaptações criam um espaço esdrúxulo (por exemplo, grades no meio da escada de entrada de um prédio), já que são improvisadas em locais originalmente concebidos sem elas, em espaços desenhados para serem abertos. No entanto, essas barreiras já estão totalmente integradas aos novos projetos de casas, apartamentos, áreas de comércio e de trabalho. Uma nova estética de segurança modela todos os tipos de construção, impõe sua lógica de vigilância e distância como forma de *status* e muda o caráter da vida e das interações públicas. (CALDEIRA, 1997, p. 159)

A proliferação desses “enclaves fortificados” acaba por regular o comportamento daqueles que vivem na cidade, dificultando “[...]os encontros impessoais e anônimos entre pedestres; o lazer e os encontros públicos em ruas e praças; e, sobretudo, a presença de pessoas de diferentes origens sociais circulando e observando os que passam”. (CALDEIRA, 1997, p. 164). Brasília também é uma cidade objeto das considerações de Caldeira, local onde o espaço urbano é moldado de forma a eliminar a possibilidade de pedestres (a cidade “sem esquinas” também é uma cidade “sem calçadas”) e conseqüentemente reduzir as interações entre indivíduos de distintas classes sociais, resultando em uma das cidades mais segregadas do Brasil (1997, p. 166, 167).

Essa profunda natureza regulatória da Arquitetura não escapou à análise, ainda que indireta, do Direito Urbanístico, como se pode evidenciar no seguinte trecho de obra de José Afonso da Silva, no qual aborda uma “função psicológica” do traçado urbano:

O traço equilibrado da cidade concorre também para o equilíbrio psicológico de seus habitantes, visitantes e transeuntes. A multiplicidade e a diversidade de formas não devem ser exageradas, para não dificultar a orientação.

[...]

A simetria conduz ao tédio. Os quarteirões retangulares ou quadrados proporcionam, além da monotonia, os cruzamentos próximos e constantes, que irritam os condutores de veículos. As linhas extensas, como Brasília, dão ao pedestre a sensação de vácuo, o sentimento de isolamento, 'mas tornam-se muito atrativas, pelo contrário, para quem contempla a cidade de uma certa distância ou para o automobilista que se desloca rapidamente'. (SILVA, 2012, p. 305)

Ainda no mesmo sentido pode ser destacada a pesquisa de Narváez e Soto que analisou a Arquitetura da cidade de Monterrey (México) sob a perspectiva das pessoas com deficiência. Ao final do relatório de tal pesquisa, a conclusão apontava no sentido de que existe um nítido vazio na política pública relacionada ao planejamento, desenho, construção e manutenção do espaço público e privado, acompanhado de práticas de exclusão desde a origem dos projetos arquitetônicos e urbanos (NARVÁEZ e SOTO, 2013, p. 33)

Ademais, a biografia de uma das mais marcantes personalidades do Mercado tecnológico também dá exemplos do uso da Arquitetura para incentivar ou desencorajar determinados comportamentos humanos. Conforme relato de Isaacson, Steve Jobs (fundador da Apple Computers) teria projetado o prédio onde funcionava a Pixar (estúdio de animação) de forma a estimular o encontro casual entre membros das diferentes equipes ou, como relatado, “encontros ou colaborações imprevistas”. Nas palavras de Jobs: “[...] projetamos o edifício para que as pessoas saiam de seus escritórios e encontrem no saguão central outras pessoas que não encontrariam de outra maneira”. Isso porque no prédio em questão “Todas as portas da frente, escadas e corredores centrais levavam ao saguão, onde ficavam as caixas de

correio e o café; as salas de reunião tinham janelas com vista para lá, e o auditório de seiscentos lugares e duas salas de projeção menores também se voltavam para ele”. (ISAACSON, 2011, p. 450)

É certo, assim, que a Arquitetura é uma das forças de regulação que impacta a adoção de determinadas condutas pelos seres humanos e, como tal, é natural que o sistema jurídico venha a estabelecer limites à sua utilização. Destaca-se, em relação a isso, as regras que são usualmente estabelecidas pelos municípios em relação ao zoneamento urbano e limites à construção de empreendimentos imobiliários. Mais recentemente o Brasil assinou a Convenção Internacional para a proteção das pessoas com deficiência, homologada internamente com força de norma constitucional em razão do § 3º do artigo 5º da Constituição. Referido diploma estabelece os conceitos de “adaptação razoável” e de “desenho universal”, destinados a dar maior efetividade ao exercício dos direitos das pessoas com deficiência. Segundo o artigo 2º daquela Convenção, a adaptação razoável

[...] significa as modificações e os ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.

[...] a concepção de produtos, ambientes, programas e serviços a serem usados, na maior medida possível, por todas as pessoas, sem necessidade de adaptação ou projeto específico. O “desenho universal” não excluirá as ajudas técnicas para grupos específicos de pessoas com deficiência, quando necessárias.

Também em relação ao tema há a definição do conceito de “desenho universal”:

[...] a concepção de produtos, ambientes, programas e serviços a serem usados, na maior medida possível, por todas as pessoas, sem necessidade de adaptação ou projeto específico. O “desenho universal” não excluirá as ajudas técnicas para grupos específicos de pessoas com deficiência, quando necessárias.

Em sua obra “Code 2.0” Lessig fornece vários exemplos de hipóteses de regulação pela Arquitetura, da legislação americana que prevê a acessibilidade de prédios em geral para permitir o acesso de pessoas com deficiência, passando pelos detalhes da construção de Washington D.C (onde a Casa Branca se distanciava em 1 milha do Capitólio em trajeto de terreno pantanoso, no que resultava em uma barreira física que dificultava relações de proximidade e reforçava a independência entre Legislativo e Executivo), até o que se denominou de “prevenção de crimes pela Arquitetura ambiental” ou “Crime Prevention Through Environmental Design”, largamente utilizado nas Olimpíadas de Sidney em 2000

(LESSIG, 2006, p. 128). Lemos também destaca o uso da Arquitetura como forma de regulação nas reformas urbanas promovidas em Paris no Século XIX, ocasião em que Napoleão III buscou estabelecer amplas avenidas e boulevards, pois a forma de organização arquitetônica da capital francesa “[...] composta de ruas estreitas, permitia facilmente o estabelecimento de barricadas, possibilitando que insurreições pudessem controlar a cidade por meio do bloqueio de vias cruciais” (LEMOS, 2005, p. 23).

Essa concepção da regulação pela Arquitetura é extremamente relevante para a compreensão das forças de regulação no meio digital. Sobre o tema, cumpre citar o seguinte trecho de Lessig, em tradução livre:

Finalmente, um similar da Arquitetura regula a conduta no ciberespaço – o código. O software e o hardware que dão forma ao ciberespaço constituem um conjunto de limitações na maneira como alguém pode se comportar. O conteúdo de tais limitações pode variar, mas elas são tidas como condições de acesso ao ciberespaço. Em alguns lugares (serviços online como AOL, por exemplo) é necessário digitar uma senha para ter acesso; em outros lugares, é possível o acesso, identificado ou não. Em alguns lugares as transações das quais você participa deixa rastros que lhe conectam à transação; em outros lugares essa conexão somente ocorre se você assim desejar. Em alguns lugares, é possível conversar em uma língua que somente o destinatário entenderá (mediante criptografia); em outros lugares, criptografia não é uma opção. O código ou o software ou a Arquitetura ou os protocolos estabelecem essas funcionalidades, que são escolhidas pelos desenvolvedores do código. Eles limitam o comportamento ao tornar outras formas de conduta possível ou não. O código traz embutido consigo certos valores ou torna outros valores impossíveis. Dessa forma, ele também consiste numa regulação, assim como as Arquiteturas do espaço físico.¹¹

Também Lemos veicula uma importante explicação acerca do papel crucial da Arquitetura no meio ambiente digital¹²:

¹¹ “Finally, an analog for architecture regulates behavior in cyberspace - code. The software and hardware that make cyberspace what it is constitute a set of constraints on how you can behave. The substance of these constraints may vary, but they are experienced as conditions on your access to cyberspace. In some places (online services such as AOL, for instance) you must enter a password before you gain access; in other places you can enter whether identified or not. In some places the transactions you engage in produce traces that link the transactions (the “mouse droppings”) back to you; in other places this link is achieved only if you want it to be. In some places you can choose to speak a language that only the recipient can hear (through encryption); in other places encryption is not an option. The code or software or architecture or protocols set these features, which are selected by code writers. They constrain some behavior by making other behavior possible or impossible. The code embeds certain values or makes certain values impossible. In this sense, it too is regulation, just as the architectures of real-space codes are regulations”. (LESSIG, 2006, p. 124-125)

¹² A concepção de um “meio ambiente digital”, englobando a Internet como elemento do meio ambiente cultural, foi por nós defendida nos seguintes termos: “Em outras palavras, o surgimento de uma “cultura digital” caracterizada pela convergência das mídias que sempre permitiram a produção cultural, agora em uma sociedade da informação, demanda que consideremos o lócus no qual tais produções se implementam como uma das facetas do meio ambiente cultural. [...] Assim, a formulação jurídica de um “meio ambiente digital” é, inclusive, mais apropriada para a reflexão dos efeitos jurídicos das relações estabelecidas via internet do que o já desgastado conceito de ciberespaço, usualmente referido como um espaço à parte da “realidade física”, o qual tem sido fragilizado pela constante interconexão entre os chamados “mundos” on-line e off-line”. (COLNAGO, PEDRA 2014, p. 405)

A Arquitetura afeta profundamente a internet e os canais digitais de comunicação. É valendo-se dela que se torna possível a construção de ferramentas e a implementação de mecanismos para o fechamento de conteúdo na rede. Dependendo da Arquitetura, uma determinada mensagem enviada pode ser interceptada e lida por quaisquer terceiros enquanto trafega até o destinatário (tal qual um cartão-postal), ou pode ser fechada, permitindo que apenas o seu destinatário possa lê-la (tal qual um envelope fechado). É o caso, por exemplo, das comunicações com sites de bancos, onde as mensagens trocadas entre o banco e o usuário só podem ser lidas por esses dois polos da comunicação, e não por intermediários. Isso ocorre não por existir uma lei, uma norma social ou por fatores diretamente atribuídos ao Mercado. Isso acontece porque a Arquitetura da comunicação com o banco é diferente da comunicação com outros usuários e, portanto, torna-se confidencial entre as partes graças a um mecanismo técnico chamado criptografia, independente da intervenção da lei, do Mercado ou de Normas Sociais. Aliás, esta é uma das principais consequências da regulação arquitetônica: ela produz efeitos imediatos, com imensa efetividade, independente dos outros fatores reguladores. (LEMOS, 2005, p. 24/25)

Esse relevante papel ostentado pela Arquitetura como força de regulação em geral e também das condutas praticadas via Internet revela a importância da discussão acerca dos parâmetros a serem estabelecidos para a sua elaboração. A Internet é uma combinação de software e hardware¹³, como explicitado na referência às já aludidas camadas física, lógica e de conteúdo (BENKLER, 2006, p. 392) e assim vem sendo considerada pelos estudiosos de sua regulação (BROWN, MARSDEN, 2013, p. 39). A maleabilidade da Arquitetura do software (camadas lógica e de conteúdo), todavia, é muito maior do que a flexibilidade da Arquitetura do hardware (camada física), na medida em que as limitações do mundo natural (como as leis da física) que usualmente influenciam o desenho de produtos palpáveis, não se aplicam à programação em código, que consiste numa combinação de comandos e algoritmos.

Assim, os programadores de software têm liberdade de estabelecer a Arquitetura de suas aplicações de acordo com os objetivos buscados, muito embora muitas funcionalidades dependam das escolhas arquitetônicas implementadas – o que motiva os encarregados da definição da Arquitetura de um sistema a escolher os princípios de *design* que ofereçam a combinação de qualidades que eles desejem que aquele conjunto de elementos venha a oferecer (SCHEWIK, 2010, p. 293, 313). O chamado “ciberespaço” será regulável na medida em que os seus elementos estruturais (sua Arquitetura, seja do hardware, seja do software) seja sujeita à regulação: assim, regular o código, a Arquitetura da Internet, é regular o espaço virtual (PLAZA, 2004, p. 29).

¹³ Em tradução livre: “O equivalente à natureza no ciberespaço deve ser entendido como incluindo um número de elementos além do software, incluindo ao menos o hardware, os protocolos de Internet e outros padrões, assim como aspectos de biologia humana”. Original: “The equivalent of ‘nature’ in cyberspace needs to be understood as including a number of elements other than software, including at least hardware, Internet protocols and other standards, and aspects of human biology”. (GREENLEAF, 1998, p. 11)

Lessig destaca como a noção inicial de liberdade total da Internet, que era induzida pela maneira pela qual sua Arquitetura foi inicialmente concebida, vem sendo modificada para acomodar outros interesses:

Liberdade perfeita. A rede original era um lugar irregular. Comportamentos, se controlados, eram regidos por costumes da rede. O arquiteto impediu qualquer controle além disso. Por quê? A irregularidade da rede original se baseava numa funcionalidade daquela rede. A identidade, a localização, não eram auto-autenticáveis. Eu descrevi como o fato de ser uma criança não é auto-autenticável. Isso significa que é relativamente difícil rastrear quem é determinada pessoa; o que significa que é relativamente difícil regular como as pessoas se comportam. Essa funcionalidade da rede original pode mudar. O anonimato relativo da rede original pode mudar. Arquiteturas de identidade, para rastrear e monitorar indivíduos, podem ser implantados. Tecnologias para certificar quem são os usuários podem ser lançadas sobre a rede existente. A rede atual pode ser suplementada com tecnologias que mudem essa irregularidade original. (LESSIG, 2000, p. 9)¹⁴

O professor americano explica como a Arquitetura original da Internet foi baseada em algumas premissas fundamentais, como os princípios de “ponta-a-ponta” (“ent-to-end”), “código aberto” (“open source”) e “acesso livre” (“free access”), os quais tornaram possível a livre competição e a expansão da Internet original. O primeiro determina que o maior poder de processamento da rede fique nas “pontas”, ou nos usuários, de forma que a rede não possuiria nenhuma capacidade de discriminar as aplicações que nela podem ser executadas – permitindo que novos aplicativos substituam os antigos sem que a funcionalidade principal da rede fique prejudicada. Esse princípio dá origem à concepção de “neutralidade da rede”, inicialmente popularizada por Tim Wu (2005, p. 145) e posteriormente incorporada como um dos princípios orientadores da Lei 12.965/2014, o Marco Civil da Internet no Brasil¹⁵. Como bem sintetiza Wu, em tradução livre:

¹⁴ Tradução livre. Segue o original: “Perfect liberty. The original net was an unregulable place. Behavior, if controlled, was controlled by the norms of the net. The architect made possible no greater control. Why? The unregulability of the original net hung upon a feature of that net. That identity, and location, were not self-authenticating. I described how the fact that one is child is not self-authenticating. This means that it is relatively hard to track down who someone is; which means it is relatively hard to regulate how people behave. This feature of the original net can change. The relative anonymity of the original net can change. Architectures of identity, for tracking and monitoring individuals, can be deployed. Technologies for certifying who people are can be layered onto the existing net. The existing net can be supplemented with technologies that change this original unregulability”.

¹⁵ “Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: (...) IV - preservação e garantia da neutralidade de rede. [...] Art. 9º O responsável pela transmissão, comutação ou roteamento tem o dever de tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação. § 1º A discriminação ou degradação do tráfego será regulamentada nos termos das atribuições privativas do Presidente da República previstas no inciso IV do art. 84 da Constituição Federal, para a fiel execução desta Lei, ouvidos o Comitê Gestor da Internet e a Agência Nacional de Telecomunicações, e somente poderá decorrer de: I - requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada dos serviços e aplicações; e II - priorização de serviços de emergência. § 2º Na hipótese de discriminação ou degradação do tráfego prevista no § 1º, o responsável mencionado no caput deve: I - abster-se de causar dano aos usuários, na

Então, qual é a atratividade de uma rede neutra – ou seja, uma Internet que não favorece uma aplicação (por exemplo, a world wide web), sobre outras (por exemplo, correio eletrônico)? Quem se importa se a Internet é melhor para algumas coisas do que para outras? O argumento em prol da neutralidade de rede deve ser entendido como uma expressão concreta de um sistema de referência sobre inovação, um que ganhou muita popularidade nas últimas duas décadas. Este sistema de referência é conhecido por muitos nomes. Aqui podemos nos referir a ele como o modelo evolucionário. (WU, 2005, p. 145)¹⁶.

Lessig defende o referido princípio, por consagrar a impossibilidade da rede discriminar qualquer discurso ou aplicação com base em seu conteúdo, sem escolher ou permitir quais aplicações podem ou não ser executadas – evitando assim que o operador da rede se utilize de sua posição de Mercado para restringir inovações e possíveis novos concorrentes (LESSIG, 2000b, p. 10).

O princípio do “código aberto” estabelece que o código-fonte de qualquer página da rede seria aberto para terceiros e o conteúdo seria facilmente compartilhável, com proteções fracas à propriedade intelectual – as informações viviam numa “praça virtual” (“virtual commons”), de utilização e compartilhamento gratuitos. Já o princípio do acesso livre (“free access”) estabelece que a informação postada na rede seria gratuita para os outros verem e utilizarem, mediante indexações feitas por aplicações conhecidas como “bots” (LESSIG, 2000b, p. 12). O código-fonte consiste em código que pode ser lido por programadores, que lhes permitem analisar aplicações e estudar como elas funcionam (algo como um mecânico que abre o capô de um carro e consegue estudar suas partes e seu funcionamento). Justamente por poder analisar os componentes da Arquitetura é que o código aberto torna transparente qualquer tentativa de controle que possa ter sido implantada na aplicação – permitindo por isso escolher a adoção ou não daquela técnica de controle (LESSIG, 1999a, p. 764). Ademais, destacam Brown e Marsden (2013, p. 133) que em muitas situações, a mera existência de aplicativos de código aberto exerce uma tremenda influência regulatória, ao colocar pressão sobre determinadas práticas monopolísticas, citando o exemplo do papel do Mozilla Firefox (aplicativo de código aberto) ao evitar a consolidação de quase exclusividade do aplicativo

forma do art. 927 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil; II - agir com proporcionalidade, transparência e isonomia; III - informar previamente de modo transparente, claro e suficientemente descritivo aos seus usuários sobre as práticas de gerenciamento e mitigação de tráfego adotadas, inclusive as relacionadas à segurança da rede; e IV - oferecer serviços em condições comerciais não discriminatórias e abster-se de praticar condutas anticoncorrenciais. § 3o Na provisão de conexão à internet, onerosa ou gratuita, bem como na transmissão, comutação ou roteamento, é vedado bloquear, monitorar, filtrar ou analisar o conteúdo dos pacotes de dados, respeitado o disposto neste artigo”.

¹⁶ Segue o original: “So what is attractive about a neutral network—that is, an Internet that does not favor one application (say, the world wide web), over others (say, email)? Who cares if the Internet is better for some things than others? The argument for network neutrality must be understood as a concrete expression of a system of belief about innovation, one that has gained significant popularity over last two decades. The belief system goes by many names. Here we can refer to it generally as the evolutionary model”.

Internet Explorer (da Microsoft) mediante uso de versões de extensões proprietárias “fechadas” do HTML e do HTTP.

Teremos, pois, uma rede mais aberta, com “notáveis potenciais de libertação” (COLNAGO, 2014d, p. 190), ou mais fechada, a depender das decisões valorativas, autônomas ou induzidas, que sejam tomadas em relação a ela. Assim, “[...] a Arquitetura orientada pelos valores constitucionais cumprirá papel primordial na formatação de uma rede cada vez mais livre e viabilizadora dos potenciais de criação da humanidade” (COLNAGO, 2014e, p. 765). Sempre que um fato social passe a ser relevante para a sociedade é imprescindível considerar a necessidade de que venha a ser objeto de regulação pelo Direito, na medida em que ao menos sob o ponto de vista formal, trata-se de sistema de regulação que permite a participação de toda a sociedade, seja por seus representantes eleitos, seja diretamente, nas formas previstas no artigo 1º, parágrafo único da Constituição de 1988: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Logo, o grande argumento em prol do Direito não está necessariamente na sua maior efetividade, mas na sua maior legitimação social, que se concretiza com o Estado Democrático de Direito. Tal conformação jurídica do estado parte do pressuposto de que o exercício de qualquer poder deve acarretar a sujeição a uma prestação de contas em maior ou menor intensidade. Para tanto, todavia, é necessário que as leis sejam interpretadas de forma adequada aos princípios legitimadores da Internet, em uma abordagem dos “princípios em contexto”, nos dizeres de Shapiro (tradução livre):

Lidas fora do contexto em que foram elaboradas, leis antigas em quase nada contribuirão para preservar os princípios constitucionais nelas imbuídos se elas forem simplesmente transpostas para um novo território, como no caso do criado pela Internet. O significado do Direito é determinado em parte pelas circunstâncias que o cercam e pelas condições presentes ao tempo da adoção de uma lei. As circunstâncias e as condições mudam, assim como devem mudar as regras que lhes regulam. Porém, em nosso esforço para dar respostas a novos contextos, não devemos abandonar os valores e parâmetros que moldaram nossa tradição jurídica. Fazê-lo consistiria em sacrificar princípios em nome de novidades. Para a abordagem dos “princípios em contexto”, é essencial que nossas normas fundamentais – liberdade de expressão, privacidade e propriedade – não representem meros símbolos de nossos valores. Elas devem efetivamente carrear-los ao futuro. Para isto, os princípios nucleares devem ser exumados das antigas regras, de uma maneira que sejam reconstruídos para acomodar o novo contexto da Internet. (SHAPIRO, 2000, p. 10)¹⁷

¹⁷ No original: “The “principles in context” approach then, is a two-fold process of identifying the principles at the core of time-tested legal rules and ensuring that these principles not only survive, but continue to work. Taken out of the context from which they emerged, old laws will do little to preserve the constitutional principles they embody if they are simply grafted on to new and uncharted territory, such as that created by the Internet. The meaning of law is determined in part by the surrounding circumstances and conditions at the time of its

Por tal motivo, há que se perquirir quem são os responsáveis pela Arquitetura da Internet em geral e como tal formatação viabiliza ou não o exercício de direitos fundamentais. Sobre o tema, Lessig destaca que no ato de construção do código das aplicações, os programadores podem eventualmente criar uma Arquitetura que venha a deslocar os valores consagrados pelo Direito – de forma que a sobrevivência desses valores deve demandar uma resposta efetiva pelo próprio sistema jurídico (LESSIG, 1999b, p. 541). Em seu livro, Lessig sustenta que “como o mundo é hoje, os programadores são cada vez mais legisladores. Eles determinam quais os padrões que a Internet seguirá; se a privacidade será ou não protegida; o grau de anonimato permitido”. E conclui: “São eles os responsáveis por estabelecer a natureza da Internet. Suas decisões, tomadas nos interstícios de como a Rede é codificada, definem o que a Rede é”¹⁸ (LESSIG, 2006, p. 79). Brown e Marsden (2013, p. 85), destacam que o uso de normas jurídicas para determinar a adaptação do software das “gigantes da informação” (como Facebook, Google, Skype e Microsoft) vem se tornando lugar comum, justamente por ser extremamente adequada para atingir as finalidades públicas buscadas, somada ao fato de que o código de programação sempre ultrapassa, em velocidade e adoção, o ritmo das normas jurídicas editadas pelo Estado (BROWN, MARSDEN, 2013, p. 105, 231).

O trabalho de Lessig, como constatou Mayer-Schoenberger, demonstra a preocupação do autor americano no sentido de que essa falta de “accountability” na definição do código que molde a Internet poderá levar à desvirtuação das qualidades inerentes à “Internet clássica”, enquanto lugar de amplas liberdades e francas discussões (2008, p. 718).

Na mesma direção é a reflexão de Castells:

Dessa forma, quem detém o poder na sociedade em rede? Os *programadores* com a capacidade de elaborar cada uma das principais redes de que dependem a vida das pessoas (governo, parlamento, estabelecimento militar e de segurança, mídia, instituições de ciência e tecnologia, etc.). E os *comutadores* que operam as conexões entre diferentes redes (barões da mídia introduzidos na classe política, elites financeiras que bancam elites políticas, elites políticas que se socorrem de instituições financeiras, empresas de mídia interligadas a empresas financeiras, instituições acadêmicas financiadas por grandes empresas etc.).

adoption. As circumstances and conditions change, so must the rules that govern them. But, in our effort to respond to new contexts, we should not forsake the values and balances that have shaped our legal tradition. To do so would be to sacrifice principles in the name of novelty. Essential to the “principles in context” approach is that our fundamental laws-- of free speech, privacy and property—do not just symbolize our values. They must actually carry them into the future. To do this, the core principles must be exhumed from the old rules and the rules reconstructed to account for and accommodate the new context that the Internet presents”.

¹⁸ Tradução livre. Segue o original. “As the world is now, code writers are increasingly lawmakers. They determine what the defaults of the Internet will be; whether privacy will be protected; the degree to which anonymity will be allowed; the extent to which access will be guaranteed. They are the ones who set its nature. Their decisions, now made in the interstices of how the Net is coded, define what the Net is.”

Se o poder é exercido programando-se e alterando-se redes, então o contrapoder, a tentativa deliberada de alterar as relações de poder, é desempenhada reprogramando-se as redes em torno de outros interesses e valores, e/ou rompendo as alternâncias predominantes, ao mesmo tempo que se alteram as redes de resistência e mudança social. (CASTELLS, 2013, p. 13-14)

Também Plaza destaca que o controle da regulação da Internet passa dos juristas do Congresso para os programadores de código, no sentido de que a base regulatória deixa de ser exclusivamente a norma jurídica, para também acomodar o desenho do código em si mesmo. A forma pela qual o código seja programado poderá viabilizar a regulação em um ou outro sentido (PLAZA, 2004, p. 29). Mayer-Schoenberger também acrescenta a este raciocínio o fato de que à medida que a Arquitetura que dá forma à Internet é produzido por um número cada vez menor de empresas, ela passa a se tornar cada vez mais controlável – destacando-se o fato de que como a empresa Cisco Systems tem participação no Mercado de roteadores superior a 60% (sessenta por cento), a chance de um pacote de dados que trafega pela Internet não passar por um roteador por ela fabricado é próxima de 1% (um por cento) (2008, p. 720).

Essa atividade de “reprogramação” demanda uma justificação apropriada, carregada do devido ônus argumentativo, na medida em que interfere com uma liberdade específica, relacionada com o direito a todos assegurado do “livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos”, conformado pelas previsões legais editadas pelo Congresso Nacional. Assim é que diferentes formas de estruturar a Internet resultarão em ambientes muito diferentes para seu desenvolvimento, produção e uso (SCHEWIK, 2010, p. 4799). Pode-se falar, por exemplo, de uma “Arquitetura de privacidade” (LESSIG, 1998B), assim como é possível abordar o “regime jurídico” da privacidade. Como já destacado anteriormente, é com base na compreensão da “profunda inter-relação entre as quatro forças regulatórias e o papel de destaque que a Arquitetura assume na regulação da Internet que a questão da interpretação adequada para o exercício de direitos fundamentais na Rede pode melhor ser empreendida” (COLNAGO, 2013, p. 157).

A lição de Lessig sobre o tema é relevantíssima: a tecnologia é moldável, mutável, plástica, tal qual o são as normas do ordenamento jurídico. A seguinte passagem de sua obra é marcante em relação à atitude com a qual devemos encarar a tutela de direitos na Internet (tradução livre):

A rede pode subverter as leis da natureza da forma como tem sido aplicadas à coleta de dados. O “pode” depende da Arquitetura da rede. O que está ausente do debate sobre o ciberespaço e sua regulação é um entendimento mais profundo acerca da amplitude de Arquiteturas possíveis. Devemos desenvolver uma atitude que reflita de forma tão crítica sobre Arquiteturas quanto o faz em relação às normas jurídica;

uma atitude que entenda a política inerente a ambos. Nós somente resolveremos de forma definitiva e adequada como nosso mundo deve ser feito quando entendermos que nós, em um sentido crítico, somos responsáveis pela sua construção. (LESSIG, 1998b, p. 22)¹⁹

Segundo Greenleaf, a plasticidade de uma força de regulação é a facilidade com a qual ela pode ser modificada. A “Plasticidade”, pois, consiste em uma relevante variável na medida em que o Direito pode influenciar uma outra força de regulação, sendo que quanto mais plástica ela for, maior será sua suscetibilidade de ser alterada pelas normas jurídicas (1998, p. 12). Referido autor destaca a natureza eminentemente plástica e moldável da Internet:

A Arquitetura do ciberespaço é inerentemente plástica, já que se trata quase que integralmente de um artefato humano, ao passo que a natureza do espaço físico é somente em parte um artefato. Esta é uma razão pela qual a regulação da Arquitetura do ciberespaço pelas normas jurídicas tende a ser efetiva. Em geral, é possível que o sistema jurídico demande mudanças no software, nos padrões e no hardware. Somente uns poucos aspectos do ciberespaço, como os aspectos de biologia humana com os quais interage, são impenetráveis ao Direito, e relativamente poucos (talvez os mais básicos protocolos, como o TCP/IP) sejam muito resistentes às mudanças impostas pelo Direito. (GREENLEAF, 1998, p. 13)²⁰

Um dos casos mais emblemáticos acerca da plasticidade da Arquitetura da Internet consiste na ação ajuizada na França pela Liga internacional contra racismo, anti-semitismo e outros em face da empresa americana Yahoo, em 2000. Motivada pelo oferecimento de material nazista no site americano, a associação alegou que cidadãos franceses poderiam ter acesso àquele conteúdo, tido por ilegal pelas leis daquele país. Após uma extensa batalha judicial em que a Yahoo sustentava “não ser possível” filtrar a geolocalização das pessoas que acessavam o website por ela mantida, os americanos finalmente anunciaram que, além de remover o material de índole nazista, passariam a filtrar a localização geográfica dos usuários que acessassem seus serviços, mediante a utilização de software desenvolvido após o caso (o que antes seria “tecnicamente impossível”, segundo a defesa apresentada ao tribunal francês). Como bem sintetizam Goldschmidt e Wu, o caso Yahoo bem demonstra a transformação da

¹⁹ Segue o original: “The net could flip the laws of nature as they apply to the collection of data. The “could” depends upon the architecture of the net. What is missing in discourse about cyberspace and its regulation is a richer understanding of the range of architectures that are possible. We must develop an attitude that thinks as critically about architectures as it thinks about laws; an attitude that understands the politics in both. We will only resolve finally and properly how this world should be made when we understand that we, in a critical sense, will be responsible for its making”. (LESSIG, 1998B, p. 22)

²⁰ Tradução livre. Segue o original: “Cyberspace architecture is inherently relatively plastic, since it is almost entirely a human artefact, whereas real space ‘nature’ is only partly artefact. This is one reason why law regulating cyberspace architecture is likely to be effective. It is generally possible for law to require changes to software, standards and hardware. Only a few aspects of cyberspace, such as those aspects of human biology with which it interacts, are impervious to law, and relatively few (perhaps some very basic protocols such as TCP/IP) would be very resistant to change by law”.

Internet de uma tecnologia que resiste às leis territoriais para uma tecnologia que facilita sua aplicação. (2006, p. 10)

Como acentua Plaza, o código (enquanto Arquitetura) não tem um conteúdo preestabelecido: pode servir para proteger ideais ou também para destruí-los. (PLAZA, 2004, p. 33). A Arquitetura original da Internet, por exemplo, não permitia a identificação dos usuários que acessavam um determinado website, garantindo assim um anonimato quase que absoluto. Porém, a evolução do comércio eletrônico acarretou no desenvolvimento de mecanismos de reconhecimento, elaborados como camadas de código em sobreposição à Internet “original”. Afinal de contas, não haveria como desenvolver as vendas em ambiente virtual se não fosse possível identificar que a pessoa que selecionou vários itens para aquisição é a mesma que avançou a uma página seguinte para proceder à compra. Como bem relata Lessig:

Em 1994, a Netscape anunciou um protocolo para possibilitar que um servidor web depositasse uma pequena porção de informação no computador de quem acessasse aquele servidor. Essa pequena porção de informação – um “cookie” – tornou possível que o servidor reconhecesse o usuário quando ele navegasse por diferentes páginas da web. [...] Uma pequena mudança no protocolo para interação cliente-servidor tornou possível que websites monitorassem e rastreassem aqueles que usam o site.

A rastreabilidade do endereço IP e o uso de cookies é o padrão na Internet de hoje. Claro, medidas podem ser tomadas para evitar essa rastreabilidade, mas a grande maioria das pessoas não a utiliza. Felizmente, para a sociedade e para a maioria de nós, o que fazemos na Rede não é do interesse de ninguém. Mas se fosse do interesse de alguém, não seria difícil nos rastrear. Somos pessoas que deixamos nossas “pegadas do mouse” em todo lugar²¹. (LESSIG, 2006, p. 48)

Assim, a Arquitetura pode ser reformatada para desempenhar diferentes funções e todos, como cidadãos, devemos demandar o ajuste da formatação da rede para refletir um conjunto de valores que a sociedade considera como fundamentais e que guardem conformidade com os direitos fundamentais. O exemplo acima demonstrou como o anonimato inicialmente absoluto precisou ser relativizado em nome de conveniências comerciais na rede. Todavia, nada impede que se busque um reequilíbrio desse encontro de forças, restringindo-se, por exemplo, a quantidade de dados que possa vir a ser coletada pelos prestadores de

²¹ Tradução livre. Segue o original: “In 1994, Netscape introduced a protocol to make it possible for a web server to deposit a small bit of data on your computer when you accessed that server. That small bit of data – the “cookie” – made it possible for the server to recognize you when you travelled to a different page. [...] A small change in the protocol for client-server interaction now makes it possible for websites to monitor and track those who use the site. The traceability of IP addresses and cookies is the default on the Internet now. Again, steps can be taken to avoid this traceability, but the vast majority of us don’t take them. Fortunately, for society and for most of us, what we do on the Net doesn’t really concern anyone. But if it did concern someone, it wouldn’t be hard to track us down. We are a people who leave our ‘mouse droppings’ everywhere”. (LESSIG, 2006, p. 48, 49)

serviço de Internet. Sobre o tema, Greenleaf destaca norma de origem alemã pela qual “A programação e a seleção de dispositivos técnicos a serem utilizados por teleserviços deve ser orientada pelo objetivo de não coletar, não processar e não usar informações pessoais, ou fazê-lo no mínimo necessário” (1998, p. 14). O mesmo autor aponta legislação australiana que consagra princípios para uso de informações pessoais, dentre os quais se destaca o de número 8, segundo o qual “Sempre que seja jurídico e viável, os indivíduos devem ter a opção de não se identificarem quando adentrarem transações” (1998, p. 14). O código pode, pois, ser modificado por força das normas jurídicas, com a finalidade de preservação e restabelecimento de determinados valores. Cabe aos técnicos específicos o ônus de demonstrar que a adaptabilidade proposta não é possível ou, ao menos, tecnicamente inviável (LESSIG, 2006, p. 32). Daí se fazer necessário, como proposto alhures, “[...] o estudos interdisciplinar das intersecções possíveis entre Direito e tecnologia, entre os códigos jurídicos e os códigos de programação” (COLNAGO, 2013a, p. 160), de forma a viabilizar a influência dos direitos fundamentais na formatação do código enquanto Arquitetura, numa abordagem multidisciplinar que rejeite soluções unilaterais, numa busca por soluções equilibradas entre direitos fundamentais e eficiência/sustentabilidade econômica (BROWN, MARSDEN, 2013, p. 160).

É digno de se relatar, especialmente pelo espírito científico, que a obra de Lessig recebeu uma série de críticas da parte de Viktor Mayer-Schoenberger. (MAYER-SCHOENBERGER, 2008, p. 713-746). Embora coloque Lessig no mesmo patamar de gênios como John Maynard Keynes para a economia e Steve Jobs para o computador pessoal, Mayer-Schoenberger utiliza de tal argumento justamente para enfatizar a necessidade de uma crítica mais profunda à teoria de Lessig, centrada em duas “fraquezas”: a) o papel reservado por Lessig ao Mercado e como ele vislumbra seu funcionamento e b) uma “visão simplista” das relações entre tecnologia e sociedade, no que se denominaria de “determinismo de Lessig” (pelo qual os Mercados direcionariam a tecnologia e esta moldaria a sociedade).

Essas críticas, embora importantes, não nos parecem proceder, ao menos quando feita uma leitura descomprometida da obra de Lessig (sem a utilização da conhecida “técnica do espantalho”, em que o crítico desfigura uma dada proposição de tal forma que ela seja uma caricatura da proposta original que, curiosamente, se adequa perfeitamente à crítica formulada...).

Em primeiro lugar, Mayer-Schoenberger incide em erro ao apontar Lessig como um cultista da “mão invisível do Mercado”, ao menos em dois aspectos: a) demonstra ignorar as

colocações de Lessig sobre a “Nova Escola de Chicago”, que busca ser nova justamente porque, em vez de endeusar o Mercado como técnica ideal de regulação de conduta, busca analisar sua aplicabilidade quando combinado com outras forças de regulação, e b) apresenta contradição com sua própria obra, já que em pontos anteriores esclarecera que Lessig, de fato, entende ser pertinente a intervenção governamental para garantir determinados valores no Mercado, como a concorrência.

Em segundo lugar, sustentar que a visão proposta por Lessig nas relações entre Mercado e sociedade seria “linear” (“determinismo de Lessig” - Mercados direcionando a tecnologia e esta moldando a sociedade) também parece ser imprecisa. É o próprio autor americano que sustenta a inter-relação e a combinação de uso de distintas forças de regulação, como se pode notar de cada um de seus exemplos aqui descritos. Alegar que sua obra prega uma linearidade em tais relações contraria tais exemplos claramente...

Desta feita, uma vez estabelecido o marco teórico a ser utilizado no presente trabalho, no qual as forças de regulação assumem papel primordial, sobretudo no que toca à Arquitetura, abordaremos no capítulo seguinte a importante questão dos limites e das colisões de direitos fundamentais no Direito Brasileiro, para mais à frente contextualizar os potenciais da Arquitetura da Internet e das demais forças de regulação em relação ao relevantíssimo direito fundamental à liberdade de expressão.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E LIBERDADE DE EXPRESSÃO

3.13 2.1 ASPECTOS ESSENCIAIS SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: LIMITES E COLISÕES

Considerando a necessidade de uma análise aprofundada acerca do direito fundamental à liberdade de expressão, é imprescindível delimitar inicialmente alguns aspectos vinculados à categoria mais genérica dos direitos fundamentais, sobretudo dois relevantes conjuntos de questionamento que gravitam em torno dos limites e das colisões de direitos fundamentais. A tratativa das colisões, para ser coerente, demanda previamente a assunção de uma posição acerca dos seus limites.

3.14 2.1.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEUS LIMITES

Os direitos fundamentais podem ser compreendidos sob dois ângulos: o substancial e o formal. Pelo primeiro, consistem eles em “[...] prerrogativas das pessoas necessárias para assegurar uma vida digna”. Pelo segundo, tratam-se de “[...] matrizes de todos os demais, dando-lhes fundamento” (PEDRA, 2012, p. 115). É certo, porém, que se pretendemos conferir aos direitos fundamentais “...eficácia superior à das normas meramente programáticas, então deve-se identificar precisamente os contornos e limites de cada direito, isto é, a exata definição do seu âmbito de proteção” (MENDES, 2002, p. 1). Considera-se âmbito de proteção “[...] as hipóteses, fatos e situações que são tuteladas pelo direito fundamental” (SARMENTO, 2010a, p. 30). Identificar seus limites, como destaca Sarlet, consiste em “[...] condição para que se possa controlar seu desenvolvimento normativo, partilhado com o legislador ordinário”. (2013, p. 413).

Devemos pois ter cuidado na delimitação dos direitos fundamentais, ainda que a técnica escolhida encare os respectivos âmbitos de proteção de forma ampla, ou venha a conferir maior enfoque na intervenção estatal sobre determinadas posições (vide, adiante, a questão que envolve as chamadas teorias interna e externa dos limites aos direitos fundamentais).

Todavia, como definir limites aos direitos fundamentais? A leitura da grande maioria dos enunciados dos quais se derivam tais direitos fornece uma série de desafios para a resposta de tais perguntas, na medida que se poderia aparentar, para um leitor desavisado, que tais direitos possuiriam caráter absoluto. Expressões como “sem distinção de qualquer

natureza”, “inviolabilidade”, “ninguém será submetido”, “é inviolável”, “é assegurado a todos”, quando conjugadas à cláusula de auto aplicabilidade dos direitos fundamentais, poderiam sugerir que nada se poderia opor a tais “trunfos” (para usar a conhecida expressão de Dworkin) contra as maiorias legislativas ocasionais, como se eles fossem “absolutamente blindados contra qualquer tipo de restrição” (SARLET, 2010, p. 387). Essa concepção “absolutista”, porém, se justifica pelo período histórico em que se firmou a concepção de direitos fundamentais, profundamente influenciada por ideais jusnaturalistas e iluministas, atribuindo-os à mera condição humana e, por isso, insuscetível de limitações: afinal, o ser humano seria o “centro do universo” (ESPINO, 2008, p. 204). Junte-se a isto a natural porosidade dos enunciados constitucionais em geral (polissemia e indeterminação do texto) e dos enunciados de direitos fundamentais em particular, a demandar uma atividade mais ampla do intérprete (PEDRA, 2014, p. 14), para que possamos já inferir que o acolhimento de uma mera alusão literal a um âmbito de proteção absoluto não é o melhor caminho a ser trilhado pelo encarregado de concretizar a Constituição com um mínimo de sentido sistemático.

É certo que a técnica redacional habitual dos direitos fundamentais busca utilizar termos abertos como forma de incluir, abstratamente, todos os indivíduos protegidos por aquela ordem jurídica e, no caso dos direitos humanos, toda a humanidade (TAVARES, 2007, p. 439). Porém, uma concepção absoluta de direitos fundamentais não era admitida nem mesmo pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), cujo artigo 4º já previa a possibilidade de limitações (ainda que excepcionais) impostas pelo Legislador:

Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.

Assim, a aplicação prática dos enunciados abertos e genéricos de direitos fundamentais reserva inúmeras dificuldades no estabelecimento do seu âmbito de aplicação e dos seus limites, o qual deve ser inicialmente orientado pela já citada premissa básica - não se pode conceber qualquer posição de direitos fundamentais como absoluta, independentemente de seu entrelaçamento concreto com outras posições fundamentais. Esta a lição de Tavares:

Não existe nenhum direito humano consagrado pelas Constituições que se possa considerar absoluto, no sentido de sempre valer como máxima a ser aplicada aos casos concretos, independentemente da consideração de outras circunstâncias ou valores constitucionais. Nesse sentido, é correto afirmar que os direitos

fundamentais não são absolutos. Existe uma ampla gama de hipóteses que acabam por restringir o alcance absoluto dos direitos fundamentais.

Assim, tem-se de considerar que os direitos humanos consagrados e assegurados: 1º) não podem servir de escudo protetivo para a prática de atividades ilícitas. 2º) não servem para respaldar irresponsabilidade civil; 3º) não podem anular os demais direitos igualmente consagrados pela Constituição; 4º) não podem anular igual direito das demais pessoas, devendo ser aplicados harmonicamente no âmbito material.

Aplica-se aqui a máxima da cedência recíproca ou da relatividade, também chamada “princípio da convivência das liberdades”, quando aplicada a máxima ao campo dos direitos fundamentais. (TAVARES, 2007, p. 460)

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também tem aplicado com certa constância a premissa pela qual não existem direitos fundamentais de caráter absoluto. O pensamento da Corte pode ser bem resumido no seguinte trecho, extraído de julgado de Relatoria do Ministro Celso de Mello:

OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros. [...]

(MS 23452, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/1999, DJ 12-05-2000 PP-00020 EMENT VOL-01990-01 PP-00086)

A análise do texto constitucional também nos indica que há direitos fundamentais acerca dos quais a Constituição expressamente alude a uma restrição ou limitação, seja ela fixada diretamente pelo Constituinte (como no caso do direito fundamental de reunião, garantido pelo inciso XVI do artigo 5º - “todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente”), seja ela estabelecida posteriormente pelo Legislador (como na hipótese do direito ao exercício de atividade profissional, assegurado pelo inciso XIII do artigo 5º - “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”). Essa rápida exemplificação de normas previstas na Constituição leva à também relevante questão da (in)existência de reserva legal

para o estabelecimento de restrições aos direitos fundamentais, a qual será abordada mais adiante. Logo, seria claramente incompatível com o texto constitucional qualquer sustentação teórica no sentido de que direitos fundamentais são posições absolutas, na medida em que o próprio texto constitucional indica as possibilidades de restrição.

Embora se trate de ponto de partida relevantíssimo, a mera alusão à inexistência de direitos absolutos não consiste em técnica segura o suficiente para, sozinha, orientar a delimitação dos direitos fundamentais. Ademais, caso fosse a única técnica de aplicação de limites, correr-se-ia o risco de privilegiar por demais os poderes estatais em relação aos direitos fundamentais, caindo na armadilha argumentativa bem denunciada pelo Ministro Celso de Mello, do STF: “Se é certo que não há direitos absolutos, também é inquestionável que não existem poderes ilimitados em qualquer estrutura institucional fundada em bases democráticas” (BRASIL, 2000). Como destaca Hesse, “O certo é que as autorizações concedidas para uma limitação dos direitos fundamentais não carecem, por sua vez, de limites”. (2009, p. 65)

Outro importante parâmetro hermenêutico e aplicativo dos direitos fundamentais é a concepção pela qual referidas posições não podem ser aplicadas de forma abusiva. Assim, além de não serem absolutos, os direitos fundamentais também não poderiam servir de proteção ou escudo para a prática de atividades ilícitas. Também neste ponto a Declaração francesa de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, já apontava no sentido da proibição de abuso de direitos fundamentais, ao estabelecer a responsabilidade pelos abusos cometidos quando do exercício da liberdade de comunicação e opinião em seu artigo 11º. Nele se estabelece que “A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei”.

No mesmo sentido aponta o artigo 30 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), que proíbe qualquer interpretação “[...] de maneira a envolver para qualquer Estado, agrupamento ou indivíduo o direito de se entregar a alguma actividade ou de praticar algum acto destinado a destruir os direitos e liberdades aqui enunciados”.

A questão do abuso de direitos fundamentais como limite (em conjunto com o mandamento de relatividade dos direitos fundamentais) é destacada por Amato (2013, p. 56-60) e por Marmelstein (2011, p. 459-465). Este último destaca o posicionamento pelo qual “[...] os direitos fundamentais não podem ser utilizados para fins ilícitos”, citando a situação concreta da permissão de abertura de correspondências de presos pelos diretores de presídio

como exemplo de referida interdição de ilicitude. A mera alusão a um abuso, todavia, também não nos parece, ainda que conjugada com a concepção relativa, como uma técnica segura o suficiente para a determinação do âmbito de proteção e dos limites dos direitos fundamentais. Afinal, quais seriam os critérios objetivos para a determinação de um efetivo “abuso de direito”? A depender da teoria aplicável, o próprio exemplo fornecido por Marmelstein não se enquadraria como abuso de direito, mas sim como restrição proporcional ao direito fundamental *prima facie* considerado. Destaca-se, todavia, que a alusão à função não protetiva de atos ilícitos, pode vir a ser um importante elemento argumentativo a ser aplicado de forma conjugada a outros aspectos relevantes quando da fundamentação de restrições a direitos fundamentais. Sua aplicação pura e simples, todavia, tende a conduzir para o outro lado da tênue balança entre direitos absolutos e poderes ilimitados, a que aludiu o Ministro Celso de Mello no julgamento do MS 23576, citado anteriormente. Afinal, se pudessem ceder a qualquer alegação de prática de ilícitos, direitos como a privacidade e o silêncio não teriam qualquer efetividade no complexo sistema de balanceamento e equilíbrio entre as mais diversas posições de direitos fundamentais.

Além da inexistência de direitos absolutos e a interdição de proteção manifesta de práticas ilícitas, um outro parâmetro possível acerca da validade das restrições e delimitações de direitos fundamentais seria a necessidade de preservação do seu núcleo essencial. A ideia básica por trás de tal concepção consiste na proibição de que as restrições aos direitos venham a afetar um conteúdo mínimo de cada direito fundamental, denominado intuitivamente como “núcleo”, o qual, se afetado fosse, representaria na efetiva eliminação prática das possibilidades de proteção daquele direito. Destaca-se, no ponto, a assertiva de Lopes:

Nesse sentido, a garantia do conteúdo essencial não apenas aceita a possibilidade da limitação, mas também a regulação de um direito fundamental, com a finalidade de permitir que possa ser efetivamente exercido, mas sempre que não seja desnaturalizado. Essa garantia, junto com os princípios da ponderação dos bens e da proporcionalidade, constitui um mecanismo indispensável na realização dos direitos fundamentais, os quais não são direitos absolutos mas também não são, nem muito menos, instrumentos da arbitrariedade do legislador. (2014, p. 14)

Como nos parâmetros anteriores já analisados (vedação de direitos absolutos e proibição de tutela de práticas ilícitas) há também inúmeras dificuldades na aplicabilidade da ideia de núcleo essencial, sendo a primeira delas a definição acerca da existência de um núcleo intocável abstrato ou a dependência de situações concretas para a sua definição. Como bem abordado por Bedê Júnior, nenhuma das duas análises é completa: Se por um lado a chamada teoria absoluta “[...]tem o pecado de não ter condições argumentativas para expor,

em abstrato, o conteúdo de cada um dos direitos fundamentais”, por outro lado a teoria relativa “[...]tem o grave defeito de parecer uma *cadenza* constitucional. Por mais talentoso que seja o intérprete, não se deve deixar, inteiramente, ao improviso a aplicação dos direitos fundamentais”. (BEDÊ JUNIOR, p. 63) O autor conclui então que o núcleo essencial não deve mesmo ser definido em caráter abstrato, na medida em que assume função retórica estratégica ou prática. Defini-lo abstratamente provocaria “[...]um congelamento de possibilidades, incompatível com o objetivo central de evitar-se a sedução pelo ‘canto das sereias’ e de não se ter a plasticidade necessária para a prolação da decisão mais adequada” (BEDÊ JUNIOR, p. 67). Sarlet prefere, em relação ao tema, ressaltar que ambas as teorias possuem algo em comum: “a garantia de uma maior proteção dos direitos fundamentais” (2010, p. 403). Essa assertiva, todavia, de tão genérica, termina por não colaborar com o debate e mais representa uma negativa de tomada de posição do que uma efetiva contribuição à questão relevantíssima acerca do (suposto) conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Há ainda autores como Dimoulis e Martins que sustentam a inexistência do conteúdo essencial como fator de limitação da atividade reguladora do legislador, seja pela ausência de disposição expressa na Constituição de 1988, seja pela “[...] particular dificuldade em se estabelecer o conteúdo nuclear de um direito fundamental”. Segundo tais autores, “[...] todas as limitações impostas a um direito fundamental pelo legislador devem satisfazer o critério da proporcionalidade que tutela conteúdos essenciais do direito limitado”, não se acrescentando a isso, porém, “[...] um dever autônomo de preservar um suposto núcleo que aumentaria o risco de avaliações subjetivas da constitucionalidade de leis regulamentadoras”. (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 168).

No mesmo sentido é o apontamento de Virgílio Afonso da Silva, que, elencando inúmeras variáveis (a) suporte fático amplo – caráter *prima facie* – b) distinção entre o direito *prima facie* e o direito definitivo, c) distinção entre princípios e regras e d) aplicação da proporcionalidade como técnica de controle e aplicação dos princípios como mandamentos de otimização), termina por concluir que o conteúdo essencial será sempre relativo, dependendo do resultado do juízo de proporcionalidade. “Se é inimaginável considerar como constitucional uma restrição que invada o conteúdo essencial de algum direito, *então, o proporcional respeita sempre o conteúdo essencial*” (SILVA, 2010, p. 206).

Como se pode ver, a definição dos limites dos direitos fundamentais com a mera conjugação das premissas da inexistência de caráter absoluto e vedação de fins ilícitos, somada à preservação do núcleo essencial deixaria a questão demasiadamente em aberto,

contribuindo para uma indesejável ineficácia na concretização dos direitos fundamentais. É por isso que precisamos ir além, buscando critérios mais seguros e estáveis na delimitação de posições tão fundamentais ao Estado Democrático de Direito.

Assim, é preciso distinguir dois momentos no que toca à problemática da definição dos limites dos direitos fundamentais. Em primeiro lugar, deve-se proceder ao delineamento, ainda que de forma deveras ampla, do que se convencionou chamar de “âmbito de proteção”, ou seja, “...que atos, fatos, estados ou posições jurídicas são protegidos pela norma que garante o referido direito” (SILVA, 2010, p. 72), ou ainda “[...] o domínio que a norma jurídico-fundamental recorta da realidade da vida como objeto de proteção” (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 116). Em segundo lugar, deve-se abordar quais seriam as restrições admissíveis ao referido direito, aqui compreendidas enquanto intervenções ao âmbito de proteção amplo, que ocorrem sempre que alguém seja impedido de ter uma conduta abrangida pelo âmbito de proteção de um direito fundamental (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 119). As restrições do âmbito de proteção podem ser decorrentes da concretização de outros direitos fundamentais ou ainda podem decorrer de necessidades de ordem pública, sempre confrontadas frente à máxima da proporcionalidade. Como destacado por Siqueira, a adoção de uma concepção restritiva do âmbito de proteção colabora para “fundamentar o motivo pelo qual determinada conduta, estado, fato ou situação jurídica não é circunscrita por um direito determinado”, ao mesmo tempo em que sua ampliação direciona para a desnecessidade de se indagar acerca de referida fundamentação (2009, p. 74). Trata-se da posição adotada por Virgílio Afonso da Silva:

O modelo aqui defendido, por alargar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais ao máximo e considerar toda e qualquer regulamentação como uma potencial – ou real – restrição, ao mesmo tempo em que coloca os termos do problema às claras – *direitos fundamentais são restringíveis* -, impõe um ônus argumentativo àquele responsável pela restrição, que não está presente em modelos que escamoteiam essas restrições por meio de definições de limites quase jusnaturalistas aos direitos fundamentais ou que escondem restrições atrás do conceito de regulamentação. (SILVA, 2010, p. 41)

Ao se debruçar sobre possíveis soluções para o aludido problema (como definir os limites dos direitos fundamentais?) os estudiosos do constitucionalismo adotaram posições divergentes, mas que podem ser subsumidas a dois distintos conjuntos de pensamento, usualmente conhecidos como “teoria interna” e “teoria externa”. Como bem destaca Jane Reis Pereira, trata-se de debate acerca do “modo de fundamentar as decisões judiciais”, já que, geralmente, “[...] o resultado final a que se chega adotando um ou outro modelo não é

diferente. Nesse *prima*, o que importa é saber qual é a trajetória interpretativa a ser percorrida”. (PEREIRA, 2006, p. 33)

O enfoque usualmente conhecido como “teoria interna”, também poderia ser denominado “teoria do conteúdo reduzido” dos direitos fundamentais, como destaca Pulido (2007, p. 448). Nela, os limites dos direitos fundamentais seriam inerentes à própria posição jusfundamental, ou “limites imanentes” – haveria pois uma clara definição quase que absoluta do âmbito de proteção do direito subjetivo, fora do qual inexistiria tutela fundamental. Como explana Bedê Junior, a teoria interna sustenta “que as restrições a direitos fundamentais não são na verdade restrições, mas sim limites que configuram o próprio direito” (2006, p. 56). Segundo Pulido, os únicos limites dos direitos fundamentais seriam os que demarcam os contornos substanciais decorrentes dos próprios enunciados constitucionais e podem figurar como expoentes de tal teoria juristas dos mais respeitados, como Friedrich Müller e Jurgen Habermas (2007, p. 449).

Não existe, em tal enfoque, a distinção entre direito e seus limites – há somente o direito garantido, cujos limites já seriam previamente delimitados, de forma expressa ou implícita, no próprio texto constitucional. Adotando referido posicionamento, Pieroth e Schlink sustentam que o âmbito de proteção dos direitos fundamentais devem “[...] ser simplesmente determinados de maneira correta com os meios jurídicos normais de interpretação, a partir do seu texto, da sua história, da sua gênese e da sua posição sistemática” (2012, p. 126). Sobre o tema, cumpre destacar a certa colocação de Souza Neto e Sarmiento, que analisam a teoria interna sob o prisma da “categorização”:

Na perspectiva da categorização, o legislador só poderia instituir restrições a direitos fundamentais nas hipóteses em que o próprio texto constitucional o autorizasse a fazê-lo. Estes direitos, contudo, apresentariam *limites imanentes*, que, conquanto não definidos no texto da Constituição, poderiam ser descobertos, por meio de uma interpretação teleológica e sistemática da Lei Fundamental, que levasse em consideração os fins que motivam a proteção de cada direito, assim como todo o universo de outros bens também constitucionalmente protegidos. Os limites imanentes, por já se encontrarem implicitamente contidos nas normas que consagram os direitos fundamentais, poderiam ser “explicitados” pelo legislador ou por decisões judiciais. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 496).

Para os citados autores, a categorização guardaria “íntima relação” com a teoria interna, que busca descaracterizar a existência de conflitos reais entre os direitos fundamentais mediante a delimitação cuidadosa do âmbito de proteção de cada direito – o que leva a um âmbito de proteção restrito ou fechado.

Assim, os limites dos direitos fundamentais, de acordo com a teoria interna, seriam inerentes ao próprio âmbito de proteção, e caberia ao intérprete somente “revelá-los”. Como

bem explanado por Silva, a fixação dos limites dos direitos fundamentais seria um processo interno e, como tal, não sofreria influência de elementos externos, como a colisão com outros direitos (2010, p. 128, 129). Por tais razões, os direitos fundamentais, no enfoque interno, teriam sempre a estrutura de regras:

Por consequência, se direitos fundamentais e sua extensão são definidos a partir da teoria interna e não podem, por conseguinte, participar em um processo de sopesamento, toda vez que alguém exercita algo garantido por um direito fundamental essa garantia tem que ser definitiva, e não apenas *prima facie*. A impossível distinção entre direito *prima facie* e direito definitivo, no âmbito da teoria interna, é algo que decorre diretamente de seu pressuposto central, ou seja, da unificação da determinação do direito e de seus limites imanentes. Nesse sentido, não haveria como imaginar uma situação em que, a despeito de haver um direito “em si”, não pode ele ser exercitado por haver sido restringido em decorrência da colisão com outros direitos. Ou há direito subjetivo, ou não há. Se o direito subjetivo existe, então, pode ele ser naturalmente exercido no âmbito de seus limites. Em outras palavras: no âmbito da teoria interna não há como falar que determinada ação seja *prima facie* garantida por uma norma de direito fundamental, mas que, em decorrência das circunstâncias – fáticas e jurídicas – do caso concreto, tal ação deixe de ser protegida. (SILVA, 2010, p. 129-130)

Sarlet destaca que, no contexto da teoria interna “[...] o direito tem seu alcance definido de antemão, de tal sorte que sua restrição se revela desnecessária e até mesmo impassível do ponto de vista lógico”, o que contribui para a majoração do risco de “restrições arbitrárias da liberdade” (2013, p. 412). Ainda sobre o tema da teoria interna e em complemento ao quanto já exposto, cumpre destacar o seguinte trecho da obra de Pulido em tradução livre²²:

Para a teoria interna, de outro lado, as restrições a direitos fundamentais emergem explícita ou implicitamente do texto constitucional. O Legislador, então, na realidade não restringe os direitos, mas somente torna claras aquelas limitações que eles de antemão já carregam consigo. A lei não restringe o direito por fora, apenas concretiza os limites que vêm pré-estabelecidos internamente. Como consequência, o objetivo do controle de constitucionalidade das medidas legislativas que digam respeito aos direitos fundamentais não consiste em julgamento acerca de sua admissibilidade constitucional frente ao princípio da proporcionalidade. Pela perspectiva da teoria interna, o Tribunal Constitucional não tem nada a ponderar. Sua função consiste somente em verificar se a restrição legislativa pertence

²² Segue o original: “Para la teoría interna, en cambio, las restricciones de los derechos fundamentales emergen explícita o implícitamente del texto constitucional. El Legislador, entonces, en realidad no restringe los derechos, sino que sólo hace patentes aquellas limitaciones que éstos levan de antemano consigo. La ley no restringe el derecho desde fuera, sino que concreta los límites que vienen prefijados desde dentro. Como consecuencia, el objetivo del control de constitucionalidad de las medidas legislativas que atañen a los derechos fundamentales, no consiste en juzgar acerca de su admisibilidad constitucional mediante el principio de proporcionalidad. Desde la perspectiva de la teoría interna, el Tribunal Constitucional no tiene nada que ponderar. Su función consiste sólo en verificar si la restricción legislativa pertenece *en realidad* al contenido del derecho fundamental, es decir, si dicha restricción es o no *en verdad* una de aquéllas que el derecho fundamental garantiza de antemano. Para tal fin, el juez constitucional debe averiguar, cuál es el contenido *verdadero* del derecho. Debe identificar cuál es la substancia que lo conforma, para luego indagar si en dicha substancia se encuentra prefigurada la restricción legislativa o no lo está”.

realmente ao conteúdo do direito fundamental, ou seja, se tal restrição é ou não é *verdadeiramente* uma daquelas que o direito fundamental pressupõe de antemão. Para tal finalidade, o juiz constitucional deve averiguar qual é o conteúdo *verdadeiro* do direito. Deve identificar qual é a substância que o conforme, para depois indagar se tal substância pressupõe a restrição legislativa ou não. (2007, p. 470)

A dificuldade em aceitar como adequada uma teoria interna dos direitos fundamentais nos parece evidente, na medida em que inúmeros fatores que somente podem ser verificados na concretude dos fatos colaboram na delimitação da aplicabilidade concreta das normas que preservam tais direitos. Por outro lado, destaca-se o grave problema argumentativo inerente à teoria interna: os casos de não proteção de direitos fundamentais, ainda que de incidência aparente, não recebem a devida justificação, apoiando-se em supostos limites “óbvios” dos respectivos âmbitos de proteção. Esse problema de justificação foi bem percebido por Felipe de Paula:

[...] a mobilização dos limites imanentes dos direitos fundamentais traz consigo grande carga de redução de parâmetros de controle argumentativo, podendo gerar efeitos deletérios à garantia dos direitos fundamentais. Se se acredita em um Estado Democrático de Direito baseado verdadeiramente em seus dois pilares, quais sejam, o direito e a democracia, e ainda que se saiba haver sobre eles uma forte divergência semântica que não cabe aqui ser desenvolvida, não se pode optar por um modelo que tendencialmente diminui a verificabilidade das decisões, sob pena de se desbalancear a já tensa relação entre ambos. (PAULA, 2010, p. 156)

No mesmo sentido devem ser destacados os apontamentos de Jane Reis Pereira, que dá ênfase aos benefícios obtidos com a aplicação da teoria externa: maior fundamentação acerca das restrições de direitos fundamentais motivadas por aspectos concretos, contribuindo assim para uma maior sujeição ao controle do discurso de aplicação constitucional:

Assim, a opção por determinada forma de fundamentar decisões – ou de explicar os problemas constitucionais – deve necessariamente passar pela análise da adequação dos métodos empregados a certos objetivos político-constitucionais que se colima alcançar. Deveras, constitui *communis opinio* que a objetividade, a controlabilidade, a transparência e a capacidade de persuasão das decisões judiciais são desígnios a serem perseguidos. Partindo dessa premissa, deve-se questionar em que medida cada um dos modelos explicativos da interpretação dos limites dos direitos fundamentais (teoria interna e teoria externa) atende a esses objetivos. É de se indagar, também, qual delas é mais adequada para explicar os problemas envolvendo direitos fundamentais que surjam no quadro da Constituição de 1988, avaliada como ordem constitucional concreta.

[...]

O fato é que os direitos fundamentais não estão tutelados por normas com significado inequívoco, mas contém uma “zona de penumbra”, no âmbito da qual não há como determinar de modo apodítico se certas condutas estão ou não compreendidas em sua esfera de proteção, ou, em outros termos, se a exclusão da tutela jurídicas dessa conduta representa ou não uma restrição a seu conteúdo. Dessa forma, a eliminação do raciocínio ponderativo nessas situações implica abrir mão de uma argumentação dialética na qual são sopesadas razões que jogam em favor do direito com as que militem a favor de sua restrição. É certo que nas situações em que

o peso de determinado bem é inequivocamente maior, a utilidade da ponderação é bastante mitigada. Todavia, nos casos duvidosos, o sopesamento de razões será fundamental para conferir controlabilidade e transparência às fundamentações. (PEREIRA, 2006, p. 44)

Destaca-se, ainda, o apontamento de Souza Neto e Sarmento, quando registram que a adoção de uma teoria interna não exclui o risco de um arbítrio jurisdicional na definição do âmbito de aplicação de cada norma constitucional protetiva de posições fundamentais. A “criatividade” judicial, mesmo aplicando a teoria interna, não seria eliminada, mas puramente disfarçada sob a “cortina de fumaça dos limites imanentes, pois nada tem de mecânica a tarefa de definir os contornos de cada norma constitucional, levando em consideração todas as demais que compõem o sistema”. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 499).

Na mesma toada deve ser destacado o ensinamento de Sarlet:

Em virtude de ser pautada pela referida distinção entre posições jurídicas *prima facie* e definitivas, a teoria externa acaba sendo mais apta a propiciar a reconstrução argumentativa das colisões de direitos fundamentais, tendo em conta a necessidade da imposição de limites a tais direitos, para que possa ser assegurada a convivência harmônica entre seus respectivos titulares no âmbito da realidade social. (2013, p. 412)

Neste contexto, é imprescindível destacar que o presente trabalho adota a teoria externa das restrições a direitos fundamentais, tal qual pressuposta por Alexy e desenvolvida por Virgílio Afonso da Silva. A opção oposta, de teorias que impliquem em limites imanentes, nos parece ser claramente incompatíveis com o Estado Democrático de Direito, na medida em que implicam, na prática, em restrições implementadas sem a devida transparência e fundamentação, baseadas em “[...] intuições, muitas vezes moralistas, e a pré-compreensões mal-esclarecidas” (SILVA, 2010, p. 254). Sobre o tema, cumpre ainda destacar a observação de Jane Reis Pereira:

Há, ainda, um último aspecto que evidencia ser a teoria externa mais profícua e adequada do que a teoria interna. Pelo fato de aquela operar com um raciocínio de duas etapas – que compreendem i) a identificação do âmbito de proteção inicial do direito com base em critérios flexíveis, e ii) a posterior determinação do âmbito de proteção definitivo a partir do sopesamento do direito com as restrições impostas pela necessidade de tutelar outros direitos e bens – são estabelecidas diferentes “cargas de argumentação” conforme o grau de intervenção operado no direito fundamental.

Essas cargas de argumentação defluem da combinação dialética do princípio da presunção de constitucionalidade das leis – que é apanágio do princípio democrático -, com a noção de supremacia dos direitos fundamentais. Quanto mais intensa a intervenção legislativa nos direitos fundamentais, maior será o ônus de argumentação imposto ao legislador para justificar a constitucionalidade da lei. É que quanto mais intensa a restrição ao direito, mais fortes hão de ser as razões em favor dos bens e direitos que amparam a restrição (princípio da proporcionalidade). Assim, nos casos de intervenções severas em que não seja possível identificar com

segurança motivos que as justifiquem, há de prevalecer o direito, com a declaração de inconstitucionalidade da lei restritiva. Diversamente, nos casos de intervenções leves nos direitos, entre em jogo o princípio da presunção de constitucionalidade, impondo-se, assim, cargas de argumentação menos severas para a imposição de restrições aos direitos.

Do que foi dito, conclui-se que a teoria externa, além de comportar mais recursos de hermenêutica do que a teoria interna – pois que não exclui a subsunção, mas apenas aponta sua insuficiência para resolver conflitos envolvendo direitos fundamentais – implica uma maior vinculação do Judiciário, que fica obrigado a sopesar todos os bens jurídicos em jogo, orientado pela máxima da proporcionalidade (2006, p. 46-47)

A teoria interna das restrições aos direitos fundamentais, por pressuporem como óbvios e naturais uma série de limitações e restrições, “liberam o legislador e o aplicador do direito de qualquer ônus argumentativo” (SILVA, 2010, p. 253). Ademais, a teoria externa garante maior “[...]transparência metodológica, especialmente por não misturar interesses divergentes, além de implicar que o ônus da justificação de uma restrição recaia sobre o intérprete que a invoca” o que apenas confere mais força aos controles intersubjetivos necessários à atuação estatal, pois “[...] o caminho percorrido da conversão de uma posição *prima facie* (âmbito de proteção) em um direito (ou garantia) definitivo(a) afigura-se decisivo e viabiliza um controle de todo o procedimento” (SARLET, 2010, p. 390).

Logo, em apertada síntese, a opção por uma teoria externa veicula benefícios quanto à clareza e à transparência, na medida em que a ampliação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais e a integração da intervenção estatal ao seu suporte fático demanda sempre uma justificação expressa e proporcional no que toca às limitações a ele impostas. Inexistiriam, pois, “limites óbvios”: toda e qualquer não-aplicação do direito fundamental deveria vir acompanhada, ainda que mínima, de fundamentação constitucional idônea. A carga argumentativa que, na teoria interna seria destinada a justificar o motivo de tal situação de fato estar ou não abarcada pelo âmbito de proteção, se concentra, na teoria externa, acerca da validade das restrições impostas sobre determinado direito fundamental, entendido em caráter *prima facie* ou relativo.

3.15

3.16 2.1.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS COLISÕES

Como consequência direta da adoção da teoria externa, que separa os direitos de suas limitações, compreendendo-os em caráter relativo, está a caracterização das colisões entre direitos fundamentais, assim compreendida a situação em que dois ou mais direitos fundamentais, coexistentes em abstrato, passam a representar obstáculo ao exercício do outro,

quando buscada a sua conjugação em determinada situação concreta. Como leciona Canotilho, “[...] considera-se existir uma colisão de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular” (CANOTILHO, 1989, p. 1229).

Enquanto a teoria interna descaracteriza as colisões de direitos fundamentais, para sustentar que determinado caso concreto está protegido exclusivamente pelo direito “a” ou “b”, a teoria externa acolhe as colisões como realidade concreta inerente à práxis dos direitos fundamentais, impondo desafios no que tange à correta fundamentação das intervenções permitidas no âmbito de proteção de referidos direitos. Como se verificará, as questões envolvendo direitos fundamentais e suas colisões, bem como a delimitação abstrata e concreta de seus âmbitos de proteção, perpassa a discussão acerca da distinção entre regras e princípios, subespécies do gênero “norma jurídica”. Para tanto, são adotadas no presente trabalho as premissas e conclusões básicas de Robert Alexy (2008, 669p.), com os desenvolvimentos de Virgílio Afonso da Silva (2010, 279p.). Outros autores também serão citados, na medida em que colaboram na formação do “lugar comum teórico” acerca das colisões de direitos fundamentais no Brasil, como se verificará ao longo do texto.

Devido à altíssima carga valorativa que os informa, raramente as situações de colisões ou restrições a direitos fundamentais carregam consigo respostas fáceis. Mesmo nos casos em que o Legislador tenha realizado uma ponderação ou balanceamento e concretizado uma regra em nível legal para buscar sopesar os diferentes bens constitucionais em aparente contradição (como ocorre, por exemplo, com o artigo 8º da Lei 9.296/96, que busca balancear a privacidade e a necessidade de investigações criminais ao estabelecer que “a interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas”), entende-se ser cabível ao Judiciário a reavaliação de tal escolha legislativa sob o manto do controle de constitucionalidade (sobretudo em países que adotam o modelo difuso – ainda que conjugado com o concentrado – como o Brasil). Daí ser necessário que os juízos formulados pelo Judiciário sejam dotados de racionalidade e uma justificação argumentativa coerente. Esta coerência também se concretiza com a aplicação do requisito da integridade a que se referia Dworkin, no sentido de que “Os juízes não podem dizer que a Constituição expressa suas próprias convicções”, assim como precisam “[...] considerar que fazem um trabalho de equipe junto com os demais funcionários da justiça do passado e do futuro, que elaboram juntos uma moralidade constitucional coerente”, tomando

cuidado para que “[...] suas contribuições se harmonizem com todas as outras” (DWORKIN, 2006, p. 15). Afinal, “A racionalidade da fundamentação exige que o percurso entre as disposições de direitos fundamentais e os juízos de dever-ser seja acessível, na maior medida possível, a controles intersubjetivos” (ALEXY, 2008, p. 42).

Alexy parte da diferenciação entre “norma” e “enunciado” (amplamente aceita pelos juristas contemporâneo), sendo a primeira o significado de um enunciado normativo, que também denomina “disposição”. Haverá então uma disposição de direito fundamental (texto), que dá fundamento a uma norma de direito fundamental. As normas de direito fundamental, segundo leciona, são aquelas decorrentes de enunciados constitucionais, sejam elas estabelecidas diretamente pelo texto, sejam elas “atribuídas”, ou seja, sustentadas por uma argumentação construtiva. Como leciona o professor alemão: “...uma norma atribuída é válida, e é uma norma de direito fundamental, se, para tal atribuição a uma norma diretamente estabelecida pelo texto constitucional, for possível uma *correta fundamentação referida a direitos fundamentais*”. (ALEXY, 2008, p. 54) Tendo tal distinção fundamental em mente, parte Alexy para uma outra secção, a saber, a diferenciação entre regras e princípios, ambas espécies do gênero “norma jurídica”: ambos são normas, mas os princípios “[...] são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas”. (ALEXY, 2008, p. 87). Há entre eles uma diferença qualitativa:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. (ALEXY, 2008, p. 90)

Trata-se da construção pela qual as regras são espécies de normas jurídicas que garantem direitos ou impõem deveres em caráter definitivo ou absoluto, ao passo que os princípios garantem direitos ou estabelecem deveres em caráter *prima facie* ou relativo. Tratam-se, esses últimos, de verdadeiros “mandamentos de otimização”, estabelecendo que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas disponíveis (SILVA, 2010, p. 46). Possuir caráter *prima facie* ou relativo significa não estar sujeito a aplicação por subsunção, já que tais normas são razões em favor de uma determinada decisão, a serem sopesadas com as razões contrárias. Como destaca Canotilho,

“Os direitos consideram-se direitos *prima facie* e não direitos definitivos, dependendo a sua radicação subjectiva definitiva da ponderação e da concordância feita em face de determinadas circunstâncias concretas”. (1989, p. 1231). Este procedimento, para ser legítimo, deve observar a aplicação do princípio da proporcionalidade (PULIDO, 2007, p. 591). Sobre o tema, destaca-se a explicação de Virgílio Afonso da Silva, acerca do que significa atribuir aos direitos fundamentais o carácter de “mandamentos de otimização”:

Isso significa, entre outras coisas, que, ao contrário do que ocorre com as regras jurídicas, os princípios podem ser realizados em diferentes graus. A ideia regulativa é a realização máxima, mas esse grau de realização somente pode ocorrer se as condições fáticas e jurídicas forem ideais, o que dificilmente ocorre nos casos difíceis. Isso porque, ainda que nos limitemos apenas às condições jurídicas, dificilmente a realização total de um princípio não encontrará barreiras na proteção de outro princípio ou de outros princípios. É justamente a essa possível colisão que Alexy quer fazer referência quando fala em “condições jurídicas”. Como já se viu [...], no caso das regras a aplicação não depende de condições jurídicas do caso concreto, pelo menos não nesse sentido apontados. É dessa diferença de estrutura que decorrem as diferentes formas de aplicação das normas jurídicas: a *subsunção* e o *sopesamento*. (SILVA, 2010, p. 46)

Assim, é no caso concreto que a norma jurídica é construída pelo intérprete, enquanto concretização do mandamento jurídico abstrato (PEDRA, 2014, p. 64-65). Daí ser natural que os elementos concretos condicionem o peso de cada princípio aplicável, o que determinará a sua prevalência, exclusivamente para aquele caso, numa forma de “precedência condicionada”. Por isso, a solução da colisão entre princípios se dá com a aplicação da chamada “lei de colisão”: “As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência” (ALEXY, 2008, p. 99).

Logo, a aplicação da “lei de colisão” leva à formulação de uma regra que estabelece a prevalência de um princípio sobre o outro quando atendidas determinadas condicionantes, verificadas naquele caso específico. Por isso, tal “regra resultante” é considerada uma norma (ainda que concreta) de direito fundamental atribuída, pois mesmo não estando prevista expressamente no texto constitucional, ela é sustentada por uma argumentação referida a direitos fundamentais. Este raciocínio serve para demonstrar que nem toda norma de direitos fundamentais será um princípio, haja vista a regra resultante do sopesamento ou balanceamento consistir numa norma atribuída. Há também as situações em que a própria formulação sintática da disposição de direito fundamental leva à construção de uma regra, como o exemplo dado por Alexy acerca da exigência de lei para fins penais, usualmente denominado de “princípio” da legalidade (ALEXY, 2008, p. 102). O mesmo ocorre com a

regra constitucional que proíbe a retroação da lei penal, no exemplo dado por Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 45). A força normativa do princípio será determinada depois de se levar todos os aspectos do caso em consideração, em oposição a uma característica inerente às regras, que é a sua aplicabilidade independentemente de outras peculiaridades do caso concreto que não o mero preenchimento da hipótese normativa (assim denominadas, pois, de “mandamentos definitivos”).

Como destaca Alexy, após descrever o caráter definitivo das regras:

Princípios são, ao contrário, sempre razões *prima facie*. Isoladamente considerados, eles estabelecem apenas direitos *prima facie*. Assim, a emissora de televisão ZDF tinha apenas um direito *prima facie* à exibição do documentário. Decisões sobre direitos pressupõem a identificação de direitos definitivos. O caminho que vai do princípio, isto é, do direito *prima facie*, até o direito definitivo passa pela definição de uma relação de preferência. Mas a definição da relação de preferência é, segundo a lei de colisão, a definição de uma regra. Nesse sentido, é possível afirmar que sempre que um princípio for, em última análise, uma razão decisiva para um juízo concreto de dever-ser, então esse princípio é o fundamento de uma regra, que representa uma razão definitiva para esse juízo concreto. (ALEXY, 2008, p. 108)

Sobre o tema, relewa a lembrança de Pulido, no sentido de que a existência de regras jusfundamentais garante as exigências de segurança jurídica, de determinação e de clareza do sistema, permitindo reconhecer de forma imediata a precisa quais comportamentos são obrigatórios, proibidos ou permitidos pelos direitos fundamentais (PULIDO, 2007, p. 583). Ainda sobre o tema, Alexy recorda acerca da necessidade de que um sistema dogmático seja formulado sempre com a conjugação de regras e princípios, no que denomina de “sistema combinado” (ALEXY, 2008, p. 138). Não há como sustentar um sistema somente de regras ou somente de princípios, pois a “maleabilidade” que faltaria no primeiro, existiria em excesso no segundo. Daí a pertinente crítica oferecida por Sarmiento ao que vem se denominando neoconstitucionalismo, em um certo exagero na concessão de maleabilidade interpretativa aos magistrados:

Nesta linha, vejo com reticências a sedimentação, na nossa cultura jurídica, da visão de que o grande - senão o único - intérprete da Constituição seria o Poder Judiciário. Esta leitura descarta a autocontenção judicial bem como tende a desprezar a possibilidade de que sejam travados construtivos diálogos interinstitucionais entre diversos órgãos estatais para a definição da melhor interpretação dos ditames constitucionais.

[...]

Contudo, eu assumo o rótulo, sem constrangimentos, se o neoconstitucionalismo for pensado como uma teoria constitucional que, sem descartar a importância das regras e da subsunção, abra também espaço para os princípios e para a ponderação, tentando racionalizar o seu uso. Se for visto como uma concepção que, sem desprezar o papel protagonista das instâncias democráticas na definição do Direito, reconheça e valorize a irradiação dos valores constitucionais pelo ordenamento, bem como a atuação firme e construtiva do Judiciário para proteção e promoção dos

direitos fundamentais e dos pressupostos da democracia. E, acima de tudo, se for concebido como uma visão que conecte o Direito com exigências de justiça e moralidade crítica, sem enveredar pelas categorias metafísicas do jusnaturalismo.

Certamente, uma visão equilibrada da Teoria do Direito com tais características pode contribuir para o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito no Brasil. O mesmo já não digo de concepções mais radicais do neoconstitucionalismo, que podem ser muito boas para arrancar aplausos entusiasmados das plateias nos seminários estudantis, mas que não se conciliam com exigências fundamentais de segurança jurídica, democracia e liberdade, que são alicerces de qualquer bom constitucionalismo - novo ou velho. (SARMENTO, 2010, p. 262, 271).

O alerta de Amato também é relevante, na medida em que destaca que o abuso na interpretação dos princípios “[...]pode assim fomentar, antes que a abertura do direito à complexidade das controvérsias, a reiteração jurídica de hegemonias, corrupções e de um moralismo fundamentalista, avesso à democracia, à legalidade e ao pluralismo” (2013, p. 78).

Com base em tais premissas é que Alexy aborda a questão das restrições a direitos fundamentais, também conhecida como “limites dos limites”, na medida em que cabe perquirir acerca dos limites à atuação do Poder Público acerca da delimitação (tanto abstrata quanto concreta) dos direitos básicos garantidos pela Constituição. Como bem recordam Dimoulis e Martins, “Se fosse reservado ao legislador o poder de concretizar as reservas legais conforme seu entendimento, os direitos fundamentais abstratamente garantidos poderiam perder seu significado prático” (2014, p. 167), na medida em que o âmbito de proteção de determinados direitos poderia ser aniquilado por atividade legislativa casuística e desarrazoada.

Assim, Alexy se apresenta como adepto da já explanada teoria externa, pela qual se devem entender de forma separada e autônoma o direito subjetivo e as suas limitações. Destaca-se que nem todas as restrições são indevidas, podendo ser identificadas as restrições válidas ou inválidas conforme a procedência da argumentação desenvolvida para aquele caso. Assim, uma regra será uma restrição a um direito fundamental se “com sua vigência, no lugar de uma liberdade fundamental *prima facie* ou de um direito fundamental *prima facie*” surgirá uma “[...]não-liberdade definitiva ou um não direito definitivo de igual conteúdo” (ALEXY, 2008, p. 238).

Alexy busca então formular um modelo que auxilie na valoração acerca dos pesos a serem atribuídos no caso concreto analisado. Tal arquétipo parte da análise do chamado “suporte fático” compreendido como “...todos os pressupostos materiais para a ocorrência da consequência jurídica *prima facie*” (ALEXY, 2008, p. 305). Ao suporte fático, se conjuga uma “cláusula de restrição”. Em uma formulação normativa, ocorrendo o suporte fático e não

preenchida a cláusula de restrição, dá-se a consequência jurídica, a saber, o estabelecimento da relação jurídica de proteção do direito fundamental.

Os ensinamentos de Robert Alexy receberam larga recepção no direito brasileiro, muito embora a forma de operacionalização de sua teoria talvez não tenha se sedimentado da melhor forma, sendo infelizmente comuns as referências ao teste de proporcionalidade sem que as suas respectivas etapas sejam observadas, o que terminar por muitas vezes convolar um instrumento de facilitação de controle intersubjetivo em indevida “carta branca” jurisdicional. Virgílio Afonso da Silva bem explica os objetivos da aplicação da técnica de proporcionalidade, bem como suas etapas:

O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais. É, para usar uma expressão consagrada, uma restrição às restrições. Para alcançar esse objetivo, o ato estatal deve passar pelos exames da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Esses três exames são, por isso, considerados como sub-regras da regra da proporcionalidade.

[...]

Adequado, então, não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado.

[...]

Um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido.

[...]

Ainda que uma medida que limite um direito fundamental seja adequada e necessária para promover um outro direito fundamental, isso não significa, por si só, que ela deve ser considerada como proporcional. Necessário é ainda um terceiro exame, o exame da proporcionalidade em sentido estrito, que consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva”.

(SILVA, 2002, p. 24, 36, 37, 40)

A aplicação correta e fidedigna da proporcionalidade servirá, como registra Pulido, para “aparar as arestas” dos princípios constitucionais dentro dos quais pode o legislador exercer sua liberdade de conformação constitucional (2007, p. 589). A (má) aplicação da técnica de proporcionalidade no Brasil, porém, não é imune de críticas, seja pelos problemas a ela inerentes apontados por Martins, como riscos à segurança jurídica na aplicação de um “[...] princípio tão aberto que nada mais traz do que descrever o processo de aplicação da ideia de justiça ao caso concreto, aplicação essa feita por meio da ponderação de bens ou valores jurídicos” (2012, p. 128), seja pela sua aplicação indevida pela jurisprudência brasileira, na qual o referido critério tem sido muitas vezes mal utilizado para travestir um decisionismo

irrestrito, ponderando-se qualquer coisa, sob qualquer argumento (COLNAGO; COURA, 2015, p. 15). É o que ocorre, aparentemente, no próprio Supremo Tribunal Federal, que além de não aplicar os subcritérios da adequação e da necessidade, deixa de fundamentar corretamente a proporcionalidade em sentido estrito, ao não identificar a intensidade da restrição ou a importância da realização do fim que justifica a colisão (LEAL e SCHUMACHER, 2012, p. 217). Há quem critique essa falta de critérios do STF com a expressão “balcão de valores”, a denotar uma indevida escolha altamente subjetiva por valores em detrimento de direitos (MADOZ, 2007, p. 313), situação que vem sendo viabilizada pela indevida proliferação de uma concepção da interpretação do Direito como mero ato de vontade, bem demonstrada na seguinte e enaltecida (?) frase do Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal: “Quando me defronto com o conflito, primeiro idealizo a solução que entendo mais justa para esse conflito; depois vou à legislação buscar o apoio. E, quase sempre, porque a interpretação da lei é um ato de vontade, eu encontro esse apoio” (BRASIL, 2015, p. 59). As falhas na aplicação pura e cega, sem maiores critérios, da técnica de proporcionalidade também foram muito bem destacadas por Coura:

Logo, a crença de que a prática da ponderação pode ser racionalizada exclusivamente por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade acentua o perigo de que o juiz se exonere da responsabilidade de fundamentar a sério suas decisões, que não podem ser consideradas decorrências silogísticas da aplicação de um método. Em outros termos, a pretenciosa tentativa de eliminar os riscos, reduzindo a complexidade da interpretação jurídica pelo recurso a critérios previamente estabelecidos, não deve retirar dos ombros dos magistrados a tarefa hercúlea de levar a sério as situações concretas que se apresentem, juntamente com todo o conjunto de normas em princípio aplicáveis, reconstruindo coerentemente à luz do caso, isto é, de forma dinâmica, tendo em vista a unicidade e irrepetibilidade que marcam cada situação de aplicação. (2009, p. 152)

Esses equívocos na aplicação da proporcionalidade, porém, não justificam o abandono da busca por um equilíbrio. A rejeição do juízo de proporcionalidade, escorado numa teoria dos princípios, tende a ser temerária na medida em que outras concepções (como a dos limites imanentes dos direitos fundamentais), não pressupõem necessariamente uma fundamentação idônea das razões que levam às restrições de direitos. Como aponta Virgílio Afonso da Silva, o modelo que parte do pressuposto do âmbito de proteção amplo dos direitos fundamentais, considerando as “regulamentações” como potenciais restrições (sempre sujeitas a controle) termina por impor um ônus argumentativo à intervenção estatal que não existe nas demais teorias (2010, p. 41). Ademais, essa preocupação com a fundamentação idônea das restrições a direitos fundamentais está presente na própria teoria de Alexy, na medida em que este coloca como objetivo último da dogmática dos direitos fundamentais a “fundamentação

racional de juízos concretos de dever-ser no âmbito dos direitos fundamentais”, o que demanda que “[...] o percurso entre as disposições de direitos fundamentais e os juízos de dever-ser seja acessível, na maior medida possível, a controles intersubjetivos” (2008, p. 43). Como já destacado em trabalho anterior, nos parece que a solução passa por “[...]uma correção de rumos na aplicação da própria técnica de proporcionalidade, que não pode ser aplicada de forma desacompanhada de uma fundamentação idônea” (COLNAGO; COURA, 2015, p. 16), sem se esquecer da necessidade de “[...] aprimorar os mecanismos de controle das restrições e reduzir os níveis de subjetivismo e irracionalidade na aplicação da proporcionalidade” (SARLET, 2010, p. 399).

Não se pode também esquecer que a atividade de aplicação do Direito ocorre em concreto, levando-se em consideração o contexto histórico e social no qual o aplicador está inserido, no que se pode denominar “círculo hermenêutico”: toda a atividade de estabelecimento de limites aos direitos fundamentais e solucionar suas colisões deve ser compreendida dentro do aludido círculo, tão bem delineado por Pedra:

O círculo hermenêutico pressupõe um enlace dialético em que a compreensão é moldada no processo relacional entre a consciência histórica do intérprete – através da pré-compreensão formada pelos preconceitos trazidos pela tradição – e a abertura interpretativa admitida pelo objeto a partir de seu mundo particular. Além disso, o próprio objeto, no desdobramento do processo hermenêutico, altera a compreensão do intérprete. [...]

Em verdade, sem trazer qualquer prejuízo ao conceito, trata-se mais propriamente de uma espiral hermenêutica, haja vista que o movimento de compreensão formado por esta relação estabelece, ao longo do processo, novos patamares de interpretação que, por sua vez, lançam novas luzes sobre os preconceitos e seguem em direção a um entendimento mais adequado. (PEDRA, 2014, pp. 68-69)

Logo, os direitos fundamentais, por possuírem estrutura *prima facie* (ou seja, caráter de princípio), ostentarão um âmbito de proteção igualmente aberto, inicialmente abarcando o maior número de situações que o significado básico de seu texto permite. A essa amplitude serão conjugados os conhecidos fatores de limitação dos direitos fundamentais (inexistência de direitos absolutos, finalidade não protetiva de ilícitos e respeito ao conteúdo essencial) com as restrições argumentativamente possíveis a tais posições jusfundamentais, que serão sempre verificadas *in concreto* e pertencentes a um ou outro grupo: a) restrição proporcional, e como tal compatível com o ordenamento jurídico ou b) restrição desproporcional e, como tal, não permitida pelo sistema jurídico. Para a conclusão acerca da proporcionalidade ou não da restrição não basta, todavia, mera remissão genérica ao citado critério: será imprescindível a devida fundamentação racional e íntegra acerca da compatibilidade daquela restrição para

com o ordenamento constitucional, sobretudo destacando elementos do caso concreto que a viabilizam (aprovação nos testes de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) e que colaboram na atribuição de um “peso” relativo maior para determinado direito concretamente considerado (direito que, de caráter *prima facie* em âmbito abstrato, passa a ostentar característica definitiva em concreto).

3.172.2 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: ÂMBITO DE PROTEÇÃO, LIMITES, LIMITES DOS LIMITES E COLISÕES.

No presente tópico abordaremos o regime jurídico constitucional e infraconstitucional da liberdade de expressão no Direito Brasileiro. A análise aqui realizada busca, num primeiro momento, interpretar em conjunto os inúmeros enunciados constitucionais que foram dedicados pelo Constituinte a tal liberdade básica, para posteriormente buscar sua interpretação (com o que colaboram doutrina e jurisprudência) e delimitação do seu âmbito de proteção (*prima facie*), de seus limites constitucionais, dos limites dos limites para, ao final, perquirir acerca da posição a adotar em caso de eventual colisão entre a expressão e outros direitos fundamentais.

Deve-se destacar que a livre expressão se insere no conceito mais amplo da liberdade geral de ação, conforme desenvolvida por Amartya Sen. Há, todavia, que se adotar “várias camadas distintas dentro da ideia de liberdade”, abrangendo não somente a proteção contra interferência estatal, mas também a tutela contra intervenções indevidas de terceiros (2009, p. 6205 de 9228). Aplica-se à liberdade de expressão a premissa pela qual a liberdade em geral é valiosa seja por nos conferir maiores oportunidades de definir nossos próprios objetivos de vida, seja pelo valor intrínseco do próprio processo de escolha do destino individual de cada um, exercendo ora um papel constitutivo, que se relaciona com a importância da liberdade para o enriquecimento da vida humana, ora um papel instrumental, vinculado à característica de que diferentes espécies de liberdade estão profundamente inter-relacionadas, uma valorizando a outra (SEN, 2009, p. 4709 de 9228).

Ademais, deve-se ainda rejeitar concepções que busquem rivalizar a liberdade em geral (e a liberdade de expressão em particular) com a igualdade. Liberdade e igualdade são valores essenciais do constitucionalismo que caminham sempre juntos, um complementando o outro. Um discurso constitucional voltado somente para a igualdade sofre o mesmo problema de uma concepção exclusivamente libertária: a miopia. Como já registramos anteriormente,

“Não se pode garantir igualdade sem liberdade, e vice-versa. A principal função estatal em tal contexto é garantir uma melhoria das condições de vida do povo, garantindo igualdade com liberdade” (COLNAGO, 2015b, p. 119).

A delimitação do âmbito de proteção da liberdade de expressão demanda a análise conjunta dos enunciados constitucionais que a ela se referem, direta e indiretamente, bem como dos tratados internacionais de Direitos Humanos que a consagram. A respeito da força normativa de tais tratados por muitos anos se discutiu na doutrina e na jurisprudência a oposição entre posicionamentos que os consideravam a) de mesmo nível que as leis internas, b) de nível hierárquico constitucional ou c) de nível hierárquico supralegal (acima das leis, mas abaixo da Constituição). Após muitas discussões, o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento, em 2007, no sentido de que deve ser aplicada uma interpretação diferenciada a tais tratados, que devem se sobrepôr à legislação infraconstitucional, mas devem guardar respeito para com o texto da Constituição. Na opinião de estudiosos do tema, o STF, ao assim fazer, conferiu um status diferenciado aos tratados de Direitos Humanos, “escrevendo certo por linhas tortas” (MOREIRA, 2012, p. 160).

Logo, os enunciados dos tratados internacionais de Direitos Humanos são especialmente relevantes no que toca à delimitação infraconstitucional da liberdade de expressão, colaborando para a fixação dos limites e dos “limites dos limites” de tal liberdade essencial. Trata-se de posição jusfundamental que recebe um enorme destaque no constitucionalismo internacional humanitário, representando efetivamente uma das maiores conquistas da humanidade, na medida em que o ser humano é assim definido justamente em razão de sua capacidade de expressão: a personalidade e a capacidade humana de refletir e criar são derivações diretas da sua possibilidade de se expressar.

Assim, aplicando as premissas anteriormente firmadas em relação ao âmbito de proteção dos direitos fundamentais amplamente considerados (levando em conta a incidência da teoria externa, para considera-los como posições *prima facie*) à liberdade de expressão, torna-se necessário levar em conta os enunciados constitucionais que protegem as condutas expressivas em geral. Como destacado pela Relatoria Especial pela Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em princípio todas as formas de discurso estão protegidas pelo direito à liberdade de expressão, independentemente de seu conteúdo e de sua maior ou menor aceitação social ou estatal. Esta “presunção geral de cobertura” de todo discurso expressivo se explica pela obrigação *prima facie* de neutralidade do Poder Público em relação aos conteúdos da expressão e, como consequência, pela necessidade de

garantir que, em princípio, não existam pessoas, grupos, ideias ou meios de expressão que são de antemão excluídos do debate público. (2010, p. 10)

Feita essa enunciação inicial, delimitativa do âmbito de proteção em caráter amplo, passar-se-á ao contraste entre tal posição protetiva e os limites previstos expressamente na Constituição, assim como aqueles decorrentes da legislação infraconstitucional, inclusive nos tratados internacionais de Direitos Humanos firmados pelo Brasil e homologados nos termos do § 2 do artigo 5º do texto constitucional. Feito isso, serão buscados os limites dos limites, de forma a estabelecer as esferas de não atuação na restrição da expressão livre.

Como já pudemos destacar anteriormente:

O direito de poder se expressar livremente foi também reconhecido de forma detalhada na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 da ONU, cujo artigo 19 assim estabelece: “Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”. Ademais, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) conferiu normatividade ao direito fundamental à livre expressão de ideias e pensamentos, tratando ainda de hipóteses em que ele poderia ser relativizado em prol de outros valores fundamentais, como a proteção de infância e da adolescência e a coibição de atos de discriminação nacional, racial ou religiosa. (COLNAGO; BRASIL JÚNIOR, 2013, p. 3)

Também o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela XXI Sessão da Assembléia-Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 e homologado internamente pelo Brasil somente no início da década de 1990 (Decreto Legislativo nº 226 de 12 de dezembro de 1991 do Congresso Nacional e Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992 da Presidência da República) estabelece regras importantíssimas para a preservação e proteção da liberdade de expressão. Seu artigo 19 contém três parágrafos, que assim determinam:

1. Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.
2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.
3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Consequentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para:
 - a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
 - b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.

Também a Declaração de Chapultepec, documento assinado em março de 1994 no âmbito da “Conferência Hemisférica sobre Liberdade de Expressão”, no México, reiterou princípios fundamentais da livre expressão e os relacionou ao Estado Democrático de Direito. O Ministro Celso de Mello em decisão monocrática proferida na Reclamação 15.243, invocou a referida Declaração para enfatizar que “[...] uma imprensa livre é condição fundamental para que as sociedades resolvam seus conflitos, promovam o bem-estar e protejam sua liberdade”, de forma que “o conteúdo da Declaração de Chapultepec revela-nos que nada mais nocivo, nada mais perigoso do que a pretensão do Estado de regular a liberdade de expressão (ou de ilegitimamente interferir em seu exercício)” já que “[...] o pensamento há de ser livre, permanentemente livre, essencialmente livre”. (BRASIL, 2011). Referida Declaração estabeleceu os seguintes postulados básicos pertinentes à expressão livre:

I. Não há pessoas nem sociedades livres sem liberdade de expressão e de imprensa. O exercício dessa não é uma concessão das autoridades, é um direito inalienável do povo.

II. Toda pessoa tem o direito de buscar e receber informação, expressar opiniões e divulgá-las livremente. Ninguém pode restringir ou negar esses direitos.

[...]

IV. A censura prévia, as restrições à circulação dos meios ou à divulgação de suas mensagens, a imposição arbitrária de informação, a criação de obstáculos ao livre fluxo informativo e as limitações ao livre exercício e movimentação dos jornalistas se opõem diretamente à liberdade de imprensa.

[...]

X. Nenhum meio de comunicação ou jornalista deve ser sancionado por difundir a verdade, criticar ou fazer denúncias contra o poder público.

Há inúmeros benefícios na preservação da liberdade de expressão enquanto direito de extrema relevância para a concretização do Estado Democrático de Direito, ou posição fundamental que “[...] está no centro da formação do Estado Constitucional dos tempos modernos” (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 264). Não são poucos os autores que escreveram sobre o tema, cabendo aqui referenciar John Stuart Mill como um dos pioneiros na defesa do direito de se expressar. Para o autor inglês, a preservação da expressão livre se justifica por quatro diferentes motivos (tradução livre²³), em geral ligados à descoberta e fortalecimento da verdade:

²³ Segue o original: “First, if any opinion is compelled to silence, that opinion may, for aught we can certainly know, be true. To deny this is to assume our own infallibility. Secondly, though the silenced opinion be an error it may, and very commonly does, contain a portion of truth; and since the general or prevailing opinion on any subject is rarely or never the whole truth, is it only by the collision of adverse opinions, that the remainder of the truth has any chances of being supplied. Thirdly, even if the received opinion be not only true, but the whole truth; unless it is suffered to be, and actually is, vigorously and earnestly contested, it will, by most of those who receive it, be held in the manner of a prejudice, with little comprehension or feeling of its rational grounds. And not only this, but, fourthly, the meaning of the doctrine itself will be in danger of being lost, or enfeebled, and

Em primeiro lugar, se qualquer opinião for compelida ao silêncio, aquela opinião pode, pelo que conhecemos, ser verdadeira. Negar isso seria pressupor nossa infalibilidade. Em segundo lugar, mesmo que a opinião silenciada seja errada, e comumente ela é, ela pode ainda assim conter uma parcela da verdade; e desde que a opinião geral ou vencedora em qualquer tema é raramente ou nunca a verdade completa, é somente pela colisão de opiniões diversas que o restante da verdade possui qualquer chance de ser fornecido. Em terceiro lugar, mesmo que a opinião recebida seja não somente a verdade, mas a verdade por completo; ainda assim ela será recebida de acordo com os preconceitos do receptor, com pouca compreensão acerca da sua fundamentação racional. Além disso, em quarto lugar, o sentido de uma doutrina em si correrá o risco de ser perdido ou enfraquecido, privado de seu efeito vital no caráter e na conduta: a transformação do dogma em uma mera previsão formal, ineficaz por completo, prevenindo o crescimento por completo de qualquer convicção real e verdadeira, da razão e da experiência pessoal. (MILL, 2001, p. 50)

Já Miguel Carbonell considera que a livre expressão consiste em “antídoto e vacina” frente aos excessos de todo tipo a serem cometidos pelos governos, sendo pois benéfica por no mínimo duas razões básicas além da natural importância para o descobrimento da verdade, a saber: a) a sua contribuição para a auto realização pessoal e b) seu papel no incremento da participação democrática. (2011, p. 2706 de 5894).

Em termos de realização individual, garantir o direito de expressar ideias e opiniões conecta-se à dignidade da pessoa humana, um dos mais relevantes vetores do constitucionalismo contemporâneo. Como destaca Medel, sem uma verdadeira liberdade de opinião e de expressão não há sociedades abertas e democráticas. Sem democracia e sem liberdade, a realidade humana sofre um desfalque que afeta o núcleo essencial de sua dignidade (2011, p. 73). Também releva destacar, sobre o tema, o apontamento de Sarmiento:

A possibilidade de cada um de exprimir as próprias ideias e concepções, de divulgar suas obras artísticas, científicas ou literárias, de comunicar o que pensa e que se sente, é dimensão essencial da dignidade humana. Quando se priva alguém destas faculdades, restringe-se a capacidade de realizar-se como ser humano e de perseguir na vida os projetos e objetivos que escolheu. Trata-se de umas das mais graves violações à autonomia individual que se pode conceber, uma vez que nossa capacidade de comunicação – nossa aptidão e vontade de exprimir de qualquer maneira o que pensamos, o que sentimos e o que somos – representa uma das mais relevantes dimensões de nossa própria humanidade. (2010c, p. 242)

Ainda sobre o valor intrínseco da expressão livre em relação ao desenvolvimento das pessoas, ou da auto realização individual, destacamos o seguinte, enfatizando a necessidade de compreender as liberdades em geral de forma articulada com o processo de redução de desigualdades substanciais:

deprived of its vital effect on the character and conduct: the dogma becoming a mere formal profession, inefficient for good, but cumbering the ground, and preventing the growth of any real and heartfelt conviction, from reason of personal experience” (MILL, 2001, p. 50)

Assim, é imprescindível que o dirigismo trazido pela Constituição seja aplicado e interpretado de maneira a gerar desenvolvimento. É mediante um processo de expansão das liberdades, com a ampliação do respeito ao indivíduo, que se permitirá a instituição de uma política do reconhecimento e a concretização de um sentimento constitucional tão necessário a um país de profundas desigualdades e de modernidade diferenciada como o Brasil.

Em tal expansão, a liberdade de expressão assume papel essencial, na medida em que instrumentaliza o conhecimento pela maioria de opiniões e demandas de parcela ainda excluída da população brasileira, conhecida como minoria. Ademais, o exercício da liberdade de expressão possui um caráter substancialmente positivo na formação da identidade de grupos, visto que quanto mais livremente se expressa, maior é a perspectiva de alcance e reflexão acerca do discurso da minoria. É por tais razões que, na eventual colisão entre direitos fundamentais, justifica-se a adoção de uma posição preferencial *prima facie* da liberdade de expressão, não por ser um direito absoluto, mas por se tratar de um direito multifacetado e tendencialmente favorável a uma sociedade melhor, como referido anteriormente”. (COLNAGO, 2015b, p. 119)

Também a Constituição de 1988 confere enorme importância ao referido direito fundamental. A livre expressão está no âmago das garantias básicas dos direitos fundamentais, sendo normalmente classificada como um direito fundamental de destacada primeira dimensão, associada às revoluções liberais, a despeito de possuir também uma relevante segunda dimensão, que demanda também atuações estatais regulatórias. Este aspecto duplice é bem explanado em relatório elaborado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos

A liberdade de pensamento e de expressão se caracteriza por ser um direito com duas dimensões: uma individual, que consiste do direito de cada pessoa a expressar os próprios pensamentos, ideias e informações, e uma coletiva ou social, que consiste do direito da sociedade a buscar e receber qualquer informação, a conhecer pensamentos, ideias e informações alheias, e a estar bem informada. A liberdade de expressão é um meio para o intercâmbio de informações e ideias entre as pessoas e para a comunicação de massa entre os seres humanos. Para o cidadão comum, é tão importante o conhecimento da opinião alheia ou das informações de que dispõem outras pessoas, quanto o direito a difundir as próprias crenças ou informações. (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2014, p. 7-8)

A caracterização do âmbito de proteção do direito de livremente se expressar demanda uma análise não somente dos enunciados do artigo 5º da Constituição de 1988, na medida em que o texto constitucional é um verdadeiro sistema e, como tal, não se pode interpretar aos pedaços. Há várias referências e relações que podem ser estabelecidas em relação à livre expressão, para além do seu núcleo textual do título II da Carta de 1988, desde o preâmbulo constitucional, passando pelos princípios e objetivos fundamentais da república (artigos 1º e 3º).

Como liberdade básica, a preservação do direito de se expressar sofre influência interpretativa de inúmeros enunciados constitucionais, dentre os quais o Preâmbulo da Constituição, na medida em que buscaram os Constituintes de 1988 “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais”, entre eles “a liberdade”, para constituir uma “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”. Uma das definições mais poéticas da expressão livre e que a identificam com as demais liberdades básicas se deu quando no voto do Ministro Ayres Brito, por ocasião do julgamento da ADPF 130 pelo Supremo Tribunal Federal: segundo o Ministro, “a liberdade de expressão é a expressão da liberdade”. Certamente que a frase em questão pouco diz em relação ao âmbito de proteção e aos limites admissíveis a tal direito fundamental. De outra banda, porém, o registro em questão não nos deixa dúvidas acerca da relevância da liberdade de expressão em geral, bem como o papel de destaque a ela dado pelo Legislador Constituinte que buscava superar os horrores autoritários do regime antidemocrático inaugurado em 1964 e recrudescido em 1968.

Em matéria de princípios fundamentais consagrados pela Constituição, é de se destacar a profunda dependência de vários deles para com a livre expressão. Com efeito, o exercício dos direitos inerentes à cidadania (artigo 1º, II) pressupõe que os inúmeros partícipes do corpo social possam expressar suas opiniões e divulgar fatos sem receio de agressões ou percalços posteriores. Além disso, a vinculação entre liberdade de expressão e dignidade humana se apresenta na medida em que uma vida minimamente digna pressupõe o direito de se expressar em relação aos temas relevantes para a convivência em sociedade, tendo sido classificada pelo STF como “mais direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana”, ou “signo e penhor da mais encarecida dignidade da pessoa humana, assim como do mais evoluído estado de civilização”. Essa vinculação profunda entre dignidade humana e livre expressão foi bem registrada no voto da Ministra Carmen Lucia, proferida na ADPF em questão:

A liberdade de imprensa – como a manifestação talvez mais importante da liberdade, porque a liberdade de pensamento para informar, se informar e ser informado, que é garantia de todo mundo, se compõe, exatamente, para a realização da dignidade da pessoa humana, ao contrário de uma equação que pretendem ver como se fossem dados adversos. Eu acho que são dados complementares, quer dizer, quanto menor a informação, menor a possibilidade de liberdade que o ser humano tem, e, portanto, menor dignidade em relação ao outro, criando cidadanias diferentes.

Por sua vez, a expressão livre se entrelaça com outros relevantes fundamentos da República: os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, já que sua dimensão coletiva garante o exercício de atividade remunerada e econômica destinada a divulgar e difundir a

expressão, seja através dos tradicionais meios de comunicação social (regulados a partir do artigo 220 do texto constitucional), seja com as novíssimas ferramentas de empoderamento dos cidadãos conhecidas como mídias sociais.

Também no voto do saudoso Ministro Menezes Direito, proferido na ADPF 130, encontra-se sólida e robusta referência às profundas relações da livre expressão em geral com outro princípio fundamental da República Brasileira: o pluralismo político. Destaca-se trecho essencial do voto em questão:

A liberdade de imprensa é condição de outras liberdades e estabelece o princípio segundo o qual, intervindo em matéria de direitos fundamentais, o legislador não pode piorar o regime existente, ou seja, não pode atingir as garantias precedentes. Ele faz do pluralismo que decorre da expressão sócio-cultural um objetivo de valor constitucional, que se impõe no campo do setor privado e no campo do setor público.

Ademais, o pluralismo político, valor que se encontra no centro dos princípios fundamentais da Constituição, se relaciona diretamente como vetor de limitação da livre expressão, no sentido de que o respeito à tolerância que ele veicula deve influir na necessidade de ouvir como ínsita ao direito de se expressar.

Ressalte-se que, ao contrário de textos anteriores, a vigente Constituição não trouxe nenhuma previsão expressa de restrição prévia à liberdade de expressão com fundamento no conteúdo da mensagem. Ao fazê-lo, inovou em relação à Constituição de 1967, cujo § 8º do artigo 153 previamente estabelecia que “Não serão, porém, toleradas a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes”. Buscando superar as amarras estabelecidas na vigência do regime militar, a atual Carta Constitucional apontou seus cânones hermenêuticos no sentido da reprovação da cultura de censura prévia estatal. Bedê Junior, tratando do uso da censura no regime militar brasileiro, a qualificou “[...] como restrição indevida à liberdade de expressão”, tendo todavia alcançado “[...] patamares expressivos, a ponto de quase todos terem a sensação, ou a certeza, de que estavam sendo vigiados e controlados pelo sistema” (2013, p. 170). Sobre o funcionamento de tal mecanismo, pudemos escrever o seguinte, em trabalho anterior:

A censura estatal buscava seu respaldo jurídico no artigo 153, § 8º, parte final da Constituição de 1967 (com a redação da Emenda Constitucional nº 1, de 1969) e no Decreto-Lei 1.077, de 26 de janeiro de 1970, cujo artigo 1º enunciava: “Não serão toleradas as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes quaisquer que sejam os meios de comunicação”. Como forma de implementação de tal mandamento, o artigo 2º do Decreto-Lei instrumentalizava o Ministério da Justiça como sendo a entidade governamental responsável por “através do

Departamento de Polícia Federal verificar, quando julgar necessário, antes da divulgação de livros e periódicos, a existência de matéria infringente da proibição enunciada no artigo anterior”. Caso a publicação fosse considerada “contrária à moral e aos bons costumes”, caberia ao Ministro da Justiça proibir a divulgação da publicação, determinando a busca e apreensão dos respectivos exemplares, conforme previa o artigo 3º do DL. (COLNAGO, 2013, p. 8)

É certo que não se pode ignorar a vontade Constituinte de qualificar o ato de censurar ou impedir a expressão como algo indesejável para o novo regime que deveria ser inaugurado em 1988. Seja ao garantir, no artigo 5º, inciso IX, que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”, seja ao estatuir, no artigo 220, §2º, que “é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”, verifica-se uma clara opção constitucional, a princípio, pela liberdade ampla em se expressar e comunicar. Em trabalho acerca da livre expressão na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Rafael Koatz destacou a relevância com que o Constituinte buscou tratar o direito de livre expressar o pensamento, em suas mais variadas dimensões:

A Carta de 1988 foi pródiga em disposições que, direta ou indiretamente, estão relacionadas ao tema. Com efeito, ela assegura a livre manifestação do pensamento e a liberdade de expressão intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (art. 5º, IV e IX), o direito de resposta proporcional ao agravo (art. 5º, V), a liberdade de consciência e de crença (art. 5º, VI), o acesso à informação, com as garantias que lhe são inerentes, dentre as quais o resguardo do sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional, e o direito de haver dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral (art. 5º, XIV e XXXIII), as liberdades de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber (art. 206, II), bem como o respeito ao pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, como princípios reitores do ensino (art. 206, III), o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional, além de apoio e incentivo à valorização e à difusão das manifestações culturais (art. 215), a livre manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo (art. 220), a plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto na Constituição (art. 220, § 5º), o que reflete, inegavelmente, uma preocupação com a formação de uma imprensa livre e plural. (KOATZ, 2011, p. 392)

Além das referências acima, há que se recordar que conforme o artigo 53 do texto constitucional, “Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos”, regime jurídico que igualmente se aplica a Deputados Estaduais e Vereadores (estes, nos estreitos limites dos respectivos municípios, em conformidade com o inciso VIII do artigo 29 da Carta). Assim, há uma liberdade expressiva ainda maior quando se esteja a tratar de cidadãos no exercício de mandato eletivo, a despeito de tal liberdade não poder ser interpretada de forma absoluta.

Neste contexto é que cabe lembrar que valorizar a ênfase conferida pela Constituição à liberdade de expressão não consiste em fixar direitos absolutos, na medida em que tal interpretação, como visto anteriormente, não é compatível com a melhor compreensão acerca do regime dos direitos fundamentais em geral. Todavia, não se pode ignorar a clara opção constitucional em valorizar a liberdade e desqualificar a censura como mecanismo de controle prévio de discursos. Sobre o tema, cabe destacar a lição de Afonso Arinos de Mello Franco:

Como é elementar na História, a característica essencial da liberdade de manifestação do pensamento foi sempre a exclusivamente a ausência de censura dos poderes públicos. Toda a luta pela libertação do pensamento político, científico, filosófico, religioso e estético, luta que é a definição e a glória do regime democrático, só teve um sentido, uma interpretação, uma finalidade: demolir e impedir a censura do Estado. Por isto mesmo é que quase todas as Constituições democráticas escritas, desde as primeiras, proibem expressamente a censura. (FRANCO, 1957, p. 112-113)

Assim, em termos de delimitação do âmbito de proteção e fixação de limites, podemos estabelecer os seguintes contornos *a priori*: a) direito de manifestação de opiniões e expressões de forma geral (art. 5º, IV), b) direito de formação de suas próprias convicções filosóficas que pareçam mais adequadas ao indivíduo (art. 5º, VI), não se podendo negar a fruição de direitos em razão de convicção filosófica manifestada (art. 5º, VIII), c) direito de veicular expressões intelectuais, artísticas, científicas ou de comunicação, não se sujeitando a licença ou censura prévias (inciso IX do artigo 5º), d) direito de espontaneidade nas manifestações expressivas em privado, decorrente do sigilo das correspondências e comunicações telegráficas (inciso XII do artigo 5º), e) direito de manifestar opiniões e relatar fatos enquanto de forma remunerada, como atividade profissional (inciso XIII), protegido ainda pelo sigilo de fonte (inciso XIV), f) direito de acesso à informação (seja de caráter público, seja de natureza pessoal), enquanto instrumento do direito de se expressar de forma fundamentada (XIV e XXXIII); g) o direito de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber (art. 206, II), h) o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional, além de apoio e incentivo à valorização e à difusão das manifestações culturais (art. 215), i) direito de escolha do veículo mais adequado à veiculação da expressão (opinião, pensamento, criação intelectual, informação), (art. 220), j) a liberdade ampla de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social (art. 220, § 5º).

No que diz respeito a limites, destacamos as seguintes situações que, segundo valoração do legislador constitucional, ou não estariam protegidas pela expressão livre ou representariam verdadeira limitação ao âmbito de proteção amplo anteriormente esboçado: a)

discursos preconceituosos (preâmbulo e artigo 3º, IV); b) manifestação anônima (art. 5º, IV); c) direito de resposta, proporcional ao agravo (art. 5º, V), d) indenização por dano material, moral ou à imagem (art. 5º, V); e) bem como respeito ao pluralismo de ideias (art. 206, III); f) restrições especiais em expressões publicitárias relativas a produtos de potencial nocivo, como bebidas alcóolicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias (art. 220, § 4º), g) proibição de formação direta ou indireta de monopólio ou oligopólio no que tange aos meios de comunicação social.

A enunciação acima não pretende ser exaustiva, mas tão somente colaborar para uma maior organização dos valores básicos consagrados pelo texto constitucional, tanto como consagradores de uma liberdade plena, quanto estabelecadores de um exercício responsável da liberdade, mediante limitações. Outros aspectos constitucionais ainda podem surgir como relevantes nos casos concretos a serem analisados, podendo e devendo se entrelaçar com a liberdade de expressão, ora para legitimá-la, ora para necessariamente limitá-la.

Do ponto de vista infraconstitucional, há ainda que se acentuar que o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos, que ostenta status normativo supralegal no direito brasileiro, em consonância com o § 2º do artigo 5º da Constituição) versou sobre o assunto ao estabelecer, em seu artigo 13,2 que a liberdade de se expressar não se condiciona “[...] à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar” outros direitos constitucionalmente relevantes, expressamente enunciados pela Convenção, como o respeito à reputação alheia, a segurança nacional, a ordem pública, a saúde coletiva ou a moral. Estes argumentos, pois, funcionam como limites infraconstitucionais ao exercício da liberdade de expressão no Direito Brasileiro. Não basta, porém, a mera referência a eles: é necessário, em qualquer pretensão de limitação do direito fundamental à livre expressão, demonstrar em que medida aquele argumento se justifica em prol da concretização dos argumentos postos, sob pena de a limitação não se justificar sob o ponto de vista da proporcionalidade.

Prosseguindo na delimitação infraconstitucional de limites, é de se destacar que a Lei de Imprensa (Lei 5.250/67) concebia algumas hipóteses de censura de expressões, mediante apreensão de exemplares, impedindo assim o exercício pleno do direito de se expressar, em uma série de enunciados, como o artigo 7º § 2º, pelo qual estaria sujeito à apreensão pela autoridade policial “[...] todo impresso que, por qualquer meio, circular ou for exibido em público sem estampar o nome do autor e editor, bem como a indicação da oficina onde foi

impresso, sede da mesma e data da impressão”. O conjunto normativo representado pelos artigos 60 a 63 da citada lei também dispunham sobre o tema, que estabelecia regras acerca de apreensão e sanções por publicações ilícitas, a serem aplicadas ora por autoridades administrativas, ora por magistrados. Tal diploma, porém, não mais vigora no Direito Brasileiro, seja por sua incompatibilidade parcial para com a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), seja em razão do Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 130, em que se concluiu que a sua integral incompatibilidade material em relação à Constituição de 1988.

Cabe, neste contexto, refletir sobre a interpretação do termo “censura”, que representa conduta valorada de forma negativa pela Constituição, mas muitas vezes tem significado controvertido pelas zonas de penumbra tão inerentes à linguagem humana. Para José Afonso da Silva, “‘Censurar’ é opor restrições com caráter de reprimenda. Se são livres as atividades indicadas é porque não comportam restrições, e menos ainda qualquer forma de reprimenda em razão de seu exercício” (SILVA, 2010, p. 102). Quer nos parecer que “reprimenda”, no caso, se refira a sanções e demais consequências jurídicas negativas que sejam arbitrárias e desprovidas de fundamentação plausível – na medida em que o mero ato de restringir a expressão não é, por si só, incompatível com a Constituição. Para Afonso Arinos de Mello Franco, “No que se refere à expressão do pensamento escrito, a censura é a intervenção oficial que impede a obra *antes* ou *depois* de impressa, de se tornar divulgada, isto é, de tornar acessível aos leitores que dela desejem tomar conhecimento” (FRANCO, 1957, p. 116). Mesmo na década de 1950 eram conhecidos os casos de censura posterior, impedindo a impressão de obras ou a sua venda, como destaca Franco (1957, p. 117). No mesmo sentido, admitindo a censura posterior, é o destaque de Edilsom Farias:

Uma vez que o texto constitucional estipula de forma clara a proscrição de censura e licença, resta explicitar o significado constitucional deste princípio. Para esse labor interpretativo, a primeira ideia a reter é que censura tem sido tradicionalmente entendida, do ponto de vista jurídico, como um instituto de direito público por meio do qual órgãos estatais, normalmente vinculados ao Poder Executivo, procuram controlar de forma preventiva ou a posteriori o livre exercício da liberdade de expressão e comunicação. Mas a doutrina constitucional hodierna tem interpretado o princípio de vedação da censura e licença de maneira mais ampla, para abarcar não somente a típica censura administrativa mencionada como também a censura privada, proveniente de qualquer entidade ou poder que esteja em condições de obstar a expressão de ideias e a comunicação de informações”. (FARIAS, 2004, p. 188)

Assim, o ato de censurar uma manifestação não está ligado ao momento da proibição em relação a uma manifestação expressiva: é possível que o ato de censurar ocorra ora sobre

escrito ainda não publicado (como era frequente no regime de censura administrativa adotado no Brasil, por ocasião do Regime Militar), ora sobre opinião já publicada – como nos casos de apreensão de exemplares previstos na Lei 5.250/67, ou ainda em hipóteses de remoção de conteúdo da Internet, quando a rede seja utilizada como meio de expressão. Assim, a censura vincula-se ao uso de meios ora destinados a evitar a publicação de uma expressão, ora com a finalidade de removê-la de circulação. Essa constatação, todavia, leva a uma dificuldade: se toda e qualquer vedação de manifestação pode ser considerada como “censura”, é cabível atribuir tal nomenclatura (e toda a carga negativa que a acompanha) a proibições nitidamente legítimas da expressão, como discursos de incitação ao ódio e à violência? Parece-nos que não. Daí se constata ser necessário distinguir as proibições de se expressar que consistem em restrições proporcionais à liberdade de expressão das determinações que, sendo desproporcionais e criando barreiras ilegítimas para que alguém possa se expressar, possam ser consideradas como efetiva “censura”.

A censura se notabiliza por uma característica de conteúdo e uma de forma. Esta última consiste na proibição, direta ou indireta, *a priori* ou *a posteriori*, da manifestação do pensamento. Neste aspecto, nada diferencia a censura de uma determinação proporcional de proibição ou remoção de um dado conteúdo ofensivo, por exemplo. É no aspecto do conteúdo, porém, que reside a distinção relevante: a censura será sempre motivada pelo arbítrio, ainda que disfarçado de bons argumentos constitucionais, como o interesse público ou a moral coletiva. Em sua tentativa de distinção entre restrição da liberdade de expressão e censura, Edilson Farias estabelece justamente que “[...] a censura é arbitrária e motivada, sobretudo, por razões ideológicas dos detentores do poder político” (FARIAS, 2004, p. 286). Destaque-se, em relação a isso, que não somente do Poder Público pode advir censura, na medida em que cada vez mais (sobretudo em relação à Internet) os atores privados vêm ganhando extrema relevância para a propagação de determinados discursos.

Sobre o tema, cabe destacar trecho de julgamento de Reclamação pelo Supremo Tribunal Federal na qual se adotou, ainda que implicitamente, a citada distinção entre proibições legítimas e censura: “O exercício da jurisdição cautelar por magistrados e Tribunais não pode converter-se em prática judicial inibitória, muito menos censória, da liberdade constitucional de expressão e de comunicação, sob pena de o poder geral de cautela atribuído ao Judiciário transformar-se, inconstitucionalmente, em inadmissível censura estatal”. (Rcl 21504 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado

em 17/11/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-249 DIVULG 10-12-2015 PUBLIC 11-12-2015)

Censura, pois, pode ser qualificada como qualquer determinação arbitrária de apreensão de exemplares (de livros, jornais, revistas, periódicos ou panfletos) ou a remoção de conteúdo (em caso de sítios de Internet ou perfis em mídias sociais), sejam elas oriundas do Executivo, do Legislativo, do Judiciário ou de particulares. Sobre este último ponto, cabe destacar a necessária eficácia horizontal da liberdade de expressão em relação a atores privados²⁴, sejam eles titulares de direitos de imagem, sejam provedores de conexão ou de aplicação. Por ocasião do julgamento da ADI 4815 (“ADI das Biografias”), o STF assentou a possibilidade de caracterização de censura por particulares, sempre que o exercício da livre expressão dependesse da autorização arbitrária de outrem: “Autorização prévia para biografia constitui censura prévia particular. O recolhimento de obras é censura judicial, a substituir a administrativa” (STF, ADI 4815, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 10/06/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016).

Desta forma, a censura consiste em conduta fatalmente rejeitada pela Constituição, diferenciando-se das restrições legítimas à liberdade de expressão justamente pela sujeição da manifestação do pensamento ao arbítrio de outrem. Daí se poder concluir que “censura” é conduta praticável não somente pelo Poder Executivo, mas também pelo Legislativo e pelo Judiciário.

Vislumbram-se duas hipóteses factíveis de censura pelo Poder Legislativo. A primeira ocorrerá sempre que o Legislador editar normas gerais e abstratas que venham a poder a livre expressão, sujeitando-a ao arbítrio de outrem. Sob este prisma, a edição dos artigos 20 e 21 do Código Civil, analisados na “ADI das Biografias”, pode ser considerado como prática de censura legislativa, ainda que exclusivamente na interpretação alargada do dispositivo, que infelizmente vinha sendo aplicada pela jurisdição ordinária. De mais a mais, também se cogita de censura pelo Legislativo sempre que ele deixe de renovar concessões de radiodifusão sonora e de sons e imagens (rádio e TV) por razões de perseguição política, ideológica ou outra de qualquer espécie.

Da mesma forma também é possível cogitar de censura praticada pelo Poder Judiciário, no exercício de tutela preventiva ou repressiva em relação a determinadas

²⁴ O tema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais em relação a particulares será desenvolvido de maneira mais aprofundada quando da análise da sujeição dos provedores de serviços de Internet aos direitos fundamentais, no tópico **X.X**.

expressões já publicadas ou em vias de publicação. Aplica-se, aqui, a premissa anteriormente construída, no sentido de que não será qualquer proibição de manifestação do pensamento ou de sua repressão que configurará censura, mas somente aquela decisão que puder ser considerada arbitrária – o que, na esfera jurisdicional, se compreende como a decisão judicial que não tenha respeitado a proporcionalidade. Decisões como tais, que sejam inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais em sentido estrito, estão carregadas do chamado “efeito inibidor” (“chilling effect”) da liberdade de expressão, na medida em que além de reprimirem uma expressão geralmente já manifestada, desencorajam outras pessoas de praticarem conduta semelhante. A censura judicial, como se verá mais adiante, é uma triste realidade no Brasil, que entende como normal que um órgão do Poder Judiciário possa, por exemplo, proibir um jornal de publicar matérias em relação a determinadas pessoas (COLNAGO; COURA, 2015, p. 9).

Há outras leis infraconstitucionais que estabelecem limites ao direito de se expressar, como ocorre com o estabelecimento de restrições no âmbito de estádios de futebol. Em tais arenas, vigoram proibições como a de portar ou ostentar cartazes, bandeiras, símbolos ou outros sinais com mensagens ofensivas, inclusive de caráter racista ou xenófobo; não entoar cânticos discriminatórios, racistas ou xenófobos; não incitar e não praticar atos de violência no estádio, qualquer que seja a sua natureza e não utilizar bandeiras para outros fins que não o da manifestação festiva e amigável (art. 13-A, IV, V, VIII e IX da Lei 10.671/2003). A Lei Geral da Copa do Mundo (Lei 12.663/2012), por sua vez, ressaltava limites similares quanto à proibição, ressaltando expressamente “o direito constitucional ao livre exercício de manifestação e à plena liberdade de expressão em defesa da dignidade da pessoa humana”.

Em relação especificamente à expressão manifestada pelos meios de comunicação, nota-se preocupação do legislador com o estabelecimento de limites no exercício da publicidade. A Lei 8.078/90, por exemplo, estabelece ser abusiva a publicidade “discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor” a agir de maneira a prejudicar sua saúde ou sua segurança.

Mais recentemente, a Lei 12.965/2014, conhecida como “Marco Civil da Internet”, concebeu algumas hipóteses claras de censura judicial sobre conteúdos constantes de blogs ou mídias sociais da Internet. Ao tratar da responsabilidade civil dos provedores de aplicações de Internet acerca de conteúdos gerados por terceiros, estabeleceu o Congresso Nacional que

ela somente ocorreria nos casos em que, a despeito de ordem judicial específica, não tomasse o provedor 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” (art. 19). Trata-se, pois, de mandamento judicial de remoção, ainda que provisória, de determinada expressão, que sujeita o provedor, em caso de não cumprimento, à responsabilização civil pelos danos eventualmente causados à honra alheia. Por tal motivo é que Leonardi destaca que, no contexto da Lei do Marco Civil da Internet, o artigo em questão consiste na “[...] regra mais importante para a tutela da liberdade de expressão online” (LEONARDI, 2014, p. 628). Os desafios inerentes à aplicação dessa regra serão desenvolvidos com mais profundidade no próximo capítulo.

Há ainda que se recordar da necessidade de impor limites aos limites. Como já visto, a depender de como ocorra, o estabelecimento de limites muito rígidos pelas autoridades públicas (em regra, o Legislador, mas sem aqui excluir o relevantíssimo papel do Executivo e também do Judiciário) pode levar a uma restrição desproporcional ao exercício do objetivo constitucional de permitir que todos possam livremente se expressar. Limites são importantes e necessários à coexistência dos direitos fundamentais, na medida em que não há direitos absolutos. É necessário, porém, equilíbrio e temperança em sua aplicação, de forma a evitar que a limitação se converta em inutilização – afinal, a diferença entre o remédio e o veneno é, justamente, a dosagem.

Bem fincada essa premissa, cabe verificar que a questão dos “limites dos limites” à liberdade de expressão se resolve mediante aplicação da técnica de proporcionalidade, que servirá de forma a “aparar as arestas” dos direitos fundamentais que se contrapõem no caso concreto, na expressão de Pulido (2007, p. 589). Ao âmbito de proteção inicialmente aberto da liberdade de expressão, que protegerá o maior número possível de situações concretas que guardem correspondência com as previsões abstratas do texto, devem ser conjugadas as premissas que orientam qualquer limitação de direitos fundamentais (inexistência de direitos absolutos, finalidade não protetiva de ilícitos e respeito ao conteúdo essencial) e, sob tal contexto, aplicadas as restrições diretamente previstas na Constituição, listadas anteriormente.

Com base nisso, será possível testar as restrições implementadas abstratamente pelo Legislador (em juízo de constitucionalidade da lei restritiva de direitos fundamentais) ou em concreto pelo Executivo (no exercício de competência regulamentar) ou pelo Judiciário, neste último caso, na solução de conflitos concretos entre distintos direitos fundamentais em colisão. Assim, será possível valorar a restrição ora como proporcional, e como tal compatível

com o ordenamento jurídico ou desproporcional e, logo, não permitida pelo sistema. Para a conclusão acerca da proporcionalidade ou não da restrição não basta, todavia, mera remissão genérica ao citado critério: será imprescindível a devida fundamentação racional e íntegra acerca da compatibilidade daquela restrição para com a ordem constitucional, sobretudo destacando elementos do caso concreto que a viabilizam (aprovação nos testes de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) e que colaboram na atribuição de um “peso” relativo maior para determinado direito concretamente considerado (direito que, de caráter *prima facie* em âmbito abstrato, passa a ostentar característica definitiva em concreto).

O desenvolvimento até aqui realizado poderia levar à crença de que, como não há direitos fundamentais absolutos, a liberdade de expressão poderia sofrer restrições de forma a acomodá-la no rol de eficácia dos demais direitos fundamentais. Como tal, não haveria uma posição de destaque da liberdade de expressão em relação às demais posições jusfundamentais, na medida em que, tal qual outros direitos fundamentais que seriam “igualmente relevantes” (como honra e imagem individual, por exemplo), é o caso concreto que definiria o “peso” relativo da livre expressão. Não é esse, todavia, o caminho que se pretende percorrer. No tópico seguinte, abordaremos a questão das colisões envolvendo a liberdade de expressão e os argumentos favoráveis à adoção da conhecida doutrina do caráter preferencial de tal posição jusfundamental.

3.18.2.3 LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITOS EM COLISÃO: CARÁTER PREFERENCIAL?

Uma das questões mais intrincadas a ser ainda desenvolvida pela jurisprudência brasileira consiste na adoção (ou não) de uma posição preferencial da liberdade de expressão em relação aos demais direitos fundamentais. O diuturno e sistemático silenciamento e a censura de determinados discursos é um dos elementos de inefetividade da Constituição, na medida em que enfraquece o reconhecimento individual perante a coletividade e inibe o processo de expansão das liberdades efetivas da população, na medida em que a livre expressão se conecta com valores básicos do texto constitucional, como demonstrado anteriormente.

Como bem destacado por Mill, o Poder Público buscará frequentemente o controle da expressão de opiniões, a não ser quando tal atividade não seja tolerada pela população. O “pecado capital” de silenciar a expressão de opiniões consiste no fato de que se estaria praticando um verdadeiro “roubo” em relação à humanidade, a qual ficaria privada de um

ponto de vista relevante. Para Mill, toda censura de uma discussão é uma assunção de infalibilidade humana e, como tal, despropositada (2001, p. 11-12). Afinal de contas, na opinião de Mill, a capacidade de julgar racionalmente é conferida à humanidade para que seja usada, não sendo cabível a supressão dessa possibilidade sob o argumento de que ela pode se dar de maneira errônea. Por isso a defesa da ideia de que a mais ampla liberdade de contraditar e falsear uma opinião é a condição essencial que justifica a pressuposição de algo como verdadeiro: de nenhuma outra forma poderá um ser humano pressupor uma segurança racional de estar certo, salvo sob tal premissa (MILL, 1978, p. 12-13).

Segundo Mill, a garantia da liberdade de expressão é uma necessidade humana, por quatro razões distintas: 1) opiniões contrárias ao que se considera “verdadeiro” não podem ser silenciadas, sob pena de negar a falibilidade inerente ao ser humano; 2) como a opinião que prevalece nem sempre é a verdade por completo, suprimir a opinião dissidente não contribui para atingir a verdade, o que demanda a necessidade de conservar as opiniões em sentido contrário; 3) a opinião tida como verdade somente demonstraria seu fundamento racional quando contestada vigorosamente por opiniões contrárias; 4) o próprio significado da doutrina defendida pode ser perdido se não for objeto de contestação, na medida em que a sua mera repetição incontestada vem a erodir qualquer possibilidade de criação de uma verdadeira convicção baseada na experiência real (MILL, 2001, p. 35).

Na mesma toada pode ser destacada a lição de Rui Barbosa:

De todas as liberdades é a de imprensa a mais necessária e a mais conspícua: sobranceia e reina entre as mais. Cabe-lhe, por sua natureza, a dignidade inestimável de representar todas as outras. Sua importância é tão incomparável que, entre os anglo-saxônios, os melhores conservadores e os melhores liberais do mundo, sempre foi gêmea do governo representativo a crença de que não se pode levantar a mão contra a liberdade de imprensa, sem abalar a segurança do estado [...] Não se suprime essa liberdade, senão para ocultar a ausência das demais, e estabelecer em torno dos governos ruins o crepúsculo favorável à comodidade dos tiranos. (OLIVEIRA, 1898, p. 14-15)

A posição defendida por Mill e Rui Barbosa aponta no sentido da já abordada função “comunitária” ou “instrumental” da liberdade de expressão. Em outras palavras, silenciar os indivíduos seria ruim porque a sociedade perderia como um todo com a ausência daquele ponto de vista, violando um interesse público comum a todos. Porém, também é possível conceber a importância da liberdade de expressão sob o prisma individual, na medida em que o silenciamento impediria o livre desenvolvimento das capacidades humanas. O direito de manifestar suas ideias e crenças de forma mais livre possível funciona, assim, como um

instrumento de consolidação de uma identidade, seja individual, seja coletiva. A partir do momento em que se expande a liberdade de expressão, potencializa-se um efetivo diálogo entre as distintas parcelas da sociedade, permitindo enxergar o outro por um olhar mais próximo e efetivo, na medida em que a liberdade seja temperada com alteridade e tolerância. Essa viabilização dialógica é o primeiro passo para a construção de um sentimento de solidariedade entre os indivíduos (maioria e minoria), mediante a troca de impressões identitárias.

Porém, a manutenção do silêncio, mediante a profusão de discursos preconceituosos, tende a gerar o efeito inverso, a saber, o reconhecimento errôneo, inibindo assim a formação de identidades culturais próprias. Neste aspecto, a lição de Sarmento é deveras adequada:

A repetição, por exemplo, de afirmação como a de que os judeus são traiçoeiros, os índios são preguiçosos ou de que os homossexuais masculinos são fúteis e devassos, acaba afetando a percepção que a maioria das pessoas têm dos integrantes destes grupos, reforçando estigmas e estereótipos negativos e estimulando discriminações.

Ademais, é certo que o modo como a sociedade envolvente enxerga as pessoas é um componente importante da forma como elas mesmas se reconhecem. Por isso, como ressaltou Charles Taylor, “a projeção sobre o outro de uma imagem inferior ou humilhante pode em realidade deformar e oprimir até o grau em que esta imagem seja internalizada”. A falta de reconhecimento social tende a conduzir a uma “perda de auto-estima pessoal, ou seja a uma perda de possibilidade de se entender a si próprio como um ser estimado por suas propriedade e capacidade características”, como salientou Axel Honneth. E a auto-estima é um bem absolutamente fundamental para o indivíduo, que se conecta não só ao seu bem-estar psíquico, mas à sua própria capacidade de eleger e de perseguir autonomamente os seus planos de vida. (SARMENTO, 2010, p. 246-247)

Assim, a viabilização de manifestações expressivas, ampliando seu alcance, atua como importante elemento de afirmação da identidade humana, ao mesmo tempo em que permite o conhecimento de uma nova percepção do indivíduo e de seu próximo. Num contexto de necessária expansão responsável de liberdades, o direito de se expressar livremente assume papel essencial, já que instrumentaliza um maior acesso a manifestações expressivas de todas as parcelas da sociedade, permitindo o conhecimento de opiniões e demandas de grupos da população brasileira ainda desconhecidos por muitos, conhecida como minorias. Ademais, o exercício da liberdade de expressão possui um caráter substancialmente positivo na formação das identidades de tais grupos, visto que quanto mais livremente se expressa, maior é a perspectiva de alcance e reflexão acerca do discurso da minoria.

É por tais razões que, na eventual colisão entre direitos fundamentais, justificar-se-ia a adoção de uma posição preferencial *prima facie* da liberdade de expressão, não por ser algo

absoluto, mas por se tratar de um direito multifacetado e tendencialmente favorável a uma sociedade melhor. Neste sentido aponta Chequer:

Se a liberdade de expressão no Brasil é importante por várias justificativas: como um meio para a descoberta da verdade, como uma forma de autossatisfação pessoal, como um meio de garantir a democracia, esse último argumento, só por si, é capaz de autorizar um tratamento diferenciado à liberdade de expressão, considerando-a mais importante quando ela se referir a assuntos de interesse público. Justifica-se, assim, considerar a liberdade de expressão, nesses casos, como um direito preferencial *prima facie*, tendo em vista o direito de a sociedade saber dos assuntos de interesse público e diante do dever de a imprensa informar à sociedade a respeito desses assuntos num estado que se pretende realizar efetivamente como democrático. (CHEQUER, 2011, p. 332)

Não se trata, como pode parecer a uma primeira vista, de pregar a prevalência abstrata da liberdade de expressão, mas partir do pressuposto de que, em regra, tal direito possuirá um peso relevante na colisão de direitos fundamentais, demandando um escrutínio profundo acerca das razões que viabilizariam a sua relativização em prol de outras posições fundamentais garantidas na Constituição, mediante fundamentação idônea e adequada. Afinal, sem que o povo tenha voz, corre-se o risco de adoção de concepções paternalistas na formulação de políticas públicas que, mesmo se carregadas das melhores intenções, servirão mais para perpetuar desigualdades do que gerar liberdade.

Sobre o tema, cabe ainda registrar o apontamento da Relatoria para Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), apontando na necessária prevalência *prima facie* da liberdade de expressão nos casos de colisões que envolvam a honra de servidores públicos e o direito de se expressar. Neste sentido, aponta-se que há um natural interesse do debate sobre assuntos públicos, o que confere à liberdade de expressão um “valor ponderado maior”. Tanto a CIDH quanto a Corte Interamericana apontam no sentido de que as expressões vinculadas a interesse público constituem um discurso objeto de especial proteção no contexto da Convenção Americana. Para a Corte:

A especial proteção de expressões referidas a funcionários públicos ou a assuntos de interesses pública se justifica, entre outras razões, na importância de manter um marco jurídico que fomente a deliberação pública e no fato de que os funcionários públicos se expõem voluntariamente a um maior escrutínio social e possuem melhores condições de fornecer explicações sobre os fatos que a eles sejam relacionados. A este respeito, a Corte Interamericana estabeleceu que “o direito internacional estabelece que o âmbito de proteção da honra de um funcionário público deve permitir o mais amplo controle cidadão sobre o exercício de suas funções [...] Esta proteção à honra de maneira diferenciada se explica porque o funcionários público se expõe voluntariamente ao escrutínio da sociedade, o que o leva a um maior risco de ser afetado na sua honra, assim como também pela possibilidade, associado à sua condição, de ter uma maior influência social e

facilidade de acesso aos meios de comunicação para dar explicações ou responder sobre fatos que lhe cerquem. A Corte Interamericana reconheceu expressamente que no exame de proporcionalidade se deve ter em conta que as expressões concernentes ao exercício de funções das instituições do Estado gozam de uma maior proteção, de maneira tal que se propicie o debate democrático na sociedade. Assim ocorre porque se assume que em uma sociedade democrática as instituições ou entidades do Estado, como tais, estão expostas ao escrutínio e à crítica do público, e suas atividades se inserem na esfera do debate público. Esse limite não se assenta na qualidade do sujeito, mas no interesse público das atividades que realiza. Daí a maior tolerância frente a afirmações e apreciações expressas por cidadãos no exercício de tal controle democrático. Essas são as demandas do pluralismo próprio de uma sociedade democrática, que requer a maior circulação possível de informações e opiniões sobre assuntos de interesse público²⁵

De outra banda, a Corte Interamericana considerou que outorgar uma “proteção automática” à reputação das instituições do Estado e seus membros é incompatível com o artigo 13 da Convenção Americana. No caso *Usón Ramírez vs. Venezuela*, a Corte Interamericana afirmou que “estabelecer sanções desproporcionais por manifestar opiniões sobre um fato ilícito de interesse público que envolve instituições militares e seus membros, contemplando assim uma proteção maior e automática à sua honra ou reputação, sem considerações acerca da maior proteção devida ao exercício da liberdade de expressão em uma sociedade democrática é incompatível com o artigo 13 da Convenção Americana”. (2010, p. 36-37)

Não se descarta que a determinação judicial de silenciamento de determinadas expressões possa vir a ser a solução mais adequada em casos graves de violações maliciosas a

²⁵ Tradução livre. Segue o original: “Ahora bien, en los casos de conflicto entre el derecho a la honra de funcionarios públicos y el derecho a la libertad de expresión, el ejercicio de ponderación debe partir de la prevalencia en principio (o prevalencia prima facie) de la libertad de expresión pues, dado el interés del debate sobre asuntos públicos, este derecho adquiere un valor ponderado mayor. Justamente a esto se refieren la CIDH y la Corte Interamericana al indicar que las expresiones de interés público constituyen un discurso objeto de especial protección bajo la Convención Americana. Para la Corte Interamericana, la especial protección de las expresiones referidas a funcionarios públicos o a asuntos de interés público se ha justificado, entre otras razones, en la importancia de mantener un marco jurídico que fomente la deliberación pública y en el hecho de que los funcionarios se exponen voluntariamente a un mayor escrutinio social y tienen mejores condiciones para dar explicaciones o responder ante los hechos que los involucren. A este respecto, la Corte Interamericana ha establecido que, “el derecho internacional establece que el umbral de protección al honor de un funcionario público debe permitir el más amplio control ciudadano sobre el ejercicio de sus funciones [...]. Esta protección al honor de manera diferenciada se explica porque el funcionario público se expone voluntariamente al escrutinio de la sociedad, lo que lo lleva a un mayor riesgo de sufrir afectaciones a su honor, así como también por la posibilidad, asociada a su condición, de tener una mayor influencia social y facilidad de acceso a los medios de comunicación para dar explicaciones o responder sobre hechos que los involucren. La Corte Interamericana ha reconocido expresamente que en el examen de proporcionalidad se debe tener en cuenta que las expresiones concernientes al ejercicio de funciones de las instituciones del Estado gozan de una mayor protección, de manera tal que se propicie el debate democrático en la sociedad. Ello es así porque se asume que en una sociedad democrática las instituciones o entidades del Estado, como tales, están expuestas al escrutinio y a la crítica del público, y sus actividades se insertan en la esfera del debate público. Este umbral no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza. De ahí la mayor tolerancia frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas por los ciudadanos en ejercicio de dicho control democrático. Tales son las demandas del pluralismo propio de una sociedad democrática¹⁵⁹, que requiere la mayor circulación de informes y opiniones sobre asuntos de interés público. Por otra parte, la Corte Interamericana ha considerado que otorgar una “protección automática” a la reputación de las instituciones del Estado y sus miembros, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana. En el caso *Usón Ramírez Vs. Venezuela*, la Corte Interamericana afirmó que, “establecer sanciones desproporcionadas por realizar opiniones sobre un supuesto hecho ilícito de interés público que involucraba a instituciones militares y sus miembros, contemplando así una protección mayor y automática al honor o reputación de éstos, sin consideración acerca de la mayor protección debida al ejercicio de la libertad de expresión en una sociedad democrática, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana” (2010, p. 36-37)

outros direitos fundamentais ou às próprias finalidades da liberdade de expressão, como discursos de incitação à violência, ao ódio, à manutenção de preconceitos contra pessoas de determinadas regiões do país ou contra estrangeiros, ou ainda à (lamentavelmente) crescente tendência à intolerância em razão da posição política de cada um, a despeito da garantia advinda da Constituição no sentido de liberdade de convicção filosófica. Não há dúvidas de que, em casos graves, talvez silenciar seja a única opção constitucionalmente adequada, dada a total incompatibilidade de determinados discursos para com os próprios princípios que justificam a liberdade de expressão. Como justificar, por exemplo, que um discurso de ode à tortura seja mantido, por supostamente concretizar a dignidade da pessoa humana e a ordem democrática? Como se poderia sustentar, ainda em caráter hipotético, que uma postagem em uma mídia social que tem nítido caráter de incitação à violência física possa contribuir para a auto realização individual ou ao descobrimento da verdade?

Em casos extremos nos quais os objetivos essenciais da livre expressão restem claramente solapados, torna-se viável silenciar determinadas expressões para atender a objetivos igualmente relevantes. Trata-se, porém, de medida excepcionalíssima que não pode ser banalizada ante mera alegação de violação a direitos de terceiros. Destaca-se, neste ponto, a lição de Toller:

Por um lado, certas expressões ou a publicação de determinadas notícias podem causar alguns prejuízos graves de caráter irreparável – em ocasiões, até a destruição do bem merecedor de amparo –, e perante eles o ressarcimento pecuniário de caráter civil não repõe plenamente o atingido no gozo de seus direitos. Por outro lado, com relação aos casos em que pode caber ao ofensor uma sanção penal, frente aos prejudicados, esta se mostra mais insuficiente ainda que o ineficaz ressarcimento de Direito privado, uma vez que, por definição, o Direito penal não repara, deixando sem resposta a vítima do fato delitivo danoso. A situação descrita gera, muitas vezes, uma autêntica indefensão material perante determinadas expressões ou publicações. (TOLLER, 2010, p. 35)

O que não se pode admitir é que todos e qualquer caso seja “convertido” nesta situação, como muitas vezes ocorre na jurisprudência brasileira, sem a devida fundamentação concreta que a justifique. O próprio Toller, um destacado defensor da aplicação de decisões judiciais para silenciamento de expressões injuriosas, também reconhece que as proibições de se expressar envolvem uma questão grave, razão pela qual entende que elas devem sempre ser precedidas de um “escrutínio detido”, ressaltando ainda que “...nem todo caso em que possam, depois, ser estabelecidas responsabilidades ulteriores merece, razoavelmente, que seja ditada uma medida prévia judicial”. (2010, p. 117)

Logo, a aplicação de ordens judiciais de silenciamento de determinada manifestação expressiva somente passaria no teste de proporcionalidade quando se constatasse justificação constitucional idônea e robusta, na medida em que sua aplicação representa uma restrição muito intensa sobre o direito fundamental à liberdade de expressão. Sobre o tema, destaca-se trecho de trabalho no qual se construiu referida argumentação:

Logo, a assunção de uma posição preferencial *prima facie* da liberdade de expressão não consiste na defesa absoluta da prevalência de tal direito em casos de colisão, mas na consequência de uma correção de rumos no juízo de proporcionalidade, de forma que se busque sempre a decisão que melhor reflita o direito aplicável em um caso concreto, no contexto de uma busca constitucional de construção de uma comunidade de pessoas mais livres e mais iguais. Acreditamos que a referida correção de rumos pode trazer um alento à práxis jurisdicional brasileira, de forma a eliminar o hábito nada democrático de se ponderar qualquer coisa sob qualquer argumento.

[...]

Verificou-se que os juízes brasileiros têm aplicado de forma desmesurada a censura, fundando-se em uma aplicação equivocada do juízo de proporcionalidade tal qual formulado por Alexy, levando-se ao mero disfarce de um decisionismo judicial. Por tais razões, o trabalho propõe não o abandono do juízo de proporcionalidade, que tem suas virtudes, mas o seu aperfeiçoamento, mediante uma “correção de rumos” que pressuponha uma fundamentação idônea das restrições à liberdade de expressão, reconhecendo-se o valor intrínseco à manifestação expressiva e o desvalor intrínseco à censura. Para tal correção de rumos é necessário conceber a possibilidade de censura judicial como hipótese excepcional e de necessidade exaustivamente demonstrada, pois, dentre outras razões importantes, a liberdade de expressão contribui para a própria manutenção de uma comunidade política na qual as pessoas são tratadas com igual consideração e respeito. (COLNAGO; COURA, 2015, p. 18, 19)

Assim, podemos verificar que tudo aponta para o fato de que o Direito Brasileiro não admite com naturalidade ou normalidade uma decisão judicial que venha a censurar a expressão por qualquer pessoa. Para José Afonso da Silva, abordando a liberdade de expressão cultural, em eventuais casos de abuso “...a solução não é a restrição ou proibição da obra ou atividade cultural, mas aquela que o próprio dispositivo constitucional prevê: ‘a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação’” (SILVA, 2009, p. 175).

Embora se trate de medida judicial possível, ela deve ser encarada como exceção e, ainda assim, não ser aplicada a toda e qualquer situação de exercício desproporcional do direito de se expressar, seja porque a Constituição repudia a censura, seja porque a liberdade de expressão deve ser encarada como um direito fundamental de especial estatura, dada a sua contribuição instrumental para a concretização de vários valores inerentes ao Estado Democrático de Direito. Assim, as hipóteses de colisão entre a liberdade de expressão e demais direitos fundamentais devem ser resolvidas mediante fundamentação idônea, segundo

os ditames da teoria externa, considerando como âmbito de proteção inicial da liberdade de expressão “a todo e qualquer ato que, isoladamente considerado, poderia ser subsumido nos conceitos de expressão e de imprensa”. (SILVA, 2010, p. 116)

Ademais, a cogitação da expressão “censura judicial” também pode ser adequada sempre que uma ordem ou um conjunto de determinações judiciais seja formulada de maneira a estabelecer um efeito inibidor indireto (“chilling effects”) da livre expressão. Embora seja certo que a imagem individual mereça tutela enquanto bem constitucional, uma proteção exagerada da honra de pessoas poderosas em relação a cidadãos comuns, por exemplo, tende a inibir o exercício do saudável direito de criticar quem exerce o Poder e acerca dele deve prestar contas. Infelizmente não são raros os relatos de casos judiciais em que condenações exorbitantes foram naturalmente estabelecidas, como forma de reparar a boa imagem alheia supostamente “violada” por discursos de mera crítica. A aplicação acriteriosa de indenizações astronômicas em casos tais contribui sobremaneira para silenciar a expressão, funcionando como “censura indireta” da expressão. Este, assim como outros, serão objeto de considerações específicas no próximo capítulo.

3 LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA INTERNET: DESAFIOS PARA SUA CONCRETIZAÇÃO

Considerando o objetivo aqui proposto de formular uma proposta de solução para a questão acerca de quais aspectos hermenêuticos e técnicos devem ser levados em consideração na solução de colisões de direitos fundamentais que envolvam a liberdade de expressão exercida via Internet (cujos aspectos gerais foram trabalhados no capítulo 2), assim como buscar aspectos técnicos que podem colaborar para uma maior concretização do direito de livremente se expressar, torna-se imprescindível articular as quatro forças de regulação propostas por Lessig (e devidamente expostas no capítulo 1) com questões relevantes relacionadas à expressão livre. Com isso, pretendemos demonstrar como cada uma das formas de regulação da conduta humana pode, cada qual à sua maneira, influenciar a concretização e a resolução de colisões de direitos fundamentais que envolvam tal posição jusfundamental tão valorizada pelo legislador Constituinte de 1988, tida como de destacada importância para a efetivação de um Estado Democrático de Direito.

Como já demonstrado anteriormente, o modelo das forças de regulação de Lessig não busca ser um fim em si mesmo, mas tão somente uma técnica que facilita a identificação dos elementos que influenciam a conduta humana. Da mesma forma, não se cogita de sua aplicação isolada, na medida em que muitas soluções regulatórias ideais (sejam aquelas claramente pensadas ou aquelas decorrentes de contingências de fato) devem envolver o Direito, as Normas Sociais, o Mercado e a Arquitetura. A repartição aqui feita busca simplesmente atacar as questões relevantes ligadas à liberdade de expressão que são diretamente relacionadas a cada uma das forças de regulação, para que se possa posteriormente realizar uma análise conjunta que permita traçar alguns parâmetros para uma idônea solução de colisões de direitos fundamentais na qual a livre expressão seja um dos direitos em jogo.

Buscaremos, assim, analisar os desafios inerentes a cada uma das forças de regulação, no que toca à concretização da liberdade de expressão enquanto valor objetivo do ordenamento constitucional. Destacamos que as questões apresentadas a seguir podem eventualmente vir a ser objeto de tratamento conjunto de mais de uma força de regulação. Reiteramos, porém, o que já dito anteriormente, no sentido de que as forças propostas por Lessig não são realidades isoladas, mas elementos que podem ser identificados de forma isolados, mas também devem ser analisados em conjunto. De forma a exemplificar, um

desafio ligado ao Direito (por exemplo, a eventual ausência de um marco regulatório adequado) possui aspectos das demais forças de regulação: a inexistência de regras pode decorrer de um costume social que vê com maus olhos a intervenção estatal (Normas Sociais), ou da constatação da profunda dificuldade de regulação de uma rede cujos aspectos técnicos são constantemente mutáveis (Arquitetura) ou ainda em razão dos enormes custos necessários à implementação da citada regulação (Mercado). Esses diferentes enfoques, embora fundamentais, não descaracterizam a realidade se tratar, diretamente, de uma questão envolvendo o Direito, ainda que influenciada pelas demais forças de regulação. Daí a necessidade do tratamento em separado a seguir, para que posteriormente possamos pensar num conjunto de parâmetros resultantes da abordagem das forças de regulação.

3.193.1 DESAFIOS LIGADOS AO DIREITO: AMBIGUIDADE LATENTE E INTERPRETAÇÃO RETROSPECTIVA

Pode-se afirmar não ser nova a ideia pela qual o Direito concorre de forma profundamente desigual com a velocidade dos fatos e, por isso, geralmente perde. Afinal, “[...] a norma não pode ser isolada da realidade, pois esta é parte integrante e constitutiva daquela” (PEDRA, 2014, p. 310). Também merece destaque o seguinte ensinamento de Pedra que, embora formulado em relação à Constituição, deve valer para o ordenamento jurídico como um todo:

Por outro lado, a Constituição deve estar em harmonia com a realidade, e deve se manter aberta e dinâmica através dos tempos. Deve ser assim porque uma Constituição não é feita em um momento determinado, mas se realiza e se efetiva constantemente. As mudanças constitucionais são necessárias como meio de preservação e conservação da própria Constituição, objetivando o seu aperfeiçoamento e buscando, em um processo dialético, alcançar a harmonia com a sociedade. Se a sociedade evolui, o Estado também deve evoluir. (2012, p. 75)

Assim, se já no século XVIII era evidente a lentidão do Direito para acompanhar a evolução das práticas sociais, esse hiato normativo fica ainda mais evidente no contexto da Sociedade da Informação, caracterizada pela profunda valorização da informação enquanto bem escasso que move e influencia a vida em grupo e pela rapidez das mudanças informacionais, pessoais e sociais. A velocidade dos acontecimentos é uma das grandes características da Sociedade da Informação, que induz a liquidez aludida por Bauman – “condição em que as organizações sociais (estruturas que limitam as escolhas individuais, instituições que asseguram a repetição de rotinas, padrões de comportamento aceitável) não podem mais manter sua forma por muito tempo”, na medida em que acabam por se decompor

e dissolver “[...] mais rápido do que o tempo que leva para moldá-las e, uma vez reorganizadas, para que se estabeleçam” (BAUMAN, 2007, p. 7).

Esta velocidade impressionante, por sua vez, é viabilizada pela presença maciça da Internet em nosso cotidiano, tornando muitas vezes as regras jurídicas inadequadas para a tarefa de preservar determinados valores constitucionais (muito embora, pela técnica em si, elas continuem sendo aplicáveis). Trata-se do que Lessig denomina, com apoio na tradicional doutrina contratual norte-americana, de “ambiguidade latente” (*latent ambiguity*), ou seja, que decorre de fatos inicialmente periféricos ou colaterais que trazem incerteza ao sentido de um enunciado escrito, muito embora a linguagem utilizada, em si, seja clara e sem ambiguidade. O contexto em que ela ocorre se dá usualmente quando um enunciado se refere a um objeto ou pessoa que, considerados singularmente, aparentam nítida clareza, mas no momento da aplicação verifica-se sua incidência sobre outras situações (LESSIG, 2006, p. 371-372). Lessig aplica este conceito para se referir às novas situações geradas pela adoção de novas tecnologias no que diz respeito à proteção de direitos fundamentais perante a Constituição americana, destacando a necessidade de uma nova interpretação dos novos fatos (antes não antecipados pelo Legislador) perante as regras antigas, de forma a preservar os valores constitucionais inicialmente por elas protegidos - ou a adotar uma diferente concepção do valor original, mais ou menos protetiva de determinados direitos fundamentais. Trata-se da aplicação do que o professor americano denomina “tradução” (em tradução livre):

Para saber quais valores são relevantes, porém, precisamos de um método para carrear esses valores para um novo contexto. Eu começo esta parte com um relato desse método. Os valores que descreverei são parte da nossa tradição, e eles precisam ser interpretados e efetivados neste contexto. Logo, eu começo esta parte com uma aproximação desenvolvida pelo Direito para reconhecer e respeitar estes valores. Trata-se da prática interpretativa que denomino “tradução”. Um tradutor é fiel aos compromissos prévios firmados em prol de um valor. Ambiguidades latentes são aquelas situações em que a fidelidade se esgota. Não há nada para com o que ser fiel, já que as escolhas com as quais agora nos deparamos são escolhas que nossos antepassados não fizeram. (LESSIG, 2006, p. 156)²⁶

Lessig exemplifica a aplicação da tradução como forma de resolver as ambiguidades latentes decorrentes da adoção de novas tecnologias com um exemplo concreto no qual busca

²⁶ Segue o original: “To know what values are relevant, however, we need a method for carrying values into a new context. I begin this part with an account of that method. The values I will describe are part of our tradition, and they need to be interpreted and made real in this context. Thus, I begin this part with one approach that the law has developed for recognizing and respecting these values. This is the interpretive practice I call ‘translation.’ A translator practices a fidelity to earlier commitments to value. Latent ambiguities are those instances where fidelity runs out. We have nothing to be faithful to, because the choices we now face are choices that our forebears did not”. (LESSIG, 2006, p. 156)

analisar se o impacto causado por um “worm” (pequeno programa que se instala, geralmente de forma maliciosa e oculta, em dispositivo eletrônico, com a finalidade de repassar dados a uma fonte externa) poderia ser comparado a uma invasão de privacidade tal qual as buscas nas residências físicas das pessoas, esta claramente condicionada, no direito americano, à prévia autorização judicial. Seguem suas pertinentes ponderações, em tradução livre²⁷:

A questão do “worm” nos traz uma história diferente. Embora seja uma tecnologia para buscas, seu funcionamento é diferente das “buscas” no espaço real. No espaço real, uma busca acompanha custos: o fardo da busca, as inseguranças que podem ser por ela criadas, a exposição que permite em casos de invasões além de um alcance legítimo. O “worm” elimina esses custos: o fardo é eliminado, a busca é praticamente invisível e a tecnologia de busca é programada para encontrar somente o que é ilegal. Isso levanta a questão acerca de como essa busca deve ser compreendida, sob a Constituição.

Uma visão justa das proteções constitucionais poderia apontar para qualquer um dos dois caminhos. Pode ser que compreendamos a invasão pelo “worm” como incompatível com a dignidade que a emenda constitucional buscou proteger ou então podemos entender que a invasão pelo “worm” é tão pouco inexpressiva que se torna razoável. A resposta pode pender para qualquer um dos lados, o que significa que o caso revela o que denominarei uma “ambiguidade latente” na norma constitucional original. No contexto original, a regra era clara (não devem haver buscas genéricas), mas no contexto atual, a regra depende da definição acerca de qual valor a Constituição buscou proteger. A questão agora é ambígua entre (no mínimo) duas respostas diferentes. Qualquer uma delas é possível, a depender do valor, de forma que devemos optar por um ou outro.

²⁷ Segue o original: “The worm tells a different story still. Though it is a technology for searching, the worm’s function differs from “searching” in real space. In real space, a search carries costs: the burdens of the search, the insecurities it might create, the exposure it might make possible to invasions beyond a legitimate reach.²³ The worm erases those costs: The burden is gone, the search is (practically) invisible, and the searching technology is programmed to find only what is illegal. This raises a question about how such a search should, under the Constitution, be understood. A fair view of the Constitution’s protections could go in either of two ways. It may be that we see the worm’s invasion as inconsistent with the dignity that the amendment was written to protect,²⁴ or it may be that we see the invasion of the worm as so unobtrusive as to be reasonable. The answer could be either, which means that the change reveals what I will call “a latent ambiguity” in the original constitutional rule. In the original context, the rule was clear (no generalized search), but in the current context, the rule depends upon which value the Constitution was meant to protect. The question is now ambiguous between (at least) two different answers. Either answer is possible, depending upon the value, so now we must choose one or the other. You may not buy my story about the worm. You may think it is pure science fiction. But by the end of the book, I will convince you that there are any number of cases in which a similar ambiguity troubles our constitutional past. In many of them our Constitution yields no answer to the question of how it should be applied, because at least two answers are possible—in light of the choices that the framers actually made and given the technologies of today. For Americans, this ambiguity creates a problem. If we lived in an era when courts felt entitled to select the value that produced an answer that made the most sense in the context, there would be no problem. Latent ambiguities would be answered by choices made by judges—the framers could have gone either way, but our judges choose to go this way. But we don’t live in such an era, and so we don’t have a way for courts to resolve these ambiguities. As a result, we must rely on other institutions. My claim is a dark one: We have no such institutions. If our ways don’t change, our constitution in cyberspace will be a thinner and thinner regime. Cyberspace will present us with ambiguities over and over again. It will press this question of how best to go on. We have tools from real space that will help resolve the interpretive questions by pointing us in one direction or another, at least some of the time. But in the end the tools will guide us even less than they do in real space and time. When the gap between their guidance and what we do becomes obvious, we will be forced to do something we’re not very good at doing—deciding what we want, and what is right”. (LESSIG, 2006, p. 25-26)

Você pode não concordar comigo em relação ao “worm”. Você pode pensar que é mera ficção científica. Mas até o final deste livro, eu vou convencê-lo que há um número de casos em que uma similar ambiguidade problematiza nosso passado constitucional. Em muitos deles a Constituição não indica respostas à questão sobre como ela deve ser aplicada, porque ao menos duas respostas são possíveis – à luz das escolhas feitas pelos constituintes e devido às tecnologias de hoje.

Para os americanos, essa ambiguidade cria um problema. Se vivêssemos em um tempo no qual os Tribunais se sentissem no direito de selecionar qual valor gera uma resposta que faz mais sentido de acordo com o contexto, não haveria problema. Ambiguidades latentes seriam respondidas mediante escolhas feitas pelos juízes – os constituintes poderiam ter caminhado para um ou outro sentido, mas os juízes escolham esse caminho.

Todavia, não vivemos nesse tempo, de forma que não possuímos uma forma para que os Tribunais resolvam essas ambiguidades. Como resultado, devemos confiar em outras instituições. Minha tese é, todavia, obscura: não possuímos tais instituições. Se nosso comportamento não mudar, nossa Constituição no ciberespaço será um regime cada vez mais escasso.

O Ciberespaço nos apresentará ambiguidades cada vez maiores, pressionando a pergunta sobre como melhor seguir. Possuímos ferramentas do espaço real que nos ajudarão a resolver as questões de interpretação indicando uma ou outra direção, ao menos em algumas oportunidades. Mas ao final as ferramentas nos ajudarão menos ainda do que nos casos do espaço e tempo reais. Quando o hiato entre a indicação desses caminhos e o que efetivamente fazemos se tornar óbvio, seremos forçados a fazer algo acerca do qual não somos muitos bons – decidir o que queremos e o que é certo. (LESSIG, 2006, p. 25-26)

Em relação à ambiguidade latente e às tentativas de tradução das velhas regras para um novo contexto, é imprescindível recordar a premissa pela qual não há uma resposta absoluta e inequívoca, no sentido de uma vontade indubitável do Constituinte à qual se possa meramente remeter. Uma tradução idônea merece ser construída, nunca descoberta (LESSIG, 2006, p. 315). Nesses casos, porém, justamente pelas dificuldades inerentes a tal atividade, qualquer tentativa de tradução pelos Tribunais tende a ser vista como um avanço indevido sobre o enunciado interpretado. Há, pois, uma tendência natural a analisar se a tradução das velhas regras para a nova realidade está seguindo procedimentos idôneos e adequados para a aplicação do Direito, buscando os valores consagrados na Constituição, ou se os Tribunais estão somente buscando impor suas próprias visões de mundo acerca de como deveria ser a Constituição – esquecendo-se de vê-la como ela é. A fronteira entre a tradução e uma politização ou um indevido ativismo é, pois, deveras tênue (LESSIG, 2006, p. 316).

A despeito das necessidades de contenção por parte do Judiciário, no sentido de não invadir o papel reservado ao Legislador, deve-se destacar a importância da correta interpretação e concretização dos direitos fundamentais no contexto da Internet frente à evolução social por ela proporcionada (Sociedade da Informação). Essa mudança de contexto

sugere, inclusive, uma atuação mais proativa dos aplicadores em geral, como destacado por Lessig (em tradução livre²⁸):

A ambiguidade latente é esta: a Constituição foi moldada numa época em que a Arquitetura básica era estabelecida. Os constituintes encontraram as leis da natureza, as leis da economia, a “lei natural” dos homens; elas eram criadas pelos governos ou pelos homens. Essas Arquiteturas restringiam, claro, e tais restrições eram em si uma forma de “regulação”. Mas o grau até o qual elas poderiam ser utilizadas como uma ferramenta de controle consciente era limitado. O planejamento urbano não era limitado, e além de estabelecer o aspecto básico de suas cidades, havia pouco que os constituintes poderiam fazer sobre as regras que iriam regular o ambiente construído deste espaço. O Ciberespaço, todavia, possui diferentes Arquiteturas, cujo poder regulatório não é tão limitado. Um volume extraordinário de controle pode ser embutido no ambiente que lá conhecemos. Quais informações podem ser coletadas, que tipo de anonimato é possível, quais acessos são concedidos, qual discurso será ouvido – todas essas questões são escolhas, não “fatos” dados. O fato do objetivo da revisão judicial ser limitado no primeiro contexto não a vincula a ser igualmente limitada no segundo (LESSIG, 2006, p. 318).

É certo que não há uma fórmula absoluta, ou pronta e acabada, para a prática da tradução, ou seja, na reinterpretação das regras antigas frente às mudanças sociais e, em especial, às alterações promovidas pela presença maciça da Internet em nossas vidas. É certo, porém, que não podemos simplesmente ignorá-las, adotando mera posição de conforto direcionada a interpretar uma conduta praticada via Internet como se ela não se diferenciasse de atos praticados fora do ambiente digital. É necessário evitar a tentação comodista da “interpretação retrospectiva”, na qual, segundo Barroso e com esteio em Barbosa Moreira, “...se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo”, na medida em que ela tende a tornar a aplicação do Direito algo anacrônico:

Põe-se mais ênfase nas semelhanças, corre-se um véu sobre as diferenças e conclui-se que, à luz daquelas, e a despeito destas, a disciplina da matéria, afinal de contas, mudou pouco, se é que na verdade mudou. É um tipo de interpretação em que o olhar do intérprete dirige-se antes ao passado que ao presente, e a imagem que ele capta é menos a representação da realidade que uma sombra fantasmagórica. (BARROSO, 1993, p. 344)

²⁸ Segue o original: “That latent ambiguity is this: The Constitution was drawn at a time when basic architectures were set. The framers found the laws of nature, the laws of economics, the “natural law” of man; they were not made by government or man. These architectures constrained, of course, and their constraint was a “regulation.” But the degree to which they could be used as tools of self-conscious control was limited. Town planning was not limited,²⁰ and beyond laying out a space, there was little these founders could do about the rules that would govern the built environment of this space. Cyberspace, however, has different architectures, whose regulatory power are not so limited. An extraordinary amount of control can be built into the environment that people know there. What data can be collected, what anonymity is possible, what access is granted, what speech will be heard—all these are choices, not “facts.” All these are designed, not found. Our context, therefore, is very different. That the scope of constitutional review was limited in the first context does not compel it to be similarly limited in the second” (LESSIG, 2006, p. 318).

A interpretação retrospectiva acaba sendo uma estratégia para combater o novo, dando algum tratamento aparentemente seguro àquilo que não se consegue compreender. Insere-se no contexto do certo apontamento de Bauman: “Incapazes de reduzir o ritmo estonteante da mudança, muito menos prever ou controlar sua direção, nos concentramos nas coisas que podemos, acreditamos poder ou somos assegurados de que podemos influenciar” (2007, p. 17). É certo, ainda, que “...o que se vê depende de como se olha” (PEDRA, 2014, p. 22).

Um novo contexto social demanda, pois, uma nova interpretação de institutos jurídicos. Precisamos de uma nova mentalidade para compreender os profundos benefícios (e inúmeros desafios) trazidos com a expansão da Internet para nosso cotidiano. Novas mentalidades precisam ser forjadas, inclusive no meio jurídico, pois como adverte Leonardi

Em lugar de celebrar nostalgicamente um passado mais simples, ou de reagir com perplexidade e estupefação ao desenvolvimento tecnológico, profetizando desastres, afigura-se muito mais importante encontrar maneiras de desenvolver e regular essas tecnologias, de modo que elas alcancem seus objetivos, mantenham sua utilidade e, simultaneamente, protejam a privacidade e outros direitos fundamentais. (2012, p. 38)

Buscar compreender conceitos jurídicos básicos como “domicílio”, “estabelecimento”, “Mercadoria” ou até “liberdade” na Sociedade da Informação demanda a mesma atividade de tradução aludida por Lessig, na medida em que, em sua origem histórica, tais concepções buscavam se referir a um conjunto de fatores presentes em contexto deveras distinto do atual. Não se está aqui a sustentar, porém, que um Direito “analógico” (pré-Internet) não é aplicável ao contexto “digital”. Afinal de contas, sob o ponto de vista estritamente técnico, as condutas previstas nos artigos 138 a 140 do Código Penal, por exemplo, continuam sendo crimes contra a honra, independentemente de terem sido praticadas quando fisicamente presente o ofensor e o ofendido ou se ocorrida em ambiente virtual. Da mesma forma, um ato ilícito civil praticado via Internet continua sendo assim juridicamente qualificado, na medida em que o alcance da norma geral e abstrata que atribui responsabilização civil não faz diferenciação entre *on-line* e *off-line*. Embora a inexistência de normas específicas para a Internet não seja fator que possa impedir a aplicabilidade do sistema jurídico às condutas instrumentalizadas na Rede, é certo que as relações por ela mediadas possuem peculiaridades que não podem ser ignoradas. Como reconhece Leonardi, porém, “[...] tentar aplicar as regras formais existentes para as novas tecnologias pode

funcionar ocasionalmente, mas não há razão para acreditar que isso funcionará sistematicamente” (2012, p. 40).

Por tais razões, o que se sustenta é que assim como a Constituição atua como filtro interpretativo das normas em geral do ordenamento jurídico, a transposição de nossas vidas para a Internet implica em semelhante necessidade de reinterpretação, na medida em que as decisões básicas tomadas pelos Constituintes de 1988 tornam-se inaplicáveis por mudança de contexto. Afinal, a grande novidade tecnológica ao final da década de 1980 do Século XX, no Brasil, era o Telex. Como destaca Leonardi, o raciocínio de aplicação pura e simples do Ordenamento Jurídico à Internet “[...] é excessivamente simplista e ignora que as consequências dessa aplicação e sua adequação à nova realidade social *não são* as mesmas”, exortando assim em prol de uma “[...] nova maneira de interpretar o sistema jurídico quando se pretendem solucionar adequadamente os problemas trazidos pela Internet” (2012, p. 34). Na certa expressão de Lemos, “[...] a chave é se a nova realidade deve adaptar-se ao velho direito ou se o velho direito deve adaptar-se à nova realidade”. (2005, p. 13).

Exemplo claro do descompasso entre o “velho Direito” e a “nova realidade” é a pretensão de aplicação da Lei de Imprensa (antes da decisão do STF na ADPF 130, que a considerou integralmente não recepcionada pela Constituição de 1988) à divulgação amadora de notícias na Internet, em blogs e mídias sociais, conforme minucioso relato feito por Leonardi (2005, p. 116-119). Em trabalho anterior, abordamos especificamente os inúmeros problemas de interpretação do Direito que surgem a partir de um contexto de Internet integrada ao nosso cotidiano. Eis alguns trechos pertinentes:

A expansão da Internet para o dia a dia da população brasileira inaugura uma série de questões complexas envolvendo a aplicação e a eficácia de direitos fundamentais. Muitas dessas questões somente se apresentam factíveis em razão da popularização tecnológica. Outras questões que seriam resolvidas de uma forma no “mundo físico” apresentam nuances no mundo “on-line” que demandam uma reinterpretação. A seguir serão demonstrados alguns casos concretos que ilustram os problemas jurídicos que surgem num contexto de Internet popularizada e legislador omissor.

Se tomarmos somente o universo limitado da mídia social mais popular no Brasil, o Facebook, encontraremos uma série de casos concretos que demonstram as dificuldades dos usuários em exercerem alguns direitos fundamentais, como a liberdade de expressão, sujeitos que estão à valoração de questões subjetivas por linhas de código que, em muitos casos, mais se assemelham à censura tão utilizada no Brasil autoritário pré-88. Assim é que surgiram casos de remoção indevida de imagens de contos do Facebook, nas quais havia, por exemplo, mães amamentando seus filhos, mulheres que venceram o câncer após realizarem mastectomia, nús artísticos, beijos entre pessoas do mesmo sexo e até mesmo um incrível caso no qual o cotovelo de uma mulher foi confundido com um seio.

Imagina-se que, se estivesse vivo, Pablo Picasso não poderia compartilhar em tal mídia social uma imagem de sua obra prima “Les Femmes d’Alger (O.J.)”, pelo simples fato de retratar mulheres nuas. A divulgação de tais imagens através de meios físicos (envio de fotos a terceiros, por exemplo) jamais incidiria no mesmo problema, na medida em que a comunicação seria privada. Porém, a mesma tecnologia que permite a propagação do conteúdo em termos nunca antes vistos na história da comunicação entre seres humanos é a mesma que carrega consigo restrições decorrentes das concepções ideológicas daqueles que a criaram. Postagens no Facebook diferem, nesse aspecto, de envio de imagens por e-mail, na medida em que este último é totalmente neutro no que tange à substância das mensagens.

Como exemplo de questões de direitos fundamentais que demandam uma reinterpretação quando o exercício do direito se dá pela Internet podemos mencionar as constantes polêmicas envolvendo páginas de grupos em mídias sociais que avisam acerca dos locais em que ocorrem blitzes de trânsito. O ato de comentar entre amigos acerca da existência de uma blitz em determinada rodovia dificilmente geraria a movimentação de uma autoridade policial, o mesmo ocorrendo caso o diálogo fosse travado via telefone.

Porém, no Espírito Santo a Autoridade Policial Titular de Delitos de Trânsito de Vitória apresentou uma solicitação ao juízo da Vara Especial Central de Inquéritos Criminais daquela cidade, no sentido de “[...] retirar de funcionamento as páginas eletrônicas inclusas nas redes sociais Facebook e Twitter que possuem o objetivo de alertar os condutores capixabas sobre a existência de blitzes” relacionadas a programas de prevenção de acidentes capixaba, conhecida como “Madrugada Viva”. Sem que qualquer entidade representativa da sociedade civil pudesse ser ouvida para apresentar argumentos, foi deferida medida liminar com fundamento no Código de Processo Penal determinando a “imediata extinção” de páginas no Facebook e no Twitter, assim como quebra de sigilo cadastral das referidas contas. Embora digna de críticas e avaliações, a ordem judicial foi cumprida.

Como se pode perceber da narrativa, bem como da análise ainda que superficial dos casos citados, há nítida insegurança jurídica na tratativa de questões que envolvem direitos fundamentais na Internet. Não se pode pretender a aplicação, pura e simples, da legislação existente que foi criada para o mundo “off-line” às relações constituídas no âmbito da grande rede. A análise específica de cada direito fundamental e suas perspectivas de reinterpretação no âmbito da Internet consiste em papel fundamental a ser desempenhado pela academia brasileira. (COLNAGO, 2013, p. 158-160)

É necessário destacar que, em matéria de regulação legislativa, o Brasil ainda é um dos poucos países no mundo a possuir um marco regulatório civil da Internet, ou seja, um lei geral que disciplina as relações civis estabelecidas no âmbito da rede, sem uma excessiva preocupação criminalizante. Como destacado por Lemos, a regulação da Rede deve começar com a fixação de “[...] um marco regulatório civil, que defina claramente as regras e responsabilidades com relação a usuários, empresas e demais instituições acessando a rede, para a partir daí definir uma regras criminais” (LEMOS, 2007). Também Wolkmer apontava no sentido da necessidade de uma regulamentação que permita a coexistência harmônica dos direitos fundamentais quando exercidos via Internet. Segundo ele, “...torna-se fundamental definir uma legislação que venha regulamentar, controlar e proteger os provedores e os usuários dos meios de comunicação eletrônica de massa” (2010, p. 22).

Após muito ser demandada pela doutrina e pela sociedade em geral, a legislação veio. Trata-se da Lei 12.965/2014, que “Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil”. Pode-se afirmar que tal diploma legal representou verdadeiro divisor de águas no Direito brasileiro no que toca à regulação da Internet, sobretudo em razão da proveitosa experiência democrática marcada pela participação multi-nível e na transparência na condução do processo de formação de um anteprojeto de lei, até seu encaminhamento ao Poder Legislativo. O seguinte relato, que descreve parcialmente o processo de construção de tal lei, é deveras pertinente:

A Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, em parceria com o Centro de Tecnologia e Sociedade da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas no Rio de Janeiro, lançou em 29 de outubro de 2009 a primeira fase do processo colaborativo para a construção de um marco regulatório da Internet no Brasil. Propôs à sociedade eixos de discussão abrangendo as condições de uso da Internet em relação aos direitos e deveres de seus usuários, prestadores de serviços e provedores de conexão, e também o papel do Poder Público com relação à Internet.

A ideia do Marco Civil surgiu a partir da concepção do professor Ronaldo Lemos, expressa em artigo publicado em 22 de maio de 2007. Durante a primeira fase dos debates, entre 29 de outubro e 17 de dezembro de 2009, foram mais de oitocentas contribuições, entre comentários, e-mails e referências propositivas em sites.

Partindo dos debates e sugestões da primeira fase, formulou-se a minuta do anteprojeto que voltou a ser debatida, numa segunda fase, em processo de construção colaborativo com participação da sociedade. Os debates públicos dessa segunda fase foram iniciados em 8 de Abril e encerrados em 30 de maio de 2010. O Marco Civil foi descrito pelo então Ministro da Justiça, Luiz Paulo Barreto, como "A Constituição da Internet". (MARCO CIVIL DA INTERNET, 2016)

Até a promulgação da Lei 12.965/2014, o tratamento jurídico a toda e qualquer situação praticada no âmbito da rede e na qual se aplicasse o Direito brasileiro seguiria as mesmas regras já estabelecidas para o mesmo ato, quando praticado *off-line*. Essa constatação gerou inúmeras dificuldades e questionamentos jurídicos, notadamente no que diz respeito à forma de responsabilização civil dos prestadores de serviços na Internet (como provedores de backbone, de acesso, de correio eletrônico, de hospedagem e de conteúdo), aos limites de concessão às autoridades de dados pessoais de usuários, mantidos por tais prestadores de serviço, aos limites do exercício da liberdade de expressão dos usuários e as hipóteses de sua relativização, entre tantas outras.

Em outras palavras, para cada ato jurídico praticado no contexto da Internet, seria necessário proceder à técnica de “tradução” à qual aludiu Lessig. Isso não ocorreu de forma esmerada, na medida em que, na ausência de trabalhos científicos sérios (salvo honrosas exceções) a quem orientar, a jurisprudência demonstrou-se vacilante e errática no que toca à definição dos critérios que orientariam a aplicação do “velho Direito” à “nova realidade”. A

ambiguidade latente trazida com a popularização da Internet e a invasão da rede pelos conflitos de interesses gerou em muitos aplicadores a vontade de simplesmente continuar aplicando o “velho Direito” (como o exemplo da pretensão da incidência da Lei de Imprensa sobre mera atividade individual de divulgação de informações em mídias sociais). Outros, buscando realizar a aludida tradução, também pecaram pelo excesso, como é exemplo a linha interpretativa que atribuía aos provedores de aplicações de Internet uma responsabilidade objetiva por toda e qualquer ofensa praticada por seus usuários, numa leitura alargada e, quiçá, irresponsável do artigo 927 do Código Civil de 2002, pelo qual não se perquire acerca da existência de culpa “[...] quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. Após inúmeros julgados apontando em uma ou outra direção, o STJ assentou, em setembro de 2011, em relação a mensagens ofensivas que: “O dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no site pelo usuário não constitui risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva” conforme estabelecida no art. 927, parágrafo único, do Código Civil. (BRASIL, 2011)

É certo que ao menos em relação à liberdade de expressão na Internet, o período anterior ao Marco Civil da Internet implicava num ambiente regulatório nocivo, na medida em que ainda se aplicava uma concepção absoluta de proteção à imagem individual frente às manifestações expressivas de terceiros, em interpretação no mínimo questionável dos artigos 20 e 21 do Código Civil de 2002:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

Os riscos da interpretação ampliativa de tais artigos foram bem destacado por Ana Paula de Barcellos, em parecer oferecido ao STF por ocasião do julgamento da ADI 4815, na qual se discutia acerca da constitucionalidade da interpretação que condicionava a edição de biografias à prévia autorização da pessoa biografada (“ADI das Biografias”):

Seja como for, é fato que o dispositivo pode ser interpretado de forma inadequada e usado para restringir as liberdades de expressão e informação, como já se tem verificado. A redação da norma contribui em certa medida para esse equívoco pois as expressões “administração da justiça” e “manutenção da ordem pública” não abarcam, em seu sentido mais usual, o princípio geral das liberdades de expressão e de informação. O dispositivo também não faz distinções importantes, como a que decorre de as circunstâncias e fatos serem públicos ou inerentes à intimidade do indivíduo. Assim, é certo que a imagem de uma pessoa (qualquer pessoa) não poderia ser associada a um produto em um comercial sem autorização, mas poderá ser exibida em um jornal quando envolvida em um evento público, não se cogitando aqui de autorização. (BARCELLOS, 2014, p. 51)

No caso citado, o Supremo Tribunal Federal, assim como fizera no julgamento da ADPF 130, lançou claros sinais no sentido do desvalor da censura realizada por decisões judiciais que impedem, por exemplo, a circulação de livros e periódicos. A Corte, considerando a profunda valorização do direito de livremente expressar ideias e relatar a ocorrência de fatos, destinado a concretizar uma sociedade melhor informada e, pois, mais democrática, considerou ser inconstitucional a interpretação (até então suportada por boa parte da doutrina e reiteradamente aplicada pela jurisprudência ordinária) no sentido de que a tutela da imagem, da intimidade e da honra seriam argumentos aptos a legitimar determinações judicial impeditivas da expressão, ou seja, a apreensão de exemplares de escritos (livros, jornais ou periódicos). A fundamentação do julgado (cuja ementa abaixo se transcreve) nos permite concluir com solidez que o Supremo Tribunal Federal adota a doutrina da posição preferencial da liberdade de expressão que, longe de caracterizar tal direito como absoluto, representa simplesmente a aplicação da vontade Constituinte em valorizar a possibilidade de livremente falar, sem o risco de se calar:

AUTORIZAÇÃO PRÉVIA (ART. 5º INCS. IV, IX, XIV; 220, §§ 1º E 2º) E INVIOABILIDADE DA INTIMIDADE, VIDA PRIVADA, HONRA E IMAGEM DAS PESSOAS (ART. 5º, INC. X). ADOÇÃO DE CRITÉRIO DA PONDERAÇÃO PARA INTERPRETAÇÃO DE PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. PROIBIÇÃO DE CENSURA (ESTATAL OU PARTICULAR). GARANTIA CONSTITUCIONAL DE INDENIZAÇÃO E DE DIREITO DE RESPOSTA. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE PARA DAR INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO AOS ARTS. 20 E 21 DO CÓDIGO CIVIL, SEM REDUÇÃO DE TEXTO.

[...]

2. O objeto da presente ação restringe-se à interpretação dos arts. 20 e 21 do Código Civil relativas à divulgação de escritos, à transmissão da palavra, à produção, publicação, exposição ou utilização da imagem de pessoa biografada.

3. A Constituição do Brasil proíbe qualquer censura. O exercício do direito à liberdade de expressão não pode ser cerceada pelo Estado ou por particular.

4. O direito de informação, constitucionalmente garantido, contém a liberdade de informar, de se informar e de ser informado. O primeiro refere-se à formação da opinião pública, considerado cada qual dos cidadãos que pode receber livremente dados sobre assuntos de interesse da coletividade e sobre as pessoas cujas ações, público-estatais ou público-sociais, interferem em sua esfera do acervo do direito de saber, de aprender sobre temas relacionados a suas legítimas cogitações.

5. Biografia é história. A vida não se desenvolve apenas a partir dasoleira da porta de casa.
6. Autorização prévia para biografia constitui censura prévia particular. O recolhimento de obras é censura judicial, a substituir a administrativa. O risco é próprio do viver. Erros corrigem-se segundo o direito, não se coartando liberdades conquistadas. A reparação de danos e o direito de resposta devem ser exercidos nos termos da lei.
7. A liberdade é constitucionalmente garantida, não se podendo anular por outra norma constitucional (inc. IV do art. 60), menos ainda por norma de hierarquia inferior (lei civil), ainda que sob o argumento de se estar a resguardar e proteger outro direito constitucionalmente assegurado, qual seja, o da inviolabilidade do direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem.
8. Para a coexistência das normas constitucionais dos incs. IV, IX e X do art. 5o, há de se acolher o balanceamento de direitos, conjugando-se o direito às liberdades com a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa biografada e daqueles que pretendem elaborar as biografias.
9. Ação direta julgada procedente para dar interpretação conforme à Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível autorização de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo também desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas ou ausentes).

No voto do Ministro Luís Roberto Barroso é defendida claramente a interpretação pela qual a liberdade de expressão deve ostentar de uma posição preferencial: “[...] a meu ver, a liberdade de expressão no Estado brasileiro e na democracia brasileira, por circunstâncias diversas que mencionarei brevemente em seguida, desfruta de uma posição preferencial” (BRASIL, 2015, p. 143). Mais adiante, o Ministro do STF enuncia três razões que justificam a adoção de tal interpretação. Pela primeira razão, a convivência excessivamente tolerante com a censura, desde o passado remoto até o presente recente da nação brasileira (são citados desde a divulgação “cortada” da Carta de Pero Vaz de Caminha sobre o Brasil, até as pressões governamentais para boicotar, via publicidade, os jornais independentes, pressionando-os economicamente) justifica a necessidade de afirmar a reafirmar (mesmo sob risco de alguns exageros) o direito de se expressar. A segunda razão para a aplicação da doutrina da posição preferencial “[...]é que a liberdade de expressão é não apenas um pressuposto democrático, como é um pressuposto para o exercício dos outros direitos fundamentais”, de forma que “é preciso que haja uma livre circulação de fatos, opiniões e ideias para que cada um possa participar esclarecidamente do debate público”. O silenciamento, portanto, prejudica tanto a autonomia privada quanto a autonomia pública. Há ainda a terceira razão, no sentido de que a liberdade de expressão é essencial “[...]para o conhecimento da história, para o aprendizado com a história, para o avanço social e para a conservação da memória nacional”. (BRASIL, 2015, p. 146)

O posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal em relação às biografias é aquele que deve ser aplicado também em relação à regulação jurídica da Internet. Com efeito, ainda que em *obiter dictum*, a Suprema Corte já havia afirmado, quando do julgamento da ADPF 130, que em relação à Internet “[...] não há como se lhe recusar a qualificação de território virtual livremente veiculador de ideias e opiniões, debates, notícias e tudo o mais que signifique plenitude de comunicação”. (BRASIL, 2009, p. 4).

Se a liberdade de expressão, a despeito de sua verdadeira entronização valorativa pela Constituição de 1988, tem um histórico de nítida desvalorização (a ser abordado no tópico seguinte, que envolve desafios ligados às Normas Sociais), com as expressões manifestadas via Internet não haveria de ser diferente. Lamenta-se constatar que, ainda hoje, o número de casos concretos submetidos ao Judiciário em que a liberdade de expressão na Internet é afastada sem maiores considerações, em nome de uma proteção à honra ou à imagem individual, é enorme. Em trabalho anterior, foram registrados conhecidos casos concretos, todos anteriores à vigência do Marco Civil da Internet, que bem demonstram como uma proteção por demais alargada da esfera de proteção da imagem individual pode acarretar efeitos deletérios ao direito de livremente se expressar:

Citam-se, a seguir, exemplos recentes em que a liberdade de expressão sofreu censura em prol de outros direitos fundamentais:

a) Caso Fernando Sarney: O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios proibiu o jornal “O Estado de São Paulo” de publicar quaisquer matérias que vinculassem Fernando Sarney (filho do Senador José Sarney) à operação “Boi Barrica” da polícia federal, sob o argumento de que os documentos obtidos pelo jornal seriam sigilosos;

b) Caso Roberto Carlos: o cantor Roberto Carlos obteve várias decisões judiciais no sentido de proibir, sob pena de apreensão, a publicação de obras sobre a sua vida, fundando-se em uma suposta violação à sua honra e esfera privada;

c) Caso Falha de São Paulo: o jornal “Folha de São Paulo” teve proferida em seu favor decisões judiciais que determinaram a remoção do ar do site “Falha de São Paulo”, o qual reproduzia, em tom de crítica e caricatura, o leiaute do site original da “Folha”, substituindo-o por falsas notícias escritas em nítido caráter humorístico;

d) Caso Consultor Jurídico: o empresário Luiz Bottura, em ação ajuizada em face de vários veículos de comunicação digital (figuram como demandados ou terceiros interessados: IG, Registro.br, Yahoo Brasil, Globo, Terra, Google, NIC.Br, Microsoft, Midia Max e Jornal da Cidade) obteve decisão judicial que determinou ao Núcleo de Informação e Coordenação do ponto Br (NIC.Br) a ordem genérica de “bloqueio das URLs ofensivas ao autor da citada ação, cujo nome é Luiz Eduardo Auricchio Bottura”, afetando substancialmente a revista eletrônica “Consultor Jurídico”, que nem parte é do processo. (COLNAGO; COURA, 2015, p. 9-10)

Ronaldo Lemos também descreve o caso do consumidor Maritônio que, insatisfeito com o atraso na entrega de seu automóvel pela montadora FIAT, criou website em que protestava contra o fato. A montadora, todavia, demandou-o judicialmente, conjuntamente com o provedor de hospedagem Locaweb, obtendo liminar para remoção do conteúdo sob o argumento de que estaria ocorrendo violação de direitos autorais e direitos de marca pelo mero fato de o website se utilizar da logomarca da companhia, como forma óbvia de identificar o caso à empresa (LEMOS, 2005, p. 57-58).

Uma rápida consulta a mecanismos de busca da Internet leva à verificação de que casos como os citados acima são quase que corriqueiros. No ano de 2013, um juiz da cidade de Limeira/SP expediu ordem judicial liminar, sem contraditório, na qual proibia um advogado de acessar várias mídias sociais, como Facebook e Twitter. O motivo seria a prática de eventuais crimes contra a honra de promotor que oficiaria junto à citada comarca (MARCHEZI, 2013). No mesmo ano, um morador foi proibido por ordem judicial de criticar, no Facebook, uma obra de construtora realizada próxima à sua residência, na cidade de São Paulo. Segundo o Judiciário, ele ficaria proibido de “[...] postar mensagens contra a obra e de liderar qualquer manifestação física no raio mínimo de 1 km de distância do projeto”. Em sede recursal, as “manifestações físicas” foram liberadas mas, contraditoriamente, o morador continuou com sua presença virtual censurada. Segundo o Relator do caso no TJSP, os protestos contra o empreendimento poderiam gerar “danos irreparáveis” à imagem da empresa e “atrapalhar na comercialização das unidades futuras do empreendimento” (G1, 2013). Trata-se de mais um lamentável capítulo da triste história de desvalorização do direito de se expressar livremente, que restou, nos casos citados, condicionado a uma tutela quase que absoluta da imagem alheia, seja de uma autoridade, seja de uma empresa.

Infelizmente, notícias envolvendo o Brasil e a determinação de remoção de conteúdo na Internet (uma lamentável censura, em muitos casos), tem sido por demais comum (VELOSO, 2012). Em seu relatório de transparência, o Google exemplifica alguns casos de solicitação de remoção de conteúdo e as providências que foram tomadas, como a suspensão de conteúdo enquanto perdurasse o processo (e seu restabelecimento após o autor não ter sucesso) ou ainda o acolhimento da determinação, com a remoção de conteúdos e de resultados.

Ainda há, porém, esperança na liberação da expressão contra as mordidas da censura, materializada em julgados exemplares advindos não somente do Supremo Tribunal Federal, mas também do Superior Tribunal de Justiça. Em caso paradigmático no qual se

discutia o direito de obter judicialmente a filtragem e a desindexação de resultados de busca sempre que determinada expressão fosse lançada, a Corte Superior assentou que tais provedores não podem ser forçados a deletar “[...] resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página onde este estiver inserido”. Da mesma forma, “Não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na web, reprimir o direito da coletividade à informação”, concluindo:

Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de informação assegurada pelo art. 220, § 1º, da CF/88, sobretudo considerando que a Internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa. (BRASIL, 2012)

Além dos casos de ordens judiciais determinando a retirada de determinados conteúdos da Internet, um dos maiores problemas envolvendo a liberdade da expressão na Internet no período anterior ao Marco Civil na Internet consistia na prevalência informal de um sistema de “notificação e derrubada” (consagrado na práxis norteamericana como *notice and takedown*). Referido sistema funcionava da seguinte forma: sempre que constatava a existência de expressão indevida na Internet (especificamente para casos de violação de direitos autorais, muito embora a aplicação pudesse ser mais ampla) a pessoa que se sentia lesada encaminharia diretamente ao provedor do serviço de hospedagem daquele conteúdo uma notificação, informando o endereço específico do conteúdo (endereço URL – *uniform resource locator* - definido) e pleiteando a sua imediata remoção, sob pena de caracterizar a responsabilidade patrimonial do próprio prestador de serviço. A questão é bem explicada por Ronaldo Lemos:

Nesse sentido, na tentativa de bloquear a facilidade de circulação de material protegido por direito autoral, o DMCA previu uma série de mecanismos que imputariam a terceiros a responsabilidade por tais violações. Um exemplo disso é a imputação aos provedores de serviços de acesso (PSAs) e provedores de serviços online (PSOs) na internet da responsabilidade por infrações a direitos autorais cometidas por seus usuários. Note-se o impacto dessas disposições: o DMCA cria um mecanismo em que socializa a responsabilização por violações a bens intelectuais, estendendo tal responsabilidade àqueles que não foram propriamente agentes dessas violações. Mais ainda, o DMCA cria uma série de “portos seguros” (*safe harbors*), para isenção de responsabilidade. Estes nada mais são do que um rol de requisitos que, se atendidos, excluem a possibilidade de se responsabilizar um provedor pelas violações cometidas por seus usuários. Dessa forma, suas normas têm um impacto direto sobre a organização dos provedores e o modo como estes lidam com a disseminação da informação, como se verá adiante.

[...]

O DMCA tem funcionado como legislação modelo na maioria dos países para criação de dispositivos legais de responsabilização de provedores. Ele adota um equilíbrio de interesses objetivo, no qual são privilegiados os interesses dos detentores de direitos autorais. Para isso, o DMCA cria uma regra pela qual o

provedor, quando notificado de que violações a direitos autorais estão sendo perpetradas através de seus sistemas, fica obrigado a remover o conteúdo imediatamente. O provedor, por sua vez, não tem nenhum incentivo legal para questionar a fundamentação jurídica da notificação e, por isso, remove o conteúdo na maioria absoluta dos casos (LEMOS, 2005, p. 32-33, 63)

Lemos também fornece exemplos concretos de uso nitidamente abusivo da técnica da notificação extrajudicial para a remoção de conteúdo, destacando os efeitos deletérios que ela exerce sobre uma expressão que deveria ser livre:

Veja-se o exemplo paradigmático do que aconteceu com o website satírico “Cocadaboa”. Seu provedor, a empresa Braslink Network Informática, recebeu carta de advogados, solicitando a retirada de conteúdo desse website, que consistia em uma suposta entrevista feita com personalidade da televisão. O resultado foi que, por pressão do provedor, o material foi retirado do website, ainda que não tenha havido qualquer violação a direito autoral ou qualquer outro direito de propriedade intelectual, nem a configuração de qualquer crime de calúnia, injúria ou difamação, o que dificilmente teria acontecido, dado o caráter satírico do site.

[...]

Há ainda outras iniciativas semelhantes e igualmente abusivas, como a que aconteceu com a escritora carioca Elvira Vigna⁴⁶ em 2002, no Rio de Janeiro. Por incluir em seu website uma crítica literária escrita pela autora Beatriz Resende, ela recebeu também uma notificação solicitando a retirada do material – algo descabido, uma vez que não havia qualquer violação de direito autoral ou qualquer outra forma de propriedade intelectual, quanto mais outras ilicitudes, pela própria natureza do artigo. (LEMOS, 2005, p. 46, 48-49)

Também é digno de nota o caso envolvendo o blog “Resenha em 6”, destinado a realizar análises e resenhas de estabelecimentos comerciais. Em postagem intitulada “O Pior Bar do Sistema Solar”, os autores do blog atribuem a determinado estabelecimento, de forma irônica, o título em questão. Em razão disso, os advogados da empresa encaminharam notificação extrajudicial, sob o argumento de que teria ocorrido ofensa à honra objetiva do estabelecimento, demandando a remoção da postagem, sob pena de iniciar demanda judicial. A postagem foi removida, sob o receio de que os autores do blog pudessem ser responsabilizados. Após a comoção causada pelo caso na Internet, a postagem foi posteriormente reintroduzida no blog, sem todavia ignorar os diversos obstáculos impostos ao mero exercício da liberdade de externar uma opinião. (BARRETO, 2009).

Todos os casos narrados acima decorreram da inexistência de uma regulamentação legislativa clara sobre o exercício da liberdade de expressão na Internet e a atribuição de responsabilidade, individual ou compartilhada, pelos atos praticados por cada um dos indivíduos envolvidos (usuários, provedor de conexão, provedor de aplicação, dentre outros). Essa omissão legislativa levou à prevalência, ainda que informal, do sistema de notificação e

derrubada que, apesar de possuir alguns pontos positivos, acaba sendo negativo ao desenvolvimento de um regime de liberdade de expressão, como apontado por Leonardi:

Além de estabelecer o grau de conhecimento necessário que um provedor deve ter para bloquear o acesso a conteúdo ilícito, a principal vantagem do sistema de *notice and take down* é permitir aos provedores de serviços tomar conhecimento da existência de material ilegal em seus servidores e removê-lo sem a necessidade de medidas judiciais específicas com os mesmos propósitos.

A falta de uma definição clara, no sistema europeu, sobre o que representa o grau de conhecimento necessário para bloquear o acesso a informações acarreta o risco de que provedores de hospedagem passem a bloquear o acesso a todo tipo de material apontado como ilegal, mesmo em casos duvidosos, temerosos que estarão de serem responsabilizados pelo conteúdo encontrado.

Agravando este problema, o sistema europeu deixou de abordar, ao contrário do sistema norte-americano, a responsabilidade pelos danos causados em razão de bloqueio injustificado do acesso a informações por parte dos provedores de hospedagem.

Com relação a tal questão, o Digital Millennium Copyright Act isenta de responsabilidade os provedores de hospedagem que, após receber notificação para fazê-lo, bloqueiam o acesso a informações consideradas ilícitas, desde que eles informem previamente o provedor de conteúdo a respeito de tal bloqueio.

(LEONARDI, 2005, p. 60)

Esse estado de profunda omissão do legislador levou ao que chegamos a denominar de “paralisia na concretização dos direitos fundamentais na rede” (COLNAGO, 2013, p. 150). Da defesa que fizemos naquela ocasião, em período anterior à promulgação do Marco Civil da Internet, destaca-se o seguinte trecho relevante:

Como se pode perceber da narrativa, bem como da análise ainda que superficial dos casos citados, há nítida insegurança jurídica na tratativa de questões que envolvem direitos fundamentais na Internet. Não se pode pretender a aplicação, pura e simples, da legislação existente que foi criada para o mundo “off-line” às relações constituídas no âmbito da grande rede. A análise específica de cada direito fundamental e suas perspectivas de reinterpretação no âmbito da Internet consiste em papel fundamental a ser desempenhado pela academia brasileira. (COLNAGO, 2013, p. 160)

Embora a mobilização acadêmica a que o trecho se referia não tenha ocorrido de maneira tão expressiva, não se pode ignorar que grande parte dos ativistas que colaboraram com a edição do Marco Civil da Internet são pessoas que efetivamente dedicaram precioso tempo de suas vidas para buscar um objetivo que fosse de interesse público: uma Internet mais livre e em que as pessoas não precisem ter receio ao expressar o que pensam.

Em parte decorrente do panorama de nítida omissão legislativa, não são poucos os dispositivos do Marco Civil da Internet que são dedicados à demonstração da importância da liberdade de expressão para a Rede. O direito de livremente se expressar é citado já no *caput* do artigo 2º, que enuncia os fundamentos da disciplina do uso da Internet no Brasil:

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

I - o reconhecimento da escala mundial da rede;

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

III - a pluralidade e a diversidade;

IV - a abertura e a colaboração;

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

VI - a finalidade social da rede.

A expressão livre também é prestigiada como princípio da disciplina do uso da Internet (artigo 3º, I) e, indiretamente, nos objetivos da regulação da Internet, dentre os quais se encontra a promoção “do acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos” (artigo 4º, II). Também no artigo 8º é estabelecido que “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”.

Ademais, cabe registrar que como a Internet é um meio de viabilizar a expressão humana, todas as regras que visem a sua manutenção enquanto rede estável e aberta tendem a ser vistas também como forma de expandir a capacidade de expressão humana. Como tal, serão regras que, indiretamente, protegerão a liberdade de expressão. Assim ocorre, por exemplo, com as regras acerca da neutralidade de rede (art. 9º), com as normas de proteção aos registros, aos dados pessoais e às comunicações privadas (arts. 10 a 12), das regras de guarda de registros de conexão (art. 13) ou de acesso a aplicações (art. 14), dentre tantas outras ali estabelecidas.

Todavia, as regras mais relevantes do Marco Civil da Internet sobre liberdade de expressão não são aquelas que simplesmente a consagram de forma simbólica, mas as que instrumentalizam e geram impacto imediato sobre a capacidade humana de se manifestar. Trata-se dos artigos 19 a 21, que versam sobre os pressupostos para a responsabilização patrimonial dos provedores de aplicações de Internet em relação a conteúdo gerado por terceiros, seus usuários. Tais regras consistem em verdadeira inversão da prática até então corrente no Direito brasileiro que, a despeito da inexistência de previsão expressa, consagrara implicitamente a concepção da “notificação para derrubada”, fundado na tutela da honra e da imagem individual de pessoas eventualmente afetadas pela manifestação expressiva

hospedada pelo prestador de serviço. Com bem destaca Leonardi, a remoção ou não de conteúdo tido por ilícito e a responsabilidade das plataformas que instrumentalizam a publicação de conteúdo na Internet por terceiros são pontos que sempre suscitaram grande controvérsia na Internet em geral e no Brasil em particular (2014, p. 628). O intuito legislativo, neste caso, é claro: tornar as regras de responsabilização mais claras e impedir que meras notificações extrajudiciais induzam a uma indevida censura privada da expressão que deveria ser livre.

A Lei do Marco Civil da Internet busca estabelecer essas responsabilidades em alguns dispositivos, que devem ser interpretados em conjunto e de forma sistemática. São eles os artigos 19, 20 e 21, a seguir transcritos:

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.

O *caput* do artigo 19 veicula importantíssima regra de atribuição e prevenção de responsabilidade civil dos provedores de aplicação de Internet (assim entendido toda pessoa que forneça um “conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet”, nos termos do artigo 5º, inciso VII da Lei), estabelecendo os seguintes pressupostos para sua configuração: a) existência de ordem judicial específica que determine a indisponibilidade do conteúdo apontado como infringente, e b) omissão do provedor em tomar as providências necessárias à indisponibilização, dentro do prazo assinalado. Note-se que a lei fala em “tornar indisponível o conteúdo”, o que consiste em providência de veras distinta da exclusão, que representa o apagamento total dos dados – medida que, em tese, seria desproporcional ante à provisoriedade e reversibilidade da ordem judicial. Assim, o conteúdo que seja suspenso provisoriamente pode vir a ser restabelecido, nos casos em que a ordem judicial seja revertida, mediante recursos ou outras causas.

A determinação advinda do Judiciário também deve preencher determinados requisitos para a configuração da possibilidade de responsabilização do provedor de aplicação de Internet. Assim, além de observar os limites técnicos inerentes ao serviço do provedor (art. 19, *caput*), é necessário que a ordem indique especificamente qual o conteúdo apontado como infringente, de forma a permitir a localização inequívoca do material (art. 19, § 1º). É certo que mesmo antes da citada previsão legal, ordens judiciais genéricas já eram consideradas

como desproporcionais, na medida em que impunham ao provedor de aplicação um dever não trivial de estabelecer filtragem prévia de todo e qualquer conteúdo gerado por terceiros, o que certamente inviabilizaria o modelo de negócios de qualquer empreendedor da Internet, seja pela excessiva burocratização e perda de dinamicidade inerente ao serviço, seja pelo alto custo necessário à implantação de tal filtragem.

Um dos pontos de crítica do Marco Civil da Internet foi a manutenção do sistema de “notificação e remoção” para os casos que envolvam infrações a direitos de autor ou direitos a eles conexos. Essa particularidade é uma consequência do § 2º do artigo 19, segundo o qual “A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal”. Essa conclusão é reforçada pela literalidade do artigo 31 da Lei em questão:

Art. 31. Até a entrada em vigor da lei específica prevista no § 2o do art. 19, a responsabilidade do provedor de aplicações de internet por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, quando se tratar de infração a direitos de autor ou a direitos conexos, continuará a ser disciplinada pela legislação autoral vigente aplicável na data da entrada em vigor desta Lei.

O § 2º do artigo 19 e o artigo 31 do Marco Civil consistem em “ponto fora da curva” em relação aos objetivos declarados de proteção e preservação da liberdade de expressão, em especial sob o aspecto do fomento às inovações culturais. Assim como no Brasil temos o problema da interpretação expansiva da proteção à honra e imagem individuais, outros países sofrem com uma proteção excessiva dos direitos autorais, que levam à clandestinidade inúmeras produções que são baseadas em trabalhos já existentes, sob o signo do *fair use*. Sobre esse ponto, cabe transcrever a crítica de Lessig à interpretação absolutista em relação à necessidade do *copyright* nos Estados Unidos:

De fato, todas as sociedades tem uma certa parcela de sua cultura livre para ser usada — sociedades livres mais que outras menos livres, talvez, mas todas as sociedades possuem essa liberdade em algum grau.

A questão difícil é então não se uma cultura deve ser livre. Todas a são em algum nível. A pergunta difícil é “O quão livre deve ser essa cultura?” O quão livre e o quão amplamente é livre essa cultura para outros poderem aproveitar e criar em cima dela? Essa liberdade é limitada a membros do partido? Da realeza? Para as dez corporações mais valorizadas da Bolsa de Nova Iorque? Ou essa liberdade deve ser disseminada amplamente? Para artistas em geral, afiliados ao Louvre ou não? Para músicos em geral, brancos ou não? Para diretores de cinema em geral, sejam eles afiliados à Academia de Hollywood ou não?

Culturas livres são culturas que deixam uma grande parcela de si aberta para outros poderem trabalhar em cima; conteúdo controlado, ou que exige permissão, representa muito menos da cultura. A nossa cultura era uma cultura livre, mas está ficando cada vez menos livre. (LESSIG, 2004, p. 28)

Além do mais, a previsão dos direitos de autor como exceção ao sistema acaba tornando-o casuístico e representando uma valoração quiçá incompreensível, sobretudo quando considerados os valores constitucionais que se buscou concretizar com o Marco Civil da Internet e as demais exceções nele previstas, como se verá a seguir com o artigo 21 da lei.

Os demais parágrafos do artigo 19 versam sobre questões processuais, como a possibilidade de ajuizamento de demandas perante os juizados especiais quando as causas versarem sobre “[...] ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet” (§ 3º) ou ainda sobre a competência do magistrado em conceder tutelas de urgência antecipatória, “existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet” (§ 4º).

O *caput* do artigo 20 estabelece obrigação ao provedor que cumprir eventual ordem de remoção (nos termos do artigo 19), de forma que, em havendo meios de contatar o usuário responsável pelo conteúdo questionado, deva lhe comunicar as razões que levaram à indisponibilização de conteúdo, “[...] com informações que permitam o contraditório e a ampla defesa em juízo, salvo expressa previsão legal ou expressa determinação judicial fundamentada em contrário”. É clara a vontade legislativa de fugir dos problemas do sistema de “notificação e remoção”, sobretudo a inexistência de transparência ao autor da manifestação expressiva, acerca dos motivos da censura sobre o material por ele gerado, bem como a impossibilidade prática de se defender em juízo sobre algo de que sequer se tem conhecimento. Essa obrigação somente se excepciona por previsão legal expressa ou ordem específica em sentido contrário, o que pode ser factível em situações nas quais a indisponibilização decorra de fatos nitidamente criminosos, como a manutenção e postagem de imagens de crimes graves e a necessidade de manter investigação (temporariamente) sigilosa em relação a eles. Complementa-se o conjunto normativo de transparência do artigo 20 com a previsão de seu parágrafo único, segundo o qual as razões que levaram à suspensão do conteúdo, materializadas em ordem judicial ou existentes outros fundamentos, podem vir a constar no lugar do conteúdo original, mediante pedido do usuário. Trata-se de salutar mecanismo destinado a conferir transparência à atuação estatal judiciária que acarreta a

subtração (ainda que provisória) de uma expressão da Internet, assim como permitir o livre debate acerca do acerto ou desacerto da questão.

Já o artigo 21 do Marco Civil traz outra exceção à regra do artigo 19, ao permitir outra situação de responsabilização mediante mera comunicação extrajudicial seguida de não remoção de conteúdo. Ao contrário do que ocorre com a questão dos direitos autorais, todavia, nos parece que neste ponto andou bem o legislador, na medida em que a citada exceção tem por objetivo proteger pessoas geralmente indefesas que sofrem com a indiscrição ou mesmo com a tentativa de vingança de alguém com quem antes se relacionou amorosa ou sexualmente. Diz o artigo 21 que a responsabilização do provedor de aplicações poderá ocorrer de forma subsidiária quando ocorre “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”, bastando para tanto que haja notificação oriunda de pessoa participante ou de seu representante legal, seguida da omissão do provedor em tornar o conteúdo indisponível, de forma diligente:

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.

Seguindo a regra geral do artigo 19, o parágrafo único do artigo 21 exige que a citada notificação “[...] 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”.

Leonardi elogiou profundamente o novo modelo de responsabilização civil dos provedores de serviço, quando o Marco Civil da Internet ainda era um projeto legislativo. Segundo sustenta, “É preciso compreender que diversos fatores econômicos, sociais e jurídicos justificam a isenção de responsabilidade para provedores pois do contrário haveria retração do uso de ferramentas e plataformas online, com prejuízos diretos aos usuários”. Alguns dos fatores podem ser assim resumidos: a) Provedores de serviços na Internet têm uma importante função social, b) A proteção dos provedores promove a liberdade de expressão, o acesso à informação, à educação e à cultura. c) Provedores de serviços na Internet exercem grande variedade de papéis econômicos, d) A proteção dos provedores fomenta a inovação nacional (LEONARDI, 2012).

No mesmo sentido aponta a constatação de Celina Beatriz:

Por conta da ausência de norma em relação à remoção de conteúdo e à responsabilidade dos provedores de internet, imperava a insegurança jurídica que acabava favorecendo a censura privada preventiva feita por empresas que, para evitar problemas, retiravam do ar conteúdos postados por terceiros após receberem simples notificação de outros usuários. Agora, com as regras do Marco Civil, a expectativa é que a liberdade de expressão do usuário seja fortalecida com a segurança de que apenas conteúdos comprovadamente ofensivos e criminosos sejam removidos do ar. (BEATRIZ, 2014, p. 70-71)

Ademais, há que se destacar a advertência do Relator Especial para a Liberdade de Expressão das Nações Unidas, Frank La Rue, no que pertine às consequências da responsabilização dos intermediários para o exercício da livre expressão²⁹:

Intermediários realizam um papel fundamental ao permitir que usuários da Internet exerça seu direito fundamental de livre expressão e acesso à informação. Dado sua influência sem precedentes sobre como e o que circula na Internet, Estados têm buscado cada vez mais exercer controle sobre eles e responsabilizá-los por omissão sempre que terceiras consigam acesso a conteúdo considerado ilegal.

O Relator Especial destaca que medidas de censura não devem jamais ser delegadas a entidades privadas, assim como os intermediários não devem nunca ser considerados responsáveis ao se recusar a tomar medidas que violem direitos humanos. Qualquer solicitações feitas e intermediários para prevenir acesso a certo conteúdo, ou para compartilhar informação privada por razões estritas e limitadas, como a administração da Justiça Criminal, deve ocorrer mediante uma ordem emitida pelo Judiciário ou por um corpo competente que seja independente de quaisquer influências políticas, comerciais ou outras.

²⁹ Tradução livre. Segue original: “74. Intermediaries play a fundamental role in enabling Internet users to enjoy their right to freedom of expression and access to information. Given their unprecedented influence over how and what is circulated on the Internet, States have increasingly sought to exert control over them and to hold them legally liable for failing to prevent access to content deemed to be illegal. 75. The Special Rapporteur emphasizes that censorship measures should never be delegated to private entities, and that intermediaries should not be held liable for refusing to take action that infringes individuals’ human rights. Any requests submitted to intermediaries to prevent access to certain content, or to disclose private information for strictly limited purposes such as administration of criminal justice, should be done through an order issued by a court or a competent body which is independent of any political, commercial or other unwarranted influences. 76. In addition, while States are the primary duty-bearers of human rights, the Special Rapporteur underscores that corporations also have a responsibility to respect human rights, which means that they should act with due diligence to avoid infringing the rights of individuals. The Special Rapporteur thus recommends intermediaries to: only implement restrictions to these rights after judicial intervention; be transparent to the user involved about measures taken, and, where applicable, to the wider public; provide, if possible, forewarning to users before the implementation of restrictive measures; and minimize the impact of restrictions strictly to the content involved. Finally, there must be effective remedies for affected users, including the possibility of appeal through the procedures provided by the intermediary and by a competent judicial authority. 77. The Special Rapporteur commends the work undertaken by organizations and individuals to reveal the worldwide status of online impediments to the right to freedom of expression. He encourages intermediaries in particular to disclose details regarding content removal requests and accessibility of websites. Additionally, he recommends corporations to establish clear and unambiguous terms of service in line with international human rights norms and principles and to continuously review the impact of their services and technologies on the right to freedom of expression of their users, as well as on the potential pitfalls involved when they are misused. The Special Rapporteur believes that such transparency will help promote greater accountability and respect for human rights”. (LA RUE, 2011, p. 20-21)

Ademais, enquanto Estados são os principais sujeitos passivos dos Direitos Humanos, o Relator Especial destaca que as empresas também possuem um dever de respeitar os direitos humanos, o que significa que eles devem agir com a diligência devida para evitar infringências a direitos individuais. O Relator Especial por isso recomenda aos intermediários que: somente implementem restrições a tais direitos após intervenção judicial; sejam transparentes em relação ao usuários envolvidos sobre as medidas tomadas e, quando aplicável, ao público em geral; fornecer, se possível, aviso prévio a usuários antes da implementação de medidas restritivas; e limitar o impacto de restrições exclusivamente ao conteúdo envolvido. Finalmente, devem existir instrumentos eficazes para usuários afetados, incluindo a possibilidade de recurso através dos procedimentos estabelecidos pelos intermediários e pela competente autoridade judicial.

O Relator Especial recomenda o trabalho realizado por organizações e indivíduos com vistas a revelar a situação mundial de restrições online para o exercício da liberdade de expressão. Ele exorta os intermediários em particular a informar detalhes relacionados a solicitações de remoção de conteúdo e de acessibilidade a websites. Em adendo, ele recomenda às empresas estabelecer termos de serviço claros e sem ambiguidade, alinhados com costumes e princípios do direito humanitário internacional e a continuamente revisar o impacto de seus serviços e tecnologias sobre o direito à livre expressão de seus usuários, assim como aos potenciais consequências negativas envolvidas quando elas sejam usadas com desvio. O Relator Especial acredita que tal transparência ajudará a promover uma maior prestação de contas e respeito a direitos humanos. (LA RUE, 2011, p. 20-21)

Para Leonardi, o novo regime jurídico da remoção de conteúdo, que demanda ordem judicial específica e alta transparência, se assim desejado pelo usuário, foi extremamente benéfico, na medida em que o regime jurídico anterior (fundado na responsabilidade civil em geral e na tutela genérica da honra e da imagem pessoal) incentivava a remoção arbitrária de conteúdo, a censura temporária e acarretava abusos frequentes, podendo ainda ser desproporcional por ausência de granularidade - remoção de todo um site, em vez de uma postagem específica, por exemplo (2014, p. 629).

Os efeitos benéficos do novo regime jurídico trazido pelo Marco Civil já são perceptíveis. Situações como a vivenciada pelo blog “Resenha em 6” já são consideradas nitidamente ilegais e notificações extrajudiciais que versem sobre alegação genérica de violação à imagem e à honra (não tratando dos casos excepcionais do artigo 21 – divulgações de imagens de nudez e de atos sexuais) tem sido sumariamente rejeitadas pelos provedores de aplicação. É possível encontrar relatos no relatório de transparência do Google, como uma solicitação de promotor de justiça feita em 2014 “pedindo a remoção de uma postagem do blog sobre o envolvimento de um juiz em um esquema de corrupção”, acerca da qual houve rejeição, por não se tratar de ordem judicial.

O mesmo relatório indica que o ápice de solicitações de remoção de conteúdo no Brasil ocorreu no semestre finalizado em junho de 2013, com 2511 pedidos não judiciais e 1335 ordens advindas do Judiciário (GOOGLE, 2016). Trata-se de crescimento relevante se

comparado com o semestre anterior (em dezembro de 2012 ocorreram 828 pedidos não judiciais e 1461 ordens judiciais de remoção), mas que talvez possa ser justificado pelas inúmeras manifestações populares que tomaram conta do país naquele período, que foi denominado por alguns como “jornadas de junho de 2013”. No dia 20 de junho de 2013, por exemplo, cerca de 100 mil pessoas foram às ruas de Vitória, capital do Estado do Espírito Santo, para protestar contra uma série difusa de problemas que assolam a vida do brasileiro, da corrupção aos privilégios, das eficiências e deficiências seletivas do Poder Público, tendo ficado conhecida a expressão “padrão Fifa” (em alusão à Copa das Confederações realizadas naquele ano, preparatórias para a Copa do Mundo de Futebol do ano seguinte), estimando-se que, naquele dia, cerca de 1 milhão de brasileiros saíram às ruas (GAZETAONLINE, 2013). Neste sentido, descrevem Chai e Almeida:

Em junho de 2013 eclodiu uma série de manifestações populares que tomaram as ruas das capitais e principais cidades do Brasil. Os protestos, iniciados com a reivindicação específica da revogação do aumento da passagem do transporte coletivo na cidade de São Paulo, reunindo inicialmente centenas de estudantes, ganharam corpo e tomaram grandes proporções atingindo, no Rio de Janeiro um público estimado de 300 mil pessoas, como havia muito não se via.

A pauta dessas manifestações foi bastante ampla, solicitando melhorias no sistema público de saúde e de educação, prestação de contas dos excessivos gastos públicos em grandes eventos esportivos, contra a violenta repressão policial, entre outros assuntos, conforme se via nos cartazes espalhados nas mãos do povo. Por conta da dimensão dos protestos, os gestores passaram a atender às reivindicações populares, com o cancelamento dos aumentos das tarifas do transporte público, a elaboração de planos de mobilidade urbana e a apreciação de várias leis e Propostas de Emendas Constitucionais que estavam paralisadas no Congresso Nacional. (2014, p. 216)

No segundo semestre de 2013 o número de pedidos e ordens de remoção caiu para, respectivamente, 1661 e 1444, crescendo parcialmente em junho de 2014 (época da entrada em vigor do Marco Civil da Internet, no final do mês). A despeito da excepcionalização dos pedidos não judiciais de remoção de conteúdo (que ficaram restritos, com a nova lei, a casos de violações sérias à intimidade – art. 21 - e desrespeito a direitos autorais – art. 19, § 2º), o recebimento pelo Google de pedidos administrativos de remoção de conteúdo tem crescido: 1.895 no segundo semestre de 2014 e 2.009 no primeiro semestre de 2015. Nos mesmos períodos, as ordens judiciais foram em número de 1628 e 1368, respectivamente.

Embora o Google não responda pela integralidade dos provedores de aplicação de Internet, a emissão de relatório com o detalhamento das origens dos pedidos (se decorrentes do Poder Judiciário ou de outras autoridades não judiciais) confere uma enorme transparência para os usuários, representando esforço digno de elogios.

O Facebook, outro provedor de aplicações altamente popular, com bilhões de usuários, também produz relatório similar, muito embora não faça a identificação de acordo com a origem da solicitação, se judicial ou não. Trata-se de omissão impactante, na medida em que a Lei 12.965/2014 confere enorme relevância à origem do pedido de remoção – adotando a ordem judicial como regra e a notificação extrajudicial como exceção, conforme já descrito. Segundo o relatório do Facebook, o número de pedidos de solicitação de dados (que podem incluir desde meros pedidos de acesso à informação até solicitações de remoção de conteúdo) formulados no Brasil segue o seguinte quantitativo (FACEBOOK, 2016):

Período	Solicitações	Usuários/contas solicitados	Porcentagem de solicitações em que dados são produzidos	Número de itens cujo conteúdo sofreu restrição
2013/1	715	857	33%	0
2013/2	1165	1651	33,82%	0
2014/1	1307	2269	35,2%	0
2014/2	1212	1967	34,32%	3
2015/1	1265	1954	39,94%	7
2015/2	1655	2673	41,27%	34

Segundo informações do próprio Facebook, o quantitativo acima se refere a todos os serviços fornecidos pela empresa, incluindo não somente a rede social em questão, mas também os serviços de mensagens Messenger e WhatsApp e a rede social de compartilhamento de fotos Instagram.

Também a Apple, fabricante de dispositivos extremamente populares como o iPhone e o iPad, divulga relatórios em que comunica ao público acerca de solicitações oriundas do Poder Público. Cabe aqui a mesma crítica formulada em relação ao Facebook: embora toda iniciativa por transparência seja elogiável, a empresa não diferencia solicitações administrativas de ordens judiciais. Também é digno de crítica o fato de os relatórios em si serem editados somente em inglês com exceção do relatório relativo ao segundo semestre de 2014, muito embora a página sobre o tema tenha sido traduzida para o Português, no caso brasileiro. Seguem os dados, organizados em relação a pedidos de informação sobre contas e pedidos de informação sobre dispositivos, respectivamente (APPLE, 2016):

Período	Pedidos	Contas	Contas em que foram fornecidas informações	Pedidos que foram objeto de oposição	Pedidos em que informação foi negada	Pedidos em que informação não relacionada a conteúdo foi fornecida	Pedidos em que alguma informação for fornecida
2013/1	8	8	0	8	8	0	0
2013/2	4	6	2	4	2	2	0
2014/1	2	3	0	1	2	0	0
2014/2	3	3	1	0	2	1	0
2015/1	4	4	3	0	1	3	0
2015/2	32	63	56	4	1	13	18

Período	Pedidos	Dispositivos constantes dos pedidos	Pedidos em que alguma informação foi fornecida	Percentual de pedidos em que alguma informação foi fornecida
2013/1	34	5057	2	6%
2013/2	20	20	5	25%
2014/1	12	693	11	92%
2014/2	24	2674	18	75%
2015/1	26	437	22	85%
2015/2	55	357	44	80%

No início do presente tópico formulamos crítica ao que chamamos de “interpretação retrospectiva”, caminho fácil do jurista para os casos difíceis envolvendo a necessidade de “tradução” (Lessig). Naquele ponto, a crítica era destinada ao período anterior ao Marco Civil da Internet, em que os aplicadores do Direito buscavam aplicar o “velho Direito à nova realidade digital” (Lemos), ignorando as profundas mudanças sociais e culturais trazidas pela cultura digital que deu origem à sociedade da informação. Neste ponto, cabe a reflexão no sentido de que a mesma crítica se direciona aos aplicadores do Direito que buscam interpretar a Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) de forma a torna-la inútil ou a restringir sua aplicação a casos excepcionais e esporádicos. O Direito, enquanto força reguladora de conduta humana, pode ou favorecer ou ser um obstáculo à liberdade de expressão, seja no que toca às suas regras abstratas, seja no que diz respeito à sua aplicação concreta. Com a edição do Marco Civil da Internet, boa parte dos desafios jurídicos ao exercício da livre expressão na Internet foi superada, na medida em que o regime de responsabilização tal qual previsto no artigo 19 tende a favorecer a livre expressão de opiniões e ideias. A iniciativa legislativa, todavia, não é o fim, mas o começo da jornada em busca de uma adequada concretização do direito à liberdade de expressão na Internet – sendo agora necessário que os aplicadores do Direito em geral tomem ciência de que a necessidade de a expressão ser liberta de amarras é um dos pressupostos básicos do Estado Democrático de Direito – ao contrário do imaginário

social e cultural vigente no Brasil, que a considera, ainda que implicitamente, um direito de segunda categoria. Em outras palavras, os desafios jurídicos à adequada concretização de tal direito fundamental no âmbito da Internet perpassam necessariamente pela inexorável mudança nas próprias normas sociais que influenciam o pensar dos aplicadores do Direito. Versaremos sobre esse tema no tópico seguinte.

3.203.2 DESAFIOS LIGADOS ÀS NORMAS SOCIAIS: A CONCEPÇÃO SOCIAL DA LIVRE EXPRESSÃO COMO “LIBERDADE FRACA” E OS EFEITOS INIBIDORES DE SUA BAIXA EFETIVIDADE

No contexto da formulação das quatro forças de regulação de Lessig, adotadas no presente trabalho, as Normas Sociais (*norms* no original) buscam qualificar todas aquelas regras que são aplicadas difusamente por uma dada sociedade, abrangendo inúmeros elementos que não se enquadram no Direito, no Mercado ou na Arquitetura. Assim, aspectos sociais relevantíssimos para a definição da conduta humana, como a cultura, a tradição, a ideologia, dentre tantos outros, são enquadrados, para o fim do presente estudo, como “Normas Sociais”. A relevância de tais prismas da sociedade para a regulação do comportamento do ser humano não passou despercebido por Bauman, quando escreveu sobre este aspecto básico da convivência em sociedade que é a liberdade:

Através de treino, exercício, instrução, ou simplesmente através do exemplo dos que nos rodeiam, as próprias motivações, expectativas, ambições e esperanças do indivíduo são moldadas de forma peculiar, de modo que o seu rumo não é inteiramente de acaso, desde o início. Essa “descasualização” é postulada por conceitos tais como “cultura”, “tradição” ou “ideologia”. Todos estes conceitos enfrentam uma hierarquia na produção social de convicções e de motivações. Todas as vontades são livres, mas algumas são mais livres do que outras: algumas pessoas que, consciente ou inconscientemente, desempenham a função de educadores, instilam (ou modificam) as predisposições cognitivas, os valores morais e as preferências estéticas das outras, e introduzem assim certos elementos comuns nas intenções e resultantes ações dessas outras pessoas. (BAUMAN, 1989, p. 16)

O modelo de trabalho das quatro forças de regulação, cunhado por Lessig e adotado na presente pesquisa, não tem a pretensão de ser exclusivo e também não considera as forças regulatórias de maneira isolada. Por tal razão, resta claro que a aplicação do Direito, feita por seres humanos investidos das funções de julgamento e prática de atos jurídicos dos mais variados, receberá os influxos do meio social em que estão inseridos, contribuindo para o exercício, em maior ou menor grau, de determinados direitos e deveres, pendendo para a concretização de alguns em desfavor da de outros. Logo, pode-se considerar que a

materialização e a aplicação de um direito como a liberdade de expressão no âmbito da Internet dependerá, em larga escala, da concepção que a sociedade venha a ter em relação ao direito de livremente se expressar. Tal concepção, longe de se obter por mera pesquisa de opinião, acaba por se verificar de forma bem mais efetiva nos casos práticos, em que o exercício de tal direito é desafiado pelo natural choque com outras posições fundamentais, com especial destaque para a questão do direito à imagem e à honra.

É fato notório que, na prática da aplicação do Direito no Brasil, a liberdade de expressão é vista como um direito “de segunda categoria”, na medida em que a ideia de sua aplicação preferencial, além de ser implicitamente rejeitada por muitos, acaba sendo substituída, em termos práticos, pelo seu oposto: a ponderação preferencial da tutela da honra e da imagem individual. São extremamente raros casos concretos como o ocorrido no Juizado Especial de Unaí (MG), em que o juiz Fabrício Simão da Cunha Araújo negou pedido de indenização movido por servidora que teve foto sua divulgada via Facebook, sem autorização. Na foto, ela figurava conversando ao telefone durante o horário de expediente, sentada e com as pernas levantadas e apoiadas em outra cadeira. (CONJUR, 2013). Em artigo anterior, este panorama jurisprudencial foi descrito nos seguintes moldes:

O fato é que atualmente não é difícil se deparar com casos concretos em que magistrados determinam, até mesmo liminarmente, a imposição de uma determinada moralidade que, supostamente, seria a moralidade constitucional (mas que pode, na verdade, somente funcionar como aquilo que Maus denominou de “disfarce do próprio decisionismo”). Analisando tal mazela no âmbito da concretização do direito fundamental à liberdade de expressão, notam-se inúmeras decisões judiciais que determinam a censura da manifestação do pensamento, sob o fundamento da proteção de algum outro direito fundamental que com ela colide.

O que chama a atenção em tais casos é a habitual unilateralidade nos argumentos utilizados e que, ademais, não são trabalhados com sinceridade, talvez em razão da proliferação da autoritária e inconstitucional formulação jurisprudencial pela qual os magistrados não estariam obrigados a analisar todos os fundamentos apresentados pelas partes. Tratamos aqui como “censura judicial” qualquer determinação advinda do Judiciário que determine a apreensão de exemplares (de livros, jornais, revistas, periódicos ou panfletos) ou a remoção de conteúdo (em caso de sítios de Internet ou perfis em mídias sociais). Decisões que aplicam sanções pecuniárias se enquadrariam no conceito aqui adotado de “censura judicial” quando se apresentem manifestamente excessivas, dignas a causar o chamado “efeito inibidor” (chilling effect) à liberdade de expressão.

Assim, a práxis jurisprudencial brasileira aponta no sentido de ser juridicamente possível a determinação de proibição de publicação de matérias jornalísticas, apreensão de exemplares de livros e a remoção de conteúdos ou até mesmo de sites inteiros da Internet. Referido comportamento vem, na grande maioria das vezes, escorado em uma fundamentação de proteção à intimidade e à imagem das pessoas eventualmente afetadas pela manifestação expressiva, que em um juízo de ponderação no caso concreto, tem o seu peso atribuído como superior ao da liberdade de expressão, raramente com uma fundamentação idônea que leve em consideração os fatos e argumentos cabíveis no caso. Resta saber, então, se o

Ordenamento Jurídico brasileiro acolhe tal prática, e, se o faz, qual o caminho que deve ser percorrido para que ela seja considerada juridicamente compatível com o paradigma do Estado Democrático de Direito. (COLNAGO; COURA, 2015, p. 8-10)

Também deve ser sublinhado que a Organização dos Estados Americanos, por sua Comissão Especial de Liberdade de Expressão, reconheceu o ano de 2015 como um dos piores da última década para o exercício do jornalismo no Brasil, destacando que em algumas regiões do país a violência e o assassinato de jornalistas se tornaram lamentavelmente frequentes. Referida Comissão tem reiteradamente opinado que os Estados devem sempre considerar em seus sistemas jurídicos e suas práticas que as violações à liberdade de expressão são revestidas de uma gravidade especial, já que consiste em ataque direto a todos os demais direitos fundamentais, canalizados e dependentes que são do direito de se expressar (LANZA, 2015, p. 86-87). Daí se pondera: se o exercício da profissão de jornalista tradicional já consiste em ato deveras perigoso no meio social em que vivemos, que dizer de um blogueiro ou comunicador amador, que muitas vezes são imbuídos de muito mais paixão no ato de relatar fatos do que os jornalistas tradicionais e poderiam, inclusive, contribuir de forma mais eficaz para a descoberta da verdade e a veiculação de informações de qualidade? No relatório em questão há caso que bem demonstra isso: em outubro de 2015 um julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Acre determinou que 133 blogueiros residentes naquele estado constituíssem pessoa jurídica e se registrassem perante a Vara de Registros Públicos da Capital, como condição ao exercício de suas funções (LANZA, 2015, p. 104). O contexto social, por certo, não incentiva sequer a carreira de jornalista dos meios de comunicação tradicional, quiçá o de jornalista das novas tecnologias.

Em trecho de seu voto na ADI 4815 (“ADI das Biografias”), o Ministro Luís Roberto Barroso reconheceu a maneira pela qual as instâncias inferiores infelizmente interpretam a liberdade de expressão como mero capricho ou direito “fraco” quando contrastado, por exemplo, com o direito à imagem:

Agora, gostaria de demonstrar, ainda que brevemente, Presidente, por qual razão eu afirmo que a liberdade de expressão, na democracia brasileira, deve ser tratada como uma liberdade preferencial. E acho importante insistir nisso, porque o Supremo tem sido um guardião importante da liberdade de expressão, mas é inevitável reconhecer que, nas instâncias inferiores, há uma quantidade impressionante de precedentes negativos em relação à liberdade de expressão. Eles vão desde a proibição de divulgação de fatos e a suspensão da circulação de revistas, até a proibição de biografias. Portanto, não é irrelevante que nós insistamos nesse argumento, ao menos os que acreditam que ele seja um argumento importante. (BRASIL, 2015, p. 144)

Multiplicam-se, ao longo dos anos, os casos em que se pretende criminalizar ou penalizar civilmente determinadas pessoas, pelo mero fato de emitirem suas opiniões via Internet. Situações como essa somente se explicam em um contexto social no qual a coletividade não compreenda, como um todo, os enormes benefícios do exercício do direito de se expressar, ainda que este direito venha a causar incômodo a terceiros. Em grande parte, o problema está na supervalorização do “incômodo”, que de mero dissabor, acaba convertido em atentado contra a imagem ou a honra subjetiva da pessoa. Note-se, a respeito, os vários casos conhecidos na Internet acerca de hotéis que passaram a ameaçar aplicar multas aos clientes que lançassem opiniões negativas nos portais destinados, justamente, à avaliação de estabelecimentos hoteleiros. Em caso relatado no portal Elpais.com, narra-se situação em que cliente formulou avaliação negativa em portal específico, simplesmente alertando que os funcionários do hotel não eram simpáticos e outras questões menores. Como resultado, recebeu carta alegando que os comentários eram “infundados” e “prejudicavam a imagem da empresa”, demandando que fossem apagados, sob pena de ingresso com demanda judicial. (MENDONÇA, 2015).

Celina Beatriz também relata caso similar e extremamente grave:

Por exemplo, em março de 2012, a justiça do Pará ordenou que a jornalista Maria Fransinete de Souza Florenzano retirasse do ar todos os comentários publicados por ela com críticas a um vereador da sua cidade. A jornalista teria apenas citado uma suposta declaração do vereador que teria dito ‘não se importar com os operários de um edifício de desabou na cidade em 2011’. O parlamentar alegou que, para que ele pudesse continuar a trabalhar, a jornalista deveria extinguir seu *blog* e perfis no Twitter e Facebook. (BEATRIZ, 2014, p. 71)

Deve-se ainda destacar que mesmo o enfoque jornalístico dado a casos como o narrado acima por vezes é negativo em relação à liberdade de expressão, o que chega a ser paradoxal, na medida em que as matérias são escritas justamente por jornalistas, que deveria valorizar tal direito mais do que qualquer outro profissional. Limitando-se a veicular informações como “Sobem ações onde consumidores são condenados a pagar companhias por danos morais” sem a devida crítica, o veículo acaba por consolidar um indevido receio no exercício da liberdade de expressão, representado pela conhecida expressão americana “chilling effects”, ou “efeitos inibidores” sobre a livre expressão. Afinal, cidadãos comuns não querem se ver obrigados a prestar contas perante o Judiciário em razão de comentários formulados em mídias sociais da Internet. Se todos tiverem que “pensar duas vezes” antes de lançar uma crítica fundada e objetiva a um estabelecimento empresarial, muitos se calarão e

muitos mais serão prejudicados pela sonegação de informações importantíssimas para a vida em sociedade.

Casos como esse sequer deveriam chegar ao Judiciário, mas muitas vezes a litigância irresponsável somada à pretensão de silenciamento de consumidores leva à necessidade de o Judiciário declarar o óbvio: clientes são livres para formular críticas a estabelecimentos empresariais, como hotéis, em sítios específicos sobre o tema. Assim se pronunciaram o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (CONJUR, 2015) e o Tribunal de Justiça de Goiás (CONJUR, 2016). Casos como tais demonstram claramente como o direito de livremente se expressar ainda é visto como posição de “segunda categoria”, que deve sempre ceder frente a qualquer tutela, mínima que seja, da imagem, ainda que de instituições. É certo que os tribunais andaram bem nos casos em discussão, decidindo em prol da liberdade de expressão. Mas o mero fato de que o Judiciário tenha sido chamado a resolver questão como essa (tendo ela chegado ao segundo grau de jurisdição) indicam como a expressão ainda se encontra extremamente enclausurada e longe de ser livre, segundo a percepção social brasileira.

Como contraponto, note-se como caso similar foi tratado nos Estados Unidos, país em que a liberdade de expressão é valorizada (quase que exageradamente) como um dos direitos mais fundamentais dos indivíduos. Conforme relato da mídia, hotel de nome Union Street Guest House, localizado em Nova Iorque, “especializada em alugar seus espaços para casamentos – resolveu cobrar uma multa de US\$ 500 em nome de seus hóspedes para cada review negativo que for escrito na web”. Porém, ao tomar conhecimento da profunda repercussão negativa do fato, voltou-se atrás, com a justificativa de que a pretensão sequer existira: “De acordo com o estabelecimento, a política de multas era apenas uma ‘brincadeira’ em resposta a um problema interno enfrentado pelo hotel muitos anos atrás. O comunicado também afirma que as multas jamais foram aplicadas aos hóspedes insatisfeitos com o local” (SOUZA, 2014). Não houve, no caso em questão, necessidade de mover o Judiciário para solucionar o caso: a percepção social da liberdade de expressão como “direito forte” cuidou de solucionar o caso, evitando a provocação dos meios oficiais de aplicação do Direito.

Em outro caso emblemático acerca da dificuldade da compreensão social do direito à liberdade de expressão como uma posição fundamental para a vida em sociedade, o Prefeito do Município de Cachoeiro de Itapemirim/ES, Sr. Carlos Casteglioni, moveu ação criminal em face de uma moradora do município que postou o seguinte texto, na mídia social Facebook: “Meu Deus, leve a Dilma e o Casteglione e devolva o Cristiano Araújo”. A postagem ocorreu na mesma data em que faleceu o cantor sertanejo Cristiano Araújo, em 24

de junho de 2015. Segundo o Prefeito do Município, que se sentiu ofendido, “Nenhum cidadão pode ser ameaçado daquela forma e por isso eu fiz a ação, pois preciso preservar a minha integridade física, a relação com a minha família e com as pessoas da cidade.” (ALBUQUERQUE; ARPINI, 2015). O caso demonstra como muitos governantes ainda não estão acostumados ao fato de que estão sujeitos a um escrutínio muito maior por parte da população, na medida em que são meros mandatários com a finalidade de gerir, em caráter provisório, o patrimônio público que a todos pertence. Encarar postagem irreverente ou inofensiva como a mencionada no caso como “ofensa à honra”, utilizando-se da máquina estatal para acovardar cidadã a quem deveria prestar o devido respeito e as devidas contas é mais um exemplo de como os fatores estão invertidos na percepção social sobre a liberdade de expressão e seus entrelaçamentos com a honra individual – e neste caso, a inversão de fatores resulta em produto extremamente danoso para uma sociedade que pretende a perpetuação de valores inerentes ao Estado Democrático de Direito.

Em outro caso rumoroso, uma conhecida loja de presentes localizada em Vitória/ES não pestanejou em processar criminalmente alguns de seus então clientes, pela suposta prática de difamação. Segundo relatos obtidos na mídia “Após encontrar problemas em produtos e irem reclamar do atendimento de uma loja que não quis realizar a troca de produtos, uma médica e dois jornalistas estão sendo processados [...]” (GAZETAONLINE, 2013). Os relatos dos consumidores versavam sobre presentes que foram recebidos em condições impróprias para uso, como cabos de faca amarelados ou copos com bordas quebradas. Procurada para prestar esclarecimentos, a proprietária da loja entendeu ser extremamente normal processar criminalmente clientes que reclama de seu atendimento. Sua fala foi a seguinte: “Eu sou virgem de Procon. Nunca sequer abriram um processo contra a loja, que já existe há 13 anos”. (CAMPOS, 2013).

Talvez esse comportamento de superproteção da imagem e da honra, na sociedade brasileira, possa ser justificada com a alusão à figura do “homem cordial”, de Holanda. Na sociedade brasileira o “homem cordial” remete à necessidade brutal em firmar intimidade com todos com que nos relacionamos, como pré-condição para sua valorização enquanto ser humano digno e dotado de direitos. O seguinte trecho da obra de Holanda é pertinente para a compreensão da referência aqui feita:

No Brasil, pode dizer-se que só excepcionalmente tivemos um sistema administrativo e um corpo de funcionários puramente dedica dos a interesses objetivos e fundados nesses interesses. Ao contrário, é possível acompanhar, ao longo de nossa história, o predomínio constante das vontades particulares que encontram seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma

ordenação impessoal. Dentre esses círculos, foi sem dúvida o da família aquele que se expressou com mais força e desenvoltura em nossa sociedade. E um dos efeitos decisivos da supremacia incontestável, absorvente, do núcleo familiar — a esfera, por excelência dos chamados “ contatos primários” , dos laços de sangue e de coração — está em que as relações que se criam na vida doméstica sempre forneceram o modelo obrigatório de qualquer composição social entre nós. Isso ocorre mesmo onde as instituições democráticas, fundadas em princípios neutros e abstratos, pretendem assentar a sociedade em normas antiparticularistas.

[...]

No “homem cordial”, a vida em sociedade é, de certo modo, uma verdadeira libertação do pavor que ele sente em viver consigo mesmo, em apoiar-se sobre si próprio em todas as circunstâncias da existência. Sua maneira de expansão para com os outros reduz o indivíduo, cada vez mais, à parcela social, periférica, que no brasileiro — como bom americano — tende a ser a que mais importa. Ela é antes um viver nos outros. Foi a esse tipo humano que se dirigiu Nietzsche, quando disse: “Vosso mau amor de vós mesmos vos faz do isolamento um cativoiro”.

[...]

O que representa semelhante atitude é uma transposição característica para o domínio do religioso desse horror às distâncias que parece constituir, ao menos até agora, o traço mais específico do espírito brasileiro. Note-se que ainda aqui nós nos comportamos de modo perfeitamente contrário à atitude já assinalada entre japoneses, onde o ritualismo invade o terreno da conduta social para dar-lhe mais rigor. No Brasil é precisamente o rigorismo do rito que se afrouxa e se humaniza. (HOLANDA, 1995, p. 146-149)

Essa sobrevalorização da intimidade, transposta para o público, talvez explique fatos como um estabelecimento empresarial processar seus clientes por meras críticas quanto à qualidade dos produtos ou serviços, ou ainda uma autoridade pública como um prefeito demandar criminalmente contra uma cidadã de seu município, a quem deve prestação de contas em razão do exercício de mandato eletivo. Quando o íntimo se transporta para a esfera pública, as críticas abertas a uma instituição, tão comuns a tal esfera, passam a ser indevidamente interpretadas como ofensa à pessoa. Não se separa, como tantas outras coisas no Brasil, o público do privado. Se em certos pontos a metáfora do “homem cordial” vem perdendo sentido (em razão de claros movimentos de tutela da privacidade individual) permanece acesa, como anotado por Leonardi, a assertiva de Holanda pela qual “a manifestação normal do respeito em outros povos tem aqui sua contrapartida na pretensão de estabelecimento de intimidade (2012, p. 372).

Assim, o alto valor social atribuído à intimidade leva a um imaginário pelo qual a imagem individual deve ser levada em alta conta e da mesma forma deve ser protegida. Isso talvez possa explicar o porquê de o Brasil ser país de destaque no consumo de medicamentos para emagrecer (WASSERMAN, 2006), na realização de cirurgias plásticas de caráter estético (em 2014 foram realizados 1,49 milhão de procedimentos cirúrgicos estéticos em solo brasileiro – LEAL, 2015) e em questões mais subjetivas, como a premente necessidade de trocar habitualmente de automóvel por um modelo mais novo ou a constante obsessão em

passar para os outros uma imagem de sucesso e prosperidade. Ao considerar a imagem individual como um valor muito importante, é natural que outros direitos, como a liberdade de expressão, venham a ser a ela subordinados, em um determinado contexto social.

Sobre o tema, a Relatoria Especial para Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos pode registrar que:

Quando se apresenta em um Estado a tendência ou padrão no sentido de dar preferência ao direito à honra sobre a liberdade de expressão e restringir esta última quando existe tensão, em todo caso, se violenta o princípio da harmonização concreta que surge da obrigação de respeitar e garantir o conjunto de direitos humanos reconhecidos na Convenção Americana (2010, p. 35-36)³⁰

Esse estado de coisas gera um desastroso efeito inibidor para a expressão, enclausurando-a ainda mais, em vez de libertá-la. Todo e qualquer direito subjetivo depende de aplicação e reconhecimento espontâneos por uma dada sociedade, para que possa ser efetivo: não podemos depender do Direito e, por conseguinte, do Estado para implementar toda e qualquer norma jurídica. Da mesma forma, a liberdade de expressão não pode depender exclusivamente do Direito e do Poder Judiciário para se viabilizar num país como o Brasil. As Normas Sociais que regem a questão acabam por inibir o exercício livre da expressão, na medida em que incute nas pessoas um injusto temor de responder a demandas judiciais nos casos em que simplesmente manifestarem opiniões corriqueiras sobre algo.

É necessário, pois, mudar a mentalidade cultural que embasa essas Normas Sociais, tarefa que pode ser iniciada pelos próprios meios de comunicação, que são dos maiores interessados na propagação de uma cultura de libertação da expressão. Mudanças nas Normas Sociais são difíceis, embora extremamente eficazes quando se concretizam. Campanhas de incentivo à livre expressão e coberturas jornalísticas mais incisivas sobre casos em que cidadãos foram silenciados por instituições ou por “autoridades” públicas, quando articuladas com movimentos de educação de base (como a conscientização da importância da livre expressão desde as mais tenras idades) podem ser medidas aptas a contribuir para a libertação do direito de se expressar, ao menos na percepção social brasileira.

³⁰ Tradução livre. Segue o original: “Cuando se presenta en un Estado una tendencia o patrón en el sentido de preferir el derecho a la honra sobre la libertad de expresión y restringir esta última cuando existe tensión, en todo caso, se violenta el principio de armonización concreta que surge de la obligación de respetar y garantizar el conjunto de derechos humanos reconocidos en la Convención Americana” (2010, p. 35-36).

3.21 3.3 DESAFIOS LIGADOS AO MERCADO: A CONCENTRAÇÃO DAS GRANDES EMPRESAS DE INTERNET E A NECESSIDADE DE INVESTIMENTOS EM INFRA-ESTRUTURA

A força de regulação conhecida como “Mercado” parte da variável “preço” para influenciar o comportamento das pessoas. Assim, no já citado exemplo brasileiro, a adoção de uma tributação alta do cigarro tem por objetivo torna-lo mais caro e, com isso, inibir seu consumo. Parte-se do pressuposto de que o fato de produtos e serviços serem mais baratos ou mais caros (ao menos em uma economia de Mercado, como a brasileira) será fator que poderá influenciar a maior ou menor disponibilidade das pessoas virem a adquiri-lo. Da mesma forma, a quantidade de capital e patrimônio esteja previamente disponível a uma dada pessoa certamente definirá muitos dos seus rumos em uma sociedade – que tipos de escola frequentará, onde residirá, com quais pessoas se relacionará, entre tantas outras variáveis que definem a formação da personalidade dos indivíduos.

Neste sentido, a seguinte passagem de Bauman bem demonstra como o Mercado pode ser um fator relevantíssimo de definição dos comportamentos humanos:

A ausência de proibição ou de sanções punitivas é, de facto, condição necessária mas não suficiente para actuarmos de acordo com os nossos desejos. Podemos ser livres para sairmos do país se nos apetecer, mas não termos dinheiro para o bilhete. Podemos ser livres para nos habilitarmos no campo das nossas preferências, mas chegarmos à conclusão de que não há lugar para nós no sítio onde queremos estudar. Podemos querer um emprego que nos interessa, mas verificarmos que não existe nenhum disponível. Podemos dizer o que quisermos apenas para verificarmos que não há processo de nos fazermos ouvir. Assim, a liberdade significa mais do que a ausência de restrições. Para fazermos coisas, precisamos de recursos. (BAUMAN, 1989, p. 10-11)

No que tange à liberdade de expressão, o Mercado pode influenciar sobremaneira a forma como a expressão se materializa, assim como a maior ou menor liberdade de fornecer ou de receber informações de caráter público. Josep Maria Carbonell aborda o tema, analisando como a crescente mercantilização da comunicação (vista cada vez mais como um bem mercantil do que um objeto cultural) pode apresentar desafios à propagação das liberdades de expressão e de informação. Para o autor espanhol, há cerca de três ameaças principais: a) altíssima concentração da pauta narrativa da sociedade em poucos conglomeradores econômicos, o que pode prejudicar que determinados fatos ou opiniões recebam a atenção que merecem (um “prime time” em poucas mãos, b) tendência à banalização e à superficialidade dos conteúdos, em especial em relação à informação (tendências à trivialidade e ao sensacionalismo, formas fáceis de obtenção de audiência, c)

deterioração da verdade da informação, cada vez mais confundida com opinião (CARBONELL, 2011, p. 55-58).

Os riscos da eventual concentração do poder econômico dos grandes conglomerados de mídia já havia sido percebido pelo Constituinte brasileiro, que fez inserir na Constituição de 1988 regra restritiva no sentido de que “Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio” (§ 5º do art. 220). A concentração empresarial pode, inclusive, ser utilizada para influenciar a esfera pública e quiçá dominar o poder político, em fenômeno denominado por Villegas de “berlusconismo midiático”, em clara alusão ao empresário e político italiano (2011, p. 92).

Sobre o tema, desde longa data Afonso Arinos de Mello Franco já reconhecia a possível influência do poder econômico sobre a imprensa, cuja solução, todavia, não passava pelo rígido controle estatal sobre tal liberdade:

Não se pode negar o poder econômico sobre a imprensa como sobre qualquer outra atividade humana, no Estado moderno. No regime democrático, porém, este poder econômico atuando livremente atua diversamente, isto é, se distribui entre diferentes opiniões que oferecem base e apoio a diferentes tipos de jornais. A submissão dos jornais aos governos não diminui a influência do poder econômico sobre eles; apenas concentra este poder que, exercendo-se sobre o governo, faz dele o seu conduto único de pressão sobre a imprensa. (FRANCO, 1957, p. 49)

Em relação à Internet, a liberdade de expressão sofreu uma enorme revolução, em face do aproximado “custo zero” para se expressar de forma efetivamente global: mensagens que antes precisariam transitar por redes telefônicas, com o pagamento de altas tarifas, passam a atingir seu destino quase que instantaneamente. Textos que outrora precisariam ser aprovados por editores em jornais, livros ou revistas passam a ser disponibilizados diretamente – numa aparente eliminação de intermediários. É certo que essa “linha direta” entre produtores e consumidores de conteúdo, instrumentalizada pela Internet, gera novas dificuldades, na medida em que os usuários não têm capacidade de processar de forma adequada o enorme volume de informação que é produzido a cada instante. Isso leva ao surgimento de “novos editores” na Internet, como serviços de curadoria de conteúdo – numa reprodução digital do modelo analógico de seleção prévia de materiais de qualidade. A mudança fundamental, porém, está na inexistência de obrigatoriedade do uso desses curadores – caso queira, qualquer pessoa pode veicular suas ideias na Internet, bastando para tanto um simples dispositivo e uma conexão disponível. A Grande Rede proporciona uma maior liberdade para que as pessoas escolham suas fontes de informação, o que é indiscutivelmente benéfico. O movimento Mercadológico de restabelecimento desses filtros

de conteúdo, todavia, por resultar num possível revés à evolução da liberdade de expressão, pode ser considerado como um enorme desafio à concretização desse direito fundamental.

Não há dúvidas de que o Mercado como força de regulação é fator relevante na formatação abstrata e no exercício concreto da liberdade de expressão. Tanto é assim que o Pacto de San Jose da Costa Rica já assentara em seu artigo 13, 3 que a livre expressão não pode sofrer restrições por vias ou meios indiretos, “[...]tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação”. A Convenção Americana de Direitos Humanos, no dispositivo citado, reconheceu claramente a importância do Mercado enquanto força de regulação: se o papel de imprensa sofre encarecimento artificial e seletivo, o preço final do exemplar fatalmente aumentará, ante a necessidade de repassar ao consumidor os custos da produção da atividade empresarial (que demanda efetiva infraestrutura destinada a assegurar qualidade). Com a majoração do preço, é grande a probabilidade de o veículo de mídia perder receita, tornando-se, com isso, mais frágil economicamente, o que o deixa mais exposto a pressões políticas externas que minem sua independência editorial. Tal estratégia foi adotada recentemente na Argentina, durante o governo de Cristina Kirchner, como tentativa de minar a independência de uma série de veículos de imprensa (FIGUEIREDO, 2013).

No que diz respeito à Internet, o fator “Mercado” pode se manifestar de inúmeras formas, influenciando a tomada de uma ou de outra posição. Na presente abordagem, pensamos que dois aspectos merecem maior atenção: a) o enorme poder que os grandes provedores de aplicação exercem sobre a capacidade de os usuários se expressarem (fazendo o papel que, no meio analógico, era desempenhado pelos editores de grandes grupos de mídia) e b) o igualmente vasto poder à disposição dos provedores de conexão que, no Brasil, consistem em operadoras responsáveis por grande parte dos investimentos de infraestrutura necessários à expansão das capacidades da rede.

Não se está aqui a desdenhar do setor privado e adotar um discurso ultrapassado de ode ao Estado, muito embora ainda existam vozes (quicá em excesso?) na Academia brasileira que praticam o pernicioso culto do poder estatal, como que um Messias a caminho da salvação da sociedade. A experiência brasileira, todavia, dá sinais claros do erro por tal abordagem, na medida em que o pretendido salvador tem adotado comportamentos muito mais próximos de Leviatã. O extremismo, porém, não é saudável. Enfatizar o papel crucial da iniciativa privada para a vida em sociedade (e, no caso específico em questão, para o desenvolvimento das capacidades de uso da Internet) não implica na adoção cega de uma

ideia ingênua de “mão invisível”, mas sim o reconhecimento do enorme valor da sociedade enquanto instância o mesmo tempo geradora de riqueza, mas dotada de responsabilidades. É possível exercer liberdade com responsabilidade que, se não vier de forma natural, precisa ser demandada. Segundo MacKinnon, não há dúvidas de que a Internet não teria chegado ao estado de desenvolvimento atual sem a contribuição inestimável dos atores privados. Há muitas pessoas receosas, todavia, de que as empresas de Internet e de telecomunicações tenham ganhado poder demais sobre as vidas dos indivíduos, em formas que não são suficientemente transparentes ou sujeitas a prestação de contas ao interesse público (MACKINNON, 2012, p. 9).

Parte da cultura que se formou em torno da Internet é repleta de referências a empresas que nasceram de ideias executadas em garagens de subúrbios americanos. Alude-se, de forma habitual, a uma barreira de entrada muito baixa, se comparada às formas tradicionais de comunicação: “quem tem uma ideia que reputa boa, mesmo que conte com poucos recursos financeiros, pode jogá-la na rede e esperar pelas reações” (GETSCHKO, 2014, p. 14). Muito embora não se pretenda negar esse fato, é razoável ao menos questionar se essas barreiras de entrada ainda permanecem assim tão singelas, na medida em que a Internet dos anos 2010 parece ser bem distinta daquela dos anos 1990, seja em relação aos provedores de aplicação (cujos serviços mais populares estão concentrados nas mãos de poucos indivíduos), seja no que toca aos provedores de conexão (com pretensão de eliminação da neutralidade de rede e do estabelecimento de franquias de consumo de dados no acesso, mesmo fixo, à Internet). A descrição de Tim Wu sobre a atual configuração Mercadológica da Rede é relevante para a presente reflexão:

Embora adotassem visões diferentes do bem, tanto a Apple quanto o Google continuavam a cultivar e a alavancar suas funções de empresas dominantes e tecnicamente monopolistas em alguns Mercados-chave (o Google na ferramenta de busca, a Apple em players e downloads de músicas). Ao lado de alguns poucos gorilas de quatrocentos quilos, como Facebook e Amazon, eles determinam de forma desproporcional o que é a internet dos anos 2010 – algo muito distante da visão original de uma rede de iguais. Ainda resta ver o quanto a internet permanecerá aberta, mas há poucas dúvidas de que a estrutura industrial monopolista que caracterizou o século XX afinal já fincou o pé na rede. Seja qual for a noção anterior, de que a internet, por sua natureza, estava imune à monopolização, o presente já deixou claro a loucura do excesso de otimismo. O Ciclo mais uma vez está em movimento (WU, 2012, p. 328)

Logo, não se pode negar que os custos em geral relacionados com a Internet (em grande parte definidos pelo Mercado) serão fatores que colaborarão para a maior inclusão ou exclusão digital e, como tal, uma liberdade de expressão mais ou menos potencializada. Essa

profunda relação entre Mercado e liberdade de expressão já havia sido notada em relatório do relator especial para a liberdade de expressão das Nações Unidas, Frank La Rue, em tradução livre³¹:

A Internet, como meio pelo qual o direito à liberdade de expressão pode ser exercitado, somente poderá atingir seu propósito se os estados assumirem seu compromisso de desenvolver políticas públicas efetivas e aptas a atingir o acesso universal à Internet. Sem políticas públicas e planos de ação concretos, a Internet se tornará uma ferramenta tecnológica acessível somente para uma certa elite, ao mesmo tempo em que se perpetua a “exclusão digital”.

O termo “exclusão digital” se refere a um hiato entre pessoas com acesso efetivo a tecnologias da informação, em particular a Internet, e aquelas com acesso muito limitado ou inexistente. Em contraste com 71,6 usuários de Internet por 100 habitantes em estados desenvolvidos, há somente 21,1 usuários de Internet por 100 habitantes nos países em desenvolvimento. Essa disparidade é ainda mais gritante no continente africano, onde há somente 9,6 usuários por 100 habitantes. Em contrapartida, fossos digitais também existem de acordo com limites de renda, sexo, posição geográfica e social dentro de cada Estado. De fato, com a renda sendo um dos fatores mais significantes para determinar quem pode acessar tecnologias da informação, o acesso à Internet tende a ser concentrado dentre as elites sócio-econômicas, particularmente em países onde a penetração da Internet é baixa. Além disso, pessoas em áreas rurais são usualmente confrontadas com obstáculos ao acesso à Internet, como a falta de disponibilidade tecnológica, acesso mais lento à Internet e/ou custos mais elevados. Ademais, mesmo quando a conexão está disponível, grupos em risco, como pessoas com deficiência e integrantes de minorias, costumam se ver diante de outras barreiras a acessar a Internet de uma forma que seja significativa, relevante e útil a eles em suas vidas cotidianas. (LA RUE, 2011, p. 16-17)

Note-se, a respeito, o quanto defendido por Gonçalves, no sentido de que a exclusão digital tem ocorrido em razão de uma combinação de fatores de Mercado com políticas regulatórias que acabam não colaborando para sua erradicação:

³¹ Segue o original: “The Internet, as a medium by which the right to freedom of expression can be exercised, can only serve its purpose if States assume their commitment to develop effective policies to attain universal access to the Internet. Without concrete policies and plans of action, the Internet will become a technological tool that is accessible only to a certain elite while perpetuating the “digital divide”. 61. The term “digital divide” refers to the gap between people with effective access to digital and information technologies, in particular the Internet, and those with very limited or no access at all. In contrast to 71.6 Internet users per 100 inhabitants in developed States, there are only 21.1 Internet users per 100 inhabitants in developing States.⁴¹ This disparity is starker in the African region, with only 9.6 users per 100 inhabitants.⁴² In addition, digital divides also exist along wealth, gender, geographical and social lines within States. Indeed, with wealth being one of the significant factors in determining who can access information communication technologies, Internet access is likely to be concentrated among socio- economic elites, particularly in countries where Internet penetration is low. In addition, people in rural areas are often confronted with obstacles to Internet access, such as lack of technological availability, slower Internet connection, and/or higher costs. Furthermore, even where Internet connection is available, disadvantaged groups, such as persons with disabilities and persons belonging to minority groups, often face barriers to accessing the Internet in a way that is meaningful, relevant and useful to them in their daily lives”.

A exclusão digital, assim, é reforçada, mantida e aumentada por ser considerada econômica tanto na atuação das empresas multinacionais como na realização de políticas públicas dos Estados. É o Mercado que define quem será incluído ou excluído, quanto de velocidade de transmissão (banda larga ou não), número de pessoas atendidas, assistência técnica, no que é apoiado pela contínua fiscalização ineficiente dos Estados. A exclusão digital, no seu viés econômico, está intrinsecamente ligada com a formatação neoliberal dos Estados contemporâneos. (2011, p. 43)

Se é correto afirmar que a Internet não é apenas uma rede de computadores, também é imprescindível recordar que, sem os meios físicos necessários ao seu suporte (a “camada física” aludida por Benkler - os componentes materiais e tangíveis utilizados para conectar seres humanos uns aos outros, o que inclui computadores, telefones, cabos, sinais sem fio, dentre outros), não teríamos nada próximo ao que hoje compreendemos como a Internet. Sem investimentos em infraestrutura e majoração de capacidade das redes, a Internet poderia ter se estagnado e talvez ainda estar restrita aos computadores de mesa, sendo certo que um dos grandes elementos de popularização da rede e sua inserção efetiva na prática diuturna dos nela incluídos consistiu na sua expansão também para os aparelhos portáteis, como telefones celulares inteligentes e tablets. Por tal razão, as pressões Mercadológicas assumem enorme influência em relação à expressão na Internet, na medida em que elas acabarão por definir se a pessoa poderá ou não utilizar um dos melhores sistemas de veiculação de expressões já pensado pela humanidade. Em muitos pontos, é do Mercado (mais ou menos oligopolizado ou monopolizado, com competidores efetivos ou de “fachada”, conforme a efetividade da política de preservação da concorrência adotada) que partirá a definição se determinado indivíduo poderá ou não utilizar as ferramentas proporcionadas pela Internet ou, em outras palavras, se sua expressão ficará restrita ao seu grupo de conhecidos ou se alçará voos equivalentes ao de um grande conglomerado de mídia.

Por tais razões é que o Marco Civil da Internet estabelece uma série de parâmetros para a atuação do Poder Público no que toca ao acesso à Internet (com pretensão de universalização), envolvendo desde a qualificação da população no que toca à conscientização do uso ideal da rede até a expansão da disponibilização de acesso. A Lei 12.965/2014, em seu artigo 27, I e II, estabelece que as iniciativas públicas de fomento à cultura digital e de promoção da internet como ferramenta social devem necessariamente “I - promover a inclusão digital” e “II - buscar reduzir as desigualdades, sobretudo entre as diferentes regiões do País, no acesso às tecnologias da informação e comunicação e no seu uso”. O artigo 28 do diploma também obriga o Estado a, de tempos em tempos “[...] formular e fomentar estudos,

bem como fixar metas, estratégias, planos e cronogramas, referentes ao uso e desenvolvimento da internet no País”.

Iniciativas para a ampliação da penetração da Internet no Brasil são necessárias. Segundo dados de 2009 do Comitê Gestor da Internet no Brasil, o acesso à Internet representava rotina para 85% da Classe A, 72% da Classe B, 42% na Classe C e 17% nas Classes D e E (SANTOS, 2010). Dados da mesma pesquisa realizada no ano de 2014 demonstram avanços tímidos:

A proporção de domicílios com acesso à Internet em 2014 é de 50%, o que corresponde a 32,3 milhões de domicílios em números absolutos. As desigualdades por classe social e área persistem: na classe A, a proporção de domicílios com acesso à Internet é de 98%; na classe B, 82%; na classe C, 48%; e entre a classe DE, 14%. Nas áreas urbanas, a proporção de domicílios com acesso à Internet é de 54%, enquanto nas áreas rurais é de 22% (COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL, 2015, p. 28).

O Poder Público brasileiro tem adotado iniciativas com fins à expansão da oferta de acesso à Internet, sendo que em 2010 foi lançado o “Programa Nacional de Banda Larga” (PNBL), regulado pelo Decreto 7.175 de 2010. O artigo 2º do Decreto em questão determinou que “O PNBL será implementado por meio das ações fixadas pelo Comitê Gestor do Programa de Inclusão Digital - CGPID, instituído pelo Decreto no 6.948, de 25 de agosto de 2009”, cabendo ao referido Comitê, pelo artigo 3º do mesmo diploma, gerir e acompanhar o PNBL, a fim de definir suas ações, metas e prioridades, promover e fomentar parcerias entre entidades públicas e privadas para o alcance de tais objetivos, fixar a definição técnica de acesso em banda larga, para os fins do PNBL, acompanhar e avaliar as ações de implementação do PNBL e publicar relatório anual das ações, metas e resultados do PNBL.

Embora o provimento de acesso à Internet seja uma atividade econômica privada, é digno de nota que o CGPID acima citado não ostenta, em sua composição, nem mesmo um representante da sociedade civil ou das entidades de representação empresarial. Conforme o artigo 3º do Decreto 6.948/2009, o Comitê será composto de representantes titular e suplente de cada um dos órgãos enunciados: Casa Civil da Presidência da República, Gabinete Pessoal do Presidente da República, Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República, Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, Ministério das Comunicações, Ministério da Ciência e Tecnologia, Ministério da Educação, Ministério da Cultura, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, Ministério da Saúde, e Ministério da Fazenda.

Entre os objetivos oficiais do PNB� estão a ampliação do acesso à internet em banda larga (altas velocidades), tornando serviços e terminais mais acessíveis; a expansão de serviços de telecomunicações para áreas rurais e remotas; o incentivo a investimentos em infraestrutura de telecomunicações; estabelecer arranjo regulatório e tributário para reduzir preços e tarifas e melhorar a qualidade dos serviços de voz e dados. (BRASIL, 2014). Segundo relatório do próprio ministério das telecomunicações, se o pacote PNB� de 1Mbps for ofertado por R\$ 35,00 (quinze reais) em todos os municípios, haveria 35 milhões de domicílios com internet banda larga em 2014 (BRASIL, 2014). Embora não seja objetivo do presente trabalho, cabe registrar que já no ano de 2014 a consideração da velocidade de 1 Mbps como “banda larga” poderia ser objeto de inúmeras críticas por parte da população, sobretudo se considerarmos que a velocidade final ao consumidor, em muitas oportunidades, não chega ao aludido patamar.

Ainda segundo o citado relatório, no que diz respeito ao preço do serviço seria firmado “Termo de Compromisso” com os provedores de conexão de forma a oferecer o serviço de acesso à Internet com velocidade de 1 Mbps ao valor de R\$ 35,00 (trinta e cinco reais), somado à desoneração tributária da banda larga para áreas rurais e a um projeto de banda larga 0800, com acesso pago pelo sistema de tarifação reversa (custeado pelo provedor de conteúdo). Tais compromissos seriam assumidos em contrapartida a um regime especial de tributação – batizado de REPNB�, que prevê a exclusão de tributos como IPI, PIS e COFINS sobre a construção de redes de telecomunicações de internet em banda larga. Segundo relatório de projetos aprovados no âmbito do regime especial, são contempladas em sua maioria as grandes empresas que ditam os rumos do Mercado de telecomunicações brasileiro, como Net Serviços de Comunicação S/A, Empresa Brasileira de Telecomunicações – Embratel, Telefônica Brasil S/A e Global Village Telecom S/A, mas também algumas empresas desconhecidas do grande público, como LAFAIETE PROVEDOR DE INTERNET E TELECOMUNICACOES LTDA-EPP e TPA TELECOMUNICACOES LTDA – EPP. (BRASIL, 2016). Essa concentração acaba por refletir uma peculiaridade do Mercado mundial de telecomunicações, reproduzido em larga escala no Brasil – a existência de poucos grupos econômicos encarregados de atuar no setor de telecomunicações e, por consequência, no provimento de acesso à Internet, o que, somado aos altos custos diretos e indiretos da atividade econômica, acaba por inibir novos entrantes e incentivar concentração de Mercado:

Passou-se dos monopólios estatais para os monopólios privatizados com quase nenhuma concorrência, pois as barreiras estruturais para se ingressar nestes Mercados são inúmeras, tanto financeiras, no plano de investimentos quanto

regulatórias. As empresas que compram as estatais monopolísticas, que são multinacionais de países como Inglaterra, Alemanha, Espanha, Japão e Estados Unidos, investem bilhões de dólares para refazer e modernizar o Mercado de telecomunicações, porém com a garantia regulatória do Estado vendedor para que se mantenham protegidas da concorrência (MEGGINSON, 2005, p. 282- 283). Aí, no quadro regulatório, os países que privatizaram a infraestrutura de telecomunicações, geralmente a rede fixa de telefonia, para resguardar o dinheiro estrangeiro investido nas suas redes, impuseram enormes barreiras para a concorrência, não só na entrada de concorrentes no mesmo setor, mas em outros diversos como telefonia por satélite, provimento de acesso à internet wireless e rádio, telefonia fixa sem fio etc. Assim, o preço monopolístico da privatização foi repassado para os cidadãos/consumidores, que passam a pagar altos valores para telefonia fixa, internet discada, celulares e banda larga. (GONÇALVES, 2011, p. 37)

A leitura e análise unilateral dos documentos produzidos pelo Poder Público poderia nos dar a impressão de que o PNBL foi um estrondoso sucesso. É certo que, todavia, relatórios elaborados pelas próprias pessoas interessadas no resultado tendem a ser exagerados e dotados de excessivo otimismo. A realidade, infelizmente, está bem distante dos mais ambiciosos objetivos do Ministério das telecomunicações. Conforme levantamento publicado no portal da revista Exame, a realidade é bem diferente e mostra que as desonerações fiscais previstas no Regime Especial do Plano Nacional de Banda Larga trouxeram um resultado pífio:

O objetivo anunciado em 2010 para o PNBL era massificar o acesso ao serviço até o fim de 2014 com, entre outras medidas, oferta aos consumidores de planos de conexão de 1 megabit por segundo (Mbps) por até 35 reais. Quatro concessionárias de telefonia assinaram em 2011 termos de compromisso no âmbito do programa: Oi, Vivo, Algar Telecom e Sercomtel.

Mas, passados quase quatro anos, somente 1,84 milhão (7,9 por cento) dos 23,22 milhões de acessos de banda larga fixa no país foi contratado via PNBL. Considerando os acessos por celular, o PNBL responde por apenas 0,6 por cento (800 mil) do total de 128,49 milhões de acessos.

Os números consideram dados de junho apurados pela Reuters junto à Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) e Ministério das Comunicações. As entidades de defesa da inclusão digital e dos direitos do consumidor alegam que as operadoras dificultam a contratação da banda larga popular e pedem que a Internet seja tratada sob o regime público de concessão, por ser serviço essencial. Já as operadoras querem mais contrapartidas para investir em regiões onde não há interesse comercial. (BRUNO, 2014)

Trata-se de um fracasso retumbante: menos de 8% dos acessos fixos em banda larga no país foram contratados via PNBL e menos de 0,6% dos acessos móveis foram realizados em planos firmados no âmbito de tal programa. Outros relatos jornalísticos também apontaram os problemas de execução da referida política pública que tinha ambiciosas metas de inclusão digital mas que, aparentemente, não atingiu nem aproximadamente os resultados almejados:

A meta de domicílios conectados estabelecida para 2014 está muito longe da alcançada. A expectativa era fechar o ano passado com 35 milhões de domicílios com acesso à internet fixa. Porém, em agosto, os acessos à banda larga fixa chegavam a apenas 23,5 milhões de locais, segundo dados do próprio Ministério das Comunicações (Minicom), incluindo aí instalações em estabelecimentos comerciais. Ou seja, há um abismo de mais de 10 milhões de acessos entre a realidade e a meta prevista.

A Consultoria Legislativa (Conleg) do Senado calculou que exista no Brasil um hiato digital em aproximadamente 38,4 milhões de famílias, uma cifra que corresponde a mais de dois terços do total da população. Um dado vergonhoso, especialmente quando se tem em conta que o Brasil é a sétima maior economia do mundo, de acordo com o Banco Mundial.

O pacote de banda larga popular, criado por meio da assinatura de termos de compromisso entre as operadoras e o Minicom, também apresenta resultados pífios. Os últimos dados disponíveis apontam para 2,6 milhões de assinaturas, menos de 1% do total de acessos à internet fixa, sendo metade delas concentrada no estado de São Paulo. É bom lembrar aqui que os dados da banda larga popular do PNBL divulgados pelo Minicom são imprecisos quanto a sua data de coleta (e não mudam há algum tempo), e não incluem informações por região, ou dados de desconexão. Ou seja, também faltam informação e transparência para um melhor balanço da política.

O governo poderia se gabar de poucos aspectos do PNBL, entre eles a cobertura da oferta do plano popular, que, segundo juram as concessionárias, alcançou 4.912 cidades. O difícil é o cidadão conseguir contratar o tal pacote que estaria disponível em quase todos os municípios do País. Diversas reportagens denunciam que empresas escondem tal oferta em suas páginas da internet e que há dificuldade de contratação do plano por meio dos serviços de atendimento telefônico das operadoras – isso sem falar do total desconhecimento da população sobre a existência do plano popular. (CARDOSO, 2015)

A experiência do PNBL nos mostra como a atividade regulatória envolvendo tributos é extremamente complexa e, a depender do caso, pode não ser a melhor opção visando o interesse público. Certamente é importante que o Poder Público realize investimentos visando o equilíbrio do desenvolvimento regional, mas cumpre indagar se a desoneração de tributos é efetivamente o melhor caminho ou se não é mais adequado aos objetivos constitucionais a realização de investimentos públicos de longo prazo que venham a induzir futuros investimentos e, posteriormente, maior desenvolvimento humano como um todo para a região inicialmente subdesenvolvida. Não se trata de renunciar aos deveres estabelecidos nos artigos 27 e 28 do Marco Civil da Internet, mas sim de reavaliar qual é a melhor forma de investir o dinheiro dos contribuintes. Em muitas situações, regras claras e estáveis proporcionam um ambiente regulatório mais favorável do que a concessão de isenções de recolhimento de tributos em troca de projetos de expansão de redes que comportem o acesso à Internet em banda larga, sobretudo quando se verifica que um grande número de tais projetos foi direcionado para grandes centros econômicos (SP, RJ, MG) nos quais a atuação do Estado para gerar “equilíbrio” de desenvolvimento é, no mínimo, questionável. O problema da

exclusão digital, certamente, não se resolverá com mera desoneração de tributos, mas com efetivo desenvolvimento humano, cabendo ao Poder Público buscar a melhor política em termos de custo e benefício para a população.

Mas mesmo que seja garantido um acesso universal ou pleno à Internet, ainda assim haverá sérios desafios em relação à liberdade de expressão a ser exercida pela Rede. Com efeito, como experiência mutável que é, a Internet tem assumido configurações na última década que são muito distintas da sua modelagem inicial. Lessig já asseverava que a Internet de hoje não seria necessariamente a mesma da de amanhã. A advertência de Tim Wu contra o excesso de otimismo e a tendência de monopolização é prudente neste aspecto (WU, 2012, p. 328), na medida em que larga parcela do tráfego mundial da rede é detido por um número pequeno de provedores de conteúdo. No que diz respeito à Internet móvel no Brasil (consumida em celulares e tablets – dados de 2014), cinco aplicativos respondem por cerca de 65% do consumo de dados – Facebook, Whatsapp e Instagram (todos de propriedade do Facebook) juntos somam 47%, enquanto Chrome e Youtube (Google) representam 31%. (O GLOBO, 2015). Atualmente, há verdadeiras batalhas por audiência na rede, na medida em que todos os que estão nela inseridos têm um instrumento transformador em mãos, mas enfrentam, em contrapartida, uma enxurrada de conteúdo típico da contemporaneidade que resulta na dificuldade acerca do processamento de tal informação pelos usuários.

Ainda que garantido o acesso à Internet, a experiência que temos na Rede é cada vez mais “privatizada”, com uma predominância de plataformas e experiências “fechadas” em oposição a poucas (mas importantíssimas) tomadas de posição em prol de softwares abertos e auditáveis. Certamente a expansão da Internet para os dispositivos móveis levou a este movimento de preferência do “fechamento” em prol da experiência. Em uma alusão extremamente simplificadora, as concepções básicas que informam a Internet hoje, que tende cada vez mais para a mobilidade, acaba sendo uma disputa entre gigantes que se alinham com uma das duas concepções fundamentais. Uma, marcadamente sustentada pela Apple, com seus sistemas operacionais de caráter fechado, não auditáveis e não transparentes, mas que alegadamente fornecem uma experiência de alta qualidade ao usuário. Outra, nitidamente identificada com o Google, com seus sistemas operacionais abertos, auditáveis e transparentes, que fornecem ao usuário o poder de tomar suas próprias decisões, valorizando sua autonomia, em suposto detrimento de uma maior qualidade na entrega do resultado. O que nos leva à seguinte pergunta, que está no cerne da maior parte das discussões fundamentais: devemos valorizar mais a segurança ou a liberdade?

Esse questionamento é extremamente relevante na medida em que os grandes provedores de aplicação (como Apple, Facebook e Google) ostentam uma posição de tamanho destaque no Mercado que lhes permite, ainda que inconscientemente, moldar o discurso público. Na medida em que pessoas estão buscando mais e mais se informar via Internet e estando a experiência da rede nas mãos de buscadores como o Google e de mídias sociais como o Facebook, passa a ser extremamente importante sob o ponto de vista coletivo analisar quais critérios são utilizados por tais aplicações para filtrar informações e viabilizar ou inviabilizar discursos que sejam mais ou menos inconvenientes para determinados interesses.

Concretizando sua proposta de transparência, o Google informa a metodologia utilizada em seu sistema de busca para que determinado endereço web surja com maior ou menor destaque nas pesquisas feitas pelos usuários. Tais pesquisas atenderão sempre a três critérios: Rastreamento, Indexação e Publicação:

O processo de rastreamento do Google começa com uma lista de URLs de páginas da Web, gerada a partir de processos anteriores de rastreamento e aumentada com dados do sitemap fornecidos por webmasters. Conforme o Googlebot visita cada um desses sites, ele detecta os links de cada página e os inclui na lista de páginas a serem rastreadas. Novos sites, alterações em sites existentes e links inativos serão detectados e usados para atualizar o índice do Google.

[...]

O Googlebot processa cada uma das páginas que ele rastreia para compilar um imenso índice com todas as palavras encontradas e sua localização em cada página. Além disso, processamos as informações incluídas nos principais atributos e tags de conteúdo, como tags de título e atributos alternativos. O Googlebot pode processar muitos tipos de conteúdo, mas não todos. Por exemplo, não podemos processar o conteúdo de alguns arquivos de mídia média ou páginas dinâmicas.

[...]

Quando um usuário faz uma consulta, nossas máquinas pesquisam o índice de páginas correspondentes e retornam os resultados que acreditamos ser os mais relevantes para ele. A relevância é determinada por mais de 200 fatores, entre eles o PageRank de uma determinada página. O PageRank é a medida da importância de uma página com base nos links de entrada de outras páginas. Em outras palavras, cada link para uma página no seu site proveniente de outro site adiciona um PageRank ao seu site. Nem todos os links são iguais: o Google trabalha com afinco para melhorar a experiência do usuário, identificando links de spam e outras práticas que afetam negativamente os resultados da pesquisa. Os melhores tipos de links são aqueles retornados com base na qualidade do conteúdo. (GOOGLE, 2016)

Já o Facebook, que é um dos provedores de aplicação optantes da experiência fechada, embora supostamente de maior qualidade, se limita a uma explanação genérica e vaga em relação à indagação sobre como se decide qual conteúdo apresentar ao usuário. Para a rede social, as histórias que aparecem no Feed de Notícias são “influenciadas por suas conexões e atividades no Facebook. Isso ajuda você a ver mais histórias que sejam do seu interesse, compartilhadas pelos amigos com quem você mais interage”. Ainda segundo o

provedor, a quantidade de “ comentários e curtidas que a publicação recebeu, bem como o tipo da história (por exemplo: foto, vídeo, atualização de status), também podem torná-la mais propensa a aparecer no seu Feed de Notícias”. (FACEBOOK, 2016)

Considerando que a conhecida criação de Mark Zuckerberg é a mídia social de maior penetração do mundo, com bilhões de usuários ativos, colocando-se como o “palco natural” de uma livre troca de fatos, ideias e concepções (a caixa de entrada da rede indaga ao usuário “No que você está pensando?” justamente para incentivar a expressão em suas mais variadas formas”) é preocupante esta falta de transparência na definição dos conteúdos que são apresentados a cada usuário. Nos casos de jornais e revistas, há sempre um editor, o ser humano encarregado de, seguindo determinados princípios éticos editoriais, selecionar o conteúdo que seria veiculado na mídia. Hoje, são adotados sistemas e algoritmos que visam substituir tais seres humanos e, como tal, não tem em si imbuídos uma série de valores. Com efeito, algoritmos não estão preocupados na construção de uma sociedade mais democrática, mais solidária, ou com a contenção do arbítrio – como fórmulas que são, refletem, no máximo, os valores de seus criadores. Isso faz com que cheguemos a um ponto de ilusão da livre expressão na Internet: somos livres para nos manifestar, mas o filtro passou da publicação para a relevância. Se a primeira, antes, era definida por uma pessoa de carne e osso, a segunda é estabelecida com base em critérios totalmente vagos e abertos, de forma que os usuários não têm como auditar se o direcionamento de determinados conteúdos pelo Facebook é baseado em padrões compatíveis com os valores inerentes a uma sociedade democrática.

Como definir, por exemplo, se uma postagem no Facebook deve ou não ser removida com base em violação aos termos de uso da plataforma? Como já mencionamos anteriormente, são notórios os casos de remoção indevida de conteúdo do Facebook, baseado na previsão de proibição de conteúdo “indecentes” em seus termos de uso. Fotos de “[...] mães amamentando seus filhos, mulheres que venceram o câncer após realizarem mastectomia, nús artísticos, beijos entre pessoas do mesmo sexo e até mesmo um incrível caso no qual o cotovelo de uma mulher foi confundido com um seio” (COLNAGO, 2013, p. 159) bem demonstram como a posição dominante de Mercado de uma determinada aplicação pode ser um desafio à concretização efetiva da liberdade de expressão. Imagens que notoriamente não poderiam ser consideradas como “indecentes” acabaram sendo removidas em razão de uma “escolha errada” do algoritmo. Em contrapartida, o mesmo algoritmo que censura mamilos femininos é o que acaba permitindo a manutenção de mensagens racistas,

numa clara inversão de valores de direitos humanos. Sobre o tema, cumpre destacar o protesto realizado pelo fotógrafo alemão Olli Waldhauer, que produziu foto que continha ao mesmo tempo uma modelo de seios desnudos e um homem carregando um cartaz com dizeres xenófobos. Como registrou o portal ElPais:

Ler uma nova mensagem xenófoba na rede social foi a gota que fez o copo transbordar para o alemão na hora de criar esse protesto, contou ao EL PAÍS por telefone. Então decidiu postar o retrato de uma mulher de topless perto de um homem segurando um cartaz que diz: “Não compre dos turcos”. O termo “kanaken” exibido é uma gíria depreciativa para chamar em alemão os imigrantes turcos e que, nesse caso, combina com um slogan bem conhecido dos tempos do nazismo. A mensagem que acompanhava a foto de Waldhauer era clara e, infelizmente, certa: “Apenas uma dessas duas pessoas está quebrando as regras do Facebook”.

Sua imagem, censurada pela rede social, lembrava que as regras sobre nudez na companhia de Mark Zuckerberg são muito rigorosas, enquanto os comentários racistas não são e muitos deles não são eliminados. Acontecia o mesmo com quem tentava compartilhar o post original e a mensagem desaparecia em poucos minutos. Somente os usuários que autocensuravam os mamilos da mulher conseguiam apresentar a proposta de Waldhauer, que procurava “chamar a atenção do discurso duplo desta rede social”, comentou ele mesmo em várias entrevistas. (MARTÍNEZ, 2015)

Será que o destino do direito de livremente se expressar ficará fadado ao direcionamento do algoritmo? Fosse a rede social um mero passatempo, a questão poderia ser resolvida num raciocínio simplista de que ninguém é obrigado a utilizá-la. Todavia, como a relevância da liberdade de expressão pressupõe poder atingir as pessoas com suas manifestações e contendo o Facebook uma boa parte da “audiência” a que o discurso deva ser direcionado, deve-se considerar que a rede passa a desempenhar um papel fundamental na formatação do discurso e da opinião pública. Daí perguntar: é adequado que um serviço de tal relevância adote critérios obscuros, vagos e abertos para fim de permitir ou inviabilizar determinadas pautas argumentativas, ou sua posição no Mercado demanda um posicionamento mais responsável em relação à manutenção da expressão como algo livre?

A questão se torna ainda mais preocupante quando se nota que o alcance “orgânico” das postagens tem diminuído, o que tem levado os proprietários de páginas institucionais do Facebook, por exemplo, a apresentarem reclamações diante da necessidade de, agora, pagarem para “impulsionar” seus conteúdos e assim atingir somente de forma paga um público que anteriormente receberia suas mensagens de forma gratuita. Provocado a se manifestar, a rede social nega que esteja modificando o algoritmo para reduzir o alcance orgânico e assim ganhar mais dinheiro com as postagens patrocinadas. Em resposta a tal indagação, o Facebook alega que quer entregar sempre a melhor experiência e que várias

plataformas de marketing têm visto a queda no envolvimento orgânico das pessoas, sobretudo em razão do aumento do número de usuários e do conteúdo, atribuindo também ao “funcionamento da própria plataforma” a razão pela redução do alcance orgânico:

A primeira razão envolve um simples fato: mais e mais conteúdo tem sido criado e compartilhado a cada dia. Você provavelmente sentiu essa mudança por você mesmo. Há somente alguns anos, compartilhar importantes momentos e experiências, artigos que você leu e fotos e vídeos de seus amados era um processo relativamente trabalhoso. Hoje, graças a dispositivos como telefones inteligentes, muitas pessoas podem compartilhar esse conteúdo com apenas alguns toques em botões.

[...]

A segunda razão envolve como o News Feed funciona. Em vez de simplesmente mostrar a todos todo o conteúdo possível, o News Feed é desenhado de forma a mostrar a cada pessoa no Facebook o conteúdo que seja mais relevante para eles. No universo de mais de 1.500 histórias que uma pessoa possa ver sempre que elas entrem no Facebook, o News Feed mostra aproximadamente 300. Para escolher quais histórias mostrar, o News Feed classifica cada história possível (da mais importante para a menos importante) ao analisar milhares de fatores relativos a cada pessoa³². (BOLAND, 2014).

Aí reside um dos problemas a ser abordado no próximo tópico: não se sabe com base em quais princípios o Facebook escolhe as notícias e demais conteúdos a serem mostrados aos usuários. A própria mensagem acima, escrita pelo Vice-Presidente do Facebook encarregado de tecnologias de publicidade, cita “milhares de fatores” relativos a cada pessoa. Mas será que esses fatores, de altíssima relevância, devem ficar ao alvedrio de uma liberdade absoluta do provedor de aplicação? Os anúncios pagos, que hoje somente são aplicáveis às páginas institucionais, tendem a se tornar um mecanismo de aquisição de relevância também para as postagens pessoais, a continuar a expansão da rede? Neste caso, a liberdade de expressão passará a depender de um custo cada vez maior para ser exercida – sujeitando-se a regras de Mercado e contrariando os ideais fundadores da Internet, no sentido de ser uma rede que viabilizasse a expressão. O receio é concreto, na medida em que após implementar mudanças em seu algoritmo para privilegiar o alcance pago sobre o orgânico, os preços de publicidade no Facebook subiram em valores superiores a 10% (SLOANE, 2014). Note-se, como exemplo, o caso de pequeno empresário americano que viu o preço de seus custos com

³² Tradução livre. Segue o original: “The first reason involves a simple fact: More and more content is being created and shared every day. You’ve probably felt this change yourself. Just a few years ago, sharing important moments and experiences, articles you’ve read, and photos and videos of your loved ones was a relatively labor-intensive process. Today, thanks to devices like smartphones, many people can share this content with just a few swipes of the finger or taps of a button.[...]The second reason involves how News Feed works. Rather than showing people all possible content, News Feed is designed to show each person on Facebook the content that’s most relevant to them. Of the 1,500+ stories a person might see whenever they log onto Facebook, News Feed displays approximately 300. To choose which stories to show, News Feed ranks each possible story (from more to less important) by looking at thousands of factors relative to each person”. (BOLAND, 2014)

publicidade no Facebook quadruplicar no período de 3 anos, ao passo que o engajamento e alcance de suas ofertas caía em percentuais superiores a 50% (NEEDLEMEN; MARSHALL, 2014).

Em termos mais amplos, há que se destacar a conclusão de Dawn Nunziato que, escrevendo no contexto norte-americano, sustenta que os grandes provedores de aplicação de Internet, por condicionarem ainda que indiretamente o exercício da liberdade de expressão, tornam-se passíveis de responsabilidades a serem observadas para com a coletividades. É certo que, com grandes poderes, surgem responsabilidades ainda maiores (2009, p. 397):

Os canais e fóruns para a expressão na Internet são agora dominados por um pequeno número de empresas privadas e esses proprietários não são mais regulados em sua capacidade de facilitar ou dificultar a transmissão de tal expressão na Internet. Eu explorei como a doutrina da livre expressão e as políticas públicas evoluíram ao ponto em que empresas que comandam esses canais e fóruns para a expressão na Internet têm o poder de decidir que tipo de mensagem é qual tipo de mensagem não é publicada por seus canais e fóruns e como esse poder tem sido exercido de formas que ameaçam valores da liberdade de expressão (p. 397)

[...]

Sob o regime atual, provedores de conexão de banda larga e outras empresas que veiculam expressão de terceiros na Internet estão basicamente livres para censurar e de quaisquer formas discriminar contra qualquer conteúdo ou aplicação que eles escolham. Com essa liberdade, esses atores têm de fato realizado discriminações contra conteúdo e aplicações em uma variedade de maneiras – incluindo contra expressão política e outros discursos que são tidos em alta conta pelo nosso sistema constitucional. Não deve ser uma surpresa que eles façam isso. Como atores de um Mercado desregulado, esses reguladores privados da expressão têm vários incentivos para discriminar contra determinados tipos de discurso – que eles entendam ser impopulares ou rejeitado por seus assinantes, assim como discursos que entrem em conflito com seus interesses políticos, econômicos os outros. A concepção negativa prevalecente da Primeira Emenda sustenta a visão pela qual os atores privados – aí inclusos poderosos reguladores da expressão na Internet, como provedores de conexão e mecanismos de busca dominantes – devem desfrutar dessa liberdade de regular a expressão em (e passando por) sua propriedade da maneira como eles entenderem melhor. Sob uma concepção afirmativa da Primeira Emenda, todavia, esses poderosos atores privados da Internet poderiam e deveriam ser regulados de forma constitucional, de forma a proibi-los de discriminar contra a expressão. De fato, em sua jurisprudência original sobre a livre expressão, a Suprema Corte adotou uma concepção afirmativa da Primeira Emenda

[...]

Aplicando a doutrina da ação estatal ao contexto da Internet, os tribunais devem chegar à conclusão de que a Internet em si é equivalente a um fórum público – um local para expressão que, assim como ruas públicas, calçadas e parques, possui um caráter facilitador da expressão, sendo um “local próprio e natural para a disseminação de informação e opinião”, sendo hoje em dia um dos “lugares paradigmáticos dos valores da Primeira Emenda porque permite aos veiculadores da expressão se comunicar com uma enorme audiência a um custo baixo”. A regulação da expressão na Internet por poderosos atores privados, por isso, consiste na regulação do discurso em um fórum público de discussão. Ao avaliar quais reguladores privados devem ser considerados atores estatais, os tribunais devem (1) avaliar a extensão do poder que tais atores exercem sobre a expressão na Internet no caso (incluindo uma análise da viabilidade de alternativas para o veiculador da expressão escapar do exercício de tal poder) e (2) ponderar os argumentos de

liberdade de expressão com outras alegações do regulador contra o veiculador da expressão. (NUNZIATO, 2009, p. 397, 399-400, 402-404)³³

Assim, a relevância pública dos provedores de aplicação populares, como o Facebook, não permite uma livre discricionariedade em relação à remoção de conteúdo, sob o argumento de se tratar de ator privado, na medida em que mesmo os particulares devem observar os direitos fundamentais, enquanto valores objetivos de uma dada sociedade. Como destaca Farias:

Essa nova postura hermenêutica certamente deve-se ao fato de indivíduos e empresas privadas, em decorrência do acúmulo de poder econômico de que eventualmente possam dispor, não raramente violarem os direitos fundamentais, fazendo com que estes direitos sejam também oponíveis àqueles sujeitos. Preocupação que é cada vez mais crescente, respeitante à temática da liberdade de expressão e comunicação, tendo em vista que os meios de comunicação social converteram-se em poderosas empresas econômicas com enorme influência na sociedade. (2004, p. 188)

Aplica-se, aqui, a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, no sentido de que tais posições subjetivas não são oponíveis somente pelo particular em relação ao

³³ Tradução livre. Segue o original: ““The pipelines and forums for Internet speech are now owned by a handful of private corporations, and those owners are no longer regulated in their ability to facilitate or thwart the transmission of such expression on the Internet. I have explored how free speech doctrine and policy have evolved to the point where the companies who own the pipelines and forums for Internet expression now have the power to decide which expression is and which expression is not communicated via their pipelines and forums and how they exercise that power in ways that threaten free speech values. [...] Under the current legal regime, broadband providers and other Internet conduits for expression are now essentially free to censor and otherwise discriminate against whatever content or applications they choose. Given this freedom, these actors have indeed discriminated against content and applications in a variety of ways—including against political expression and other speech that is highly valued within our constitutional scheme. It should come as no surprise that they would do so. As unregulated market actors, these private speech regulators have various incentives to discriminate against expression—expression that they believe is unpopular or disfavored by their subscribers or expression that conflicts with their own political, economic, or other interests. The prevailing negative conception of the First Amendment maintains that private actors—including powerful regulators of Internet speech such as broadband providers and dominant search engines—should enjoy this freedom to regulate speech on (and through) their property however they see fit. Under an affirmative conception of the First Amendment, however, such powerful private Internet actors could constitutionally be regulated, and should be regulated, to prohibit them from discriminating against expression. Indeed, in its foundational free speech jurisprudence, the Supreme Court embodied an affirmative conception of the First Amendment [...]. In applying the state action doctrine within the Internet context, courts should reach the conclusion that the Internet itself is the functional equivalent of a public forum—a forum for expression that, like public streets, sidewalks, and parks, has a broadly speech-facilitating character, is a “natural and proper place for the dissemination of information and opinion,” and is today one of the “paradigmatic loci of First Amendment values because it permits speakers to communicate with a wide audience at a low cost.” The regulation of speech on the Internet by powerful private regulators therefore constitutes the regulation of speech within a public forum for expression. In evaluating which private regulators of Internet speech should be considered state actors, courts should (1) assess the extent of the power that the actor exerts over the Internet expression at issue (including an assessment of the availability of alternatives for the Internet speaker to escape such power) and (2) balance the competing free speech and other claims of the regulator against those of the would-be speaker. Applying this updated interpretation of the state action doctrine, courts should conclude that at least two types of Internet speech regulators—broadband providers and the Internet Corporation for Assigned Names and Numbers—are state actors chargeable with the same First Amendment obligations as is the government””. (NUNZIATO, 2009, p. 397, 399-400, 402-404)

Estado, mas também entre um e outro particular, condicionando pois a interpretação das normas jurídicas de direito privado, sejam as normas abstratas presentes nas leis, sejam as concretas, decorrentes dos termos de uso dos prestadores de serviço. Destaca-se, a respeito, a colocação de Canaris:

De qualquer modo, mesmo onde os direitos fundamentais não sejam aplicáveis na sua específica dimensão jurídico-constitucional, e onde não esteja em causa uma violação das proibições do excesso ou de insuficiência, podem ser relevantes para a interpretação do direito privado e, em especial, para a concretização de suas cláusulas gerais. Pois neste caso os direitos fundamentais sempre podem produzir efeitos como princípios gerais de direito com nível infraconstitucional - tal como também outros princípios gerais de direito (e com a consequência de que a sua falta de consideração não poderá, então, de forma alguma, ser impugnada com sucesso mediante uma queixa constitucional). (CANARIS, 2006, p. 75)

Especificamente em relação ao Brasil, a produção doutrinária tem sido constante na asserção de que também os particulares devem respeitar, em maior ou menor grau, determinadas posições jus-subjetivas inegociáveis, sobretudo nos casos em que o impacto da respectiva atividade a torne relevante dos o ponto de vista coletivo. Note-se, como exemplo, a lição de Wilson Steinmetz:

No marco da ordem constitucional da República Federativa do Brasil, os melhores argumentos corroboram a tese de que direitos fundamentais - exceto, evidentemente, aqueles direitos fundamentais cujos sujeitos passivos ou destinatários são exclusivamente os poderes públicos - vinculam imediata ou diretamente os particulares. A teoria da eficácia imediata (i) é uma construção dogmática que toma a sério os direitos fundamentais, (ii) é consistente e consequente com a posição constitucional especial e preferencial desses direitos e com o conceito de uma Constituição como estrutura normativa básica (fundamental) do Estado e da sociedade, e (iii) está sintonizada com o projeto - um projeto que não é somente jurídico, mas também ético político, sobretudo no marco de uma sociedade tão desigual e injusta socialmente como a brasileira [...] de máxima efetividade social dos direitos fundamentais. (2004, p. 271)

Esta é a posição que restou consagrada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE 201.819, com o voto vencedor do Ministro Gilmar Mendes apontando na fixação do sentido pelo qual os particulares que exercem “função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social” passam a fazer parte de um “espaço público, ainda que não-estatal”: “a existência de forças sociais específicas [...] enfraquece sobremaneira o argumento da igualdade entre os entes privados, exigindo que se reconheça, em determinadas medida, a aplicação dos direitos fundamentais também às relações privadas” (RE 201819, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR

MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577 RTJ VOL-00209-02 PP-00821).

Há que se lançar a mesma ressalva aplicáveis à posição preferencial da liberdade de expressão. Sustentar que os particulares devem uma sujeição mínima a direitos fundamentais não significa defender posições absolutas, mas sim uma equilibrada harmonização de bens constitucionais potencialmente em colisão. Dito de outra forma, as liberdades empresariais devem ser exercidas com um mínimo de responsabilidade, sobretudo quando se trate de instrumentos relevantíssimos para a transmissão de opiniões e informações e o debate de ideias e ideais. Não se trata aqui de imposição de conformação total ao Poder Público, mas à observância de padrões mínimos de respeito e adequação para com a liberdade de expressão dos indivíduos. Afinal, se o constitucionalismo existe para vedar todo e qualquer tipo de arbítrio, não faria sentido a mera substituição de um déspota público por um privado.

É cabível, no caso, invocar a pertinente colocação de Steinmetz:

Portanto, sustenta-se como definição básica que, na ordem constitucional brasileira, direitos fundamentais vinculam direta ou imediatamente os particulares. Clarifique-se, porém, que não se trata de uma eficácia imediata linear, absoluta, universal e definida, abstratamente, de uma vez por todas. E, isto sim, uma eficácia imediata "matizada" ou "modulada". Em primeiro lugar, não se propõe que em todos os casos de colisões de direitos fundamentais entre particulares sejam colisões em sentido estrito, sejam em sentido amplo; sejam no âmbito de relações contratuais, sejam no âmbito de relações extracontratuais – o juiz e os tribunais ordinários estão obrigados a interpretar e a aplicar disposições de direitos fundamentais *ex constitutionae*. (2004, p. 273)

Neste tópico demonstramos como o Mercado é um relevantíssimo fator de condicionamento e, como tal, um desafio à concretização da liberdade de expressão na Internet, seja pelas dificuldades de infraestrutura e de regulação que perpetuam um modelo de exclusão digital, seja pela altíssima concentração do tráfego de conteúdo na Internet em um número relativamente pequeno de provedores de aplicação, com diferentes concepções acerca de abertura de suas aplicações e transparência em seus mecanismos. É certo, todavia, que os grandes provedores de aplicação de Internet possuem abrangência global e a necessidade de adaptar suas tecnologias para atender a toda e qualquer especificidade nacional sobre liberdade de expressão poderia levar a paradoxos relevantes: uso libertário em países democráticos, mas uso arbitrário em países ditatoriais. Afinal, embora a legislação brasileira vede situações-limite como incitação à violência, discurso de ódio, xenofobia e racismo, há países nos quais a mera crítica a governantes é tida como crime. É por tal razão que se deve buscar um padrão internacional para a adequação das aplicações de Internet mais relevantes,

que possuam considerável uso mundial. Este último aspecto, por sua vez, está diretamente ligado ao algoritmo utilizado nas aplicações, o qual é ditado por decisões que moldarão a própria Arquitetura do serviço, objeto do próximo tópico.

3.22 3.4 DESAFIOS DE ARQUITETURA: O CÓDIGO COMO BARREIRA OU COMO CANALIZADOR DE UMA MAIOR E MELHOR EXPRESSÃO

Embora não tenhamos dúvida no sentido de que a atividade de programação e, logo, o seu resultado (o código que, no caso em estudo, dá forma à Arquitetura da Internet) possam ser considerados uma forma de expressão de atividade intelectual e/ou profissional (quicá artística, a depender do caso), nos termos da análise de Gabriella Coleman (2009, p. 421), nosso foco de discussão nesse tópico é outro: de que maneira a conformação da Arquitetura da Internet pode se apresentar como uma forma de inibir e ao mesmo tempo de potencializar uma expressão verdadeiramente livre? Sobre o tema, Tim Wu destaca os efeitos expansivos da Internet em relação à expressão:

É esse princípio da universalidade que faz a web ter tamanha potência em questões comerciais e de livre expressão. Ela chega até a nivelar a influência de escala, amplificando pequenos empreendimentos, as vozes menos audíveis. Um político pode sair do nada e chegar a milhões de pessoas via web. Um site como o Facebook pode evoluir de uma estranha ideia até chegar a centenas de milhões de usuários, tudo graças aos princípios organizacionais implementados pela primeira vez por Tim Berners-Lee. O fato de que hoje consideramos trivial esse poder de universalidade só mostra o quanto era forte a ideia inicial (WU, 2012, p. 339)

Registre-se, neste contexto, a opinião de Lessig pelo qual a configuração contemporânea da Internet seria o mais importante modelo de liberdade de expressão desde a criação dos Estados Unidos, já que o parâmetro de liberdade buscado pelos fundadores americanos seria exatamente como a Internet: distribuído, não centralizado, totalmente livre e variado³⁴.

Neste sentido, Balkin aponta que a popularização da Internet (chamada por ele de “revolução digital”) facilita e democratiza o exercício da liberdade de expressão, pois a) reduz

³⁴ “The architecture of the Internet, as it is right now, is perhaps the most important model of free speech since the founding. This model has implications far beyond e-mail and web pages. Two hundred years after the framers ratified the Constitution, the Net has taught us what the First Amendment means. If we take this meaning seriously, then the First Amendment will require a fairly radical restructuring of the architecture of speech off the Net as well”. (...) “The model for speech that the framers embraced was the model of the Internet - distributed, noncentralized, fully free and diverse”. (LESSIG, Lawrence. **Code and other laws of cyberspace**. New York: Basic Books, 1999, p. 167, 185).

os custos de produção e distribuição da informação, b) permite que a informação seja distribuída independentemente de fronteiras geográficas ou culturais, c) reduz o custo de inovação, ao facilitar o diálogo e a construção entre as informações produzidas (2004, p.8-9).

Como visto anteriormente, a Arquitetura pode ser considerada uma das mais eficazes estratégias de regulação, sobretudo na Internet, na medida em que ela é, na grande maioria dos casos, imperceptível ao olhar menos atento. Por vezes nos esquecemos que as opções fornecidas por uma determinada aplicação de Internet são diretamente decorrentes de escolhas, ainda que implícitas, formuladas pelos seus autores. Assim, se o Google adota por princípio não censurar resultados de seus mecanismos de busca, salvo ordem judicial, ou se o Facebook opta por derrubar postagens que tenham qualquer referência, ainda que artística, a mamilos femininos, estas são escolhas fundamentais sobre o código de programação que, na medida de relevância do serviço, podem e devem ser discutidos sob o ponto de vista dos Direitos Fundamentais. A depender das opções de Arquitetura das aplicações, o código pode ser um aliado de uma expressão livre e desembaraçada, ou um efetivo inimigo de expressões necessárias, embora impopulares.

Dada a relevância das aplicações para a conformação do ambiente digital, é de suma importância que, quanto mais popular ela seja, mais conscientes estejam seus gestores acerca da necessidade de adaptar o código de suas aplicações para um respeito mínimo a direitos fundamentais da pessoa humana. As grandes corporações que hoje concentram a audiência da Internet, conforme já explicado, não podem possuir autonomia absoluta na definição de seus códigos de programação, na medida em que tal liberdade deve ser exercida com um mínimo de responsabilidade. Reitere-se que não se está aqui a sugerir que provedores de aplicação sejam meros subalternos da vontade dos governantes de plantão, já que tal comportamento por si só já seria também uma inobservância de direitos fundamentais. É imprescindível, todavia, seguir alguns parâmetros mínimos aplicáveis a todas as organizações empresariais.

Sobre o tema, cabe analisar a incidência às empresas de aplicações de Internet dos “Princípios orientadores das empresas e Direitos Humanos”, que consiste num padrão global destinado à prevenção e enfrentamento dos riscos de impactos adversos em direitos humanos vinculados à atividade empresarial. Tais princípios foram aprovados pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas em 16 de junho de 2011 de forma unânime, tornando-o a primeira plataforma de trabalho relacionada a responsabilidade corporativa sobre direitos humanos a ser oficialmente apoiada pelas Nações Unidas. Os princípios em questão são fundados em três pilares: a) o dever estatal de proteger direitos humanos, b) a

responsabilidade empresarial de respeitar direitos humanos e c) a disponibilização de instrumentos efetivos para vítimas de violações de direitos humanos por empresas.

Ademais, cabe destacar a enorme relevância do reconhecimento conferido pela Organização das Nações Unidas que, através de seu relator especial para a promoção e proteção do direito à liberdade de opinião e expressão, constatou ser a Internet um ativo estratégico para a concretização da liberdade de expressão. Ademais, pelo fato de tal direito fundamental colaborar para uma sociedade mais democrática e livre, a sua concretização contribui com a maior efetividade de todos os direitos fundamentais, como também reconhecido pela ONU. Destaca-se o seguinte trecho do relatório, apresentado em 16/05/2011 (tradução livre)³⁵:

Ao contrário de qualquer outro meio de comunicação, a Internet permite que indivíduos busquem, recebem e transmitam informações e ideias de todos os tipos de forma instantânea e barata, sem limites de fronteiras nacionais. Ao expandir de forma vasta a capacidade dos indivíduos exercerem seu direito à liberdade de opinião e expressão, que é uma “incentivadora” de outros direitos humanos, a Internet impulsiona o desenvolvimento econômico, social e político, além de contribuir para o progresso da humanidade como um todo.

Especificamente para a situação do exercício da liberdade de expressão, acreditamos que a relevância de tal direito para a sociedade e para a eficácia dos demais direitos fundamentais, como já notado por La Rue, torna tais princípios aplicáveis aos grandes provedores de aplicações de Internet, de forma a viabilizar uma necessidade de adaptações de seus algoritmos a condições fundamentais mínimas. A seguir, são destacados alguns desses princípios, no que sejam relevantes para a presente pesquisa.

Pelo Princípio 12 “A responsabilidade das empresas de respeitar os direitos humanos refere-se aos direitos humanos internacionalmente reconhecidos”, o que engloba, como pauta mínima, “[...] os direitos enunciados na Carta Internacional de Direitos Humanos e os princípios relativos aos direitos fundamentais estabelecidos na Declaração da Organização Internacional do Trabalho relativa aos princípios e direitos fundamentais no trabalho”.

O Princípio 13 especifica que a responsabilidade empresarial em relação a direitos humanos pressupõe que tais organizações “Evitem que suas próprias atividades gerem impactos negativos sobre direitos humanos ou para estes contribuam, bem como enfrentem

³⁵ Segue o original: “Unlike any other medium, the Internet enables individuals to seek, receive and impart information and ideas of all kinds instantaneously and inexpensively across national borders. By vastly expanding the capacity of individuals to enjoy their right to freedom of opinion and expression, which is an ‘enabler’ of other human rights, the Internet boosts economic, social and political development, and contributes to the progress of humankind as a whole”. (LA RUE, 2011).

essas consequências quando vierem a ocorrer” e ainda que elas busquem mitigar os impactos negativos causados por suas atividades, inclusive quando não tenham contribuído diretamente para gera-los.

Já o Princípio 14 consiste em aplicação do princípio da isonomia na interpretação das exigências de direitos humanos em relação às empresas. Fixa-se a premissa no sentido de que a responsabilidade empresarial em direitos humanos “[...] aplica-se a todas as empresas independentemente de seu tamanho, setor, contexto operacional, proprietário e estrutura”, admitindo-se, porém, que “[...] a magnitude e a complexidade dos meios dispostos pelas empresas para assumir essa responsabilidade pode variar em função desses fatores e da gravidade dos impactos negativos das atividades da empresa sobre os direitos humanos”.

Os Princípios 15 e 16 estabelecem deveres de organização interna com foco em direitos humanos, com a recomendação de criação de procedimentos “apropriados em função de seu tamanho e circunstâncias”, cabendo a elas estabelecer: a) um compromisso político de assumir sua responsabilidade de respeitar os direitos humanos, o qual deve ser aprovado pelo mais alto nível de direção da empresa, assim como deve ser baseado em assessoria especializada em direitos humanos, estabelecendo o que a empresa espera de suas partes relacionadas (pessoal, sócios, e outros) quanto à conduta em direitos humanos; b) um processo de auditoria (*due diligence*) em matéria de direitos humanos para identificar, prevenir, mitigar e prestar contas de como abordam seu impacto sobre os direitos humanos; c) processos que permitam reparar todas as consequências negativas sobre os direitos humanos que provoquem ou tenham contribuído para provocar.

A auditoria em direitos humanos é objeto do Princípio 17, cuja enunciação se dá nos seguintes termos: a) deve abranger os impactos negativos sobre os direitos humanos que tenham sido causados ou que tiveram a contribuição da empresa para sua ocorrência por meio de suas próprias atividades, ou que tenham relação direta com sua atuação; b) variará de complexidade em de acordo com o tamanho da empresa, do risco de graves consequências negativas sobre os direitos humanos e da natureza e o contexto de suas operações; c) deve ocorrer de forma contínua, tendo em vista que os riscos para os direitos humanos podem mudar no decorrer do tempo, em função da evolução das operações e do contexto operacional da empresa. Tais premissas se integram ao Princípio 18, pelo qual caberá às empresas sempre buscar especialistas em direitos humanos internos ou externos e realizar consultas substanciais com grupos potencialmente impactados, assim como outras partes interessadas, em função do tamanho da empresa e da natureza e do contexto das suas operações. Por fim, pelo Princípio

19, as empresas devem “integrar as conclusões de suas avaliações de impacto no marco das funções e processos internos pertinentes e tomar as medidas apropriadas”, como forma de prevenir e mitigar os impactos sobre direitos humanos.

Desses princípios é possível extrair a necessidade de as empresas respeitarem, globalmente, os direitos fundamentais assegurados pela Carta Internacional de Direitos Humanos da ONU, que consiste na Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos econômicos, Sociais e Culturais. A livre expressão está prevista no artigo 19 da Declaração Universal, nos seguintes termos: “Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”. Assim, o respeito à liberdade de expressão pelas empresas demanda que elas evitem a criação de impactos negativos sobre tal direito, buscando preveni-los ou mitiga-los.

A responsabilidade pelo respeito à livre expressão se aplica indistintamente a todas as empresas, mas a sua relevância para o exercício do direito justifica um tratamento diferenciado em relação à gravidade dos impactos sobre tal liberdade. Cabe ainda à empresa concretizar seu compromisso com a liberdade de expressão em seus documentos internos, firmado pelos mais altos representantes, comportando ainda a realização periódica de auditorias de livre expressão para verificar como poderá aperfeiçoar seus procedimentos com fins a melhor assegurar direitos fundamentais em geral e a livre expressão em especial. Parece-nos que tais princípios são plenamente aplicáveis aos grandes provedores de aplicações de Internet que condicionam o discurso realizado via Internet. Assim, gigantes da Internet como Apple, Facebook e Google devem adotar princípios destinados a melhorar suas práticas relacionadas ao exercício da livre expressão, inclusive com um tratamento mais rigoroso do que outros partícipes do Mercado online.

Ainda sobre o tema, também é extremamente relevante destacar alguns dos princípios constantes da “Carta de Direitos Humanos e Princípios para a Internet”, documento de autoria da Coalizão por Direitos e Princípios da Internet (Coalizão IRP), cujo principal trabalho tem sido “...adaptar os direitos humanos existentes para o ambiente da internet com o intuito de se criar consciência, compreensão e uma plataforma compartilhada para a mobilização em torno dos direitos e princípios para a internet” (2015). Como se verifica dos próprios princípios consagrados, tratam-se de relevantes parâmetros a serem observados não somente por Estados, mas também por empresas responsáveis por aplicações de Internet.

Assim, o documento também indica “[...] o que é necessário para as empresas garantirem os direitos humanos na internet – estas são as diretrizes sobre como as empresas devem se comportar e como o Estado deve regulá-las” (2015). Cabe aqui transcrever a descrição das origens de tal iniciativa:

A ideia de traduzir os direitos humanos para a governança da internet surgiu durante a segunda fase da World Summit on the Information Society e foi amplamente acolhida na Tunis Summit em 2005. Duas coalizões foram formadas naquele momento para realizar a tarefa. A Internet Bill of Rights Dynamic Coalition, para desenvolver uma Carta de Direitos Humanos, e a Framework of Principles for the Internet Dynamic Coalition, com o objetivo de tratar de princípios de governança da internet.

Durante a terceira reunião do Internet Governance Forum em 2008, realizada em Hyderabad (Índia), chegou-se ao acordo de que estes dois projetos, a elaboração de direitos humanos e de princípios para a internet, estavam intimamente relacionados: certos princípios devem ser respeitados para que se possa manter um ambiente online que defenda os direitos humanos. No início de 2009, estas duas coalizões fundiram-se para formar a Internet Rights and Principles Dynamic Coalition (IRPC) para combinar forças e recursos dentro do “modelo participativo multilateral” que orienta o IGF. O resultado deste exercício colaborativo online e offline, aberto a todos os membros da nova coalizão, foi a Carta de Direitos Humanos e Princípios da Internet. Durante 2009 e 2010 os primeiros esboços da Carta foram aperfeiçoados e analisados por um grupo de especialistas em direitos humanos para garantir que a Carta fosse compatível com os padrões internacionais de direitos humanos. Os membros da Coalizão debateram e contribuíram para este processo de elaboração em todas as fases. O projeto final da versão atual (versão 1.1) foi aberto para uma consulta mais ampla dentro do IGF e por analistas externos alguns meses após a primeira versão completa (versão 1.0) ter sido lançada no IGF 2010 em Vilnius, Lituânia. Nesta reunião, um grupo de trabalho foi formado para reduzir a Carta, longa e legalmente complexa, a um formato mais acessível para ser difundida, promovida e ajudar na compreensão dos direitos detidos na internet. O resultado foi intitulado “Os Dez Princípios Poderosos”, lançados em meio digital e impresso em 2011. Uma maratona de traduções permitiu que os dez princípios tomassem forma em 21 idiomas diferentes, com novas traduções sendo adicionadas constantemente (<http://internetrightsandprinciples.org/site/campaign>).

A Carta IRPC é um documento vivo. Em um ambiente de rápida conscientização de que possuímos também direitos online, a Carta é uma contribuição instrutiva na área emergente de princípios de governança da internet. A Carta tem sido também uma fonte de inspiração para iniciativas da sociedade civil, governos e empresas empenhadas em garantir que o ambiente online seja também um lugar onde os direitos humanos são apoiados e protegidos. O relatório de 2011 do Relator Especial de Liberdade de Expressão da ONU, Frank La Rue, e a decisão emblemática de 2012 do Conselho de Direitos Humanos da ONU sobre direitos humanos e a internet afirmaram o valor da Carta. A fase 2.0 da Carta pretende consolidar e promover este trabalho para um público mais amplo.

Tendo sido reconhecido seu valor pelas Nações Unidas, cabe destacar dois princípios de análise extremamente necessária à presente pesquisa. Em primeiro lugar, o princípio 4 estabelece, na linha do artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que “Todos os indivíduos têm o direito de livremente procurar, receber e difundir informação na Internet sem censura ou outras interferências”. Por outro lado, pelo princípio 9, “A Arquitetura da

Internet, os sistemas de comunicação e o formato de documentos e dados devem ser baseados em padrões abertos que garantem a completa interoperabilidade, a inclusão e a igualdade [...]”.

Enquanto o princípio 4 nos fornece um parâmetro material de conteúdo, indicando o desvalor da censura ou outras formas de interferência na Internet, o princípio 9 assume relevância de forma, pois versa sobre a Arquitetura da Rede, reconhecendo sua importância para uma adequada tutela de Direitos Humanos em geral e da livre expressão em particular. Com isso, podemos constatar que a expressão na Internet somente será verdadeiramente livre se o código que dá forma à rede assim permitir. Tendo isso em mente, buscaremos analisar nos tópicos seguintes três pontos-chave relacionados à liberdade de expressão na Internet que podem sofrer influências positivas ou negativas a depender de como a Arquitetura ou código das aplicações seja definido: a) a possibilidade de remoção de conteúdo, b) o exercício do direito de resposta e c) o exercício do direito ao esquecimento.

3.23 3.4.1 REMOÇÃO DE CONTEÚDO: A CENSURA PELA ARQUITETURA E OS EFEITOS INIBIDORES DA LIVRE EXPRESSÃO

Ao longo do presente trabalho não foram poucas as oportunidades em que buscamos afirmar a necessidade de adoção de uma concepção preferencial da liberdade de expressão. Não se trata, destacamos novamente, de encará-la como direito absoluto, mas simplesmente reiterar seu valor intrínseco para uma sociedade democrática e para os indivíduos em geral. Tanto na Constituição de 1988 quanto nos tratados internacionais de Direitos Humanos firmados pelo Brasil, o direito de se expressar é concebido da forma mais livre possível, concepção que deve ser transposta para a Internet, de forma a dificultar as remoções de conteúdo diretamente pelos provedores de aplicação. Como já alertado anteriormente, os grandes provedores de aplicação de hoje são responsáveis por canalizar a expressão que passa pelos instrumentos por eles controlados. Caso eles possam livre e arbitrariamente definir quais expressões podem e quais não podem circular, deterão um poder incompatível com os direitos fundamentais mais básicos. Por tais razões, suas aplicações devem observar padrões mínimos de respeito aos direitos fundamentais em geral e à liberdade de expressão em particular.

Especificamente no que diz respeito à possibilidade de remoção de conteúdo, a legislação brasileira (Marco Civil da Internet) contemplou, como visto, somente dois casos em que poderá haver responsabilidade civil do provedor de aplicação por atos de seus

usuários: a) violações de direitos autorais (art. 19, § 2º) e b) violação de intimidade mediante divulgação de cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado em que não haja consentimento de um dos partícipes. Em tais casos, é natural que o provedor de aplicação, uma vez recebendo notificação sobre o conteúdo ilícito, proceda com celeridade para providenciar a remoção do conteúdo infringente. Além de tais situações, é possível que haja remoção de conteúdo independentemente de decisão judicial, quando assim permitam os Termos de Uso do serviço. Referido documento, todavia, não pode estabelecer regras arbitrárias, na medida em que deve guardar obediência para com os direitos fundamentais, dada a incidência da respectiva eficácia horizontal.

Ademais, o Marco Civil da Internet estabelece alguns requisitos a serem observados pelos termos de uso, como se infere de seu artigo 7º, incisos VI, VIII e XI no que diz respeito à presente discussão:

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

VI - informações claras e completas constantes dos contratos de prestação de serviços, com detalhamento sobre o regime de proteção aos registros de conexão e aos registros de acesso a aplicações de internet, bem como sobre práticas de gerenciamento da rede que possam afetar sua qualidade;

VIII - informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que: a) justifiquem sua coleta; b) não sejam vedadas pela legislação; e c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet;

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

Da análise do dispositivo acima, que preza pela clareza e publicidade no que diz respeito ao uso de dados e de demais “políticas de uso”, nos parece deveras definido que eventuais hipóteses não judiciais de suspensão ou de não suspensão de conteúdo dependem de previsão clara e expressa dos Termos de Uso. Este é um dos primeiros requisitos a ser observado para que se possa proceder a tal forma de restrição da livre expressão de forma lícita. A seguir, destacamos alguns provedores de aplicação populares no Brasil e analisamos se seus termos de uso são claros o suficiente para legitimar a remoção de conteúdo independentemente de ordem judicial.

As duas plataformas de blogs mais utilizadas no mundo são o Wordpress e o Blogger (este de propriedade do Google). Por tal razão, cumpre analisar de que forma esses dois serviços lidam com a questão da remoção de conteúdo, se de forma arbitrária ou cumprindo requisitos e regras claras previstas em seus termos de uso.

O Wordpress é mantido pela empresa Automattic, também responsável por inúmeros serviços populares como WooCommerce, Jetpack, Simplenote, Longreads, VaultPress, Akismet, Gravatar, Polldaddy, Cloudup, dentre outros. Em seus termos de serviço, o Wordpress prevê a possibilidade de “[...] alterar ou remover descrições e palavras-chave consideradas inapropriadas ou ilícitas, ou que possam causar prejuízos à Automattic”. Ela também se reserva a, segundo seu próprio critérios, “(i) recusar ou remover qualquer conteúdo que, na opinião da Automattic, viole alguma das políticas da companhia ou seja danoso ou questionável em qualquer sentido” ou ainda “(ii) bloquear ou negar o acesso e o uso do Site a qualquer indivíduo ou entidade por qualquer razão, segundo critério exclusivo da Automattic” (WORDPRESS, 2016). Há ainda a aplicação claríssima das regras de remoção via notificação extrajudicial do DMCA americano:

8. Violação dos Direitos Autorais e DCMA. Tendo em vista a intenção de preservar seus próprios direitos de propriedade intelectual, a Automattic também respeita os direitos de propriedade intelectual de outros. Se você acredita que algum material hospedado pelo WordPress.com, ou que seja indicado por links presentes no WordPress.com, viola seu direito de autor, sugerimos que você envie uma notificação à Automattic de acordo com a Lei dos Direitos Autorais do Milênio Digital (“DMCA”, Digital Millennium Copyright Act). A Automattic responderá a todas as notificações desse tipo, e poderá remover o material infrator ou desabilitar todos os links que levam a ele, caso seja apropriado ou solicitado. A Automattic encerrará completamente o acesso e uso do Site a um visitante que, sob condições pertinentes, seja infrator reincidente dos direitos autorais ou de outros direitos de propriedade intelectual da Automattic ou de outros. No caso de um encerramento desse tipo, a Automattic não terá a obrigação de oferecer reembolso de quaisquer quantias pagas anteriormente à Automattic. (WORDPRESS, 2016)

Em relação ao Blogger, considerando se tratar de serviço pertencente ao Google, está ele abrangido genericamente pelos “Termos de serviço do Google”, que veiculam regras amplas acerca da possibilidade de remover conteúdo considerado ilegal ou violador das políticas da empresa:

Os nossos Serviços apresentam alguns conteúdos que não pertencem à Google. Estes conteúdos são da inteira responsabilidade da entidade que os disponibiliza. Poderemos avaliar conteúdo para determinar se é ilegal ou se viola as nossas políticas e poderemos remover ou recusar apresentar conteúdo que, de uma forma razoável, considerarmos que viola as nossas políticas ou a lei. Não obstante, isso não significa necessariamente que avaliamos o conteúdo, pelo que não deve partir do princípio de que o fazemos. (GOOGLE, 2014)

Além do mais, o Blogger possui uma clara política de conteúdo, que detalha claras limitações substanciais à expressão. Permite-se o material adulto, embora a plataforma não possa ser usada para fins lucrativos, não seja permitido conteúdo sexual ilegal (como conteúdos com estupro, incesto, bestialidade ou necrofilia) e não se permita a divulgação de vídeos ou imagens particulares sexualmente explícitas sem a autorização de pessoas

envolvidas. O Blogger declara “tolerância zero” em relação a exploração infantil, o que inclui a proibição de imagens de abuso sexual infantil e de pedofilia. Também se condena expressamente os seguintes tipos de conteúdo: a) discurso de ódio, b) conteúdo grosseiro, c) violência, d) assédio, e) direitos autorais, e) informações pessoais e confidenciais. Além disso, há claras proibições também dos seguintes tipos de conteúdo: a) Falsificação de identidade de terceiros (com a ressalva das paródias ou sátiras), b) Atividades ilegais (como venda de substâncias entorpecentes não permitidas), c) Bens e serviços regulamentados (como álcool, medicamentos e suplementos não aprovados, dentre outros), d) Spam (podendo resultar na exclusão da conta), e) Malware e vírus (conteúdos que podem infectar dispositivos) (BLOGGER, 2016).

Outro importante veículo de expressão na rede é o Youtube, o mais popular canal de vídeos da Internet, também de propriedade do Google. Além das regras gerais dos “Termos de Serviços do Google” há também disposições específicas sobre remoção de conteúdo na plataforma em questão. Segundo os “Termos de Serviço” do Youtube, a plataforma “[...] não permite atividades que violem os direitos autorais, nem os direitos de propriedade intelectual em seu Serviço”, estatuindo que qualquer conteúdo infringente de propriedade intelectual será removido “[...] quando devidamente notificado de que tal Conteúdo infringe o direito de propriedade intelectual de qualquer outra pessoa”. Tais remoções, segundo os termos de uso, ocorrerão sem prévio aviso. Em relação a infrações que não consistam em violações de direitos autorais, o Youtube se intitula no direito de decidir se o conteúdo em questão é apropriado, podendo ser removido em hipóteses como “[...]pornografia, material obsceno ou difamatório, (inclusive difamação, calúnia ou injúria), ou excessivamente longo” além de outras, cabendo tanto a remoção de conteúdo quanto o cancelamento da conta (YOUTUBE, 2016).

Outro popular serviço de Internet no Brasil é o Twitter, cujos Termos de Serviço veiculam previsão genérica de remoção de conteúdo. Segundo tais termos, o serviço se reserva o direito de, a qualquer momento, recusar a distribuir ou disponibilizar, ou ainda excluir, qualquer conteúdo, podendo ainda suspender ou cancelar contas de seus usuários, podendo ainda recuperar nomes de usuários, não podendo ser responsabilizado a qualquer título em consequência destes atos (TWITTER, 2016a).

Os Termos de Serviços do Twitter remetem a outro documento, mais completo intitulado “As regras do Twitter”. Neste documento é estabelecido claramente que não são permitidos conteúdos das seguintes naturezas: a) marcas registradas, b) direitos autorais, c)

conteúdo gráfico (abrangendo desde pornografia a imagens de violência), d) uso ilegal e e) uso indevido de selos do Twitter. Adiante, a rede em questão detalha de forma ainda mais específica quais condutas são qualificáveis como “comportamento abusivo”, legitimando sua exclusão:

Acreditamos na liberdade de expressão e que a verdade liberta, mas isso não representa muito como uma filosofia subjacente se as vozes forem silenciadas caso as pessoas tenham medo de falar francamente. Para assegurar que as pessoas se sintam seguras ao expressarem suas opiniões e credos, não toleraremos comportamentos que ultrapassem a linha para o abuso, incluindo comportamento assediado, intimide ou use o medo para silenciar a voz do outro usuário.

Qualquer conta ou contas relacionadas envolvidas nas atividades especificadas abaixo poderão estar sujeitas a bloqueio temporário e/ou suspensão permanente.

Ameaças violentas (diretas ou indiretas): você não pode fazer ameaças ou promover violência, inclusive ameaças ou promoção de terrorismo.

Assédio e abuso: você não pode incitar ou se envolver em abuso ou assédio direcionado a outros. Alguns dos fatores que poderemos considerar ao avaliar comportamento abusivo incluem:

se a finalidade principal da conta denunciada é enviar mensagens abusivas ou de assédio para outras pessoas;

se o comportamento denunciado é unilateral ou inclui ameaças;

se a conta denunciada estiver incitando outras pessoas a assediar outra conta; e

se a conta denunciada estiver enviando mensagens de assédio para uma conta diretamente de várias contas.

Conduta de propagação de ódio: Você também não pode promover violência atacar diretamente ou ameaçar outras pessoas com base em raça, etnia, nacionalidade, religião, orientação sexual, sexo, identidade de gênero, idade ou deficiência. Também não permitimos contas cujo propósito principal seja incitar lesões a outros com base nessas categorias.

Várias contas para promover assédio/abuso: Também não permitimos a criação de várias contas com usos conflitantes ou para escapar à suspensão permanente ou temporária de uma conta específica.

Informações privadas: você não pode publicar nem postar informações privadas ou confidenciais de outras pessoas, como números de cartões de crédito, endereços residenciais ou números de CPF/RG, sem a autorização e permissão expressas da pessoa. Além disso, você não pode publicar fotos íntimas ou vídeos que tenham sido feitos ou distribuídos sem o consentimento da pessoa que aparece neles. Leia mais sobre nossa política de informações privadas aqui.

Falsa identidade: você não pode assumir a identidade de outras pessoas por meio do serviço do Twitter com a intenção de iludir, confundir ou enganar. Leia mais sobre nossa política de falsa identidade aqui.

Automutilação: você pode encontrar alguém que esteja pensando em suicídio ou autoflagelação no Twitter. Quando recebemos denúncias de que uma pessoa está ameaçando cometer suicídio ou automutilação, podemos adotar uma série de medidas para auxiliá-la, como entrar em contato com ela para expressar nossa preocupação e a de outros usuários no Twitter ou fornecer recursos como informações de contato de nossos parceiros da área de psiquiatria. (TWITTER, 2016b)

Apesar da enorme importância das plataformas citadas anteriormente, a presente abordagem não estaria completa sem a análise das regras fixadas pelo Google em relação a seu serviço de busca (um dos grandes motores da Internet atual) e as normas estabelecidas pelo Facebook, rede social com bilhões de usuários. Tais serviços dizem respeito a uma parte enorme da expressão manifestada na Internet e, conseqüentemente, adquire relevância destacada na presente análise, sobretudo em se considerando o princípio 14 dos “Princípios orientadores das empresas e Direitos Humanos”, pelo qual “a magnitude e a complexidade dos meios dispostos pelas empresas para assumir” a responsabilidade de respeitar os Direitos Humanos pode variar em função desses fatores “[...] e da gravidade dos impactos negativos das atividades da empresa sobre os direitos humanos”.

O Google adota uma clara política de remoção de conteúdo de seu serviço de busca mediante requisição de particulares. Segundo a “Política de Remoção”, serão excluídos resultados de pesquisas que contenham imagens de abuso sexual infantil ou outros conteúdos apontados em “solicitações oficiais válidas”, como as notificações do DMCA americano ou ordens judiciais. Informações pessoais também serão removidas mediante pedido, tais como números de CPF, conta bancária, cartões de crédito, imagens de assinaturas, e imagens de nudez ou sexualmente explícitas que foram enviadas ou compartilhadas sem a autorização do usuário. Usualmente não são removidas as seguintes informações: data de nascimento, endereços e números de telefone. (GOOGLE, 2016b)

Aplicando um elogiável nível de transparência, o Google estabelece de forma clara seus critérios para decidir acerca da remoção do resultado em seus buscadores, como se infere das informações obtidas na página já citada:

Para decidir se uma informação pessoal cria riscos significativos de roubo de identidade, fraude financeira ou outros danos específicos, perguntamos:
É um número de identificação emitido pelo governo?
É confidencial ou é informação de domínio público?
Pode ser usada para realizar transações financeiras comuns?
Pode ser usada para obter mais informações sobre uma pessoa que possa resultar em dano financeiro ou roubo de identidade?
É uma foto ou vídeo com nudez ou conteúdo sexualmente explícito que permite a identificação pessoal e que foi compartilhado sem consentimento?
Esta política é aplicada caso a caso. Poderemos recusar uma solicitação de remoção se acreditarmos que ela esteja sendo usada para tentar remover outras informações não pessoais dos resultados de pesquisa.
Observação: geralmente não removemos informações que possam ser encontradas em websites oficiais do governo, uma vez que a informação está disponível ao público.

No âmbito do Facebook a exclusão de conteúdo é abordada genericamente na “Declaração de Direitos e Responsabilidades” da rede social, em especial na seção “Proteção dos direitos de outras pessoas”. Eis as regras estabelecidas:

Nós respeitamos os direitos de terceiros, e esperamos que você faça o mesmo. Você não publicará conteúdo ou praticará qualquer ato no Facebook que infrinja ou viole os direitos de terceiros ou a lei. Nós podemos remover qualquer conteúdo ou informação publicada por você no Facebook se julgarmos que isso viola esta declaração ou nossas políticas. Nós fornecemos a você ferramentas para ajudá-lo a proteger seus direitos de propriedade intelectual. Para saber mais, acesse a nossa página “Como denunciar reclamações de infrações de propriedade intelectual”. Se removermos seu conteúdo por infringir os direitos autorais de alguém, e você acreditar que o removemos por engano, forneceremos a você a oportunidade de recorrer. Se você violar repetidamente os direitos de propriedade intelectual de terceiros, nós desativaremos sua conta quando apropriado. [...]

Você não marcará usuários nem enviará convites por e-mail para não usuários sem o consentimento deles. O Facebook oferece ferramentas de denúncia social para permitir que os usuários façam comentários sobre a marcação. (FACEBOOK, 2016b)

Esse conteúdo é complementado pelos “Padrões de Comunidade” em que o Facebook relaciona alguns tipos de material que são mais sujeitos a restrição do que outros, como “nudez”, “discurso de ódio” e “conteúdo gráfico”. As explicações da rede social constam dos trechos relevantes a seguir destacados. Em relação à nudez, a justificativa do Facebook é a seguinte:

Às vezes, as pessoas compartilham conteúdos contendo nudez devido a campanhas de conscientização ou projetos artísticos. Restringimos a exibição de nudez pois alguns públicos da nossa comunidade global podem ser mais sensíveis a esse tipo de conteúdo, principalmente devido à bagagem cultural ou idade. Para tratar as pessoas de forma justa e responder às denúncias rapidamente, é essencial termos políticas que nossas equipes globais possam aplicar de maneira simples e uniforme quando estiverem analisando os conteúdos. Como resultado, nossas políticas podem ser mais duras do que gostaríamos e restringir conteúdos compartilhados com objetivos legítimos. Nós sempre trabalhamos para melhorar a avaliação desse tipo de conteúdo e fazer com que nossos padrões sejam cumpridos.

Removemos fotos de pessoas exibindo órgãos genitais ou com foco em nádegas totalmente expostas. Também restringimos algumas imagens de seios que mostram os mamilos, mas sempre permitimos fotos de mulheres ativamente engajadas na importância da amamentação ou mostrando os seios após uma mastectomia. Também permitimos fotos de pinturas, esculturas e outras obras de arte que retratem figuras nuas. As restrições relativas à exibição de nudez e de atividade sexual também se estendem aos conteúdos digitais, exceto quando a publicação do conteúdo se der por motivos educativos, humorísticos ou satíricos. Imagens explícitas de relações sexuais são proibidas. Descrições de atos sexuais que exponham detalhes muito vívidos podem também ser removidos (FACEBOOK, 2016c)

Também há regras explícitas no que diz respeito a discurso do ódio. A rede social declara que não tolera discurso de ódio, que é removido, o que inclui ataques diretos a pessoas com base em raça, etnia, nacionalidade, religião, orientação sexual, gênero ou identidade de gênero, deficiências graves ou doenças. Estatui-se que são tolerados “humor, sátiras ou comentários sociais relacionados a esses tópicos”, assim como são disponibilizadas ferramentas “[...] para evitar conteúdos ofensivos ou de mau gosto”. Declara-se ainda que “uma contra-argumentação com informações detalhadas e pontos de vista alternativos pode ajudar a criar um ambiente mais seguro e respeitoso” (FACEBOOK, 2016c).

Há também regras previstas para casos de “violência gráfica”:

Há muito tempo que o Facebook é um local onde as pessoas compartilham suas experiências e chamam a atenção para problemas importantes. Às vezes, essas experiências e problemas envolvem violência e imagens gráficas de interesse público, como o abuso dos direitos humanos ou atos de terrorismo. Em muitas ocasiões, as pessoas compartilham esse tipo de conteúdo para condená-lo ou para conscientizar os outros. Removemos imagens explícitas quando elas são compartilhadas por prazer sádico ou para celebrar e glorificar a violência.

Quando as pessoas compartilham conteúdos no Facebook, esperamos que elas compartilhem com responsabilidade, escolhendo cuidadosamente quem poderá ver o conteúdo. Também pedimos que avisem o público sobre o que estão prestes a ver, caso o conteúdo inclua violência gráfica.

No que diz respeito às regras de conteúdo, parece bem claro que, ao menos no discurso, os grandes provedores de aplicações de Internet têm aprendido com os problemas vivenciados no passado recente. O Facebook aborda claramente a questão da restrição de imagens de nudez, ainda que como forma de protesto e como forma de arte. O Google trata claramente das hipóteses de desindexação de resultados em casos nos quais a tutela da privacidade individual seja clara e evidente. Condena-se claramente a violência e o discurso de ódio. É muito bom que tais situações passem a ser abordadas nos documentos internos das empresas, na medida em que buscam concretizar valores constitucionais de proteção da pessoa, colaborando ainda para a segurança jurídica. Afinal, é muito melhor saber os critérios que podem ser utilizados para a suspensão ou deleção de um conteúdo postado na Internet do que confiar numa mera remissão à possibilidade de exclusão de conteúdo com base em parâmetros geralmente desconhecidos e obscuros. Resta saber se a prática do Direito tem sido incorporado à própria Arquitetura dos serviços, de maneira a torna-los tão eficazes quanto os documentos sugerem.

Notícias recentes, porém, indicam que ainda há muito a ser feito. O já citado caso do fotógrafo Olli Waldhauer (MARTINEZ, 2015) é um exemplo de como há uma preocupação em excesso com mamilos e menos atenção contra discursos de ódio. Caso mais recente ainda

envolveu o humorista brasileiro Hubert, que teve charge de sua autoria com clara crítica à Presidente da República removida da rede social, no mesmo período em que um comentário claramente pedófilo envolvendo o perfil “Admirador da MC Melody” permaneceu na rede por mais de 20 dias. A mesma matéria que trata do caso em questão aborda o problema envolvendo nomes artísticos ou ainda nomes sociais:

Na semana passada, o empresário Ian Black, dono de uma agência de publicidade de São Paulo, foi surpreendido por uma mensagem da rede social. “O Facebook desconectou meu acesso e solicitou que eu confirmasse minha identidade. Só que 99% das pessoas me conhecem por meu nome profissional”, disse Black, que no RG chama-se José Camara. “Nem meus parentes me chamam pelo nome de batismo”, escreveu em seu perfil, que foi renomeado. Transexuais e drag queens também enfrentam dificuldades em usar seus nomes sociais. (FERRARI, 2015).

Em primeiro lugar, não há transparência sequer acerca da forma como são valorados os próprios termos de uso nos casos concretos envolvendo denúncias formuladas ao Facebook. Nos parece natural imaginar que boa parte do processo deva ser automatizado com base em algoritmos que detectem determinados tipos de violações, somado a outros procedimentos que dependem de seres humanos operando as aplicações. Sabe-se que o algoritmo das aplicações está em constante desenvolvimento e para que possa vir a colaborar na concretização do direito humano à livre expressão, é necessário que esse cuidado seja nele inserido pelos seres humanos que o elaboram. Neste contexto, nos parece também extremamente prudente a realização da auditoria em direitos humanos prevista nos princípios 15 e 17 dos “Princípios de Direitos Humanos para Empresas”, como forma de assegurar que a livre expressão está devidamente incorporada à Arquitetura da rede social em questão.

Com isso, pretende-se garantir um sistema de dupla revisão em relação ao código que dá forma às aplicações. A primeira instância de revisão consiste na verificação feita por seres humanos, de preferência com qualificação jurídica, para que providenciem a adequação constante dos códigos que dão forma à aplicação em questão aos direitos humanos tutelados (no caso, a liberdade de expressão). A segunda instância de revisão se verifica na auditoria em Direitos Humanos, que verificará justamente se a primeira instância vem funcionando de forma adequada. Também se recomenda que as conclusões e métodos da auditoria em Direitos Humanos sejam objeto de ampla divulgação, com as restrições cabíveis para assegurar a privacidade de terceiros e os segredos comerciais eventualmente garantidos aos provedores auditados.

Outro ponto a ser destacado é a necessidade de incidência do princípio da proporcionalidade quando da aplicação de sanções como a remoção de conteúdo ou mesmo a

exclusão de contas de um determinado serviço. A prática de infrações reiteradas e com conteúdos altamente reprováveis pode viabilizar a exclusão de contas e a proibição de registrar novos perfis no mesmo serviço, mas há que se atentar para a gravidade da conduta, assim como a aplicação de um mínimo de contraditório. Casos de usuários que têm suas contas bloqueadas por “infrações reiteradas” sem que tenham recebido quaisquer advertências prévias e sem que recebam qualquer justificativa concreta consiste em medida contrária aos preceitos do Marco Civil da Internet que regulam os termos de uso, os quais devem ser claros e transparentes.

Acreditamos que o estabelecimento de regras claras nos termos de uso, abordando a remoção de conteúdo e as hipóteses concretas em que ele pode ocorrer, é extremamente benéfico para a liberdade de expressão em geral. Todavia, a mera previsão em documentos solenes das empresas não garante a sua aplicabilidade prática de forma ideal. Daí ser necessário incorporar à própria Arquitetura das aplicações um sistema de dupla revisão, utilizando a tecnologia para uma maior eficácia dos direitos fundamentais e atribuindo esta revisão a pessoas com formação jurídica e em direitos humanos.

3.24 3.4.2 EXERCÍCIO DO DIREITO DE RESPOSTA: UM NECESSÁRIO CONTRAPONTO À LIVRE EXPRESSÃO NA INTERNET E PARÂMETROS PARA SUA MAIOR EFICÁCIA

Outro direito diretamente ligado à liberdade de expressão, tido como o “outro lado da moeda”, é o direito de resposta, garantido constitucionalmente no inciso V do artigo 5º (“é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”). É relevante que a garantia da livre expressão na Internet implique também na garantia do direito de resposta, na medida em que tal posição subjetiva tem por finalidade trazer esclarecimentos e novos fatos a uma expressão que tenha sido exercida inicialmente sem a integralidade da verdade. A regulação original do direito de resposta estava prevista na Lei de Imprensa (Lei 5.250/67), que foi considerada como não recepcionada pela Constituição de 1988, em decisão proferida pelo STF na ADPF 130. Com isso a única regulação legislativa do direito de resposta até 2015 consistiu na sua previsão em matéria de propaganda eleitoral, nos termos do art. 58, § 3º, IV da Lei 9.504/97, inseridos pela Lei 12.034/2009, que assim dispunham:

Art. 58 [...]

§ 3º Observar-se-ão, ainda, as seguintes regras no caso de pedido de resposta relativo a ofensa veiculada:

IV - em propaganda eleitoral na internet: (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

a) deferido o pedido, a divulgação da resposta dar-se-á no mesmo veículo, espaço, local, horário, página eletrônica, tamanho, caracteres e outros elementos de realce usados na ofensa, em até quarenta e oito horas após a entrega da mídia física com a resposta do ofendido; (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

b) a resposta ficará disponível para acesso pelos usuários do serviço de internet por tempo não inferior ao dobro em que esteve disponível a mensagem considerada ofensiva; (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

c) os custos de veiculação da resposta correrão por conta do responsável pela propaganda original. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

É certo que o direito de resposta, enquanto direito fundamental, possui eficácia imediata independentemente de legislação que lhe regule, na forma do § 1º do artigo 5º da Constituição. É certo, todavia, que uma regulação legislativa pode muito colaborar na concretização de determinado direito, conferindo maior certeza e aplicabilidade e não deixando a questão de sua aplicação ao alvedrio e discricionariedade dos magistrados que o devam aplicar nas situações concretas. Assim, foi em boa hora que o legislador promulgou a Lei 13.188, de de 11 de novembro de 2015, que buscou regular o direito de resposta, emprestando-lhe maior eficácia e abordando especificamente a questão do seu exercício no âmbito da Internet em seu artigo 4º, I: “praticado o agravo em mídia escrita ou na internet, terá a resposta ou retificação o destaque, a publicidade, a periodicidade e a dimensão da matéria que a ensejou”.

Infelizmente o legislador perdeu uma excelente oportunidade de tratar do direito de resposta na Internet de forma mais técnica, limitando-se a dizer, com outras palavras, aquilo que já estava posto na Constituição: que a resposta, quando exercida, deve possuir a mesma eficácia de propagação que a mensagem original ofensiva. Indaga-se, todavia, como fazê-lo na Internet, em que o tamanho das páginas é totalmente irrelevante para tal finalidade? Não se deveria buscar mecanismos que garantissem uma paridade de número de acessos ao conteúdo da resposta, quando comparado em relação ao conteúdo infrator?

Buscamos analisar esta questão em trabalho anteriormente publicado, no qual sustentávamos a necessidade de adaptação mínima do código de programação de determinadas aplicações populares na Internet como forma de buscar um mecanismo que se não assegurasse, ao menos viabilizasse que a resposta teria uma audiência ou uma atenção

similar à mensagem que a deu causa. A crítica à lei posta, na época, dizia respeito à legislação eleitoral, mas são perfeitamente aplicáveis à Lei 13.188:

Note-se que o citado tratamento legislativo considerou uma série de elementos visando conferir à resposta um impacto similar à mensagem original de caráter ofensivo, como a página, o tamanho dos caracteres e os elementos de realce. Todavia, verifica-se que, ao fazê-lo, o legislador buscou aplicar conceitos das mídias tradicionais ao meio ambiente digital, resultando em uma ineficácia potencial do direito de resposta. Assim é possível pensar porque, ao contrário do que ocorre em jornais e revistas, não é o tamanho da manchete ou a posição que a notícia ocupa que definirão o impacto que ele exercerá na internet. O meio ambiente digital fornece mecanismos muito mais transparentes para tal verificação, que é o número de visualizações que uma determinada página obteve. Com efeito, se uma postagem que carrega uma irregularidade tem cinco mil visualizações e o respectivo direito de resposta somente gera a atenção de 100 pessoas, há que se concluir que o direito de resposta não foi concretizado de forma proporcional ao impacto causado pela notícia original.

A realidade poderia ser bem diferente se alguns prestadores de serviço de internet modificassem suas plataformas para nelas incluir mecanismos que poderiam favorecer o direito de resposta.

Antes, porém, de partir para uma mera transferência de responsabilidades mediante distribuição de deveres, há que se diferenciarem as distintas categorias de prestadores de serviço de internet, que possuem regimes diferenciados. Destaca-se que o chamado “Marco Civil da Internet” encampou a necessidade de compreender as diferentes dimensões inerentes à prestação de serviços voltados à internet quando estabeleceu a diferença entre provedores de conexão e provedores de aplicação. Nos termos do artigo 5º da lei, o provedor de conexão é aquele que concede “[...] a habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP.” (inciso V). Já o provedor de aplicação é aquele que fornece acesso a um “[...] conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet.” (inciso VII). Essa diferenciação assume relevância sobretudo no que se refere ao regime de responsabilidade civil. Enquanto o provedor de conexão “[...] não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros” (artigo 18), o provedor de aplicação somente se sujeitará à responsabilização por conteúdos de 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” (artigo 19), salvo nos casos de conteúdos postados com violação crassa à intimidade de um indivíduo (artigo 21) ou nos casos de desrespeito a direitos autorais (artigo 31).

A diferenciação parte do correto pressuposto de que o provedor de conexão tem como responsabilidade simplesmente oferecer o acesso do usuário ao meio ambiente digital, ao passo que o provedor de aplicação é o agente que fornecerá determinadas utilidades ao indivíduo, como plataformas de elaboração de blogs, mídias sociais, voz sobre IP, streaming de conteúdo (filmes ou músicas), entre tantos outros permitidos pela generatividade da internet. Enquanto o primeiro somente fornece a porta de entrada ao meio ambiente digital, o segundo ostentará uma relação quase que direta com o usuário, oferecendo-lhe serviços que o habilitarão à prática dos mais variados atos.

Feita essa diferenciação, percebe-se que eventual colaboração à maior eficácia do direito de resposta na internet poderia partir justamente dos provedores de aplicação de internet, uma vez que é o código de seus serviços que influenciará de uma maneira mais impactante o conteúdo das produções individuais. Não seria adequado

onerar os provedores de conexão, na medida em que eles usualmente não estão em uma posição na qual possam in uenciar a maior ou menor e cácia do direito de resposta na internet. Já aos provedores de aplicação, na condição de indivíduos inseridos na prestação de serviços, aplica-se o dever fundamental de defesa e preservação de um meio ambiente digital sadio. A concretização de tal dever fundamental ocorrerá mediante o cumprimento de prestações instrumentais proporcionais que, sem estabelecer um custo excessivo, venham a contribuir para um uso sustentável e equilibrado. Ademais, o Legislador brasileiro andou bem ao lançar na Lei n. 12.965/2014 como um dos fundamentos da disciplina do uso da internet no Brasil, entre outros, a “finalidade social da rede”. Trata-se, pois, de uma abertura axiológica à solidariedade enquanto elemento balizador das relações entre particulares.

[...]

Todavia, não se poderia impor tais prestações instrumentais sem considerar necessariamente o porte do provedor de aplicações, a ser determinado em uma análise de sua popularidade no meio ambiente digital. Tratar um pequeno site de compartilhamento de vídeos criado e usado somente por amigos e conhecidos da mesma forma que o Youtube ou o Vimeo, dois dos mais populares serviços de vídeos da internet, seria um grave equívoco e redundaria em uma prestação desproporcional, sobretudo em razão da enorme onerosidade que poderia inibir inovações importantíssimas na tecnologia que se utiliza diariamente. Assim, há que se verificar em cada espécie de provedor de aplicação quais os aplicativos com maior popularidade para, aí sim, poder-se cogitar do estabelecimento de prestações instrumentais viabilizadoras de um meio ambiente digital mais sadio e equilibrado, mediante o estabelecimento de um framework que favoreça o exercício do direito de resposta, quando aplicável.

Assim, cogita-se que a questão da eficácia do direito de resposta no meio ambiente digital tende a ser mais relevante em serviços populares de plataformas de blogs (como Blogspot ou Wordpress) ou de compartilhamento de vídeos (como Youtube ou Vimeo). Em ambos os casos, cogita-se o problema de, em face de um conteúdo ofensivo, como colaborar na concretização de uma resposta “proporcional ao agravo”. Infere-se que sendo o número de acessos o critério balizador da equiparação entre conteúdo ofensivo, de um lado, e resposta, de outro, há que se conceber alguma modificação no algoritmo das aplicações que venha, se não compelir, ao menos favorecer o acesso à resposta quando do conhecimento do conteúdo que a motivou. Tal conduta contribuiria para a concretização de uma das promessas inerentes à liberdade de expressão, que é propiciar uma sociedade mais bem informada. Sob o ponto de vista técnico, já há um mecanismo muito popular em serviços de compartilhamento de vídeos e em plataformas de blogs que poderia servir de base para o favorecimento da resposta: as sugestões de conteúdo, oferecidas ao usuário normalmente de forma adjacente à postagem visualizada, conforme suas preferências pessoais registra das pela aplicação. Parte-se do pressuposto de que se o usuário gostou de “A”, poderá gostar também de “B”.

Assim, sendo possível recomendar ao usuário que ele venha a assistir determinado vídeo relacionado àquele que está por visualizar, o que impediria o provedor de aplicação de incluir, entre tais sugestões, um eventual vídeo que contivesse o direito de resposta? Seria ainda melhor que tal conteúdo fosse destacado em coloração diferente das demais sugestões “ordinárias”, de forma a restar ainda mais destacado. Trata-se de solução que demanda reconfiguração e reprogramação de aplicações e, como tal, exige do respectivo provedor algum investimento em mão de obra, usualmente já à sua disposição. Como tal, parece que a medida é devidamente proporcional, pois busca garantir um meio ambiente digital mais equilibrado (com o amplo acesso tanto ao conteúdo original quanto à resposta), sem um sacrifício extraordinário do particular.

Ademais, a adoção de tal medida como concretização de um dever fundamental conduz ao raciocínio da prescindibilidade da reclamação de quem tenha sido

ofendido pelo conteúdo veiculado, ou seja, a Arquitetura deve proporcionar meios de resposta independentemente do exercício do direito pela pessoa ofendida. (COLNAGO; PEDRA, 2014, p. 411-415)

Em acréscimo ao quanto já exposto em relação ao direito de resposta, há que se destacar que também as redes sociais, como o Facebook, podem ser abrangidas pela solução proposta, na medida em que ela também se utiliza do mesmo formato de recomendação de conteúdo para sugerir novas amizades ou novas páginas. Destaca-se, ainda, que a própria forma de impulsionamento das postagens do Facebook pode ser uma maneira de dar maior eficácia ao direito de resposta e, como tal, à liberdade de expressão exercida com responsabilidade e visando à verdade: o custeio de tal impulsionamento pelo autor do conteúdo ofensor pode ser medida pedagógica que inclusive venha a inibir novas ofensas à reputação no futuro. Reitere-se, todavia, que a solução prevista no presente tópico tem por objeto soluções que possam ser inseridas diretamente no código de programação das aplicações, sem necessidade de busca da tutela jurisdicional. Uma inserção de pedido de direito de resposta via aplicação (que, obviamente, deva ser suportada pelo usuário sem possibilidade de supressão) seria bem vinda na medida em que viesse acompanhada de critérios claros para sua concessão e de uma equipe qualificada para valorar questões jurídicas e interpretar corretamente os termos de uso do serviço.

3.25 3.4.3 DIREITO AO ESQUECIMENTO: NOVA FORMA DE TUTELA DA IMAGEM E DA HONRA, QUE DEVE OCORRER DE FORMA CAUTELOSA

A evolução e a popularização da Internet acabaram por gerar o maior repositório de informações da história da humanidade, que é relevante não somente por seu tamanho, mas igualmente por sua acessibilidade quase que instantânea. Tal facilidade de acesso tornou-se possível pela enorme expansão da eficiência dos provedores de busca, seja por sua maior capacidade de organizar a informação, seja pela maior capacidade dos bancos de dados que captam e armazenam aspectos sensíveis. Com isso, dados do passado passam a ser acessíveis a todo instante, desde que estejam disponíveis na Rede, cuja arquitetura original é definida para, por padrão, não esquecer, contrariando nossa “programação” natural como humanos, que é esquecer. Substituímos uma lembrança falha por uma “memória perfeita” (MAYERSCHÖNBERGER, 2011, p. 2, 4). À medida que a grande Rede se torna um ativo relevante de

nossas vidas, em que medida essa “memória perfeita” é algo inexorável e benéfico ou pode vir a ser modificado para fins de tutelar certos direitos?

Tal questão, que vinha sendo identificada como um “direito ao esquecimento” ou “direito de ser esquecido”, ganhou enormes incentivos após a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça da União Européia em maio de 2014, no processo C-131/12, envolvendo os interesses do Sr. Mario Costeja González e tendo como partes, ainda, a Agencia Espanhola de Proteção de Dados e o Google Espanha. Abaixo são destacados os trechos fundamentais do Acórdão em questão:

32 Quanto à questão de saber se o operador de um motor de busca deve ou não ser considerado «responsável pelo tratamento» dos dados pessoais efetuado por esse motor de busca no contexto de uma atividade como a que está em causa no processo principal, importa recordar que o artigo 2.º, alínea d), da Diretiva 95/46 define esse responsável como «a pessoa singular ou coletiva, a autoridade pública, o serviço ou qualquer outro organismo que, individualmente ou em conjunto com outrem, determine as finalidades e os meios de tratamento dos dados pessoais».

33 Ora, é o operador do motor de busca que determina as finalidades e os meios dessa atividade e, deste modo, do tratamento de dados pessoais que ele próprio efetua no contexto dessa atividade e que deve, consequentemente, ser considerado «responsável» por esse tratamento por força do referido artigo 2.º, alínea d).

34 Por outro lado, importa declarar que seria contrário não só à redação clara desta disposição mas também ao seu objetivo, que consiste em assegurar, através de uma definição ampla do conceito de «responsável», uma proteção eficaz e completa das pessoas em causa, excluir dela o operador de um motor de busca pelo facto de não exercer controlo sobre os dados pessoais publicados nas páginas web de terceiros.

35 A este respeito, deve salientar-se que o tratamento de dados pessoais efetuado no contexto da atividade de um motor de busca se distingue do efetuado pelos editores de sítios web, que consiste em fazer figurar esses dados numa página web, e acresce ao mesmo.

36 Além disso, é pacífico que essa atividade dos motores de busca tem um papel decisivo na difusão global dos referidos dados, na medida em que os torna acessíveis a qualquer internauta que efetue uma pesquisa a partir do nome da pessoa em causa, incluindo aos internautas que, de outra forma, não teriam encontrado a página web onde esses mesmos dados estão publicados.

37 Além disso, a organização e a agregação das informações publicadas na Internet, efetuadas pelos motores de busca com o objetivo de facilitar aos seus utilizadores o acesso às mesmas, podem conduzir, quando a pesquisa desses utilizadores é feita a partir do nome de uma pessoa singular, a que estes obtenham, com a lista de resultados, uma visão global mais estruturada das informações sobre essa pessoa, que se podem encontrar na Internet, que lhes permita estabelecer um perfil mais ou menos detalhado da pessoa em causa. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA, 2014)

Se visto isoladamente e de forma absoluta, o direito ao esquecimento pode vir a ser considerado como uma séria ameaça à liberdade de expressão – da mesma forma que a livre

expressão ilimitada e absoluta representaria um perigo para a proteção da honra e da imagem individual. Não podemos, pois, cair nos paradoxos fáceis que costumam surgir para solucionar questões difíceis como as colisões de direitos fundamentais em que se contextualizam os casos que normalmente envolvem o assim chamado direito ao esquecimento. Há evidentes méritos e benefícios na limitação proporcional da capacidade de lembrança eterna da Internet, como já pudemos sustentar:

Esta capacidade de não mais esquecer, embora superficialmente positiva, também ostenta um lado negativo, a partir do momento em que resta por perpetuar fatos corriqueiros do passado que, vistos fora de contexto, podem acarretar sérios prejuízos aos indivíduos. Erros momentâneos podem ser eternizados, contrariando a própria configuração biológica humana, destinada a se esquecer por padrão: ameça-se, com a “memória perfeita”, a formação de uma “letra escarlate digital”, convolvando um instrumento de liberdade em forma de opressão [...]

Também há que se destacar que essa “memória perfeita” pode servir como uma restrição desproporcional à liberdade de expressão, na medida em que a ciência de que tudo o que dissermos pode ser resgatado (e, inclusive, interpretado fora do contexto) pode levar à perda de espontaneidade das pessoas, numa autocensura totalmente indesejável.

A questão da desindexação está diretamente ligada ao controle de dados pelo indivíduo: quanto maior o controle sobre as informações pessoais disponíveis, menor será a incidência de lides que envolvam a necessidade de implementar à força a desvinculação de dados individuais. É neste contexto que se trava a discussão sobre o direito ao esquecimento, visto como uma necessária limitação a esta capacidade de eterna lembrança acerca de qualquer fato lançado na Internet, potencializador de danos à imagem individual. Justamente por tal característica é que a questão merece um enfoque sob o parâmetro dos deveres fundamentais, já que correspondente ao “direito de ser esquecido” surge um “dever de colaborar com o esquecimento” ou “dever de desindexação”, baseado no fato de que a mera manutenção de dados sobre determinado indivíduo pode ser danosa à sua individualidade [...]

Parte-se aqui dos pressupostos fundamentais de que a) é necessário resgatar o esquecimento, que não existe por padrão no meio ambiente digital, como contrapartida à proteção de determinados direitos fundamentais do indivíduo, b) o exercício de tal direito não pode ocorrer de forma absoluta, sob pena de colidir com outros direitos fundamentais. (COLNAGO; PEDRA, 2015, p. 2, 3)

Nos parece que o “direito ao esquecimento” (que, na verdade, consiste em um outro nome conferido para uma proteção especial à imagem individual, consistente na possibilidade de desindexar conteúdo negativo acerca da vida pregressa da pessoa) pode e deve ser harmonizado com a liberdade de expressão. Haverá casos extremos em que caberá ao Poder Judiciário, ciente do valor intrínseco de tal liberdade e na necessidade de seu exercício responsável, definir esse mútuo equilíbrio em concreto. Isso não significa, todavia, que os provedores de serviços de Internet não possam colaborar para a solução da questão – como já tem ocorrido com o serviço de buscas do Google na Europa, após a decisão em questão.

Assim, sem a pretensão de esgotamento do tema, buscou-se traçar alguns parâmetros para que o direito de desindexar mídias e notícias relativos a um determinado usuário pudesse ser exercitado diretamente na relação que ele mantém com os provedores de aplicação, em conformidade com os valores inerentes à liberdade de expressão. Trata-se de um conjunto de medidas que pode colaborar na concretização ideal de ambos os direitos, independentemente de provocação da jurisdição:

Em suma, sustenta-se que o ordenamento jurídico admite a construção hermenêutica de um dever instrumental de formatação de modelo de código que contemple as seguintes funcionalidades em prol de uma maior efetividade do esquecimento e da tutela de dados pessoais: a) dados gerados pelo usuário: deleção ou desindexação mediante simples comando, a ser disponibilizado na aplicação, b) dados gerados por terceiros, mas relacionados ao usuário: b.1) indisponibilização, remoção ou desindexação em caso de falsidade ou divulgação de informação sensível que possa acarretar discriminação, a ser alegada pelo usuário e analisada pelo provedor de aplicação, com eventual controle jurisdicional posterior, b.2) indisponibilização, remoção ou desindexação em caso de violação à privacidade, a ser alegada pelo usuário e analisada pelo provedor de aplicação, limitada pela configuração de interesse público, com a possibilidade de controle jurisdicional posterior, b.3) indisponibilização, remoção ou desindexação em caso de violação ao limite temporal, a ser alegada pelo usuário e analisada pelo provedor de aplicação.

A questão da determinação acerca da desindexação é mais pertinente com os provedores de busca, ao passo que a indisponibilização ou remoção será mais pertinente aos demais provedores de aplicação que guardam dados dos usuários, como mídias sociais. Quanto a este último ponto, um dever trivial e com concordância prática consistiria na indisponibilização ainda que temporária do conteúdo, com a finalidade de reduzir danos, com a posterior deleção após análise mínima do provedor.

Tais balizas, para serem efetivas, dependeriam de uma interpretação a ser feita pelos provedores de conteúdo acerca das alegações dos usuários. Destaca-se não ser nossa intenção que todos os prestadores possuam assessoria jurídica das mais qualificadas, sendo suficiente a valoração ainda que mínima dos elementos aqui propostos. Afinal, já há equipes constituídas para verificarem eventual violação aos termos de uso das aplicações, de forma que a assunção do dever aqui formulado não geraria uma elevação desproporcional dos custos dos provedores. (COLNAGO; PEDRA. No prelo)

Havendo a incorporação de tais balizas aos códigos das aplicações em mecanismos de buscas e mídias sociais acreditamos que a eficácia do direito ao esquecimento possa ser concretizada de uma maneira que o harmonize ao direito fundamental à livre expressão, por combinar atuação dos provedores de aplicação com eventuais controles jurisdicionais posteriores.

3.26 3.5 ELEMENTOS DE VALORAÇÃO NA COLISÃO ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E OUTROS DIREITOS FUNDAMENTAIS, NA INTERNET: EM BUSCA DE UMA HARMONIZAÇÃO ADEQUADA

Por ocasião do desenvolvimento dos capítulos e tópicos anteriores já tivemos a oportunidade de trabalhar os argumentos que justificam a adoção de uma posição preferencial da liberdade de expressão enquanto direito extremamente relevante para a concretização de inúmeros outros direitos e valores fundamentais do Ordenamento Jurídico. Seja pela ênfase conferida pela Constituição de 1988, tratando do tema em vários dispositivos sempre de forma a reiterar a imprescindibilidade de uma expressão marcadamente livre, seja pela sua ligação umbilical com enunciados constitucionais dos mais fundamentais (desde o preâmbulo, passando pelos fundamentos da república – como o exercício de direitos inerentes à cidadania, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político), ou ainda pela clara tomada de posição do Constituinte em não reproduzir restrições à expressão antes existentes em textos constitucionais brasileiros pretéritos, nos parece que a adoção de uma posição preferencial é medida que se impõe, por interpretação do sistema constitucional.

No mesmo sentido é a posição de Dworkin:

Portanto, se reconhecemos o valor geral da livre expressão, deveríamos aceitar um pressuposto contra a censura ou a proibição de qualquer atividade quando esta, mesmo discutivelmente, expressa uma convicção sobre como as pessoas devem viver ou sentir, ou quando se opõe a convicções estabelecidas ou difundidas. O pressuposto não precisa ser absoluto. Pode ser superado pela demonstração de que o prejuízo que a atividade ameaça produzir é grave, provável e incontroverso, por exemplo. Mas deve, não obstante, ser um pressuposto forte para proteger o objetivo de longo prazo de assegurar, a despeito de nossa ignorância, as melhores condições ao nosso alcance para o desenvolvimento humano. (DWORKIN, 2005, p. 501)

Não se trata, é bom que se recorde, de conferir eficácia absoluta à livre expressão, na medida em que nenhum direito fundamental deve ostentar referido atributo. Adotar uma posição preferencial da liberdade de expressão é, acima de tudo, seguir a vontade constitucional de, na medida do possível, valorizar a possibilidade de manifestar opiniões e ideias, ainda que impopulares, sem receio de censura ou pesadas sanções (cíveis ou criminais) posteriores.

No que respeita à liberdade de expressão exercida via Internet, há que se destacar que a posição preferencial se justifica de forma ainda mais intensa. Como a Internet se diferencia dos demais meios de comunicação, na medida em que permite buscar, receber e transmitir informações e ideias de qualquer natureza de forma instantânea e barata, sem respeitar limites nacionais, sua relação com a liberdade de expressão é de extrema potencialização. Uma mesma mensagem pode ser tão ou mais efetiva quando transmitida na Internet como quando

transmitida por outras mídias, de forma que ela consiste em instrumento sem precedentes na história da humanidade no que diz respeito à propagação de quaisquer conteúdos.

Talvez por tal razão o Congresso Nacional tenha se preocupado em inserir na Constituição o § 3º do artigo 222, de forma a garantir que os “meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço”, devem respeitar os princípios constitucionais inerentes às produções de rádio e televisão, previstos no artigo 221 da Constituição, a saber: a) preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; b) promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação; c) regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei; d) respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família”.

Tais princípios, todavia, não podem ser aplicáveis a toda e qualquer expressão manifestada na Internet, mas tão somente àquela que implique em práticas comerciais similares ao rádio e à televisão. Em outras palavras, é necessário que a instituição que manifesta a expressão na Internet seja um “meio de comunicação social eletrônico”, não sendo tais princípios aplicáveis aos cidadãos comuns que veiculam suas opiniões na Internet ou mesmo a blogueiros jornalistas.

Com isso, a Internet contribui para o desenvolvimento político, econômico e social, permitindo uma sociedade mais bem informada e capaz de fazer sua voz ser ouvida de maneira muito mais eficaz do que antes do seu advento. Esta é, pois, a primeira premissa da qual se deve partir quando a liberdade de expressão na Internet venha a colidir com outros direitos fundamentais: em regra, a expressão deve ser livre e prevalecer frente a outros direitos fundamentais, na ausência de fundamentos muito fortes para justificar o seu afastamento.

Tendo esta primeira premissa em mente, há que se partir para a atividade de “reinterpretação” aludida por Lessig, buscando assim compreender a liberdade de expressão na Internet não por seus aspectos negativos, mas com a mente nos objetivos buscados pelo Constituinte quando consagrou tal direito fundamental. A reinterpretação, no caso, já havia sido defendida por Bourquin³⁶:

³⁶ Tradução livre. Segue o original: “Las posibilidades técnicas, las ventajas materiales, las conquistas intelectuales, el bienestar de las naciones, los derechos de la personalidad, chocan y estarán siempre parcialmente en oposición. Se trata, por lo tanto, de conciliarlos; no se podrá lógicamente hacerlo más que teniendo en cuenta las enseñanzas de la experiencia, las exigencias de cada época y la seguridad de cada país. La mejor solución será, entonces, diferente ahora que más tarde, aquí qué allá. La demarcación entre lo que se podrá dejar decir y lo que se querrá obligar a callar se presenta así siempre flotante. Pero en ese dominio, el principio

As possibilidades técnicas, as vantagens materiais, as conquistas intelectual, o bem-estar das nações, os direitos da personalidade, chocam e estão sempre em oposição. Trata-se, portanto, de conciliá-los; não se poderá logicamente fazê-lo de outra forma que não tomando em conta os ensinamentos da experiência, as exigências de cada época e a segurança de cada país. A melhor solução será, então, diferente agora do que mais tarde, aqui ou ali. A demarcação entre o que se poderá deixar dizer e o que se obrigará a calar se apresenta assim sempre flutuante. Por isso a dignidade humana e a vantagem dos mais numerosos exigem que subsista. É necessário, em consequência, desejar que quando se fixem limites, sejam eles fixados preferencialmente de forma mais estreita do que de forma mais longa. (BOURQUIN, 1952, p. 313)

Os objetivos inerentes à liberdade de expressão (valorização do ser humano e do reconhecimento das minorias, sociedade mais democrática e coletividade bem informada) devem ser aplicados na interpretação das regras do Marco Civil da Internet que versam, direta ou indiretamente, sobre o direito de se expressar. Como já destacado, mais concretamente relevante do que as normas que simplesmente atestam sua importância (artigos 2º, *caput*, 3º, inciso I, e 8º), são as disposições que versam sobre a responsabilização patrimonial dos provedores de aplicação pelo conteúdo expressivo elaborado por terceiros, seus usuários. Afinal, a expressão na Internet será mais ou menos livre na exata medida em que seus intermediários tenham menores ou maiores receios de serem penalizados patrimonialmente pelas expressões alheias. Todavia, as regras de responsabilização atestam a irresponsabilidade prévia a decisões judiciais: somente mediante ordem judicial se permite a responsabilização dos provedores de aplicação pela não remoção de conteúdo. Em outras palavras, salvo as hipóteses de violação de direitos autorais e violações à intimidade consistentes no compartilhamento de vídeos de nudez e sexo sem consentimento, a remoção a ser realizada pelos provedores será exclusivamente decorrente de ordem judicial.

Mas como os juízes devem decidir essas questões? De nada adianta atestar a competência jurisdicional para o tema se ela não vier acompanhada do estabelecimento de padrões e parâmetros para a solução de colisões de direitos fundamentais, sob pena de simplesmente transferirmos o arbítrio que antes era exercido pelos provedores de aplicação para as mãos de magistrados. A experiência recente brasileira mostra, inclusive, que há notórios déficits de fundamentação nas decisões judiciais, sobretudo em casos que envolvem direitos fundamentais, o que motivou inclusive que o novo Código de Processo Civil, promulgado em 2015 e com efeitos a partir de 2016, estabelecesse claramente o dever de

de la libertad ha sido querido e introducido. Por lo tanto la dignidad humana y la ventaja de los más numerosos exigen que subsista. Es necesario, en consecuencia, desear que cuando se le fijen límites, se tema más hacerlos demasiado estrechos que demasiado extensos”. (BOURQUIN, 1952, p. 313)

fundamentação idônea das decisões judiciais, como se infere do § 2º do artigo 489: “§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”.

Uma vez realizada a tradução aludida por Lessig, é necessário aplicar os limites expressos à liberdade de expressão previstos no texto da Constituição. Trata-se de etapa anterior à aplicação da proporcionalidade, já que consiste em delimitação realizada pelo mesmo Constituinte que consagrou, amplamente, a livre expressão. Assim, não serão objeto de proteção os discursos preconceituosos ou violentos (preâmbulo e artigo 3º, IV) e as manifestações anônimas (art. 5º, IV). Com isso em mente, pode-se partir para a aplicação da proporcionalidade.

Em relação ao pressuposto da adequação, a medida restritiva da liberdade de expressão deve ser apta a fomentar o direito contraposto que entra em colisão. Habitualmente, a livre expressão na Internet tende a colidir com o direito à intimidade e suas variações e, por mais que se alegue que a manutenção na Internet de uma postagem eventualmente danosa à reputação de uma pessoa possa representar danos ininterruptos, não se pode esquecer que os conteúdos da rede tendem a ficar datados e, se seguirmos a lógica atual das mídias sociais, são rapidamente esquecidos diante da diuturna avalanche informacional a que estamos sujeitos. Assim, a remoção de um conteúdo ofensivo somente seria medida adequada à tutela do direito contraposto quando se verifique que a lesão causada tende a se repetir, situação cuja configuração dependeria de uma alta popularidade do ofensor em sede de redes sociais ou da outra mídia utilizada. Caso contrário, a decisão judicial de remoção pode trazer para o caso mais publicidade do que a postagem original, mostrando-se assim plenamente inadequada para a tutela da imagem ou da honra alegadamente violadas. Somente assim a medida seria adequada a fomentar o respeito ao outro direito em colisão e não seria qualificável como uma decisão de remoção de conteúdo desproporcional.

Em relação ao critério da necessidade, nos parece que as decisões judiciais que determinem remoção de conteúdo devem ser vistas como, a princípio, desnecessárias para tutelar outros direitos que entrem em colisão com a livre expressão. Isso porque, em regra, haverá meios menos gravosos para proteger o direito contraposto que não a remoção total de seu conteúdo. A Constituição prevê nítida gradação neste sentido, ao garantir a reparação patrimonial e moral, assim como o direito de resposta. Pensamos que na hipótese de os provedores de aplicação de Internet inserirem na Arquitetura de suas aplicações pequenas

modificações destinadas a garantir o direito de resposta (nos termos do que defendido em tópico anterior), o número de demandas judiciais visando a remoção do conteúdo tende a ser reduzido, já que haverá casos no quais o mero contraditório em relação à notícia incompleta ou opinião ofensiva serão medidas adequadas e suficientes para proteger o direito que se contrapõe à livre expressão. É preciso, assim, que as determinações judiciais de remoção de conteúdo, previstas no artigo 19 do Marco Civil da Internet, sejam aplicadas somente quando os meios menos gravosos aqui citados se apresentem como nitidamente insuficientes para a proteção do direito contraposto – situação esta que deve ser obrigatoriamente abordada na decisão judicial, sob pena de não se poder considerá-la como idoneamente fundamentada.

Ademais, a remoção de conteúdo também se apresentará como solução desnecessária e, como tal, desproporcional, quando seja possível reduzir o alcance ou a popularidade de determinada expressão abusiva sem a necessidade de remover o conteúdo. Assim, ainda que verificada colisão na qual se constate a necessidade de prevalência do direito contraposto à livre expressão, sempre que o provedor de aplicação possa aplicar determinados filtros que reduzam o alcance de um conteúdo expressivo, esta solução será preferível à exclusão total, na medida em que já realiza de forma eficaz o direito em colisão, sem sacrificar totalmente a expressão manifestada. Como exemplos de tais filtros destaca-se a possibilidade apresentada por serviços como o Twitter em isolar uma postagem de acordo com sua geolocalização, de forma que ela não apareça para as pessoas de um determinado país, mas continue pública para todo o resto do mundo. Sobretudo em casos de denúncias graves de violações a Direitos Humanos, que possuem relevância transcendente a determinado país, essa medida nos parece extremamente correta. Outro exemplo tem sido a aplicação da desindexação de conteúdo (conhecida como “direito ao esquecimento”) por provedores de buscas como o Google, sobretudo após a célebre decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia: segundo o buscador, somente os websites europeus seriam atingidos pela desindexação decorrente do acolhimento de pedido a ele formulado, mantendo-se os resultados originais no domínio “.com”. Embora se possa discutir se essa medida está ou não adequada à decisão daquela Corte Europeia, nos parece que ela é um perfeito exemplo de uma tutela adequada do direito à honra e à imagem pessoal, com uma restrição não tão intensa da liberdade de expressão, em nítida harmonização dos direitos fundamentais em questão. Quanto à viabilidade jurídica de tal determinação, uma vez existindo tecnologia disponível, nos parece plenamente compatível com a Constituição que se o magistrado determine a remoção, que é medida mais restritiva da livre expressão, poderá também ordenar a aplicação de filtros que sejam menos restritivos a

tal direito fundamental. Afinal de contas, se interpretarmos que uma expressão não existe sozinha, mas coexiste com a sua audiência, a filtragem acarretará na remoção parcial do próprio conteúdo. Aplicar filtros, porém, não nos parece medida correta quando se trate de expressões que veiculem ameaças, incitações a violência ou que ainda propaguem discurso do ódio em relação a minorias ou pessoas determinadas, na medida em que neste caso o próprio Constituinte as excluiu do âmbito de proteção da liberdade de expressão. Nestes casos, o mero isolamento do discurso não seria equilibrado ante a gravidade do abuso na expressão, traindo inclusive seus fundamentos justificadores.

Ainda sobre o requisito da necessidade, uma vez que se conclua pela remoção do conteúdo, deve a decisão ser cumprida exclusivamente em relação à expressão ofensiva, não podendo servir o mesmo fundamento para determinar a exclusão de contas ou mesmo a proibição de acesso ao serviço ou aplicação, a não ser que se caracteriza que a única finalidade da utilização do serviço tenha sido a violação a direitos de terceiros. A remoção de conteúdo, pois, deve se ater exclusivamente à expressão infringente, não podendo ser cumprida para além dos estritos termos da determinação judicial.

Caso a decisão pela remoção de conteúdo ultrapasse os testes de adequação e de necessidade, passa-se à análise da proporcionalidade em sentido estrito. Aplicam-se, a princípio, os mesmos fundamentos que levantamos quando de trabalho anterior sobre a liberdade de expressão em geral, o qual destacamos a seguir:

No juízo de proporcionalidade *stricto sensu*, em que o magistrado deverá verificar se a intensidade da restrição de um direito fundamental (que poderia ser classificada em leve, média ou pesada) é justificada pela importância (pequena, média ou grande) da realização do direito colidente, a tomada de decisão acerca da valoração do grau de restrição e do peso da importância não pode decorrer de um posicionamento implícito ou de uma conclusão pressuposta, sob pena de malferir a idoneidade da fundamentação da decisão judicial. Assim, o juiz deve valorar tais aspectos (grau de restrição em oposição ao grau de importância de cada direito fundamental naquele caso concreto) de forma a fundamentar expressamente suas razões.

Por tal razão, uma decisão judicial que abordasse um caso de colisão de direitos fundamentais envolvendo a liberdade de expressão haveria que, no juízo de proporcionalidade, buscar coerência com as concepções básicas constantes do texto da Constituição. Deverá, pois, reconhecer a existência de um valor intrínseco à liberdade de expressão, na medida em que contribui para a realização individual (dignidade humana) e coletiva (valor democrático), e nos limites de sua contribuição para o crescimento intelectual e à boa informação. Da mesma forma, deverá reconhecer o desvalor intrínseco de qualquer forma de censura, decorrente de decisões de diferentes atores relevantes para a conformação do sistema jurídico brasileiro, a saber: a) pelo Constituinte de 1988: 1) vedar a censura por qualquer razão, 2) não condicionar o exercício da liberdade de expressão a qualquer licença estatal, 3) não repetir previsão da Constituição de 1969 acerca da “moral e bons costumes” como limites à liberdade de expressão, 4) atribuir consequências expressas aos casos de abuso de expressão (dano moral, dano material e direito de

resposta), sem nelas incluir a censura; b) pelo Legislador Ordinário: ao ratificar a Convenção Americana de Direitos Humanos, que proíbe expressamente a censura prévia e determina que todas as consequências do abuso da expressão devem estar previstas em lei; c) pelo Supremo Tribunal Federal que, ao julgar a ADPF 130, considerou como integralmente incompatível com a Constituição de 1988 a Lei 5.250/67, que continha uma série de dispositivos que previam a possibilidade de censura judicial. (COLNAGO; COURA, 2015, p. 17-18)

Além dos relevantes fundamentos acima, deverá o magistrado incumbido de solucionar as colisões concretas de direitos fundamentais proceder à atividade de “tradução” a que se referia Lessig, ante a ambiguidade latente dos institutos jurídicos em relação ao novel fenômeno da Internet. Considerar as características e a penetração do meio tecnológico utilizado para viabilizar a expressão é, neste contexto, medida que se impõe. Afinal, o impacto de uma decisão que versa sobre a expressão da Internet pode ser desproporcional aos benefícios causados e, em parte, tal situação pode decorrer da não compreensão do funcionamento da rede e de sua Arquitetura básica, como destacado em relatório especial da Comissão Interamericana de Direitos Humanos³⁷:

A Relatoria Especial observa que vários Estados da região têm promovido iniciativas para regular algum aspecto do uso e acesso à Internet ou tem adotado decisões nesta matéria, em resposta à necessidade de prevenir crimes e proteger direitos fundamentais de terceiros. Se adverte que muitas destas iniciativas não levam em consideração as características especiais desta tecnologia e, como resultado, restringem de maneira indevida a liberdade de expressão. Ao avaliar a proporcionalidade de uma restrição à liberdade de expressão na Internet, deve-se ponderar o impacto que dita restrição poderia ter na capacidade da Internet em garantir e promover a liberdade de expressão em relação aos benefícios que a restrição traria para a proteção de outros interesses. (LANZA, 2015, p. 401)

Cabe ainda destacar as certas colocações do Relator Especial para a liberdade de expressão das Nações Unidas, Frank La Rue³⁸:

³⁷ Tradução livre. Segue o original: “La Relatoría Especial observa que varios Estados de la región han promovido intentos para regular algún aspecto del uso y acceso de Internet o han adoptado decisiones en esta materia, en respuesta a la necesidad de prevenir el delito y proteger los derechos fundamentales de terceros. Se advierte que muchas de estas iniciativas no toman en cuenta las características especiales de esta tecnología y, como resultado, restringen de manera indebida la libertad de expresión. Al evaluar la proporcionalidad de una restricción a la libertad de expresión en Internet, se debe ponderar el impacto que dicha restricción podría tener en la capacidad de Internet para garantizar y promover la libertad de expresión respecto de los beneficios que la restricción reportaría para la protección de otros intereses”. (LANZA, 2015, p. 401)

³⁸ Tradução livre. Segue o original: “[...] any restriction to the right to freedom of expression must meet the strict criteria under international human rights law. A restriction on the right of individuals to express themselves through the Internet can take various forms, from technical measures to prevent access to certain content, such as blocking and filtering, to inadequate guarantees of the right to privacy and protection of personal data, which inhibit the dissemination of opinions and information. The Special Rapporteur is of the view that the arbitrary use of criminal law to sanction legitimate expression constitutes one of the gravest forms of restriction to the right, as it not only creates a “chilling effect”, but also leads to other human rights violations, such as arbitrary detention and torture and other forms of cruel, inhuman or degrading treatment or punishment”. (LA RUE, 2011, p. 9)

[...] qualquer restrição ao direito de livremente se expressar deve se adequar aos estritos critérios do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Uma restrição no direito de os indivíduos se expressarem via Internet pode ocorrer de variadas formas, de medidas técnicas a prevenir acesso a determinado conteúdo, como bloqueio e filtragem, a garantias inadequadas do direito de privacidade e proteção de dados pessoais, que inibem a disseminação de opiniões e informações. O Relator Especial compartilha a visão pela qual o uso arbitrário do Direito Penal para sancionar expressões legítimas constitui uma das mais graves formas de restrição ao direito em questão, na medida em que não somente cria um “efeito inibidor”, mas também leva à violação de outros direitos humanos, como detenções arbitrárias e tortura, assim como outras formas de tratamentos ou punições cruéis, desumanas ou degradantes. (LA RUE, 2011, p. 9)

Assim, além dos fundamentos anteriores, há que se levar em consideração os seguintes aspectos da Internet nas decisões que versem sobre colisões de direitos fundamentais envolvendo a livre expressão na Internet: a) sua escala mundial; b) sua essencialidade para o exercício da cidadania e de direitos fundamentais básicos, como a livre expressão e o acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condição dos assuntos públicos; c) seu caráter marcadamente plural e preservador das diversidades; d) a valorização da abertura e da colaboração em rede; e) sua finalidade social e participativa; f) necessidade de preservação da estabilidade, da segurança e da funcionalidade da rede, por medidas técnicas adequadas aos padrões internacionais e pelo estímulo de boas práticas; g) sua vocação para a inovação e ao fomento de novas tecnologias e modelos de uso e acesso e h) sujeição dos modelos de negócios baseados na Internet aos princípios básicos estabelecidos no Marco Civil da Internet.

Também há que se considerar que a Internet é o meio por excelência de difusão da expressão, sobretudo quando se trate de crítica a agentes públicos. Não se pode, na confusão entre público e privado tão infelizmente comum no Brasil, interpretar críticas à atuação de agentes públicos como ofensas à honra ou à sua imagem. Por uma questão de proporcionalidade, a expressão neste caso deve ser a mais livre possível, mesmo que parcialmente violadora de uma certa concepção alargada de honra e imagem, na medida em que a crítica feita à atuação do agente, ainda que equivocada, contribui para jogar luzes e foco sobre determinado tema que pode ser de interesse público. Por tais razões, conteúdos expressivos que digam respeito a agentes políticos que exercem mandato eletivo ou mesmo a magistrados devem ser interpretados de maneira a enfatizar mais a expressão do que a proteção da imagem individual. A crítica é inerente a tais funções e assim deve ser compreendido por aqueles que a exercem, podendo assumir as mais variadas formas,

inclusive da sátira. Como bem destacou o Supremo Tribunal Federal em trecho do julgamento da Medida Cautelar na ADI 4451 (“ADI dos Humoristas”):

Programas humorísticos, charges e modo caricatural de pôr em circulação ideias, opiniões, frases e quadros espirituosos compõem as atividades de “imprensa”, sinônimo perfeito de “informação jornalística” (§ 1º do art. 220). Nessa medida, gozam da plenitude de liberdade que é assegurada pela Constituição à imprensa. Dando-se que o exercício concreto dessa liberdade em plenitude assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero, contundente, sarcástico, irônico ou irreverente, especialmente contra as autoridades e aparelhos de Estado. Respondendo, penal e civilmente, pelos abusos que cometer, e sujeitando-se ao direito de resposta a que se refere a Constituição em seu art. 5º, inciso V. A crítica jornalística em geral, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura. Isso porque é da essência das atividades de imprensa operar como formadora de opinião pública, lócus do pensamento crítico e necessário contraponto à versão oficial das coisas, conforme decisão majoritária do Supremo Tribunal Federal na ADPF 130. Decisão a que se pode agregar a ideia de que a locução “humor jornalístico” enlaça pensamento crítico, informação e criação artística. (ADI 4451 MC-REF, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 02/09/2010, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-125 DIVULG 30-06-2011 PUBLIC 01-07-2011 REPUBLICAÇÃO: DJe-167 DIVULG 23-08-2012 PUBLIC 24-08-2012 RTJ VOL-00221-01 PP-00277)

No mesmo sentido se posicionou o Tribunal Constitucional Espanhol, em precedentes destacados por Villegas (2011, p. 87), de forma que a atividade informativa implica no exercício de uma substancial crítica às pessoas públicas, ainda que isso não implique em legitimar insultos. De outra banda, os conteúdos que não ostentem qualquer resquício de crítica à função pública desempenhada e se limitem a ofender devem ser objeto das devidas sanções, constitucionalmente previstas. É necessário ainda perquirir acerca do nível de importância e responsabilidade da pessoa, com a finalidade de verificar se a crítica se justifica face à sua atuação. Não nos parece correto, por exemplo, tratar da mesma forma um Ministro de Estado e um técnico judiciário, dada a diferença em complexidade e responsabilidade de cada uma de suas atuações. A crítica ao primeiro, que nos parece deva ser a mais livre possível, não pode ser a mesma conferida ao segundo.

Os parâmetros destacados, embora sirvam para a garantia da liberdade de se expressar, também servem para limitá-la. Afinal, a escala mundial da Internet, por exemplo, torna muito mais ofensivo um discurso de incitação à violência ou uma manifestação anônima. Em relação a esta última, Bauman destacou como o anonimato na Internet pode ser especialmente danoso:

O verdadeiro adversário do anonimato no estilo da internet não é o princípio da liberdade de expressão, mas o da responsabilidade: o anonimato no estilo da internet é, antes e acima de tudo, o mais importante do ponto de vista social, uma permissão

oficialmente endossada para a irresponsabilidade e uma ala pública de como praticá-la – tanto on-line quanto off-line -, uma mosca antissocial extremamente grande e venenosa, à qual se permite roubar um enorme tonel de unguento apresentado como promotor da causa da sociabilidade e da socialização, e em tese a ela dedicado. (BAUMAN, 2012, p. 152)

Na medida em que a liberdade de expressão é percebida socialmente como um direito fraco, a despeito da ênfase conferida pela Constituição à sua importância, é com muito mais razão que aduzimos preocupação acerca da sua concretização no âmbito da Internet. Nos casos de colisões de direitos fundamentais que envolvam tal posição básica, acreditamos que a utilização dos parâmetros aqui sugeridos (posição preferencial, tradução e aplicação da proporcionalidade em seus três testes – com as peculiaridades que destacamos em cada um deles) contribuirá para uma decisão devidamente fundamentada, não somente sob o ponto de vista formal, mas também no que toca ao seu aspecto material, levando a sério essa liberdade que é tão essencial à concretização não somente de um Estado Democrático de Direito, mas também a uma Internet aberta e indutora do crescimento e da expansão das melhores qualidades do ser humano.

CONCLUSÃO

A conclusão de um trabalho não deve simplesmente reproduzir todas as pequenas conclusões a que se chegou ao longo do desenvolvimento, sob pena de ser ao mesmo tempo repetitivo e inibidor da leitura da fundamentação. É atribuição da conclusão, porém, dar fechamento à obra, indicando em que sentido a pergunta formulada como problema foi respondida.

Assim, com base na indagação “quais aspectos hermenêuticos e regulatórios devem ser levados em consideração na solução de colisões de direitos fundamentais que envolvam a liberdade de expressão exercida via Internet?”, pudemos chegar às seguintes tentativas de resposta.

Em relação ao Direito, identificamos a ambiguidade latente e a interpretação retrospectiva como desafios específicos à concretização da liberdade de expressão. A interpretação retrospectiva se manifesta sob duas vertentes: num momento anterior e num posterior à Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet). Num momento anterior, buscava-se tratar a Internet com as mesmas regras jurídicas que regulam a mundo off-line. No posterior, busca-se interpretar a lei em questão como se ela nada modificasse, simplesmente confirmando as interpretações posteriores, buscando inutilizar ou restringir a aplicação do Marco Civil da Internet a casos excepcionais ou esporádicos.

Ainda no que diz respeito a tal força de regulação, verificamos que a liberdade de expressão deve ser “traduzida” (Lessig) para a Internet, aplicando a doutrina da posição preferencial e levando em consideração não somente os argumentos tradicionais em prol de uma expressão livre (benefício à verdade, ao indivíduo e a uma sociedade mais democrática), mas também as características da Internet que a tornam especialmente ligada a tal direito fundamental, como a) sua escala mundial; b) sua essencialidade para o exercício da cidadania e de direitos fundamentais básicos, como a livre expressão e o acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condição dos assuntos públicos; c) seu caráter marcadamente plural e preservador das diversidades; d) a valorização da abertura e da colaboração em rede; e) sua finalidade social e participativa; f) necessidade de preservação da estabilidade, da segurança e da funcionalidade da rede, por medidas técnicas adequadas aos padrões internacionais e pelo estímulo de boas práticas; g) sua vocação para a invocação e ao fomento de novas tecnologias e modelos de uso e acesso e h) sujeição dos modelos de negócios baseados na Internet aos princípios básicos estabelecidos no Marco Civil da Internet. Não se pode esquecer, ainda, que a lei em questão buscou claramente valorizar a liberdade de

expressão, não apenas sob o aspecto simbólico (enaltecendo sua importância), mas também sob o prisma prático (fixação de regras claras quanto à responsabilidade civil dos provedores por atos dos usuários).

Em relação às Normas Sociais, foi constatado que embora entronizada na teoria, a liberdade de expressão é vista como direito fundamental de “segunda categoria” pela jurisprudência ordinária, usualmente cedendo de forma injustificada perante outros direitos fundamentais, como a honra e a imagem individuais. Tal situação influencia a aplicação do Ordenamento Jurídico (já que toda interpretação se dá em um contexto social) e resulta num desastroso efeito inibidor para a expressão, enclausurando-a ainda mais, em vez de torna-la livre. Todo e qualquer direito fundamental depende de aplicação e reconhecimento espontâneos por um determinado corpo social, como condição essencial para que possa ser efetivo: não se pode depender do aparato estatal para implementar toda e qualquer norma jurídica. Da mesma forma, a liberdade de expressão não pode depender exclusivamente do Direito e do Poder Judiciário para se viabilizar num país como o Brasil. As Normas Sociais que regem a questão acabam por inibir o exercício livre da expressão, na medida em que incute nas pessoas um injusto temor de responder a demandas judiciais nas hipóteses em que simplesmente manifestarem opiniões corriqueiras sobre algo.

A situação desfavorável da liberdade de expressão em relação às Normas Sociais nos leva a sustentar a necessidade de mudança do atual panorama em relação à liberdade de expressão. Mudanças de costumes, porém, não são simples. Por tais razões, sugeriu-se a realização de campanhas de valorização e coberturas jornalísticas mais incisivas sobre casos em que pessoas tenham sido silenciadas por instituições ou por “autoridades” públicas, articulando-as com movimentos de educação de base, cuja missão seria de ensinar a importância da expressão livre desde as idades iniciais. Os prejuízos causados à liberdade de expressão por tal percepção social devem também ser levados em consideração na solução das respectivas colisões de direitos fundamentais, especialmente para enfatizar a necessidade de valorizar o direito de livremente se expressar.

No que diz respeito ao Mercado, vimos como os custos inerentes à expansão das redes que dão forma física à Internet, assim como a posição de dominância de Mercado pelos grandes provedores de aplicações pode restringir a expressão *on-line*, seja impedindo-a para quem não está conectado, seja restringindo-a para quem depende dos intermediários para se fazer ouvir. Sustentou-se em relação aos provedores de aplicação a necessidade de adoção de padrões claros para a não admissão de determinadas expressões, não se podendo recorrer ao

arbítrio total de uma entidade privada, dada sua relevância pública mundial. Também se sustenta a necessidade de padrões abertos e claros acerca dos critérios utilizados para a definição de como notícias e opiniões são selecionadas para serem mostradas aos demais usuários, com a aplicação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, materializada em princípios de direitos humanos aplicáveis às empresas relevantes na Internet, conforme o seu porte e impacto. Essa aplicação leva à necessidade de que, para se adequarem às recomendações internacionais relacionadas aos Direitos Humanos, os provedores de aplicação de maior porte devem, entre outras providências, conformar suas próprias aplicações a padrões mínimos de incentivo e conservação da liberdade de expressão.

No que toca à Arquitetura, sustenta-se que o exercício de direitos fundamentais na Internet é diretamente impactado pela maneira como as aplicações se apresentam à percepção humana, de forma que o direito de livremente se expressar é desafiado pela possibilidade de remoção de conteúdo, pela aplicação ineficaz do direito de resposta e por uma concepção alargada do chamado “direito ao esquecimento”. Em cada um desses tópicos foram apresentadas propostas de modificação na programação das aplicações de Internet, de forma a favorecer a livre expressão e a tutela de direitos pelos usuários, em uma atividade de reprogramação que busca conciliar direitos fundamentais num equilíbrio harmônico. A Arquitetura, enquanto força de regulação, não pode se manifestar à margem do sistema de proteção aos direitos fundamentais.

No caso da remoção de conteúdo é necessário que os provedores de aplicações estabeleçam regras transparentes e proporcionais nos termos de uso, abordando as hipóteses concretas em que ele pode ocorrer, sendo ainda necessário incorporar à própria Arquitetura das aplicações um sistema de dupla revisão da aplicabilidade dos critérios de remoção, utilizando a tecnologia para uma maior eficácia dos direitos fundamentais e atribuindo esta revisão a pessoas com formação jurídica e em direitos humanos.

Em relação ao direito de resposta, sustenta-se que os provedores de aplicação mais populares podem melhor concretizar a liberdade de expressão mediante pequenas modificações em suas funcionalidades, de forma a facilitar o direito de resposta e, com isso, evitar a utilização em larga escala das remoções – na medida em que, em muitos casos, a resposta a um fato inverídico pode ser mais desejável do que a remoção do conteúdo ofensor. Logo, sendo viável recomendar ao usuário que ele venha a assistir determinado vídeo ou ler uma postagem relacionada ao conteúdo que está por visualizar, o que impediria o provedor de aplicação de incluir, entre tais sugestões, um eventual vídeo que contivesse o direito de

resposta? Trata-se de solução que demanda reconfiguração e reprogramação de aplicações e, como tal, exige do respectivo provedor algum investimento, mas segundo nos parece, a medida é devidamente proporcional, na medida em que busca garantir uma maior efetividade da liberdade de expressão em si, que sofreria uma restrição de menor intensidade (suportar direito de resposta) do que a alternativa contrária (remoção do conteúdo).

No que diz respeito ao “direito ao esquecimento” (ou desindexação de conteúdo) e os problemas trazidos por uma “memória perfeita” na Internet, é possível harmonizá-lo com a liberdade de expressão, independentemente de demandas judiciais. Para tanto, bastaria aos provedores conceder maior controle ao usuário acerca de seus dados pessoais, adotando as seguintes modificações no código das respectivas aplicações, segundo os critérios expostos: a) dados gerados pelo usuário - supressão ou desindexação mediante simples comando, a ser disponibilizado na aplicação, b) dados gerados por terceiros, mas relacionados ao usuário: b.1) suspensão, remoção ou desindexação em caso de falsidade ou divulgação de informação sensível que possa acarretar discriminação, a ser demonstrada pelo usuário e analisada pelo provedor de aplicação, b.2) suspensão, remoção ou desindexação em caso de violação à privacidade, a ser alegada pelo usuário e analisada pelo provedor de aplicação, limitada pela configuração de interesse público, com a possibilidade de controle jurisdicional posterior, b.3) suspensão, remoção ou desindexação em caso de violação ao limite temporal, a ser alegada pelo usuário e analisada pelo provedor de aplicação.

Logo, a decisão que busca solucionar uma colisão de direitos fundamentais envolvendo a liberdade de expressão na Internet não poderá ignorar a relevância dos aspectos destacados em cada uma das quatro forças de regulação, levando-os em consideração na respectiva fundamentação. Partindo-se de uma posição preferencial da liberdade de expressão, deve-se delinear o âmbito de proteção de tal direito fundamental tendo em mente seus limites constitucionais (por exemplo não serão objeto de proteção os discursos preconceituosos ou violentos - preâmbulo e artigo 3º, IV - e as manifestações anônimas - art. 5º, IV) para, aí sim, aplicar a técnica da proporcionalidade, em seus três prismas (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), de maneira idônea e fundamentada, sempre de forma a atingir uma harmonização equilibrada de direitos fundamentais. Em relação à adequação, considera-se necessário analisar a relevância do conteúdo na Internet – há enorme quantidade de material que tende a ficar datado e ser rapidamente esquecidos diante da diuturna avalanche informacional a que estamos sujeitos. Há ainda riscos de que a decisão judicial de remoção possa trazer para o caso mais publicidade do que a postagem original, mostrando-se

assim plenamente inadequada para a tutela da imagem ou da honra alegadamente violadas. Em relação ao critério da necessidade, as decisões judiciais que determinem remoção de conteúdo devem ser vistas como, a princípio, desnecessárias para proteger outros direitos que entrem em colisão com a livre expressão, na medida em que podem ser aplicados o direito de resposta e a reparação patrimonial - em regra, meios menos gravosos para proteger o direito contraposto se comparados à remoção total da expressão. Ademais, a própria arquitetura do serviço pode ser adaptada para proteger a imagem individual sem necessidade de remoção da expressão – reduzindo o alcance ou a popularidade de determinada expressão abusiva, por exemplo. Logo, sempre que a aplicação de filtros seja menos restritiva que a remoção, devem eles ser privilegiados como medida menos interventiva.

No âmbito da proporcionalidade em sentido estrito, será necessário que o magistrado utilize a “tradução” aludida por Lessig para considerar as características e a penetração do meio tecnológico utilizado para viabilizar a expressão, sendo a Internet o meio de excelência para difundi-la. Na eventual restrição da expressão na Internet, não poderá o juiz ignorar as seguintes características desejáveis à Internet: a) escala mundial; b) essencialidade para o exercício de direitos fundamentais básicos, como a livre expressão e o acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condição dos assuntos públicos; c) caráter marcadamente plural e preservador das diversidades; d) valorização da abertura e da colaboração em rede; e) finalidade social e participativa; f) necessidade de preservação de estabilidade, segurança e funcionalidade; g) sua vocação para a inovação e ao fomento de novas tecnologias e modelos de uso e acesso e h) sujeição dos modelos de negócios baseados na Internet aos princípios básicos estabelecidos no Marco Civil da Internet.

Certo de que não há respostas absolutas na ciência jurídica, sustenta-se que as propostas aqui formuladas, apoiadas na teoria de base de Lessig, são aptas a permitir novos potenciais das inter-relações do Direito com outros setores do conhecimento humano, permitindo assim uma regulação constitucionalmente adequada em relação a um fenômeno mutável por natureza: aquilo a que chamamos Internet.

REFERÊNCIAS

100 MIL nas ruas: o dia em que Vitória parou. Gazetaonline, 2013. Disponível em <<http://www.gazetaonline.com.br/conteudo/2013/06/noticias/cidades/1450360-100-mil-nas-ruas-o-dia-em-que-vitoria-parou.html>>. Acesso em 20 abr. 2016.

ALBUQUERQUE, Manoela; ARPINI, Naiara. **Casteglione move ação contra cidadã após ser citado no Facebook**. G1, 2015. Disponível em < <http://g1.globo.com/espirito-santo/noticia/2015/09/prefeito-no-es-move-acao-contra-cidada-apos-ser-citado-no-facebook.html> >. Acesso em 2 mai. 2016.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, 669 p.

AMATO, Lucas Fucci. Abuso de direitos fundamentais, pluralismo cultural e critérios de tratamento igual. In: **Observatório da jurisdição constitucional**. Brasília: IDP, Ano 6, no. 2, jul./dez. 2013, p. 54-82.

APPLE. Histórico de relatórios. Disponível em <<http://www.apple.com/br/privacy/transparency-reports/>> Acesso em 30 abr. 2016.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Sociedade da informação e mundo globalizado. Globalização e direito. In: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Coimbra: Coimbra, v.12, n.73, p.165, 2003. Disponível em: < <http://www.apdi.pt/pdf/GLOBSOCI.pdf>>. Acesso em 13 nov 2014.

BALKIN, Jack M., Digital Speech and Democratic Culture: a Theory of Freedom of Expression for the Information Society. **New York University Law Review**, Vol. 79, No. 1, 2004. Disponível em < <http://ssrn.com/abstract=470842>>. Acesso em 20 abr. 2016.

BARCELLOS, Ana Paula de. Intimidade e pessoas notórias. Liberdades de expressão e de informação e biografias. Conflito entre direitos fundamentais. Ponderação, caso concreto e

acesso à justiça. Tutelas específica e indenizatória. Rio de Janeiro, 2013. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/5/art20140522-01.pdf>> Acesso em 20 abr 2016.

BARRETO, Juliano. **Boteco São Bento (o pior bar do sistema solar)**. Resenha em 6, 2009. Disponível em <<http://www.resenhaem6.com.br/boteco-sao-bento-o-pior-bar-do-sistema-solar/>>. Acesso em 30 abr. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, 450p.

BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância líquida**: diálogos com David Lyon. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2014, 160p.

BAUMAN, Zygmunt. **A liberdade**. Trad. M.F. Gonçalves de Azevedo. Lisboa: Editorial Estampa, 1989, 163p.

BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007, 119p.

BAUMAN, Zygmunt. **Isto não é um diário**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2012, 256p.

BEATRIZ, Celina. Os direitos humanos e o exercício da cidadania em meios digitais. In: LEMOS, Ronaldo; LEITE, George Salomão. **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 66-78.

BEDÊ JUNIOR, Américo. Restrição a direitos fundamentais: questão da interceptação de e-mail e a reserva de jurisdição. In: **Revista de informação legislativa**, v. 43, n. 171, p. 55-62, jul./set. 2006.

BEDÊ JUNIOR, Américo. Constitucionalismo sob ditadura militar de 64 a 85. In: **Revista de Informação Legislativa**. n. 197, Brasília, jan-mar. 2013, p. 170

BELO HORIZONTE. **Prefeito Marcio Lacerda visita regional Norte**. 24 jan. 2011. Disponível em <http://portalpbh.pbh.gov.br/pbh/ecp/noticia.do?evento=portlet&pAc=not&idConteudo=43942&pIdPlc=&app=salanoticias> Acesso em 23/09/2014.

BENKLER, Yochai. **The wealth of networks: how social production transforms markets and freedoms**. New Haven: Yale University Press, 2006, 515p.

BENTHAM, Jeremy. **O Panóptico**. Org. Tomaz Tadeu. 2. Ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2008, 201p.

BLOGGER. **Política de conteúdo**. Disponível em: <https://www.blogger.com/content.g?hl=pt-br> >. Acesso em 8 mai. 2016.

BOLAND, Brian. **Organic Reach on Facebook: Your Questions Answered**. Facebook, 2014. Disponível em < <https://www.facebook.com/business/news/Organic-Reach-on-Facebook> >. Acesso em 06 mai. 2014.

BOURQUIN, Jacques. **La libertad de prensa**. Trad. Enrique R. Noriega. Buenos Aires: Editorial Claridad, 1952, 319p.

BRASIL, Ministério da Ciência e Tecnologia. **Sociedade da Informação no Brasil - Livro Verde**. Brasília, 2000, 231 p.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI 1856**. Inconstitucionalidade de lei que permite realização de exposições e competições entre aves combatentes. Disponível em <www.stf.jus.br>. Publ. 14/10/2011. Acesso em 11/11/2014.

BRASIL. Ministro Marco Aurélio: 25 anos no STF. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2015, 153 p. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalComemoracoes/anexo/Ministro_Marco_Aurelio_25_anos_no_STF.pdf Acesso em 06.04.2016

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no REsp 1186616/MG. Relator: ANDRIGUI, Nancy. Publicado no DJe de 31-08-2011. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1083487&num_registro=201000512263&data=20110831&formato=PDF. Acessado em 25 Abril 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no REsp 1316921. Julgado em 26 jun 2012. Disponível em < http://www.stj.jus.br/SCON/servlet/BuscaAcordaos?action=mostrar&num_registro=201103079096&dt_publicacao=29/06/2012> Acesso em 30 abr. 2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática no MS 23.576. Julgado em 2 out. 2000. Disponível em < www.stf.jus.br > . Acesso em 09 mai. 2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Acórdão da ADPF 130. Julgado em 30 abr 2009. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em 30 abr. 2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Acórdão da ADI 4815. Julgado em 10 jun 2015. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>>. Acesso em 30 abr. 2015.

BRASIL, Ministério das Telecomunicações. **Programa Nacional de Banda Larga**: situação em junho de 2014. 2014. Disponível em < http://www.mc.gov.br/formularios-e-requerimentos/doc_download/1851-balanco-pnbl >. Acesso em 06 mai. 2014.

BRASIL, Ministério das Telecomunicações. **Relatório REPNBL**. 2016. Disponível em < <http://www.mc.gov.br/programa-nacional-de-banda-larga-pnbl/regime-especial-de-tributacao-repnbl/projetos> >. Acesso em 06 mai. 2014.

BROWN, Ian. MARSDEN, Christopher T. **Regulating Code**: good governance and better regulation in the information age. Cambridge: the MIT Press, 2013, 3122p (Kindle Edition).

BRUNO, Luciana. **Programa de banda larga se aproxima do fim cheio de críticas**. 2014. Disponível em: < <http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/programa-de-banda-larga-se-aproxima-do-fim-cheio-de-criticas> >. Acesso em 6 mai. 2014.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. Enclaves fortificados: a nova segregação urbana. **Novos Estudos CEBRAP**, 1997, vol. 47, pp. 155-176.

_____. **Cidade de muros**: crime, segregação e cidadania em São Paulo. Trad. Frank de Oliveira e Henrique Monteiro. São Paulo: Ed. 34, 2000, 300p.

CAMPOS, Mikaela. **Loja que processou clientes nega descaso**. Gazetaonline, 2013. Disponível em < http://www.gazetaonline.com.br/_conteudo/2013/12/noticias/dinheiro/1470769-loja-que-processou-clientes-nega-descaso.html > Acesso em 1 mai. 2016.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006, 165p.

CARDOSO, Marina. **O fracasso do Programa Nacional de Banda Larga**. Carta Capital, 2015. Disponível em < <http://www.cartacapital.com.br/blogs/intervozes/o-fracasso-do-plano-nacional-de-banda-larga-3770.html> >. Acesso em 7 mai 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. Ed Coimbra: Almedina, 1989, 1461p.

CARBONELL, Josep Maria. Nuevos escenarios para la libertad de expresión y el derecho a la información en las redes de comunicación multimedia. In: VILLEGAS, Juan Carlos Suárez (coord.) **La libertad de expresión en España y Latinoamérica**. Madrid: Editorial Dykinson, 2011, p. 43-60.

CARBONELL, Miguel. **Desafíos a la libertad en el siglo XXI**. Kindle edition. 2011.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da Internet**: reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003, 243p.

_____. **Redes de indignação e esperança**: movimentos sociais na era da Internet. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, 271p.

CHAI, Cássius Guimarães. ALMEIDA, Igor Martins Coelho. A participação cidadã no processo de construção de políticas de segurança pública: uma análise sobre o Projeto de Lei de instituição do Sistema Único de Segurança Pública. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 15, p. 215-238, jul./dez. 2014.

CHEQUER, Cláudio. **A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial *prima facie*** (análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CINCO aplicativos são responsáveis por cerca de dois terços do tráfego de dados móveis. O Globo, 2015. Disponível em < <http://oglobo.globo.com/sociedade/tecnologia/cinco-aplicativos-sao-responsaveis-por-cerca-de-dois-tercos-do-trafego-de-dados-moveis-15448292> >. Acesso em 06 mai 2016.

COLEMAN, Gabriella. Code Is Speech: Legal Tinkering, Expertise, and Protest among Free and Open Source Software Developers. In: **Cultural Anthropology**, Vol. 24, n. 3, 2009, p. 420-454.

COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. A liberdade de expressão e suas limitações: um estudo comparativo entre Brasil e Argentina. In: MACHADO, Edinilson Donisete e VITA, Jonatan Barros. **Direitos Fundamentais e Democracia** I. 2013. Disponível em < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=88e1ce84f9feef5a> >. Acesso em 10 mai. 2015.

COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. Direitos Fundamentais e Internet: perspectivas para o exercício de direitos na rede nos 25 anos da Constituição de 1988. SALOMÃO, Caleb *et al.* (org.). **Constituição 1988: 25 anos de valores e transições**. Vitória: Cognojus, 2013a. p. 143-164.

COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. A Trajetória Constitucional da Redemocratização Brasileira. In: **Revista Derecho y Cambio Social**. Vol. 33. Lima (Peru), Jul. 2013, pp. 7-8. Disponível em http://www.derechoycambiosocial.com/revista033/Trajectoria_constitucional_da_redemocratizacao.pdf acesso em 27/06/2013.

COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. Processo judicial eletrônico e marco civil da Internet: a necessidade de ajustes a um novo paradigma. ALLEMAND, Luiz Claudio, COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado (coord.) **Processo judicial eletrônico**. Brasília: Ordem dos Advogados do Brasil, 2014a, 183-194.

COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. Provedores de conexão e guarda de registros de acesso a aplicações de Internet: o art. 14 do Marco Civil no contexto do dever fundamental de preservação do meio ambiente digital. LEMOS, Ronaldo. LEITE, George Salomão (coord.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014b, p. 755-771.

COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. **Freedom of expression and Internet: should judges apply a preferred position doctrine to cases involving the Internet?** Trabalho apresentado no IX Congresso Mundial de Direito Constitucional, em Oslo, Noruega, entre 16 e 20 de junho de 2014. Disponível em <<http://www.jus.uio.no/english/research/news-and-events/events/conferences/2014/wccl-cmdc/wccl/papers/ws8/w8-colnago.pdf>> Acesso em 23 set. 2014.

COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. **The right to be forgotten and the duty to implement oblivion: a challenge to both “old” and “new” media**. Trabalho apresentado no IX Congresso Mundial de Direito Constitucional, em Oslo, Noruega, entre 16 e 20 de junho de 2014. Disponível em <<http://www.jus.uio.no/english/research/news-and-events/events/conferences/2014/wccl-cmdc/wccl/papers/ws8/w8-colnago.pdf>>

events/events/conferences/2014/wccl-cmdc/wccl/papers/ws14/w14-colnago.pdf>. Acesso em 23 set. 2014.

COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. Sentimento constitucional, luta por reconhecimento e liberdade. In: MOREIRA, Nelson Camatta (org.). **Teoria da Constituição: modernidade, identidade e (lutas por) reconhecimento**. Ijuí: Unijuí, 2015b, p. 99-122.

COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. COURA, Alexandre de Castro. Censura judicial, liberdade de expressão e moralidade. **Revista General de Derecho Constitucional Iustel**, V. 20, Abr. 2015.

COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. PEDRA, Adriano Sant'Ana. Meio ambiente digital, Arquitetura e direito de resposta: os deveres dos prestadores de serviços de Internet. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier et al (org.). **Mecanismos internacionais e internos de efetividade dos direitos fundamentais**. Joaçaba: SC, Ed. Unoesc, 2014, p. 397-419.

COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Tutela de dados pessoais no Brasil e dever de desindexação na Internet: potencialidades do habeas data para uma proteção adequada no meio ambiente digital**. II Congresso Mundial de Justiça Constitucional. Buenos Aires, 2015.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Padrões internacionais sobre liberdade de expressão. Disponível em http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/docs/publicaciones/20140806_%20PORT_EStandares_Internacionales_LE.pdf. Acesso em 08 abr. 2016.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión**. 2010, Disponível em <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/MARCO%20JURIDICO%20INTERAMERICANO%20DEL%20DERECHO%20A%20LA%20LIBERTAD%20DE%20EXPRESSION%20ESP%20FINAL%20portada.doc.pdf>. Acesso em 21 jun. 2016.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. **TIC Domicílios 2014**: Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação nos domicílios brasileiros. 2015. Disponível em: <
http://www.cgi.br/media/docs/publicacoes/2/TIC_Domicilios_2014_livro_eletronico.pdf >
Acesso em 06 mai. 2014.

COMO a pesquisa Google funciona. 2016. Disponível em <
<<https://support.google.com/webmasters/answer/70897?hl=pt-BR>>. Acesso em 05 mai. 2016.

COMO o feed de notícias funciona. 2016. Disponível em <
<https://www.facebook.com/help/327131014036297/> >. Acesso em 05 mai. 2016.

COURA, Alexandre de Castro. **Hermenêutica jurídica e jurisdição (in)constitucional**: para uma análise crítica da “jurisprudência dos valores” à luz da teoria discursiva de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009, 287p.

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais.** 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2014, 331p.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ESPINO, María Lidia Suárez. La determinación de los límites a los derechos fundamentales en la constitución española de 1978. **Revista de ciencias jurídicas**, ISSN 1137-0912, nº 13, 2008, p. 203-217. Disponível em:
<http://www.servicios.ulpgc.es/publicaciones/JPortal25/images/revistas/CienciasJuridicas1617/Cap8REVCIENCIASJURIDICAS1617.pdf> Acesso em 21 fev 2016.

FACEBOOK. Government requests report. Disponível em <
<<https://govtrequests.facebook.com>>, Acesso em 20 abr. 2016a.

FACEBOOK. **Declaração de Direitos e Responsabilidades.** Disponível em: < <https://www.facebook.com/legal/terms> >. Acesso em 01 mai. 2016b.

FACEBOOK. **Padrões da comunidade.** Disponível em: < <https://www.facebook.com/communitystandards> >. Acesso em 01 mai. 2016c.

FARIAS, Edilson. **Liberdade de expressão e comunicação:** teoria e proteção constitucional. São Paulo: RT, 2004, 304p.

FERRARI, Bruno. **O Tribunal do Facebook.** Época, 2015. Disponível em: < <http://epoca.globo.com/vida/experiencias-digitais/noticia/2015/11/o-tribunal-do-facebook.html> >. Acesso em 8 mai. 2016.

FIGUEIREDO, Janaína. **Governo argentino mira o papel jornal para controlar a imprensa.** O Globo, 2013. Disponível em: < <http://oglobo.globo.com/economia/governo-argentino-mira-papel-jornal-para-controlar-imprensa-8545162> >. Acesso em 4 mai. 2016.

FOLHA VITÓRIA. **Novidade: dois ônibus do Transcol vão ter roleta até o teto a partir desta 2ª na Grande Vitória.** 16 jul. 2012. Disponível em: < <http://www.folhavitoria.com.br/geral/noticia/2012/07/novidade-dois-onibus-do-transcol-va-ter-roleta-ate-o-teto-a-partir-desta-2a-na-grande-vitoria.html> > Acesso em 23/09/2014.

FORD, Richard Thompson. The boundaries of race: political geography in legal analysis. **Harvard Law Review**, Jun. 1994. p. 1844-1921. Disponível em: < http://isites.harvard.edu/fs/docs/icb.topic282252.files/Week%207%20-%20All%20Politics%20is%20Local/Ford_The%20boundaries%20of%20Race.pdf >. Acesso em 10 jan. 2015.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir:** nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramalhete. 34. Ed. Petrópolis: Vozes, 2007, 288p.

FRANCO, Afonso Arinos de Mello. **Pela liberdade de imprensa.** Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1957, 174p.

GARCÍA, José María Benito. **La protección de la verdad en Internet**: la rectificación electrónica. Madri: Dossat, 2006, 117p.

GETSCHKO, Demi. As origens do marco civil da Internet. In: LEMOS, Ronaldo; LEITE, George Salomão. **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 12-17.

GOLDSCHMIDT, Jack. WU, Tim. **Who controls the Internet?** Illusions of a borderless world. Oxford: Oxford University Press, 2006, 226p.

GONÇALVES, Victor Hugo Pereira. **Inclusão digital como direito fundamental**. 2011. 135 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

GOOGLE. Relatório de Transparência. Disponível em <
<https://www.google.com/transparencyreport/removals/government/notes/?hl=pt-BR#authority=BR&period=all>> Acesso em 30 de abr. 2016a.

GOOGLE. **Termos de utilização do Google**. 2014. Disponível em: <
<https://www.google.com/intl/pt/policies/terms/>>. Acesso em 08 mai. 2016.

GOOGLE. **Políticas de remoção**. Disponível em: <
<https://support.google.com/websearch/answer/2744324>>. Acesso em 08 mai. 2016c.

GREENLEAF, Graham. An Endnote On Regulating Cyberspace: Architecture vs Law? **University of New South Wales Law Journal**. Volume 21, Number 2 ‘Electronic Commerce: Legal Issues For The Information Age’; (1998). Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2188160 Acesso em 30 mai. 2015.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do Direito Constitucional**. Trad. Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, 169p.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. Ed. São Paulo: Cia. Das Letras, 1995, 220p.

INTERNET RIGHTS AND PRINCIPLES COALITION. **Carta de Direitos Humanos e princípios para a Internet**. 2015. Disponível em <
http://internetrightsandprinciples.org/site/wp-content/uploads/2015/12/IRPC_booklet_brazilian-portuguese_final_v2.pdf>. Acesso em 7 mai. 2016.

ISAACSON, Walter. **Steve Jobs: a biografia**. Trad. Berilo Vargas et al. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, 607p.

KARAGIANNOPOULOS, Vasileios. China and the Internet: Expanding on Lessig's Regulation Nightmares. Vol. 9, 2012. Disponível em <http://script-ed.org/?p=478>, Acesso em 8.10.2015

KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. As liberdades de expressão e de imprensa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Direitos fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 391-447.

LA RUE, Frank. **Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression**. United Nations, 2011. Disponível em <
http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf>. Acesso em 6 mai. 2016.

LANZA, Edison. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2015. Disponível em:
<<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anauales/InformeAnual2015RELE.pdf>>
Acesso em 30 de abr. 2016.

LEAL, Aline. **Muito comuns no Brasil, cirurgias plásticas demandam precauções**. 2015. Disponível em < <http://www.abc.com.br/noticias/2015/05/muito-comuns-no-brasil-cirurgias-plasticas-demandam-precaucoes> >. Acesso em 1 mai. 2016.

LEAL, Mônia Clarissa. SCHUMACHER, Glaucia. A ponderação de direitos fundamentais como critério para o controle jurisdicional de políticas públicas: decisionismo (leia-se ativismo judicial) ou juízo fundamentado? Uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 11, p. 201-220, jan./jun. 2012.

LEMOS, Ronaldo. **Direito, tecnologia e cultura**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005, 211p.

LEMOS, Ronaldo. **Internet brasileira precisa de marco regulatório civil**. Disponível em <http://tecnologia.uol.com.br/ultnot/2007/05/22/ult4213u98.jhtm>. Acesso em 20 abr. 2016.

LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade civil dos provedores de serviços de Internet**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, 235p.

LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na Internet**. São Paulo: Saraiva, 2012, 402p.

LEONARDI, Marcel. A garantia fundamental do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações como condição ao pleno exercício do direito de acesso à Internet. In: LEMOS, Ronaldo; LEITE, George Salomão. **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 621-633.

LEONARDI, Marcel. **Internet e regulação: o bom exemplo do Marco Civil da Internet**. 2012. Disponível em <<http://leonardi.adv.br/2012/04/internet-e-regulacao-o-bom-exemplo-do-marco-civil-da-internet/>>. Acesso em 30 abr. 2016.

LESSIG, Lawrence. The New Chicago School. **The Journal of Legal Studies**, vol. XXVII, Jun 1998A, p. 661-691.

LESSIG, Lawrence. **The architecture of privacy**. Taiwan, 1998N. Disponível em: <http://cyber.law.harvard.edu/works/lessig/architecture_priv.pdf>. Acesso em 11 nov. 2014.

LESSIG, Lawrence. The limits in open code: regulatory standards and the future of the net. **Berkeley Technology Law Journal**. Berkeley, Vol. 14, p. 759-769, 1999a.

LESSIG, Lawrence. The law of the horse: what cyberlaw might teach. **Harvard Law Review**. Vol. 113, p. 501-546, 1999b.

LESSIG, Lawrence. **Cyberspace's constitution**. Berlin, 2000. Disponível em: <https://cyber.law.harvard.edu/works/lessig/AmAcld1.pdf>. Acesso em 11 jan. 2016.

LESSIG, Lawrence. Architecting for control. Cambridge, 2000. Disponível em: <https://cyber.law.harvard.edu/works/lessig/camkey.pdf> Acesso em 11 jan. 2016.

LESSIG, Lawrence. **Cultura livre**: como a mídia usa a tecnologia e a lei para barrar a criação cultural e controlar a criatividade. Trad. Fabio Emilio Costa. Nova Iorque: Penguin Books, 2004, 321p.

LESSIG, Lawrence. **Code 2.0**. New York: Basic Books, 2006, 410p.

LIMINAR que impediu debate sobre impeachment na UFMG gera polêmica. Portal G1, 2016. <<http://g1.globo.com/minas-gerais/noticia/2016/04/liminar-que-impediu-debate-sobre-impeachment-na-ufmg-gera-polemica.html>>. Acesso em 30 abr. 2016

LOJA da Praia do Canto processa clientes após reclamarem de produtos no Facebook. Gazetaonline, 2013. Disponível em <<http://www.gazetaonline.com.br/conteudo/2013/12/noticias/cidades/1470629-loja-da-praia-do-canto-processa-clientes-apos-reclamarem-de-produtos-no-facebook.html>>. Acesso em 1 mai. 2016.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: **Revista de informação legislativa**, v. 41, n. 164, p. 7-15, out./dez. 2004.

MACKINNON, Rebecca. **Consent of the networked**: the worldwide struggle for internet freedom. New York: Basic Books, 2012, 295p.

MADOZ, Wagner Amorim. Crítica às soluções de colisão de direitos fundamentais. In: **Revista de informação legislativa**, v. 44, n. 173, p. 305-322, jan./mar. 2007

MARCHEZI, Fabiana. **Após criticar promotor, advogado é proibido de acessar redes sociais**. 2013. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/04/09/apos-criticar-promotor-advogado-e-proibido-de-acessar-redes-sociais.htm>>. Acesso em 30 abr. 2016.

MARCO CIVIL DA INTERNET. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2016. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Marco_Civil_da_Internet&oldid=45374809>. Acesso em: 25 abr. 2016.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2011, 591p.

MARTÍNEZ, Hector Llanos. **Nesta foto há mamilos e mensagem racista, o que censura o Facebook?** El País, 2015. Disponível em <http://brasil.elpais.com/brasil/2015/11/05/tecnologia/1446722914_529336.html>. Acesso em 4 mai. 2016.

MARTINS, Leonardo. **Liberdade e estado constitucional**. São Paulo: Atlas, 2012, 405p.

MAYER-SCHOENBERGER, Viktor. Demystifying Lessig. **Wisconsin Law Review**, vol. 4, out. 2008, p. 713-746.

MEDEL, Manuel Ángel Vázquez. Repensar/recrear la libertad de opinión y expresión. In: VILLEGAS, Juan Carlos Suárez (coord.) **La libertad de expresión en España y Latinoamérica**. Madrid: Editorial Dykinson, 2011, p. 61-76.

MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos. **Extrafiscalidade**: análise semiótica. 2009. USP: Tese de Doutorado.

MENDES, Gilmar. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

MENDONÇA, Heloísa. Quando sua reclamação na Internet acaba em uma Guerra na Justiça. 2015. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2015/09/19/politica/1442613937_749722.html>. Acesso em 30 abr. 2016.

MILL, John Stuart. **On Liberty**. Ontario: Batoche Books, 2001, 109p.

MINICO, Giovanna de. Internet e le sue fonti. In: **Osservatorio sulle fonti**. Fasc. 2/2013. Disponível em: www.osservatoriosullefonti.it

MOREIRA, Nelson Camatta. **Direitos e Garantias Constitucionais e tratados internacionais de Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, 206p.

NAÇÕES UNIDAS. **Empresas e Direitos Humanos**: parâmetros da ONU para proteger, respeitar e reparar. 2012. Disponível em < [http://www.conectas.org/arquivos-site/Conectas_Princ%C3%ADpiosOrientadoresRuggie_mar2012\(1\).pdf](http://www.conectas.org/arquivos-site/Conectas_Princ%C3%ADpiosOrientadoresRuggie_mar2012(1).pdf) >. Acesso em 06 mai. 2016.

NARVÁEZ, A.B. y SOTO, K. Imaginarios urbanos de la discapacidad y la exclusión [en línea] Fecha de consulta: 24-03-2015. En: **ACE: Architecture, City and Environment = Arquitectura, Ciudad y Entorno**, 8 (24): 11-37, 2013. DOI: 10.5821/ace.8.24.2754. ISSN: 1886-4805. Disponível em <<http://upcommons.upc.edu/revistes/bitstream/2099/14319/1/2754-200-1-SM.pdf>>

NEEDLEMEN, Sarah; MARSHALL, Jack. **Facebook Ads Become 'Costlier' Choice for Small Businesses.** Wall Street Journal, 2014. Disponível em < <http://www.wsj.com/articles/facebook-ads-become-costlier-choice-for-small-businesses-1407341983> >. Acesso em 6 mai. 2016.

NUNZIATO, Dawn C. **Virtual Freedom: net neutrality and free speech in the Internet Age.** Stanford: Stanford University Press, 2009, 572p.

OLIVEIRA, Rui Barbosa. **Obras Completas de Rui Barbosa.** V. 25, t. 1, 1898.

O'REILLY, Tim. **What is web 2.0?** Disponível em < <http://oreilly.com/pub/a/web2/archive/what-is-web-20.html?page=5> >. Acesso em 9 mai. 2016.

PAESANI, Liliana Minardi (coord.). **O Direito na Sociedade da Informação.** São Paulo: Atlas, 2007, p. 5-29.

PAULA, Felipe de. **A (de)limitação dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, 166p.

PEDRA, Adriano Sant'anna. Editorial: justificação e proteção dos direitos fundamentais. In: **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais.** Vitória, n. 7, 2011. Disponível em < <http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/article/view/198/102>>. Acesso em 7 mai. 2012.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **A Constituição viva: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas na democracia participativa.** 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, 237p.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Mutação Constitucional: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional.** 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, 336p.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria**

dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Disponível em <<http://works.bepress.com/janereis/4>> acesso em 13 set. 015.

PEREIRA, Marília do Nascimento. NASCIMENTO, Valéria Ribas do. As novas faces do constitucionalismo: os desafios para a efetivação da Constituição na sociedade informacional. **Revista Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 17, n. 1, p. 249-267, jan./jun. 2016.

PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. Trad. António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, 578p.

PLAZA, Ramón J. Moles. **Derecho y control en Internet**: la regulabilidad de Internet. Barcelona: Editorial Ariel, 2004, 164p.

POPPER, Karl Raimund. **A lógica da pesquisa científica**. Trad. Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Motta. 16. Ed. São Paulo: Cultrix, 2008, 567p.

PUBLICAR na internet crítica a hotel é serviço, não ofensa, diz TJ-GO. Revista Consultor Jurídico, 2016. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2016-abr-21/publicar-internet-critica-hotel-servico-nao-ofensa-tj-go> >. Acesso em 1 mai. 2016.

PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante al legislador. 3. Ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, 883p.

QUINN, Benjamin. **Anti-homeless spikes are part of a wider phenomenon of 'hostile architecture'**. 13 jun. 2014. Disponível em < <http://www.theguardian.com/artanddesign/2014/jun/13/anti-homeless-spikes-hostile-architecture> > Acesso em 23 set. 2014.

RODRIGUEZ-AMAT, Joan Ramos et al. Gobernanza de Internet y Libertad de expresión en Europa: estado de la cuestión. ALFONSO, Loreto Corredoira, HUESO, Lorenzo Cotino (dirs.). **Libertad de expresión e información en Internet**: amenazas y protección de los derechos personales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013, p. 75-98.

SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra**: os limites morais do Mercado. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, 237p.

SANTOS, Rogério Santanna dos. **Plano nacional poderá levar banda larga a 88% da população brasileira**. 2010. Disponível em: < <http://www.cgi.br/publicacao/plano-nacional-podera-levar-banda-larga-a-88-da-populacao-brasileira/> >. Acesso em 06 mai. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, 493p.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 389-452.

SARMENTO, Daniel. Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e justiça social. In: **Livres e iguais**: Estudos de Direito Constitucional. 2. Tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010a, p. 3-32.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo**: história constitucional brasileira, teoria da Constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010b, p. 233-272.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do hate speech. In: **Livres e iguais**: Estudos de Direito Constitucional. 2. Tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010c, p. 207-262.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, 362p.

SCHACHTER, Madeleine. KURTZBERG, Joel. **Law of internet speech**. 3. Ed. Durham: Carolina Academic Press. 2008, 1012p.

SCHEWIK, Barbara van. **Internet architecture and innovation**. Cambridge: The MIT Press, 2010, 7361p. (Kindle Edition)

SEN, Amartya. **A ideia de Justiça**. Trad. Denise Bottman e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2009 (versão digital iBooks).

SERVIDORA não será indenizada por fotos no Facebook. Revista Consultor Jurídico, 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/servidora-publica-nao-indenizada-fotos-divulgadas-facebook>>. Acesso em 2 mai. 2016.

SITE que publica críticas de hóspedes não deve indenizar hotel mal avaliado. Revista Consultor Jurídico, 2015. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2015-mar-04/site-criticas-hospedes-nao-indenizar-hotel-mal-avaliado> >. Acesso em 30 abr. 2016.

SHAPIRO, Andrew L. The ‘Principles in Context’ Approach to Internet Policymaking. In: **The Columbia Science and Technology Law Review**. 2000. Disponível em: <<http://www.columbia.edu/cu/stlr/html/volume1/principles.pdf>>. Acesso em 12.07.2015.

SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, 471p.

SILVA, José Afonso da. Liberdade de expressão cultural. In: LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos fundamentais e Estado Constitucional**: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: RT, 2009, p. 175.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 7. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, 1054p.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, 279p.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: **Revista dos Tribunais** v. 798 2002, p. 23-50.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Direitos fundamentais e suporte fático: notas a Virgílio Afonso da Silva. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 6, p. 67-80, jun./dez. 2009.

SIMÃO FILHO, Adalberto. Sociedade da informação e seu lineamento jurídico. In:

SLOANE, Garrett. **Facebook Ad Prices Are Rising Amid Organic Reach Squeeze**. Adweek, 2014. Disponível em < <http://www.adweek.com/news/technology/facebook-ad-prices-are-rising-amid-organic-reach-squeeze-156888> >. Acesso em 06 mai. 2016.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. **A tutela dos direitos da personalidade na sociedade da informação**: privacidade, imagem e liberdade de expressão. 2003. 244 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2003.

SOUZA, Ramon. Hotel de Nova York cobrará US\$ 500 de quem fizer análises ruins em apps. 2014. Disponível em < <http://www.tecmundo.com.br/curiosidade/60008-hotel-nova-york-cobrar-us-500-fizer-analises-ruins-apps.htm> >. Acesso em 1 mai. 2016.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012, 631p.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, 327p.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, 1.239 p.

TEIXEIRA, Bruno Costa. A inteligência coletiva enquanto potência recriadora das formas de

participação democrática: estudo da interação política na era da mídia pós-massiva. **Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010, v. 2, p. 5484-5503. Disponível em: <<http://conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/florianopolis/Integra.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2014.

TJ mantém censura a Facebook de morador que criticava construtora. Portal G1, 2013. Disponível em <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2013/05/tj-mantem-proibicao-protesto-em-rede-social-contr-empredimento.html>>. Acesso em 30 abr. 2016.

TOLLER, Fernando M. **O formalismo na liberdade de expressão**: discussão da diferenciação entre restrições prévias e responsabilidades ulteriores. Trad. Frederico Bonaldo. São Paulo: Saraiva, 2010.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Acórdão no processo C-131/12 Google Spain SL, Google Inc. / Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González**. Disponível em <<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-05/cp140070pt.pdf>>. Acesso em 06 mai. 2016.

TWITTER. **Termos de serviço**. Disponível em: < <https://twitter.com/tos?lang=pt> >. Acesso em 07 mai. 2016a.

TWITTER. **As regras do twitter**. Disponível em: < <https://support.twitter.com/articles/207151> >. Acesso em 07 mai. 2016b.

VELOSO, Thássius. **Brasil lidera ranking do Google com ordens para censurar resultados**. 2012. Disponível em <<https://tecnoblog.net/104676/brasil-google-censura/>>. Acesso em 30 abr. 2016.

VILLEGAS, Juan Carlos Suárez. Condiciones éticas y jurídicas de la libertad de expresión frente al poder político. In: VILLEGAS, Juan Carlos Suárez (coord.) **La libertad de expresión en España y Latinoamérica**. Madrid: Editorial Dykinson, 2011, p. 77-110.

WASSERMANN, Rogerio. **Brasil 'lidera consumo de remédios para emagrecer'**. 2006. Disponível em < http://www.bbc.com/portuguese/reporterbbc/story/2006/03/060301_relatoriodrogasbrasilrw.shtml > Acesso em 1 mai. 2016.

WOLKMER, Antonio Carlos. Novos pressupostos para a temática dos direitos humanos. In: CARVALHO, Salo de. FLORES, Joaquín Herrera. Rúbio, David Sanchez. (org.). **Direitos Humanos e Globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica**. 2. Ed. Porto Alegre: EdPUCRS, 2010, p. 22-50.

WORDPRESS. Termos de Serviço. Disponível em < <https://br.wordpress.com/tos/> >. Acesso em 08 mai. 2016.

WU, Tim. Network Neutrality, Broadband Discrimination. **Journal of Telecommunications and High Technology Law**, Vol. 2, p. 141-179, 2003. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=388863> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.388863> Acesso em 11 jan., 2016.

WU, Tim. **Impérios da comunicação: do telefone à internet, da AT&T ao Google**. Tradução Claudio Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2012, 431p.

YOUTUBE. **Termos de serviço**. Disponível em < <https://www.youtube.com/static?gl=BR&template=terms&hl=pt> >. Acesso em 08 mai. 2016.