

FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU*
MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

DANILO RAPOSO LIRIO

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DEMOCRACIA, DESINFORMAÇÃO E
AUTORREGULAÇÃO REGULADA**

VITÓRIA
2022

DANILO RAPOSO LIRIO

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DEMOCRACIA, DESINFORMAÇÃO E
AUTORREGULAÇÃO REGULADA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para obtenção do grau de mestre em Direito.
Orientador: Prof. Dr. Jose Luis Bolzan de Moraes.

VITÓRIA
2022

DANILO RAPOSO LIRIO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para obtenção do grau de mestre em Direito.
Orientador: Prof. Dr. Jose Luis Bolzan de Moraes.

Aprovada em, xx de agosto de 2022.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Jose Luis Bolzan de Moraes
Faculdade de Direito de Vitória
Orientador

Prof. Dr. Alexandre de Castro Coura
Faculdade de Direito de Vitória

Prof. Dr. Fausto Santos de Moraes
Faculdade Meridional

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus e aos meus pais, José Nilso (*in memoriam*) e Eunice, pelo amor incomensurável.

À Brunela e Maria Eduarda, razão de tudo e pelo suporte.

Ao Ministério Público do Estado do Espírito Santo, na pessoa da minha amiga Luciana Andrade, pelo incentivo pessoal e por ter, institucionalmente, me propiciado a oportunidade de crescimento.

“Alguém disse que se houvesse internet nos tempos de Hitler, os campos de extermínio não seriam possíveis, porque a notícia se espalharia viralmente. Por outro lado, ela (a internet) dá voz a uma legião de imbecis que, antes, só falavam no bar depois de dois ou três copos de vinho. Ou seja, não causavam danos à sociedade”.

Umberto Eco

RESUMO

O presente trabalho, utilizando-se do método dedutivo, se debruça sobre o problema da liberdade de expressão, desde o seu surgimento no contexto da emergência do Estado Liberal Clássico, no final do Século XVIII, especialmente no contexto da Constituição dos Estados Unidos da América e da Revolução Francesa. Analisa como foi a sua conformação e interpretação, especialmente na *práxis* judiciária das Cortes Constitucionais da Alemanha e dos EUA, através do estudo de casos concretos para, em seguida, fazer a releitura dos casos decididos pela Suprema Corte brasileira, com destaque para o Caso Ellwanger e para a ADPF 130, esta, especialmente a partir da perspectiva dos votos vencidos. Em seguida, é analisado o problema da liberdade de informação no contexto da Revolução 4.0 e o impacto que ela tem gerado para a democracia, especialmente em razão do fenômeno da desinformação e da algoritmização (capitalismo de vigilância). Por fim, propõe-se o estabelecimento de uma legislação de autorregulação regulada da comunicação social, tendo por parâmetro a Lei de Aplicação nas Redes Sociais alemã (NetzDG), como forma de mitigação dos impactos das notícias fraudulentas na democracia, medida essa plenamente constitucional, considerada a reserva legal qualificada da CF/88.

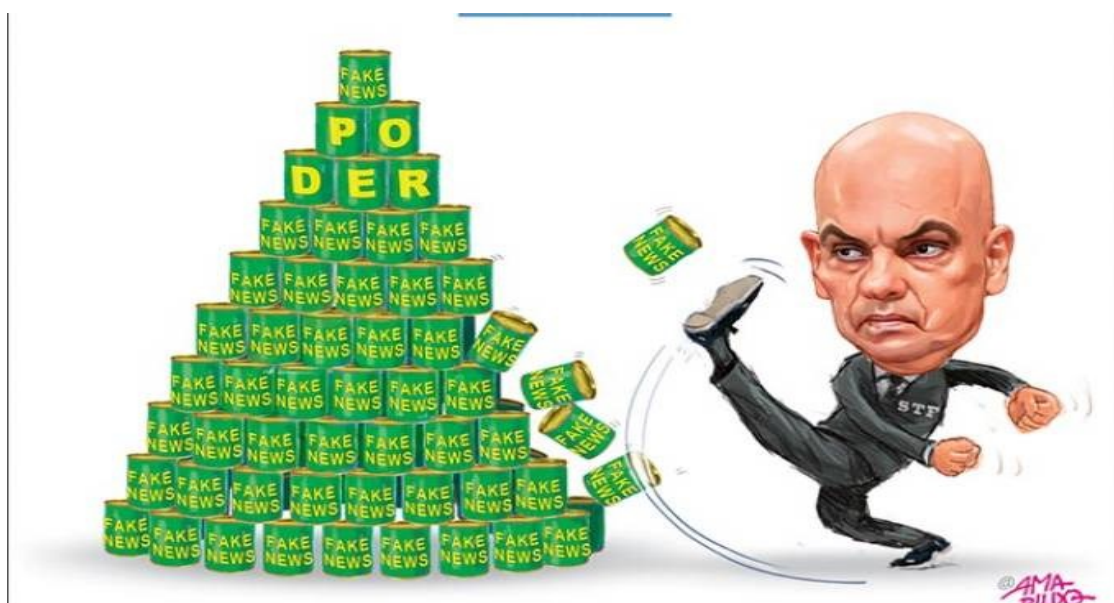
Palavras-chave: Liberdade de expressão. Democracia. Desinformação. Redes sociais. Autorregulação regulada

ABSTRACT

This paper, using the deductive method, focuses on the issue of freedom of expression, since its emergence in the context of the emergence of the Classical Liberal State, at the end of the 18th century, especially in the context of the Constitution of the United States of America and the French Revolution. It explores how its conformation and interpretation was, especially in the judicial praxis of the Constitutional Courts of Germany and the USA, through the study of concrete cases to then make a reinterpretation of the cases decided by the Brazilian Supreme Court, with emphasis on the Ellwanger Case and for ADPF 130, this one especially from the perspective of out-voted votes. Then, the problem of freedom of information is analyzed in the context of Revolution 4.0 and the impact it has generated for democracy, especially due to the phenomenon of disinformation and algorithmization (surveillance capitalism). Finally, it is offered the establishment of a legislation for the regulated self-regulation of the media, having as a parameter the German Social Media Application Law (NetzDG), as a way of mitigating the repercussions of fraudulent news on democracy, a measure that is fully constitutional, considered the qualified legal reserve of CF/88.

Keywords: Freedom of expression. Democracy. Misinformation. Social networks. Regulated self-regulation

Figura 1 – Charge veiculada na Revista Veja



Fonte: Revista Veja (2020).

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 – Charge veiculada na Revista Veja	7
Figura 2 - Pirâmide regulatória de Ayres e Braithwaite.....	147

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AP – Ação Penal

ARE – Agravo em Recurso Extraordinário

BGH - *Bundesgerichtshof* (Tribunal Federal Alemão)

BverfGE – *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Federal Constitucional Alemão)

CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988

CPC/15 – Código de Processo Civil – Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015

EUA – Estados Unidos da América

GG – *Grundgesetz* (Lei Fundamental Alemã)

IA – Inteligência Artificial

LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados

NetzDG – *Netzwerkdurchsetzungsgesetz* (Lei de Aplicação da Rede)

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

PL – Projeto de Lei

RE – Recurso Extraordinário

RERG – Recurso Extraordinário com Repercussão Geral

Recl. – Reclamação Constitucional

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

TSE – Tribunal Superior Eleitoral

TIC – Tecnologia da Informação e Comunicação

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
 1 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO: NOTA HISTÓRICA.....	25
1.1 A EMERGÊNCIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO CONTEXTO REVOLUCIONÁRIO	29
1.2 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SUA CONFORMAÇÃO PRÁTICA.....	42
 2 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO: ABORDAGEM COMPARATIVA	50
2.1 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA.....	51
2.2 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA	58
2.3 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL	65
 3 A DEMOCRACIA IMPACTADA PELA LIBERDADE DE EXPRESSÃO 4.0	91
3.1 A QUARTA REVOLUÇÃO E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO	92
3.2 A IDEIA DO CAPITALISMO DE VIGILÂNCIA: O INDIVÍDUO COMO MERCADORIA	98
3.3 A INTERNET COMO MEIO DE INFLUENCIAR TENDÊNCIAS ELEITORAIS .	101
3.4 DESINFORMAÇÃO, FAKE NEWS , PÓS-VERDADE E LIBERDADE DE EXPRESSÃO	106
 4 A AUTORREGULAÇÃO REGULADA.....	115
4.1 É POSSÍVEL REGULAR.....	117
4.2 O PORQUÊ DE REGULAR.....	124
4.3 A AUTOREGULAÇÃO REGULADA.....	136
 CONSIDERAÇÕES FINAIS	150
 REFERÊNCIAS.....	153

INTRODUÇÃO

A democracia, no Brasil, está em crise? Como as novas tecnologias, no contexto da revolução 4.0, estão impactando ou mesmo prejudicando o funcionamento do arranjo institucional no Brasil? As liberdades públicas, especialmente as de opinião e de manifestação do pensamento, exercidas de forma ilimitada, podem gerar um paradoxo antidemocrático? Como lidar com o crescente fenômeno das notícias fraudulentas? São necessárias indagações que nos atormentam na atualidade e que impõem a reflexão em torno de uma pergunta fundamental: como proteger a democracia dela mesma?

Essa é uma pergunta de difícil equalização, porque implica, necessariamente, revolver liberdades fundamentais consagradas no texto constitucional e que advém de lutas por rupturas de sistemas absolutos, não raro com derramamento de sangue em contextos revolucionários ou mesmo de guerras, liberdades que se restringidas em grau elevado podem gerar o efeito indesejado de aniquilar a própria democracia. A questão não é *se*, mas *como* limitar as liberdades fundamentais sem a sua supressão de fato e de direito.

Recorramos, então, a uma alegoria que nos permita ilustrar como a era da desinformação tem causado desajustes no meio social. No filme *Inception*, de Chris Nolan, o protagonista vivido por Leonardo DiCaprio é uma espécie de espião industrial contratado por um empresário, vivido por Ken Watanabe. Com o uso de uma ferramenta de induzimento ao sono e interligação neural, ele consegue adentrar na mente da pessoa e assim cumprir a sua missão, normalmente retirar ou apagar uma ideia. Mas o difícil, segundo ele, o verdadeiro (perigoso) desafio, segundo ele, não é a extração, mas a inserção de uma ideia. E, para cumprir essa missão, ele recruta uma “arquiteta”, vivida por Ellen Page (hoje Elliot Page), responsável pelo *design* da realidade neural do sono induzido, a criação do céu, ruas e avenidas que vão servir para o enredo da aventura virtual se desenrolar. No sonho, dentro do sonho, após descer três “camadas” na mente do personagem de Cillian Murphy, empresário concorrente de seu contratante, ele consegue, com êxito, inserir uma ideia, uma memória afetiva latente na mente do indivíduo, fazendo com que ele acredite, com convicção, que a decisão que viria a ser tomada logo na

sequência do despertar, no caso do filme, a venda de uma empresa familiar, era genuinamente dele e não decorria da ação do mercenário. Ele *pensava* estar tomando uma decisão *livre*, quando na verdade fora induzido a se desfazer do seu patrimônio, para atender ao interesse justamente do seu algoz, numa espécie de capitalismo predatório *high tech*.

Nos dias atuais, hoje nós parecemos nos dar conta de que essa excelente ficção científica pode não estar tão distante da realidade, pois parece encontrar paralelo no mundo virtual criado pela *internet*, que tornou possível a criação das redes sociais e a algoritmização dos dados pessoais. O aprendizado de máquina não “enxerga” o ser humano como um indivíduo de carne e osso. Os indivíduos são dados, a serem minerados, analisados e oferecidos como um produto ao mercado de bens e serviços ou ao mercado político, como adiante veremos. A liberdade, assim, já não é tão “livre” como um dia já o foi. As decisões cotidianas, cada vez mais atreladas a um algoritmo. Para ir do ponto ‘a’ ao ponto ‘b’, a pessoa utiliza a aplicativo de GPS, que analisa o que há em seu trajeto e logo começa a disparar ferramentas de “pop-ups” suggestionando a aquisição de produtos disponíveis ao longo do caminho.

A “máquina do sono” de *Inception*, foi descoberta pelo Vale do Silício. O Google (fundado em 1998), por exemplo, consegue fazer análises preditivas comportamentais, como forma de influenciar o consumo. As pesquisas realizadas no *site* Amazon, baseadas no tipo de produto que o indivíduo compra, gera sugestão para a compra de mais produtos do mesmo perfil¹.

Sem que nós percebêssemos, de uma forma silenciosa e sutil, essa nova forma de sociedade de consumo modificou ou tem modificado, num processo ainda em expansão e consolidação, a forma como a sociedade e o Estado tem se interagido. Mas, de que forma isso tem ocorrido? Para melhor entender esse contexto atual, é preciso antes entender o texto no qual ele está inserido. E “o texto”, é aquele que

¹ É bem verdade que o estímulo ao consumo, não é novidade da era da expansão tecnológica. Ele surgiu ainda no Século XIX, mediante estratégias massivas de *marketing* e comunicação publicitária (GIACOMINI FILHO, 2019, p. 161). A novidade, é que as novas tecnologias da informação e comunicação (TIC's), diferentemente das mídias tradicionais, elevaram o patamar desse estímulo a níveis nunca antes vistos. Assim, se antes o *marketing* era uma estratégia de consumo e também de política, o Estado possuía meios de exercer maior controle. Na atual quadra da história, contudo, tudo parece tornar-se cada vez mais fluido e incontrolável.

pretende reger as (hiper)complexas relações humanas intersubjetivas, que legitima o exercício de atividades econômicas, inclusive as redes sociais, a existência de forças coercitivas legítimas, aquele documento que dotado de uma espécie de dupla finitude, onde tudo começa e termina, que é a Constituição Federal. Somente através dela, o projeto de Estado Democrático de Direito encontra condição de possibilidade para a sua existência.

Então, para melhor compreendemos onde estamos, é preciso melhor entender de onde viemos. O que nos garantiu viver numa sociedade livre e democrática, partindo da premissa de que somos realmente livres, vivendo num regime democrático, e como isso foi tratado na CF/88?

Primeiramente, uma questão de data e de contexto. A promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, ocorrida em 5 de outubro de 1988, sem dúvida alguma marcou uma virada de página na história do país, de um século de períodos autoritários, para um rumo democrático. Não há dúvida que os objetivos proclamados pela CF/88, são inspirados pelos ideais de um governo do povo, pelo povo e para o povo, para utilizar uma expressão de Lincoln no discurso de Gettysburg em 19 de novembro de 1893 (LINCOLN, 2013, p. 30). Porém, passados mais de 30 anos desde o início desse período de democracia, não é possível afirmar que a aquele dia 5 do mês de outubro de 1988, tenha sido um ponto de chegada, um reencontro definitivo com a democracia.

Ao contrário, o Estado Democrático de Direito parece ser uma obra inacabada e inacabável, uma construção diária que exige o exercício perene dos valores preconizados pela Carta Magna que pretende reger todas as relações sociais e políticas em níveis minimamente homeostáticos. Nesse sentido, existe uma constante na experiência constitucional até aqui, pois as engrenagens constitucionais têm assegurado um *standard*, isto é, um padrão mínimo de liberalismo político, não experimentado sob a égide do Constituição antecedente.

É certo que um dos pilares, talvez “o” pilar de um regime democrático, repousa sobre as *liberdades públicas*. Ao enunciar, logo em seu preambulo, que o Estado Democrático tem por objetivo assegurar o exercício dos direitos individuais, neles

compreendidos a liberdade, para logo em seguida dispor, já no artigo 1º, que os fundamentos da República são a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, se tem apenas especificações de um direito cuja origem se lhe sé comum. Tratam-se apenas de especificações de direitos, que tem por epicentro um direito que é condição de possibilidade para que tudo isso se realize. Todos esses fundamentos proclamados, irradiam de um núcleo liberal, de um direito liberdade.

A liberdade do indivíduo, (pre)supõe a existência do Estado, como realidade imaterial segregada em funções nas quais o poder do povo, pelo povo e para o povo é exercido, o que depende dos clássicos órgãos Executivo, Legislativo e Judiciário², que são instrumentos de heterorregulação da sociedade. Calibram, na prática, seja com generalidade e abstração (classicamente, o Legislativo), seja com nota de concretude (classicamente, o Executivo na função administrativa no exercício do poder de polícia e o Judiciário, com definitividade), o exercício dos direitos constitucionalmente avalizados.

É fato que desde a primeira eleição presidencial da ordem vigente, logo após a ruptura com o sistema jurídico precedente, esse clássico modelo de freios e contrapesos tem garantido a alternância dos chefes do Poder Executivo, um Legislativo independente e que tem exercido suas funções típicas de inovar a ordem jurídica, além de fiscalizar os atos dos governantes, verificando-se até aqui dois impedimentos³ e, um Judiciário que chamado a decidir questões políticas fundamentais, exerce a sua função livre de ingerências até aqui.

Quando se pensa, então, nessas funções estatais, elas evidentemente não consubstanciam um fim em si mesmas, possuindo um nexo de finalidade

² No caso específico do Brasil, dentro desses mecanismos recíprocos de *countercheck*, adicionaríamos um outro componente, sem atribuir qualquer conotação axiológica a essa afirmação, qual seja, a “invenção” que foi o Ministério Público (ZANETTI JÚNIOR, 2018), que vem funcionando ao longo da experiência constitucional como uma espécie de fiel da balança dos contrapesos constitucionais. Não há como negar, que ao longo dos mais de 30 anos da CF/88, essa instituição ocupou papel central na agenda político-institucional do país, seja na sua função clássica-penal, seja na função tipicamente brasileira, de curador dos direitos difusos.

³ Descabe aqui discutir o mérito dos processos de *impeachment* até então ocorridos. A constatação aqui é factual, apenas. O legislativo tem exercido o juízo de oportunidade e conveniência política, o que não deixa de ser o livre e legítimo funcionamento desse relevante Poder da República.

institucional, uma vez que foram concebidas para que cada uma delas exerça sobre a outra determinados controles, observando limites reciprocamente considerados (poder limitando poder), visando, ao fim e ao cabo, que os *indivíduos* possam ser livres para, *coletivamente*, concretizar os objetivos fundamentais da República (artigo 3º da CF/88).

Evidentemente, só pode existir pluralismo político e livre iniciativa econômica, num ambiente de liberdade. Não se pode falar propriamente, portanto, num único tipo de liberdade, mas sim de *liberdades*, como a de viver, ir, vir, ficar, votar, ser votado, empreender, procriar, pensar, exprimir o pensamento, ser, crer, não crer e tudo quanto mais seja necessário para a consolidação desse audacioso projeto em que as pessoas possam se realizar individualmente através do Estado.

Pode-se dizer, com essas premissas, que o direito de liberdade é polimorfo, podendo assumir múltiplas feições. O objeto do presente trabalho, contudo, a despeito de haver alguns prismas de análise a respeito da *liberdade*, é uma dessas formas, a qual podemos ser angular sob um gênero, que é a *liberdade de expressão*, decomponível, para o recorte que pretendemos esmiuçar, em *liberdade de opinião* e de *manifestação do pensamento*. Essas *liberdades* se inserem naquilo que é a essência da própria Constituição, de viés explicitamente democrático, um sistema que funciona retroalimentado pela miríade de direitos nele assegurados. E há toda uma lógica sistêmica para o funcionamento da Constituição, que pressupõe a concertação sinestésica desses direitos.

Bem pensadas as coisas, se formos fazer a analogia desse sistema jurídico com a vida de animal, aí compreendido o gênero humano, algumas semelhanças nos ajudam a melhor compreender o ponto de vista que pretendemos expor neste trabalho. Nessa linha, não há dúvida quanto ao fato de que a água é uma substância vital para a existência de todo ser vertebrado. Grosso modo, a água equilibra a temperatura corporal, ajuda a expelir substâncias tóxicas, enfim, é combustível para o processo químico que envolve o funcionamento da “máquina” biológica. A sua falta, inexoravelmente levará à morte do indivíduo; no entanto, a recíproca também é verdadeira, podendo levar a um decréscimo letal do nível de sódio no corpo, chamado de hiponatremia (ÁGUA, 2016). Logo, o excesso e a falta conduzem à

falência, e entre um e outro, situa-se o ponto de equilíbrio, que é a quantidade de água a ser diariamente ingerida para a manutenção daquele determinado ser vivo em estado saudável.

E assim é com esse grande sistema que é a Constituição. Como um sistema normativo que é, ela é composta por enunciados linguísticos, que nada mais são do que signos exteriorizados e inteligíveis, de cujos enunciados linguísticos, se pode extrair algum significado. Dessa relação entre signo e significado, é que resulta a norma constitucional. E esses enunciados são repletos de orações adversativas, cujos exemplos são variados e encontráveis ao longo de todo o percurso do Texto da Constituição, composto de 250 artigos.

Assim, por exemplo, a cabeça do artigo 5º assegura o direito à vida, mas no inciso XLVII letra “a” afirma a possibilidade da pena de morte em caso de guerra, e o no art. 56 do Código Penal Militar, é regulada a forma como o término da vida ocorrerá, mediante fuzilamento. Esse mesmo Código comina tal espécie de pena no caso de traição. Ou seja, a CF está a dizer o seguinte: todo indivíduo tem direito à vida e é livre para se autodeterminar. No entanto, pegue em armas contra o Brasil, e poderá ser executado por fuzilamento. Outro exemplo, diz respeito à capacidade eleitoral passiva. A CF/88 estabelece no § 3º do art. 14, as condições de elegibilidade. Não existe no seu rol, nenhuma menção negativa a membros do Poder Judiciário e do Ministério Público. No entanto, esses cidadãos sofrem uma restrição nesse específico direito fundamental, por expressa previsão nos estatutos jurídico-constitucionais. Em outras palavras, qualquer cidadão é livre para ser votado, no entanto, se decide aderir por concurso público, a uma dessas carreiras, está renunciando ainda que tacitamente, enquanto ostentar uma tal qualidade, ao direito de ser votado, mesmo que no artigo 14 não exista nenhuma vedação expressa. A mesma Constituição, assegura a liberdade de manifestação do pensamento, mas veda o anonimato e assegura a reparação do dano moral e à imagem. Isso quer dizer, há nisso uma norma: fale, mas não ofenda, porque senão você será responsabilizado; seja livre para fazer, mas arque com a consequência. Um último exemplo, pertinente ao escopo deste trabalho. O artigo 170 da Constituição Federal é núcleo especificado do sistema capitalista, assegurando a livre iniciativa proclamada no artigo 1º inciso IV, ressaltando (oração adversativa) o aspecto

teleológico que é a consecução de uma vida digna às pessoas (mais uma especificação sob o prisma econômico, da dignidade da pessoa humana) e a implementação da “justiça social”. Embora livre a iniciativa em torno da exploração das atividades econômicas em geral, existem campos *empresariais regulados*. Essa realidade jurídica, dentre outras hipóteses⁴, é perceptível no art. 222, ao estabelecer que “[a] propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País”, exigindo ainda outorga executiva e aprovação congressual, conforme artigo 223 § 1º da CF/88. Portanto, se um cidadão cubano, residente no país, pretender constituir uma empresa de radiodifusão sonora (uma rádio), não conseguirá, porque a CF/88 proíbe.

Dito de outro modo, ainda que o *caput* do artigo 5º assegure os direitos de liberdade, inclusive o de manifestar o pensamento aos *estrangeiros* residentes no Brasil, no exemplo citado, o cidadão cubano, ainda que possua recursos financeiros para tanto, não poderia se valer dessa liberdade fundamental, que como cidadão alienígena lhe é assegurada, para adquirir e ser proprietário de uma rede de rádio ou de televisão. E o constituinte originário parece ter adotado um critério muito cristalino nesse ponto. A difusão de *ideias* é algo que pode se tornar perigoso para a existência da própria democracia.

Com efeito, e ainda dentro da lógica do hipotético exemplo, esse cidadão cubano poderia se utilizar da sua pretensa empresa de televisão e de rádio, para fazer propaganda do regime *castrista*, defendendo a implementação do comunismo no Brasil. Sabe-se que o ser humano é gregário por natureza, de tal modo que a ampla difusão dessas ideias, poderia se espalhar em progressão geométrica, convulsionando a sistema social e, no extremo, eclodir numa revolução visando a ruptura da ordem jurídica.

A questão é: mesmo as ideias mais absurdas, podem ser incutidas na mente do indivíduo. Fiquemos com o senso comum. A menos que estejamos um de um

⁴ Por exemplo, o artigo 177 traz atividades que constituem monopólio da União. Evidentemente, monopólio esse, que é a antítese da livre iniciativa.

terrorista – um “sujeito inconstitucional” por expressa previsão do artigo 4º inciso VIII da CF/88 – não há como conceber alguém que defenda o suicídio como forma de atentar contra a vida de milhares de pessoas, tal como ocorrido no 11 de setembro. Não há dúvida, contudo, que os terroristas que tomaram o comando daquelas aeronaves comerciais, com centenas de pessoas a bordo, e as conduziram contra dois edifícios de mais de cem andares, provocando um dos eventos mais traumáticos do século XXI até aqui, estavam movidos por uma *ideia* que lhes tomara a mente, e essa ideia evidentemente é fruto de um esforço coletivo, transmissível sensorialmente, especialmente, neste caso, dentro da rede terrorista Al-Qaeda, de recorte extremista-islâmico, notoriamente responsável pelo ataque em questão. Portanto, não é necessário aqui – e nem é esse o nosso escopo – uma construção psicologista para se concluir ser plenamente realizável a influência interpessoal de um indivíduo sobre outro ou sobre um coletivo de indivíduos, a ponto de que haja um convencimento ao autoextermínio, visando ou não algum tipo de violência contra a incolumidade pública ou um determinado regime estabelecido. Tanto é assim, que o Código Penal tipifica como crime a conduta de induzir (inserir uma ideia não existente) ou instigar (fomentar um sentimento pré-existente) outrem ao suicídio.

Embora chocantes, esses exemplos são necessários para demonstrar o quão nocivas podem se tornar a difusão de ideias, revestidas de aptidão para conduzir a extremos indesejados, especialmente, no que aqui nos interessa mais de perto, pelo Estado Democrático de Direito.

Quando promulgada a Constituição, rádio e televisão concedidos pelo Estado, bem como o meio impresso, eram as clássicas e existentes fórmulas de manifestação do pensamento, de opiniões e de circulação de ideias. O *marketplace* tal como concebido no sistema constitucional originário, portanto, era analógico, considerando sobretudo que a *internet* somente se estabeleceu como uma rede autônoma e privada em 1995, como adiante analisaremos.

Nesse contexto, a disseminação de ideias eugênicas, como o antissemitismo e a negação do holocausto, se nunca completamente eliminadas do meio social, ficavam restritas a editoras de fundo de quintal, divulgadas em círculos muito

restritos por meio de manuscritos obscuros, como no chamado caso *Ellwanger*, que será adiante abordado.

No entanto, a sociedade passou por uma *hipercomplexificação*. Com o surgimento de novos meios de comunicação, especialmente os eletrônicos, o controle do Estado tornou-se etéreo. Empresas e *sites* que operam *online* não precisam da outorga executiva nem de aprovação congressional, nos termos da Constituição.

A *internet* promoveu uma verdadeira revolução comunicacional, com significativos impactos comportamentais. Com ela, emergiram as gigantes empresas da tecnologia (*Big Techs*) que operam em nível global. O conceito territorial de Estado perdeu relevância, mudando-se o próprio conceito de sociedade que se tornou uma grande “*colmeia humana*” interligada pelas redes sociais e, com elas, o “*idiota da aldeia*” passa a ganhar voz. Para se ter ideia, em uma transmissão de um canal do *Youtube*, chamado Flow Podcast, o apresentador defendeu abertamente a existência de um partido nazista regulamentado por lei (ALECRIM; MOLTERNO, TORTELLA, 2022), secundando por um deputado federal que participava como entrevistado, defendendo a não criminalização dessa prática (a defesa do nazismo), que configurou talvez um dos capítulos mais sombrios da história da humanidade⁵. O mencionado canal possui 3,86 milhões de seguidores (FLOW, 2022), ao passo que o parlamentar, além da legitimidade representativa junto ao parlamento, possui 841 mil seguidores na rede social *Instagram*. Portanto, o potencial danoso é exponencialmente maior do a comercialização de um opúsculo de negação ao nazismo ocorrida nos recônditos gaúchos que, se não tivesse ido a julgamento no STF e, a partir de então, tido por *leading case* em matéria de limitação ao discurso de ódio, provavelmente não seria um acontecimento conhecido em âmbito nacional.

O que está no centro de todo esse debate, portanto, é como uma liberdade, no caso, a de expressão, tem contribuído para correr o tecido da célula democrática na sociedade brasileira atual. Como no exemplo da água, o excesso de liberdade de expressão ou a falta dela, são patologias que igualmente podem conduzir à falência do sistema.

⁵ A fala do deputado em questão, motivou a abertura de uma investigação pela Procuradoria-Geral da República. (PGR, 2022)

Entre a ausência e o excesso, a CF/88 estabeleceu um *standard* de regulação na busca do ponto de equilíbrio. A sociedade de 1988 foi o meio no qual inserida a Carta da República, que por meio de uma redação adversativa, estabeleceu a livre manifestação do pensamento ao mesmo tempo em que fixou uma regulação constitucional mínima, mediante sujeição a princípios e finalidades precípuas (artigo 221⁶). As novas tecnologias alteraram esse meio, que hoje não está mais em condições normais de temperatura e pressão.

Com as novas tecnologias, os *sites* de “notícias”, a rápida propagação de informações falsas ou desinformação estão impactando o jogo democrático, impactando também no convívio harmônico entre os Poderes constituídos. Emerge, então, o fenômeno das chamadas *fake news* no contexto brasileiro⁷.

Esse fenômeno, potencializado pelas redes sociais, tem contribuído para o acirramento e a polarização da sociedade, que tem assistido ao embate entre as funções constituídas. A harmônica convivência entre os Poderes, desejada pelo artigo 2º da CF/88, tem se tornado cada vez mais volátil.

Percebemos que o STF, ao longo das duas últimas décadas (aproximadamente dois terços do ciclo constitucional), adotou uma postura ativista⁸ que passou a ser alvo de

⁶Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;

II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;

III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;

IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

⁷ Embora uma patologia verificada em diversas democracias.

⁸ Em temas como judicialização de políticas públicas, passou a intervir ativamente em questões classicamente afetadas à discricionariedade executivo. É bem verdade, que o Ministério Público, como instituição de garantia, tem significativa parcela de responsabilidade nesse aumento da judicialização da política, pois ao perceber nesse controle judicial, o órgão, que parece padecer de um atavismo adversarial, e em razão do realidade brasileira, sabidamente de baixa concretização dos direitos sociais, com frequência aciona a máquina judiciária para a implementação das mais diversas agendas. Por exemplo, tornou-se quase um clichê no meio jurídico, citar a decisão (monocrática) da ADPF 45 como justificativa para a intervenção judicial em matéria de competência do Poder Executivo (DJ Nr. 84 do dia 04/05/2004). Parece que o problema que hoje estamos vivendo, perpassa justamente pelas orações adversativas da “jurisprudência” do STF. Assim, afirma a referida decisão que essa “incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os

questionamentos. Em especial a partir de 2018, a Corte Constitucional passou a ser fortemente questionada por essa agenda ativista⁹, elevando-se o tom, que de críticas legítimas, passaram a se conformar em ataques, predominantemente por meio das redes sociais, mas que rapidamente se transplantaram para o mundo empírico. Tornaram-se comuns abordagens ameaçadoras, dentro de aviões ou em vias públicas, aos membros daquele tribunal (PF, 2018). Parlamentares federais (RELEMBRE, 2022) também passaram a hostilizar membros do STF, e até mesmo o Presidente da República reiteradas vezes tem manifestado veementemente o seu repúdio a determinados ministros, sendo notórios e inúmeros os exemplos nesse sentido.

A charge contida no introito deste trabalho, sintetiza de forma imagética como a Supremo tem reagido ao fenômeno da desinformação. Ela faz alusão ao Inquérito de natureza penal, que foi por ato administrativo instaurado pela Corte Suprema, e que será abordado oportunamente.

Não se pode deixar de registrar, também, que esse caldo de acirramento institucional ora verificado, também tem por ingrediente a postura dos próprios Ministros do STF, que deixaram de falar apenas nos autos (na verdade, na TV Justiça, em razão da transmissão ao vivo dos julgamentos), e aderiram à guerra das narrativas, tornando-se comuns manifestações via *Twitter* e em outros meios, como *sites da internet*, sobre o estado de coisas verificado no meio político (CONJUR, 2021).

Do Poder Legislativo, já emerge Proposta de Emenda Constitucional visando conferir ao Congresso Nacional a discricionariedade de sustar decisões do STF (MIGALHAS, 2022).

encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos". A partir do momento em que o próprio Judiciário é quem afirma qual é o caso de exceção e qual não é, inverte-se a lógica e regra vira exceção, atingindo-se o atual estágio da arte.

⁹ A Corte Constitucional, por exemplo, adentrou em temas como a criminalização da homofobia, contrariando a pauta conservadora e, pensamos, adentrando numa seara perigosa da quebra do axioma garantista da reserva de lei no sentido formal e material em matéria penal, tensionando ainda mais a relação com o Legislativo, onde sabe-se existir uma bancada religiosa, especialmente evangélica, numericamente considerável. Matéria do *site* Congresso em Foco, estima 20% do Congresso composto por representantes desse seguimento (VEJA, 2020).

Diante de tais constatações, fica evidente que a *internet* e, notadamente, as redes sociais, tornaram-se fatores de instabilidade e de corrosão dos alicerces democráticos no país, em grande medida por conta de um excesso ou pela tredestinação de um legítimo direito constitucional, a liberdade de expressão, utilizada cada vez mais como estratégia para a disseminação do discurso do ódio e da desinformação.

A CF/88 como sistema, originariamente tentou se fechar contra eventuais excessos regulando por norma originária, a circulação de ideias. Ao seu modo e dentro da realidade possível naquele momento, a CF/88 visou prevenir os males das ideias extremistas e de ódio, como tal perniciosas à sua própria sobrevivência. Como vimos, o constituinte criou mecanismos para hermetizar os modais de ampla difusão de ideias dos influxos externos e centrando no Estado o papel de controlador das outorgas dos canais de transmissão de massa, não deixando assim *inputs* para proselitismos políticos via radiodifusão sonora ou de sons e imagens que pudessem contrariar os predicados estabelecidos na CF/88. Nesse contexto, os *media* tradicionais funcionavam sob o controle do Estado, ainda que indireto, pautados também por determinadas regras, como a submissão de opiniões e conteúdos a prévios filtros editoriais, antes de contarem com ampla difusão, o que naturalmente favorece a divulgação de conteúdos fidedignos. Dito de outro modo, apesar de não ter o controle finalístico dos veículos de comunicação, o Estado sobre eles exercia o controle indireto da outorga.¹⁰

Esse sistema fechado, hoje está debilitado pelo fato de que as empresas que circulam informação na *internet* não dependem dessa outorga estatal. Não seguem linhas editoriais e tampouco atuam sob algum regulamento específico. O sistema se tornou poroso, e isso tem gerado todos os problemas aqui retratados.

¹⁰ Há, como se sabe, o controle indireto do dinheiro. As campanhas políticas na televisão estão sujeitas à compensação fiscal (artigo 99 da Lei nº 9.504/1997). Existe, também, a questão da imunidade constitucional tributária. As empresas de tecnologia, ao contrário, de operação em escala global e com capital aberto, prescindem desses favores legais e das relações com o Estado brasileiro.

Adotando por referencial teórico a teoria dos sistemas de Luhman, analisadas por Guerra Filho e Leonel Rocha, bem como as concepções democráticas de Bobbio, além das análises em torno da liberdade de expressão em Sunstein e Hesse, além das análises sociológicas de Bauman, analisaremos a interação do Estado e as redes tem impactado no sistema democrático, investigando as causas desse fenômeno e como eles podem ser enfrentados.

Visando melhor compreender o atual momento, iremos traçar um panorama a respeito da relevância da liberdade de expressão para um regime democrático, em seguida abordaremos como o seu (mal) uso tem contribuído para o enfraquecimento das bases da democracia. Ao final, traremos uma proposta que possibilite, minimamente, ordenar o caos verificado no atual contexto social distópico.

1 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO: NOTA HISTÓRICA

É preciso, antes de tudo, estabelecer a premissa de que no ordenamento jurídico brasileiro vigente, cujo alicerce é, sem dúvida, o documento político fundamental materializado na Constituição Federal de 1988, há uma diferença topológica e conceitual entre o direito fundamental à manifestação do pensamento assegurado a todo e qualquer cidadão da República (artigo 5º inciso IV) e a liberdade de manifestação *orgânica* do pensamento, inclusive como atividade econômica que visa lucro, via comunicação social, em capítulo específico da Constituição (artigo 220), e mais adiante essa distinção fará sentido para dois diferentes prismas de análise. No entanto, não diferem no que tange à fundamentalidade dessas previsões mesmas, pois estão inseridas no contexto do ideal liberal clássico, de tal modo que não são só aquele rol de direitos e garantias previstos no do art. 5º são fundamentais, eis que direitos outros que compõem o núcleo super rígido ou petrificado, se espriam por todo o texto da Carta Política. Assim, para os fins desta pesquisa, liberdade de manifestação do pensamento e liberdade de imprensa podem ser interpretados como sinonímia ou, quando menos, duas derivações da liberdade de expressão e de opinião (a de informar e de ser informado, e sobre as informações fazendo juízo crítico), que se complementam e se retroalimentam, estando unidas por um elo que se lhes é comum, que é justamente a necessidade de uma postura absenteísta por parte do Estado, no sentido de não interferir na esfera de liberdade dos cidadãos (eficácia vertical dos direitos fundamentais¹¹).

As relações entre o Estado (desde o seu surgimento) e os seus cidadãos foram se modificando e se conformando ao longo do contínuo espaço-tempo, e essas modificações não foram lineares nem tampouco planejadas (e nem poderiam, pois ninguém consegue prever o futuro). Ao contrário, foram grandes catarses ou episódios que foram moldando o nascimento das democracias, a consolidação dos direitos, a ideia de fraternidade. Podemos citar, nesse sentido, as revoluções industrial e social que ocorreram no final do Século XVIII e no decorrer do Século

¹¹ A questão da eficácia vertical está a significar que o Estado deve ter uma postura de não intervenção na esfera privada. São, basicamente, direitos de defesa dos cidadãos contra o Estado, ou seja, exigem ações estatais negativas (ALEXY, 2008, p. 196). Sob essa perspectiva, vedam-se interferências no âmbito de liberdade dos indivíduos (MENDES, 2007 p. 246; SARLET, 2009).

XIX, além das duas grandes Guerras do Século passado, tudo a forjar os Estados democratizados hoje existentes.

Novamente, no limiar desse Século XXI, a humanidade vive dias conturbados, que demonstram como a sociedade cada vez mais globalizada sofre as consequências do que acontece num dado local do planeta. Basta dizer que estamos vivendo os anos da *pandemia* Covid-19, cujo epicentro geográfico é consensualmente aceito pela comunidade mundial como tendo ocorrido na China. A partir de então, todo o planeta Terra sofreu as consequências. Empobrecimento em massa, milhões de mortos, colapso de economias, aumento do desemprego, altas variações cambiais, todas essas experiências estão sendo suportadas pela *aldeia global*. Como se não bastasse, a Rússia decidiu invadir a Ucrânia, afetando toda a geopolítica mundial, interferindo nas mais variadas questões, inclusive no mercado do petróleo, combustível fóssil ainda responsável por movimentar boa parte da sociedade industrial-capitalista.

Talvez esse seja o momento mais grave para o mundo, desde o fim da Segunda Guerra em 1945, porque se não temos uma Guerra Mundial ainda conflagrada, a *pandemia* de fato trouxe diversos impactos negativos que são característicos de países em guerra.

Todo esse caldo histórico que estamos vivendo, possui aptidão para alavancar grandes transformações que, possivelmente, só serão sentidas e melhor compreendidas daqui a algumas décadas, pois, como visto, são esses episódios que confluem para que, no futuro, tenhamos consciência das consequências dos dias em que estamos vivendo.

A questão é: essas mudanças serão para melhor, ou para pior? Se por um lado, como visto, não há possibilidade de exercermos futurologia acerca do que acontecerá daqui em diante, é possível olhar pelo retrovisor da história e (ao menos tentar) melhor compreender como muitas das conquistas civilizatórias se deram e, mais do que isso, encontrar caminhos e meios de (tentar) mantê-las.

O que as revoluções industriais e sociais nos mostraram, bem com as grandes guerras, é que regimes autoritários ou totalitários não buscam políticas igualitárias de asseguramento de direitos, individuais ou sociais¹². Basta dizer que o nazismo tinha a eugenia e o genocídio como método. Mas não era só isso. Um dos célebres métodos do regime hitlerista era a sua máquina de propaganda, comandada pelo Ministro Joseph Goebbels, antissemita radical e fanático devoto do *Führer*, capaz de convencer o povo alemão a ponto de exercer sobre ele um controle absoluto sobre.¹³

De fato, e não por acaso, todos os grandes filósofos e pensadores do Século XX que sucederam o fim da Guerra (Popper, Bobbio, Habermas, Arendt, Dworkin) colocam da defesa da democracia como ponto central de suas obras. Os mais básicos dos direitos são aqueles direitos de liberdade, que impõem ao Estado uma postura de abstenção, de não intervenção nas diversas esferas privadas, as liberdades, notadamente no que aqui interessa ao escopo do presente trabalho, a de exprimir o pensamento.

Eis aí um ponto sensível. No mundo atual, parecemos viver uma espécie de patologia desse direito fundamental, que vem sendo exercido, especialmente no ambiente virtual, de uma forma para a qual ele não foi concebido nem mesmo nos primórdios de seu nascedouro, como adiante se verá. Parece haver uma normopatia (ou normose), que deve ser compreendida como uma espécie de “normalidade doentia”, que difere da “normalidade saudável”, das atividades cotidianas, como acordar, levantar e caminhar diariamente. Assim, explicam Weil, Leloup e Crema (2011, p. 16), que a

[...] característica comum a todas as formas de normoses é seu caráter automático e inconsciente. Podemos falar do espírito de rebanho. A maior

¹² Os direitos individuais estão associados à primeira geração de direitos fundamentais (cf. já explicitado anteriormente sobre as gerações de direitos), e configuram a proteção do cidadão contra o Estado. Assim, enquanto os direitos de abstenção têm o escopo de bloquear interferências indevidas, os prestacionais exigem um atuar positivo do Estado (*op. cit.* p. 247).

¹³ Uma das medidas de Goebbels foi “A Lei Editorial de 4 de outubro de 1933 [que] tornou a autorização do exercício da profissão de jornalista dependente de determinadas condições: entre outras coisas, o jornalista precisava ter “origem ariana” e não podia ser casado com “uma pessoa de extração não ariana”. A autorização era concedida mediante a inscrição num catálogo profissional, pela qual o jornalista passava a ser membro da Federação Nacional da Imprensa Alemã” (LONGERICH, 2014. p. 311).

parte dos seres humanos, talvez por preguiça e comodidade, segue o exemplo da maioria”. Pertencer à minoria é tornar-se vulnerável, expor-se à crítica. Por comodismo, as pessoas seguem ou repetem o que dizem os jornais; já que está impresso, deve estar certo! Quantas pessoas aderem a uma ideologia, religião ou partido político só porque está na moda ou para serem bem vistas pelos demais? Uma maneira disfarçada de manipular as opiniões e mudar os sistemas de valores é anunciar que são adotados pela maioria da população. Nesse sentido, toda normose é uma forma de alienação. Facilita a instalação de regimes totalitários ou sistemas de dominação

no sentido de que as pessoas parecem aceitar, como algo inerente à própria vida em sociedade, a disseminação de ofensa e de ódio, conspurcando a honra e imagem alheias, aí compreendida também a honorabilidade objetivo-institucional daquelas funções de Estado anteriormente mencionadas, arquétipo sobre o qual se erigiu toda uma longa e histórica tradição em torno desses Poderes, na verdade divisões orgânicas que consubstanciam a forma representativa da democracia para, ao fim e ao cabo, assegurar um convívio em paz social. Como advertiu Bobbio, “nada ameaça mais matar a democracia do que o excesso de democracia” (BOBBIO, 2020 p. 48) A questão central então, é encontrar o ponto de equilíbrio entre, de um lado, assegurar que individualmente possa ser exercida a chamada liberdade de opinião, sem que o abuso dessa liberdade mesma possa acarretar a erosão do próprio sistema democrático.

Na busca de uma resposta constitucionalmente adequada, o caminho não nos parece ser a reinvenção da roda, afinal, devemos nos reconhecer como uma país de democracia tardia¹⁴ e, como tal, parafraseando Lenio Streck a propósito da hermenêutica desenvolvida em *terrae brasiliis*, nós não temos fábricas de institutos jurídicos e sim montadoras, ou seja, tradicionalmente o ordenamento jurídico brasileiro recepciona modelos advindos de países desenvolvidos (STRECK, 2011, p. 1630).

Nada obstante, é preciso encontrar uma fórmula legítima para o Estado Democrático de Direito, tendo o direito mesmo como fator limitador de poder, é evidente que é

¹⁴ Nesse ponto, esclarece o autor o tardio ingresso do Brasil no “novo mundo constitucional”, o que o aproxima da Europa antes da segunda metade do Século XX, quando também era estranho o conceito de constituição normativa, já sedimentado nos EUA (STRECK, 2011).

ele, o próprio Texto Magno em seu conjunto de normas-regra e normas-princípio,¹⁵ que deverá ofertar os caminhos, ainda que a “resposta correta” seja algo muitas vezes difícil de desvelar.

Para isso, como dito, é preciso melhor compreender como esses direitos liberais clássicos emergiram no contexto social, para que se possa propor o “para onde ir” com esses direitos.

1.1 A EMERGÊNCIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO CONTEXTO REVOLUCIONÁRIO

Compreender a liberdade de expressão no contexto atual, perpassa necessariamente por rememorar a gênese desse direito, que se confunde com a história do surgimento dos regimes democráticos e constitucionais. Aqui, contudo sem termos a pretensão de abordar todas as nuances e eventos que culminam com essa liberdade pública fundamental presente na quase totalidade das nações democráticas constitucionais, buscaremos pontuar alguns episódios e pensadores que marcaram sua época, cada um de uma maneira, contribuindo para o que se verifica no estado da arte atual.

O Estado, na forma como hoje conhecemos e cuja formatação predomina no mundo civilizado, foi concebido dentro da lógica da divisão orgânica de poderes a serem exercidos em suas formas clássicas, executiva, legislativa e judiciária, assim concebida desde a Grécia antiga e melhor esmiuçada séculos depois por Charles-Louis de Secondant, o Barão de La Brède e de Montesquieu, quando, em 1748 publicou a obra *Do Espírito Das Leis*.¹⁶ Mas isso não significa que sejam essas funções, elas próprias, a manifestação do poder, ao menos não dentro da lógica democrática, cuja própria etimologia remonta ao grego “*demokratia*”, ou governo de todos (MICHAELIS, 2022).

¹⁵ Sobre a distinção entre normas-regra e normas-princípio, v. por todos (ÁVILA, 2007). A obra, basicamente, propõe uma série de critérios de diferenciação entre regra e princípio e propõe, ainda, um terceiro gênero de metanorma, o postulado.

¹⁶ Título no original: *De l'Esprit des lois, ou du rapport que les lois doivent avoir avec la constitution de chaque gouvernement, les mœurs, le climat, la religion, le commerce, etc.* (MONTESQUIEU, 1997).

O poder se situa, a bem da verdade, no plano da ordem social, que deve ser compreendida como o arranjo existente para que as relações humanas sejam minimamente harmônicas, com a preservação de *standards*, como a vida, o patrimônio, a liberdade etc. Essa lógica, aqui tomada sob a ótica contratualista, não é inata a cada indivíduo e nem está difusamente inserida no âmbito da vida comunitária. Ao contrário, ela depende de regulação, como já identificara Rousseau ainda em 1762, quando afirmou que “A ordem social é um direito sagrado que serve de base a todos os outros. No entanto, esse direito não vem da natureza, ele está fundado sobre convenções” (ROUSSEAU, 2007, p. 117).

Essas ideias, que emergiram no contexto do Iluminismo, movimento político-filosófico que se opôs aos séculos de escuridão, em que prevaleceu a forma despótica de governos autocráticos e teocráticos, em que a figura do rei se confundia com a própria encarnação do divino sobre a terra, contribuíram para a emergência de um fato histórico, que influenciaria todo o mundo ocidental, que foi a Revolução Francesa, em 1789.

A partir de então, houve a consolidação do *liberalismo político*, a significar que a predominância da ideia de que o Estado não deveria intervir nas *liberdades públicas*, isto é, nos direitos fundamentalmente estabelecidos aos seus cidadãos de uma maneira geral e de direitos de proteção em face do Estado mesmo, numa concepção hoje decantada de eficácia vertical dos direitos fundamentais. Dentro desse contexto, sabe-se que no ambiente das revoluções industriais e das desigualdades geradas pelo sistema capitalista, o Estado foi se transformando, emergindo a necessidade de um estado prestador, o que veio de ocorrer com as Constituições Mexicana de 1917 e a da República de Weimar de 1919. Posteriormente, ainda, emergiram os chamados direitos de solidariedade, como o direito ao meio ambiente, difuso por excelência. Essas “ondas” de direitos foram nominadas por Karel Vasak, no ano de 1979 em apresentação no Instituto Internacional de Direitos do Homem, em Estrasburgo, como gerações de direitos fundamentais. Embora sujeita a críticas, por remeter a ideia de substituição de uns pelos outros e não de agregação, como efetivamente ocorreu, pensamos que essa denominação tem o mérito de situar cada

um desses “blocos” de direitos fundamentais em um determinado contexto histórico-político-social-econômico (SAMPAIO, 2010).

Dentro da concepção dessa clássica forma de pensar o Estado, existem alguns valores fundantes, pois mais do que a liberdade de ir, vir e ficar, tornaram-se imprescindíveis outras *formas de liberdade*, como o exercício do sufrágio (universal), a liberdade de manifestação do pensamento e a liberdade de imprensa, tanto sob a ótica dos órgãos de comunicação social de exercerem livremente essa atividade quanto o direito público subjetivo de ser informado.

Essa necessidade de haver respeito às liberdades, também foi sensivelmente influenciada pelas duas grandes guerras experimentadas no século passado, especialmente a Segunda, pois a partir daí se fortaleceu o sistema de proteção de direitos humanos, podendo ser citada, por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que em seus artigos 18 e 19 elenca os direitos de pensamento, de opinião e de expressão.¹⁷

Sob o ponto de vista do ordenamento brasileiro, não há dúvida acerca da constitucionalização desses direitos básicos, no plano interno e externo, havendo previsão tanto no bojo da Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988 (artigo 5º inciso IV e artigo 220), como também em importantes Tratados internacionais, como o Pacto de San José da Costa Rica, sobre direitos civis e políticos (artigo 13), tratado esse que integra o chamado “bloco de constitucionalidade”, por força do § 2º do art. 5º da CF/88 (PIOVESAN e MOURA, 2009)

A grande questão é que o mundo, desde a Revolução Francesa e ao longo do século XIX, XX e dessas pouco mais de duas décadas de século XXI, passou por transformações que impactaram profundamente a forma de interação entre Estado e

¹⁷ Artigo 18

Todo ser humano tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; esse direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença pelo ensino, pela prática, pelo culto em público ou em particular.

Artigo 19

Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; esse 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.

cidadão, entre governantes e governados. Se a democracia pressupõe o governo de todos, é evidente que existem influências recíprocas entre a forma como o Estado é conduzido por aqueles que são legitimamente eleitos, especialmente no contexto de democracia representativa existente no Brasil, e aqueles para cujos destinos da nação são conduzidos.

Com efeito, prevaleceram na Europa até o final do Século XVIII, as monarquias absolutistas, regimes nos quais, basicamente, o governante ocupava essa posição porque era o seu direito inato. A modelagem de Estado confessional então prevalecente (teocracia), confundia e concentrava na figura do monarca, a divindade que a todos governava.

É do Século XVII a célebre frase, já decantada, dita por Luis XIV, “O Estado sou eu” (*L'état c'est moi*), que bem sintetiza a prevalência, no período, da concentração de poder nas mãos do soberano (BURKE, 2018, p. 25). Não havia direito de propriedade e a sociedade, que girava basicamente em torno da economia agrícola, laborava nas terras do rei e sob suas regras se organizava. O pensamento da época pode ser sintetizado em Thomas Hobbes, que teve em *O Leviatã* (1651) a sua obra de referência, na qual discorre sobre o poder soberano, afirmava que “não há pacto com Deus a não ser através da mediação de alguém que represente a pessoa de Deus, e ninguém o faz a não ser o lugar-tenente de Deus, o detentor da soberania abaixo de Deus” (HOBBS, 2019, p. 109). Daí se evidencia de forma muito clara, que não havia nenhum direito assegurado aos governados, e nada que não partisse do próprio governante, não se legitimaria. Talvez essa visão de Hobbes se devesse ao fato de que ele próprio, convivia e era próximo dos governantes da época, tendo sido criado nos altos círculos da política da época.

Mesmo no contexto histórico do Século XVII, é possível fazer referência a um marco da liberdade do discurso por assim dizer, pois em 1644, dois séculos após a invenção da imprensa pelo alemão Johan Gutenberg, ocorrida em 1440 (ASH, 2016, p. 23), John Milton publicou sua célebre obra *Aeropagítica*, que se tornou referência mundial no tema liberdade de expressão e de imprensa. O autor chegou a afirmar que “quem mata um homem, mata uma criatura racional, imagem de Deus; mas

quem destrói um bom livro, mata a razão em si mesma, mata a imagem de Deus” (MILTON, 2021 p. 8).

Todavia, foi a partir do Século seguinte que as concepções foram se alterando com maior veemência, com o surgimento de novas ideias racionais de mundo, que passaram a suplantam o espaço da visão teocrata até então prevalecente. Foi em Jean-Jaques Rousseau (2007) que a democracia surgiu como uma ideia viável. Publicado em 1762, *O Contrato Social* defendia buscava combater o abuso de poder, introduzindo o conceito de tirania. “Tirano é quem se intromete, contra as leis, a governar segundo as leis; déspota é quem se coloca acima das próprias leis” dizia ele (ROUSSEAU, 2007 p. 82). Talvez não por acaso, por contrariar o *establishment* da época, Rousseau sofreu perseguição, chegando a ter contra si expedido mandado de prisão, além de ter sua obra *Emilio* censurada com ordem de queima, que partira, àquela altura, do arcebispo de Paris, a realçar que, naquele momento histórico, a liberdade de expressão não era gozada da aceitação daqueles que estavam no exercício do poder, inconcebível a disseminação de ideias contrárias ao *ancien régime*.

Como se sabe, contudo, houve um evento que transformaria os alicerces do Estado, praticamente remodelando a configuração do exercício do poder, ao menos nos países continentais, que foi precisamente a Revolução Francesa, que viria a ocorrer anos mais tarde, em 1789 e que marcou o fim de despotismo no histórico dia 14 de julho daquele ano, com a queda da Bastilha, uma prisão que simbolizava o poder da autoridade do rei. Esse movimento revolucionário que viria a se espalhar para todo o território francês, não foi um caso isolado daquele país, “[...], mas foi muito mais fundamental do que os outros fenômenos contemporâneos e suas consequências foram, portanto, mais profundas” (HOBBSBAWM, 2015 p. 125). Da Revolução, resultou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a prever os direitos de liberdade, dentre os quais o de que “ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei” (artigo 10) e de 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 dessa liberdade nos termos previstos na lei” (artigo 11). É interessante notar que já

aí se via a possibilidade de limitação e de coibição de abusos, ponto a ser retomado mais adiante neste trabalho.

Mas não só a Revolução Francesa contribuiu para o surgimento dessa liberdade tal como hoje a conhecemos. Dois anos antes da eclosão desse movimento revolucionário, no outro continente até então essencialmente colonial e recém egresso do movimento separatista da Inglaterra metrópole, mais precisamente no que hoje conhecemos como Estados Unidos da América e maior democracia do mundo, havia sido escrita, em 1787, a Constituição dos Estados Unidos, até hoje o documento político fundamental mais longo dentre as democracias (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1791).

Já em 1791, portanto dois anos após a *Declaração* da Assembleia Nacional francesa, a Constituição dos Estados Unidos passou pela reforma conhecida por *Bill of Rights* (basicamente um conjunto de dez emendas), na qual a *primeira emenda* consagrou a chamada liberdade de expressão e de imprensa, ao prever que “Congresso não fará nenhuma lei [...] cerceando a liberdade de expressão ou de imprensa” (Congress shall make no law [...] abridging the freedom of speech, or of the press).

Adentrando no Século XIX, foi publicada em 1859 uma obra contendo uma forte defesa das liberdades de opinião e de manifestação do pensamento. Foi John Stuart Mill que, com sua obra *On Liberty*, veio a tecer uma veemente defesa da liberdade de expressão, ainda sob os influxos do contexto revolucionário. É no capítulo II de sua obra que ele debate com mais minúcia a questão da liberdade de opinião, num discurso que se percebe a nítida tensão ainda existente entre Estado e religião, principalmente da Igreja Católica, sendo bastante perceptível o seu esforço em criar uma base racional de defesa das opiniões colidentes, sempre existentes no meio social, político e filosófico, buscando isolar a moral do discurso racional. Em verdade, a liberdade de expressar o pensamento, em Mill, é abordada dentro de uma contextura de questionamento dessa moral universal imposta pela religião, com suas verdades absolutas que tendem a aniquilar o pensamento crítico, daí talvez a grande importância dessa monografia, importante tributo à evolução da circulação das ideias. Mill então contesta, de forma contundente, o conceito de que um

pensamento “unânime” (na verdade imposto) possa se dar em prol da evolução da sociedade, propondo quatro fundamentos para sustentar a liberdade de expressão (2011, p. 79):

Em primeiro lugar, ainda que uma opinião seja votada ao silêncio, essa opinião pode, tanto quanto sabemos, ser verdadeira. Negar isto é pressupor a nossa própria infalibilidade. Em segundo lugar, embora a opinião silenciada esteja errada, pode conter uma porção de verdade, o que frequentemente acontece; e dado que a opinião geral ou prevalecente sobre qualquer assunto raramente ou nunca constitui a verdade por inteiro, é apenas através do conflito de opiniões opostas que o resto da verdade tem alguma hipótese de vir ao de cima. Em terceiro lugar, mesmo que a opinião dominante não seja apenas verdadeira, mas constitua também a verdade por inteiro; a não ser que se deixe que seja vigorosa e honestamente contestada, e a não ser que isso de fato aconteça, será mantida como um preconceito pela maior parte dos que a aceitam, havendo pouca compreensão ou sentimento em relação aos seus fundamentos racionais. E não apenas isto, mas, em quarto lugar, o próprio significado da doutrina estará em perigo de ser perdido, ou enfraquecido, e privado do seu efeito vital sobre o caráter e a conduta; tornando-se o dogma uma mera crença formal, ineficaz para o bem, mas que estorva os fundamentos, e impede o aparecimento de qualquer convicção real e sentida, a partir da razão ou da experiência pessoal.

De fato, é possível identificar na sua linha de pensamento, o prestígio a uma visão plural de mundo, algo já ansiado pelos movimentos revolucionários que se deram no final do Século XVIII (Mill nasceu em Londres, no ano de 1806, pouco mais de 17 anos após a Revolução Francesa), defendendo o autor que “*só através da diversidade de opinião existe a hipótese de haver uma disputa justa entre todas as partes da verdade*” (MILL, 1973, p. 74).

Na primeira metade do Século XX, com o desenvolvimento da sociedade capitalista impulsionado pela revolução industrial, como sabemos, foram vividos talvez os anos mais sombrios da humanidade até aqui, com a conflagração das duas grandes guerras.

O pêndulo da história, no alvorecer daquele século, oscilou na direção do retrocesso, da erosão das conquistas liberais advindas das *revoluções* sociais ocorridas, e aqui já mencionadas. Segundo Hobsbawm, no período por ele chamado de *Era da Catástrofe*, a humanidade voltou a mergulhar nas trevas, pois houve um verdadeiro colapso dos valores constitucionais liberais conquistados no século antecedente, que solapou a desconfiança das ditaduras e dos governos absolutos

como antítese aos governos constitucionais ou por assembleias constituídas por representantes e, mais especificamente de um “*conjunto aceito de direitos e liberdades dos cidadãos, incluindo a liberdade de expressão, publicação e reunião*” (HOBBSAWM, 1995, p. 186). Bem examinado esse período histórico, foi a queda da crença dos valores democráticos que talvez tenha precipitado as duas Guerras Mundiais que, sob essa perspectiva, foram fruto do mesmo germe, o autoritarismo. Como bem ilustra o referido historiador (1995, p. 190):

Em resumo, o liberalismo fez uma retirada durante toda a Era da Catástrofe, movimento que se acelerou acentuadamente depois que Adolf Hitler se tornou chanceler da Alemanha em 1933. Tomando-se o mundo como um todo, havia talvez 35 ou mais governos constitucionais e eleitos em 1920 (dependendo de onde situamos algumas repúblicas latino-americanas). Até 1938, havia talvez dezessete desses Estados, em 1944 talvez doze, de um total global de 65. A tendência mundial parecia clara

Essa separação entre *primeira* e *segunda* guerra, portanto, se dá predominantemente porque houve um intervalo temporal entre ambas, com um ato formal de cessação de hostilidade e adoção de um acordo de paz (Tratado de Versalhes¹⁸), mas há, inegavelmente, a questão da derrocada da democracia como fio condutor que as une. Nesse ponto, com poucas exceções, nenhum historiador duvida que Alemanha, Japão e (com maior hesitação) Itália, foram os responsáveis pelas agressões que precipitaram o confronto. Já com relação à Segunda Guerra, essa tem sua origem em duas palavras: Adolf Hitler” (HOBBSAWM, 1995). Evidentemente, essa referência é um recurso retórico para identificar, num ente de carne e osso, a concentração de todo esse pensamento de líder absoluto de uma nação, comum ao absolutismo pré-iluminista.

É fato, contudo, que foi esse segundo conflito de escala mundial, não somente devido à sua maior magnitude e número de países envolvidos, mas sobretudo pelo elevado número de civis que foram vítimas do holocausto, nos campos de concentração, que com o seu término, em meados dos anos 40, veio a trazer o eixo do mundo para novos tempos democráticos, embora, evidentemente, de forma

¹⁸Conforme explica Hobsbawm (1995), tecnicamente esse Tratado era específico para armistício com a Alemanha. Outros parques e castelos reais nos arredores de Paris sediaram outros tratados. Saint-Germain com a Áustria; Trianon com a Hungria; Sèvres com a Turquia; Neuilly com a Bulgária.

gradual e, ainda hoje, não inteiramente consolidado Irã¹⁹ e Coreia do Norte são dois grandes exemplos de países ainda não democratizados). Com o fim do conflito, o mundo foi clivado em dois grandes blocos, o do comunismo e o do capitalismo.

Concluída em 1945, com o marcante evento do ataque nuclear em Hiroshima-Nagasaki, os episódios que sucederam ao término daquele conflito serviram para moldar e influenciar boa parte dos países continentais a partir de então, podendo ser citado como um marco histórico a ser aqui referido a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. Essa Declaração, a exemplo da sua antecedente histórica advinda da Revolução Francesa, traz em seu bojo a garantia de que “[t]odo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; esse 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”. É importante ressaltar, que juridicamente cuida-se de uma resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas, com caráter de recomendação, mas que não se lhe retira o entendimento majoritário de que “os dispositivos consagrados na Declaração são juridicamente vinculantes, visto que os preceitos contidos em seu texto já foram positivados em tratados posteriores e no Direito interno de muitos Estados” (PORTELA, 2009. p. 655). Assim, conquanto sem natureza de Tratado Internacional, esse direito humano veio a ser internalizado nos ordenamentos internos da maior parte dos países democráticos (mesmo os que, desde então, atravessaram por períodos ditatoriais, como o Brasil), a começar pela própria Lei Fundamental de Bonn (1949), a *Grundgesetz* alemã,²⁰ que em seu artigo 5 prevê que “[...] toda pessoa tem o direito de expressar e divulgar livremente sua opinião em palavras, escritos e imagens e obter informações de fontes geralmente acessíveis sem impedimentos. A liberdade de imprensa e a liberdade de reportagem através do rádio e do cinema são garantidas. A censura não ocorre”. (ALEMANHA, 1949). Igualmente assim, a Constituição Portuguesa de 1976 (PORTUGAL, 2015)

¹⁹ Atualmente, um dos “mais notórios patrocinadores mundiais de células de terror, fornecendo armas, dinheiro e suprimentos a grupos como Hezbollah, Hamas, Jihad Islâmica da Palestina, Brigadas dos Mártires de al-Aqsa e diversos outros militantes no Iraque” (SCHMIDT; COHEN, 2013, p. 217).

²⁰ Inicialmente concebida para ser um documento político transitório, se perenizou e permanece em vigência até os dias atuais.

(artigo 37º) e a Constituição Espanhola de 1978 (ESPANHA, 1978) (artigo 20, 1 “a”), apenas para ficar com dois exemplos.

Essa lógica de erigir a liberdade de expressão a um direito humano fundamental no plano interno, também se espalhou para os sistemas internacionais de proteção. Assim, no sistema interamericano, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), internalizado no Brasil pelo Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992 prevê, em seu artigo que toda “[...] pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão” (artigo 13, 1). De modo similar, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, adotada em Roma em 1950, prevê que “[...] Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão”.

Também cabe referir, por sua importância histórica e influência no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive com recorrentes remissões no repertório de jurisprudência da corte constitucional brasileira, da Declaração de Chapultepec de 11 de março de 1994, a prever que “Não há pessoas sem sociedades livres, sem liberdade de expressão e de imprensa. O exercício desta não é uma concessão das autoridades; é um direito inalienável do povo”.

No plano normativo brasileiro, historicamente, desde a primeira Constituição, a liberdade de expressão foi incorporada expressamente nos textos que já vigoraram. De fato, desde a emancipação do Brasil da Coroa Portuguesa, ocorrida em 1822, as Cartas Políticas vêm mantendo a constante de ao menos prever um dispositivo específico de salvaguarda à liberdade de expressão e de manifestação do pensamento. A primeira Constituição, Imperial (1824), advinha diretamente dos ideais liberais burgueses da Revolução Francesa de 1824 e no artigo 179, IV²¹, trazia a liberdade de pensamento e de publicação do pensamento. Igualmente, a Constituição de 1891, já sob o regime republicano, marcadamente influenciada pelo constitucionalismo norte-americano e que teve por idealizador Rui Barbosa, previa

²¹ Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

[...]

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

no art. 72 §12²² previa que “[...] em qualquer assumpto é livre a manifestação do pensamento pela imprensa ou pela tribuna, sem dependência de censura”. Em 1934, oriunda do tenentismo, a Constituição também previa que “Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento, sem dependência de censura” (artigo 113, 9²³). Em 1937, a Constituição brasileira bebeu na fonte do autoritarismo, principalmente na sua congênere polonesa, que lhe rendeu o apelido de “A Polaca”, bem como no ideário nazi-fascista de Hitler e Mussolini, mas, mesmo assim, previa a liberdade de manifestação do pensamento, por escrito ou oralmente (artigo 122, 15²⁴). Já sob os auspícios do Estado-Novo, a Constituição de 1946 trazia previsão semelhante à sua predecessora (artigo 141, § 5²⁵). As Constituições de 1967 e 1969 (“simulacro de constituição”), embora editadas fora do ambiente democrático e efetivamente vigentes num período ditatorial, previam, ao menos na literalidade formal, a liberdade de manifestação do pensamento²⁶, respectivamente em seus

²² Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926).

[...]

§ 12. Em qualquer assumpto é livre a manifestação do pensamento pela imprensa ou pela tribuna, sem dependencia de censura, respondendo cada um pelos abusos que commetter, nos casos e pela fórma que a lei determinar. Não é permittido o anonymato.

²³ Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

9) Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento, sem dependência de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos independe de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda, de guerra ou de processos violentos, para subverter a ordem política ou social.

²⁴ Art 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

15) todo cidadão tem o direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, ou por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescritos em lei.

²⁵ Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 5º - É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe.

²⁶ Sabe-se que o período que vai de 1967 até o movimento das diretas, efetivamente, foi de perseguição e desaparecimentos forçados àqueles que eventualmente propagassem o discurso que fosse de encontro ao regime militar.

artigos 150 § 8º²⁷ e artigo 153 § 8º²⁸. Neste ponto, é relevante notar ainda que a Constituição de 1967 foi assinada em 24 de janeiro de 1967 e, dezesseis dias depois foi aprovada a Lei nº 5.250 de 9 de fevereiro de 1967, que tem por objeto a regulação da “liberdade de manifestação do pensamento e de informação” ou simplesmente Lei de Imprensa. Essa lei teve vigência e foi plenamente aplicada no país até 30 de abril de 2009, quando o Supremo Tribunal Federal julgou a Arguição de Descumprimento Fundamental nº 130, que, em suma, a considerou não recepcionada em bloco pela Constituição Federal de 1988, julgamento esse que será objeto de maior análise mais adiante, dada a relevância do que ali se contém para melhor compreendermos o atual contexto vivenciado. Por fim, a Constituição de 1988 veio a encerrar o período militar, sendo a segunda Constituição mais longa do período republicano, perdendo apenas para a de 1891 (MENDES; BRANCO; COELHO, 2007, *passim*). Nela, está prevista a livre manifestação do pensamento como direito fundamental (artigo 5º inciso IV²⁹) além de um capítulo específico para a comunicação social, prevendo que “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição” (artigo 220).

²⁷ Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 8º - É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação sem sujeição à censura, salvo quanto a espetáculos de diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos independe de licença da autoridade. Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe.

²⁸ Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 8º É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação independentemente de censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos não depende de licença da autoridade. 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.

²⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes

[...]

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

Apesar da proximidade do bicentenário da independência brasileira, a se completar nesse 7 de setembro de 2022, e de que no percurso do constitucionalismo vigente até aqui essa liberdade fundamental constou expressamente de todos os textos que existiram, sabemos que enquanto não promulgada a Carta de 1988, chamada de “Constituição Cidadã”³⁰, expressão atribuída por Cittadino (2020, p. 28), tivemos apenas constituições “pedaço de papel”, no sentido atribuído por Lassale (2017, p. 22),³¹ ou seja, textos meramente enunciativos que não resistiram aos “fatores reais de poder”.

No entanto, sendo o Brasil um país de democracia tardia, e ainda jovem, pois conta com pouco mais de trinta anos da vigente Carta Republicana, que pode ser considerada uma espécie de certidão de nascimento do Estado de Direito brasileiro. De fato, como visto, desde o final do Século XVIII, os Estados Unidos da América possuem uma Constituição vigente e é lá que a liberdade de expressão encontrou um forte reforço normativo através da Primeira Emenda (de um conjunto de dez, introduzido pelo chamado *Bill of Rights*). Como explica Bolzan de Moraes (2010, não paginado), acerca desse demorado ingresso do país em territórios democráticos.

No Brasil, o ambiente de reconstitucionalização que o processo de redemocratização instalou nos anos 1980, e que, com a eleição da Assembleia Constituinte – embora não exclusiva – e como os trabalhos constituintes que deram origem à Constituição de 1988 instaurou, foi-se capaz de promover a travessia de duas décadas de autoritarismo para um regime democrático e, mais do que isso, a vivência do mais longo período de estabilidade institucional da história republicana, com a inscrição de um novo constitucionalismo alicerçado em um amplo catálogo de direitos fundamentais, com uma base principiológica própria das democracias constitucionais contemporâneas

³⁰ Apesar do uso corrente, cabe referir que no discurso do então Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, de fato há forte viés de atribuir à CF/88, que então estava sendo promulgada, um sentido de busca pela cidadania, pela igualdade entre os cidadãos e de necessidade de respeito aos seus preceitos. A expressão literal “Constituição Cidadã”, cuja cunhagem é comumente a ele atribuída, contudo, não consta do pronunciamento (<https://www.camara.leg.br/radio/programas/277285-integra-do-discurso-presidente-da-assembleia-nacional-constituente-dr-ulysses-guimaraes-10-23/>).

³¹ Lassale foi um jurista e político polonês. Baseado numa conferência ministrada em Berlim, publicou aquela que viria a ser sua obra mais conhecida *Über die Verfassung*, ou O que é uma Constituição? Nela, ele discorre sobre os fatores reais de poder e se refere à Constituição como um “pedaço de papel” (*ein stuhl papier*) afirmando que ela é resultado dos poderes invisíveis existentes em toda a sociedade, como o poder econômico por exemplo.. Dois dos maiores teóricos do Estado Constitucional moderno, Konrad Hesse e Peter Häberle (o segundo discípulo do primeiro), ambos alemães, revisitaram Lassale para criar a ideia de força normativa da constituição, suprimindo a ideia do “pedaço de papel”. Para uma abordagem das ideias centrais de ambos os autores, num contraponto à Lassale, ver COELHO (2005).

Vale ressaltar, que também outros países desenvolvidos, com tradição Constitucional e democrática, como a própria Alemanha do pós-guerra, têm nesse direito fundamental uma pedra de toque para o próprio regime, porque ele é condição de possibilidade para a própria existência de uma democracia.

Mas com e contra a liberdade de expressão, é assim que vivem os países democráticos. Como lidar com ela e como impedir que a extrapolação corroa o próprio tecido do Estado de Direito, é assim que têm vivido os países constitucionais ao longo desses séculos, como procuraremos demonstrar adiante.

1.2 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SUA CONFORMAÇÃO PRÁTICA

Concluído esse apanhado histórico, que possibilitou revisitar as bases do direito fundamental à manifestação do pensamento, até que se chegasse às fórmulas constitucionais adotadas pela maioria das democracias, que foram se consolidando ao longo de séculos na história da humanidade, fruto muita vez, de conflitos sociais, a tão só previsão dessa liberdade pública não significa, como nunca significou, que não haja um devir em fluxo contínuo, com oscilações tal como oscilam as marés, ora prestigiando a liberdade de expressão ora a glosando.

Evidente que a tão só previsão de um direito fundamental, não significa que em torno dele não se encontrarão controvérsias no fluxo contínuo da vida em sociedade. Basicamente, como vimos, a liberdade de expressão surge num contexto de liberalismo político, da não intervenção indevida do Estado na circulação das ideias e manifestação de opiniões.

Contudo, evidentemente, o exercício ilimitado desse direito fundamental sem nenhum grau de intervenção do Estado apenas contribuiria para uma anarquia, algo antitético com a própria ideia de vida em sociedade. Na lição de Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2022, p. 579) como há uma necessidade de harmonização entre as liberdades públicas, é ínsita à própria realidade jurídica da Constituição, que estabeleceu essa divisão orgânica de poder, tolerar que essas liberdades mesmas, para que não padeçam de um ilimitado exercício que somente traria desordem,

sejam passíveis de contenções reciprocamente consideradas no âmbito das complexas relações sociais e entre o cidadão e o Estado.

[...] nem toda a disciplina normativa dos direitos fundamentais pode ser caracterizada como constituindo uma limitação. Muitas vezes as normas legais se limitam a detalhar tais direitos a fim de possibilitar o seu exercício, situações que correspondem aos termos configurar, conformar, completar, regular, densificar ou concretizar, habitualmente utilizados para caracterizar este fenômeno [...] Além disso, há que distinguir as normas que limitam bens jurídicos protegidos *prima facie* das que fundamentam a competência estatal para realizar essas limitações. Com efeito, enquanto as primeiras, as limitações propriamente ditas, consistem em mandados ou proibições dirigidos aos cidadãos (titulares de direitos fundamentais), as últimas – chamadas de reservas legais – não configuram limitações na acepção mais rigorosa do termo, e sim autorizações constitucionais que fundamentam a possibilidade de o legislador restringir direitos fundamentais.

Assim, é possível conceber que uma norma constitucional seja passível de conformação pelo órgão constitucionalmente previsto para editar normas, no sentido da generalidade e abstração, que irão criar direitos e obrigações, para todos aqueles indivíduos que convivem dentro daquele espaço geográfico no qual é exercida a soberania pelo Estado. Esse o conceito básico de lei, que é regular a vida em sociedade. No entanto, nos precisos termos da doutrina de Alexy (2008, p. 281) como a Constituição está situada no vértice da pirâmide da ordem jurídica, naturalmente, somente as restrições que com ela sejam compatíveis, poderão ser consideradas, evidentemente, constitucionais.

[...] restrições a direitos fundamentais são normas que restringem uma posição *prima facie* de direito fundamental. Essa resposta tem, contudo, um caráter circular, na medida em que utiliza o conceito de restrição para definir o conceito de restrição a direito fundamental [...] uma norma somente pode ser uma restrição a um direito fundamental se ela for compatível com a Constituição. Se ela for inconstitucional, ela pode ter a natureza de uma intervenção, mas não a de uma restrição.

O tão só fato de se reconhecer esse viés de fundamentalidade, o que implica dizer que por um lado o Estado deve respeitar a liberdade de expressão como uma premissa fundamental para a sua própria existência, sob o primado do direito, por outro lado impõe a necessidade de que ele regule para assegurar que ela mesmo exista, afinal, os fatores reais de poder (no sentido de Lassale, já aludido) podem, num dado contexto social serem fortes ao ponto de impor um discurso de viés ideológico, aniquilando essa liberdade mesma. É por isso que a ideia de

conformação, se revela legítima para Constituição, como vimos, por se opor à ideia de intervenção, como tal, ilegítima (PIEROTH; SCHLINK, 2018, não paginado).

São necessárias tais conformações e concretizações nos chamados âmbitos de proteção marcados pelo direito ou pelas normas. Nesses âmbitos, o particular está em condições de fazer uso dos direitos fundamentais, não já pela sua natureza nem pela sua natureza social, mas apenas pela ordem jurídica.

Essa liberdade de conformação, portanto, está ancorada na própria ideia do constitucionalismo. Daí porque, a experiência dessa liberdade fundamental emergente do contexto revolucionário-liberal oitocentista, como analisado anteriormente, ao longo dos anos foi sendo experimentada dentro do cotidiano constitucional de cada país adotante do modelo de Estado Democrático de Direito.

Nessa ordem de ideias, é possível notar que essa restrição, já vem sendo possibilitada desde a gênese do direito aqui tratado. No ponto, é preciso retomar a Declaração Universal dos Direitos Humanos e do Cidadão, adotada naquele específico momento da Revolução Francesa. Já ali foi expressamente ressalvado que os “abusos” decorrentes da liberdade de expressão e de opinião, seriam repelidos e não tolerados pela Declaração mesma³². Esse tipo de ressalva, evidentemente abre margem de incidência para as normas que tutelam, por exemplo, os direitos da personalidade. É interessante notar, também, que na Constituição Espanhola, ao tratar da liberdade de pensamento, de opinião e de informação, exige-se que as informações circuladas sejam verdadeiras (*información veraz*), o que abre margem para a criação de regras legais que repilam informações falsas:

1. Se reconocen y protegen los derechos:
 - a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.
 - b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.
 - c) A la libertad de cátedra.
 - d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades

³² A Declaração de 1789 ainda é aplicada na França e consta expressamente do Preâmbulo da Constituição Francesa vigente (FRANÇA, 1978).

A Constituição Brasileira, por sua vez, prevê mecanismos de moderação da liberdade de expressão, como o direito de reposta, a reparação do dano à honra e à imagem e a vedação do anonimato (artigo 5º, inciso IV, parte final e inciso V). O artigo 220, por sua vez, no § 1º dispõe que “[n]enhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”, ou seja, deve-se observar as liberdades individuais, como o direito à honra e à imagem e a inviolabilidade da vida privada (artigo 5º inciso X), a liberdade do exercício profissional “na forma da lei” (artigo 5º inciso XIII) e o sigilo da fonte (artigo 5º inciso XIV).

Igualmente, quando tratou dos veículos de comunicação social, a Constituição cuidou de vedar o monopólio e o oligopólio, a necessidade de pertencimento majoritário das ações dessas empresas a brasileiros natos ou naturalizados, a privatividade da responsabilidade editorial a brasileiros natos ou naturalizados, e a necessidade de autorização do Poder Executivo para o funcionamento dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens, num verdadeiro bloco de regulação originariamente constitucional, com cláusulas de abertura conformacionais, como adiante se verá.

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

[...]

§ 5º Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.

Art. 222. A propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 36, de 2002)

[...]

§ 1º Em qualquer caso, pelo menos setenta por cento do capital total e do capital votante das empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens deverá pertencer, direta ou indiretamente, a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, que exercerão obrigatoriamente a gestão das atividades e estabelecerão o conteúdo da programação. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 36, de 2002)

§ 2º A responsabilidade editorial e as atividades de seleção e direção da programação veiculada são privativas de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, em qualquer meio de comunicação social.

Art. 223. Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal.

Embora estabelecida a questão da conformação, como viabilizada pelo próprio texto constitucional, é sabido que os textos, como enunciados linguísticos que são, dependem da relação que se estabelece entre o texto e o seu intérprete. Afinal, como aponta Streck (2020, p. 357), para Friedrich Müller, o “pai do pós-positivismo”, “[...] a norma é sempre o sentido atribuído ao texto (jurídico)”. Mais do que isso, desenvolve uma ampla teoria para superar o positivismo que equipara(va) texto e norma, mostrando que o texto não subsiste sem a atribuição de sentido que se faz apenas na concretude. A prescrição juspositiva seria mero abalizador na estruturação da norma. A lei (texto normativo) em si não contém as normas jurídicas, que são frutos de um complexo processo de concretização. Assim, é inerente à obtenção da norma contida no texto, a atividade de interpretar. E essa interpretação, é uma atividade voltada para o cotidiano da vida em sociedade e, notadamente, a “[...] interpretação constitucional é uma atividade essencialmente prática e as questões com que se defronta são muitas vezes as mais importantes, complexas e controvertidas na vida de uma Nação” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 392).

Ocorre, contudo, que a própria Constituição é dotada de vagezas e ambiguidades. Como ensina Hart (2009, p. 165), encontrar a linha demarcatória entre o que é uma restrição, portanto constitucionalmente adequada, daquilo que é uma intervenção e, com essa moldura, não tolerado pelo texto da constitucional, pode não ser, na prática, preciso (no sentido da precisão).

Assim, a discricionariedade que uma linguagem lhe confere desse modo pode ser muito ampla, de tal forma que, se a pessoa aplicar a norma, a conclusão, embora possa não ser arbitrária ou irracional, será de fato resultado de uma escolha [...] no caso das normas jurídicas, os critérios de pertinência e a proximidade por semelhança dependem de muitos fatores complexos, integrados no sistema jurídico, e dos objetivos ou dos propósitos que podem ser atribuídos à norma.

Muito embora essa atividade de interpretar a Constituição não seja tarefa exclusiva dos operadores do direito, não se pode ignorar que dentro de uma ordem jurídica que pretenda dotar a constituição de força normativa, essa tarefa é cometida a um “intérprete maior”. Nesse sentido, em comum com as nações desenvolvidas, o Brasil adotou o modelo de Corte Constitucional, de formatação alternável de um país para

outro. Ao analisar boa parte dos tribunais constitucionais, Leite Sampaio (2002, p. 104), com o aporte doutrinário de Montoro Puerto salienta que:

O modelo configurado por Kelsen, o que inicialmente servirá de base, com as matizações e retificações que iremos deduzindo, quando através das concepções de CALAMANDREI e NAWIASKY, Itália e Alemanha, respectivamente, e por imperativo de evitar as sequelas jurídicas de seus sistemas políticos precedentes, em particular a arbitrariedade do legislativo, voltam à velha idéia de defesa da Constituição, de CARL SCHMITT, se bem que, em última instância, nem a Lei Fundamental de Bonn de 23 de maio de 1949, nem a Constituição italiana de 17 de dezembro de 1947 refletem aquela tese, o modelo kelseniano com uma aproximação mais acentuada do sistema norte-americano em alguns de seus aspectos, resultando, em suma, o Tribunal Constitucional configurado como uma verdadeira jurisdição, em detrimento daquela posição orientada para a sua consideração como um próprio legislador, sequer negativo. Produz-se, em nosso modo de ver, um certo sincretismo estrutural e competencial que, em definitivo, dará resultados positivos

Assim, “[c]om todas essas variantes, os modelos de Corte Suprema e de Corte Constitucional muito se aproximaram, permitindo um exame conjunto de sua conformação estrutural (I) e de seus espectros de competência (II)” (ibid.). Apesar dessa aproximação, a proposta de um tribunal constitucional, com competência estritamente para dirimir a (in)constitucionalidade das leis fracassou na Comissão Afonso Arinos, por pressões advindas dos próprios Ministros do Supremo Tribunal Federal à época, ou seja, “o lobby do Poder Judiciário, especialmente a posição do Supremo Tribunal Federal, que foi formalmente convidado a apresentar propostas à Comissão, impediu a criação da Corte Constitucional” (CITTADINO, 2020, p. 25). A saída encontrada pela Comissão Afonso Arinos foi uma solução de compromisso. Inicialmente, atenderam à reivindicação do Supremo de maior autonomia administrativa e orçamentária. De outra parte, abandonando a ideia de criação do Tribunal Constitucional, nos moldes europeus, a Comissão manteve o STF, mas modificou essencialmente suas atribuições, que passaram a ser predominantemente constitucionais, exatamente no feitio da Suprema Corte Americana” (ibid.).

O resultado, foi a adoção de um modelo híbrido, que conjuga o controle concentrado de Hans Kelsen (modelo austríaco), com o sistema difuso norte-americano, inaugurado com *Marbury vs. Madison*. Desse modo, a Constituição, naturalmente um documento desprovido de completude, encontra condição de possibilidade para

permanecer aberto no tempo, como ensina Mendes (2007, p. 950-951), vão sendo adaptadas ao longo da experiência.

Tem-se assim, a um só tempo, rigidez e flexibilidade. E, segundo Hesse, o ponto decisivo situa-se, precisamente, na polaridade desses elementos. Não se trata de eleger alternativas, mas de coordenar esses momentos. Conciliam-se, assim, estabilidade e desenvolvimento, evitando-se de um lado, a dissolução da ordem constitucional, e, de outro, o congelamento da ordem jurídica

Portanto, a conformação prática da liberdade de expressão (como de outras liberdades públicas), não passou ao largo dos tribunais constitucionais, que tem funcionado como mediadores dos conflitos que emergiram em torno dessa liberdade fundamental, e que efetivamente vêm afirmando não haver um grau absoluto na sua aplicação, passível de sofrer restrição e diferenciando, caso a caso, a restrição (legítima) da intervenção (ilegítima) (COLNAGO, 2016). Como assinala Häberle (2009, p. 31), a “[...] efetividade dos direitos fundamentais depende, em grande medida, da força do legislador parlamentar; também depende muito do tato e da sensibilidade dos correspondentes tribunais constitucionais”.

Dentro desse arranjo constitucional, a experiência da *living constitution* exige que ela esteja sempre se (re)acoplando à realidade social que ela pretende regular para, assim, se perenizar. Afinal, como assinalou Ackerman (2007), “*It is judicial revolution, not formal amendment, that serves as one of the great pathways for fundamental change marked out by the living Constitution*”. A questão que se coloca, portanto, é que esse figurino constitucional foi pensado para o mundo analógico, cuja eficácia é de difícil senão impossível aplicação no mundo da *internet*, principalmente quando se considera o universo das *big techs*, majoritariamente sediadas no Vale do Silício (veja-se o caso do *Youtube* e do *Facebook*), como adiante analisaremos.

Sem embargo, é preciso ter em mente que a compreensão do atual estágio melhor clarifica quais são os caminhos a serem percorridos, como forma de concretizar o projeto de sociedade democrática e de direito estabelecido no documento político fundamental. Logo, além da análise retrospectiva em torno da liberdade de manifestação do pensamento como um direito humano fundamental, também um

retrospecto sobre como, na prática, essa indisputável liberdade fundamental foi se conformando dentro dos ordenamentos dos países ditos desenvolvidos. Analisando essa interrelação entre passado e presente, Saldanha e Bolzan de Moraes (2018, p. 14), no prefácio de *O fim do Estado de Direito* de Benoit Frydman, relembram que “Lenclud afirma que todo grupamento humano constrói sua tradição num caminho que se inicia no presente e dirige-se ao passado”. Daí porque há uma retroprojeção que estabelece uma filiação invertida: ‘longe dos pais engendrarem os filhos, os pais nascem dos filhos’.

Não é, enfim, o passado que produz o presente, mas é este que o produz: ‘a tradição é um processo de reconhecimento de paternidade’. Tal sabedoria permite verificar, em um sentido agora funcionalista, que a utilidade da tradição é fornecer ao presente uma ‘caução’ para o que ela é.

Nesse sentido, torna-se relevante analisar como a liberdade de expressão tem sido conformada em duas das maiores democracias do mundo, a Alemanha e os EUA, que, ademais, são países que serviram de inspiração para o nosso sistema híbrido de controle de constitucionalidade, difuso e concentrado (austríaco-estadunidense). Todo o caldo histórico antes delineado, e os casos dos tribunais constitucionais desses dois países, repercutiram na modulação da interpretação do STF em torno da matéria, como adiante veremos.

2 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO: ABORDAGEM COMPARATIVA

Analisar o contexto jurídico com que a liberdade de expressão vem sendo aplicada tanto em países dotados de um sistema de garantia da força normativa da Constituição, é relevante na medida em que essa análise comparativa, é uma importante ferramenta para a calibração dos direitos fundamentais como método de interpretação (ao lado dos vetores hermenêuticos clássicos), como pontua Häberle (2009, p. 10).

Embora princípios especiais de interpretação constitucional (p. ex., a *unidade da constituição*, a *concordância prática* no sentido de meu mestre K. Hesse, o parâmetro de medida da *correção funcional*), a interpretação da constituição forma parte das regras rudimentares e especializadas da doutrina do método (de interpretação jurídica). F.C Savigny as canonizou em 1840 como os quatro métodos clássicos de interpretação. Penso que, desde 1989, a época já está madura para um *quinto método de interpretação*, a saber, o direito comparado [...] Os Estados constitucionais podem aprender mutuamente com suas experiências. Especialmente na Europa já há uma grande quantidade de exemplos de *comunidade de produção e de recepção* de assuntos de direitos humanos, que, por meio do direito comparado, funcionaram como *quinto método de interpretação*, e que, por exemplo, saem ao encontro de forma de *princípios gerais de direito*. A anterior Constituição do Peru de 1979, que está publicada em alemão em meu Anuário de Direito Público de 1987 (tomo 36), se refere, no art. 233, inc. 6, de modo altamente criativo, a fundamentos gerais de direito!

A liberdade de expressão e de veiculação dessas ideias e informações (liberdade de imprensa), então, até mesmo por ter a sua gênese no núcleo político do liberalismo clássico, como visto anteriormente, e sendo o Brasil uma democracia tardia, torna relevante que a análise dessa liberdade pública seja melhor compreendida sob o prisma de outros ordenamentos, onde ela nasceu e já foi, por assim dizer, mais testada, vale dizer, passou por um processo maior de maturação.

Nos EUA, berço do *free speech*, apesar de existente desde a Primeira Emenda, essa previsão constitucional somente começou a ser experimentada com maior intensidade no âmbito da Suprema Corte a partir do início do Século XX, onde antes de 1919, poucos casos em torno desse tema eram discutidos (SUNSTEIN, 1995, p. 4). Já na Alemanha, refundada sob a Lei Fundamental de Bonn, que igualmente criou o Tribunal Constitucional Federal Alemão, situado em *Karlsruhe*, instalado em 1951, e que tem exercido um papel de elaborador de políticas e de resguardo dos direitos fundamentais, “*One of the areas in which the Constitutional Court has been*

most involved in policy-making is the protection of the basic rights of the individual (Grundrechte)” (TATE; VALLINDER, 1995, p. 441).

Há, portanto, uma premissa utilitarista ao examinarmos esses precedentes, pois não raro haverá uma proximidade muito grande entre os problemas já enfrentados nesses sistemas onde a democracia já foi mais testada e o Brasil, um Estado Democrático ainda “recente” se comparado a tais nações.

2.1 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Como visto, a Constituição Norte Americana teve forte influência sobre a ordem jurídica brasileira, servindo de inspiração para a primeira Constituição republicana de 1891, por intermédio do jurista Rui Barbosa. De fato, naquele país confere-se muita importância e ao longo da vigência da Primeira Emenda, muitas discussões foram travadas em torno dessa liberdade fundamental, submetida que foi, inclusive, à judicialização junto à Corte Constitucional estadunidense.

Em linhas gerais, no exercício do papel de controle de constitucionalidade de atos do poder público, Sampaio (2002, p. 743-750), afirma que a Suprema Corte desenvolveu testes para aferir uma base racional ou razoável às conclusões do tribunal, quando se trata de analisar direitos fundamentais, chamados de *rational relationship test*. Especificamente, quanto ao tema da liberdade de expressão, pontua o autor que

Existem duas correntes em torno da possibilidade de sua limitação: uma, “absolutista”, que descarta qualquer limitação da liberdade; outra, “relativista”, que defende o equilíbrio dos interesses de forma que os valores da livre expressão e as justificações das interferências estatais sejam isoladas e sopesadas em cada caso. Domina, na jurisprudência da Corte, metodologicamente, a segunda corrente, embora a prática revele predominância da liberdade de expressão sobre outros interesses colidentes, sobretudo com a interferência estatal.

Assim, no que diz respeito à liberdade de expressão, a submissão da matéria à revisão judicial se intensificou a partir do início do Século XX, portanto decorridos mais de cem anos da promulgação da Constituição norte-americana, período em

que a Suprema Corte passou a se debruçar sobre casos envolvendo a liberdade de expressão. Como explica Shapiro (2015, p. 1).

O verdadeiro problema da Primeira Emenda surge quando o orador está expressando ideias que odiamos ou tememos, **ou está falando na esperança de destruir a liberdade dos outros**. É por isso que as duas grandes enxurradas de debate sobre liberdade de expressão ocorreram nas décadas de 1920 e 1950, quando os comunistas falavam muito e em voz alta. (tradução e grifo nosso)³³

É da natureza do próprio Tribunal Supremo daquele país, como assinala Häberle (2008, p. 31), alternar “períodos de ativismo e de restrição judicial” (restrição aqui, no sentido de auto-contenção). É dentro desse contexto de oscilação, que deve ser entendida a análise em torno da liberdade de expressão nos EUA. Nesse sentido, durante a Primeira Guerra Mundial, o Congresso norte americano aprovou uma lei de espionagem. A partir desse evento, dois socialistas, Charles Schenck e Elizabeth Baer, passaram a emitir e distribuir panfletos afirmando que a referida lei violaria a décima terceira emenda contra a servidão involuntária, instando ainda o público a desobedecer, ainda que de forma pacífica, a referida legislação. Schenck e Baer foram acusados de conspiração para a violação da Lei de Espionagem, por meio de insubordinação nas forças armadas e de impedir o recrutamento, tendo sido ambos condenados por violação a essa lei. A Suprema Corte, em *Schenck v. United States* (ESTADOS UNIDOS, 249 U.S. 47 1919), manteve a condenação por entender que a panfletagem não estava albergada pela Primeira Emenda. Foi nesse julgamento que o Justice Holmes cunhou a célebre frase “A proteção mais rigorosa da liberdade de expressão não protegeria um homem ao gritar falsamente fogo em um teatro e causar pânico”³⁴. No caso *Abrams v. United States* (ESTADOS UNIDOS, 250 U.S. 616, 1919), foi mantido o entendimento adotado em *Schenck*, porém agora com voto divergente do Justice Holmes, que inseedinou a ideia do “*free trade in ideas*” (livre mercado de ideias).

³³ No original: *The real problem of the First Amendment comes when the speaker is expressing ideas we hate or fear, or is speaking in the hope of destroying the freedom of others. That is why the two great flurries of free speech debate came in the 1920s and 1950s when Communists were speaking long and loud.*

³⁴ No original: *“The most stringent protection of free speech would not protect a man in falsely shouting fire in a theatre and causing a panic”.*

Já em *Whitney v. California* (ESTADOS UNIDOS, 1927, não paginado), Charlotte Anita Whitney era fundadora do Partido Trabalhista Comunista da Califórnia, e foi processada sob a Lei do Sindicalismo Criminal daquele estado, por conspirar para a mudança medidas governamentais econômicas e políticas, por meios de atos violentos. Ela alegou que a referida legislação violava a Primeira Emenda. A Suprema Corte dos EUA manteve sua condenação, com voto concorrente em separado do Justice Louis de Brandeis, que apesar de seguir a linha da condenação, fez aportes sobre a questão do perigo iminente, melhor esclarecendo a forma de interpretar o *freedom of speech*.

Para homens corajosos e autoconfiantes, com confiança no poder do raciocínio livre e destemido aplicado através dos processos de governo popular, nenhum perigo que decorre do discurso pode ser considerado claro e presente, a menos que a incidência do mal apreendido seja tão iminente que possa acontecer antes que haja oportunidade para uma discussão completa. Se houver tempo para expor através da discussão a falsidade e as falácias, para afastar o mal pelos processos de educação, o remédio a ser aplicado é mais discurso, não silêncio forçado. Só uma emergência pode justificar a repressão. Essa deve ser a regra para que a autoridade seja conciliada com a liberdade. Tal, a meu ver, é o comando da Constituição. Portanto, está sempre aberto aos americanos desafiar uma lei que restringe a liberdade de expressão e reunião, mostrando que não houve emergência que a justifique³⁵.

Ao examinar caso em que estava em voga um jornal de Minneapolis chamado “The Saturday Press”, Jay Near e Howard Guilford fizeram publicações contra autoridades locais, afirmando estarem envolvidas com gângsteres. Os lesados buscaram uma liminar permanente contra a publicação, sob alegação de violação à Lei de Inconveniência Pública por ser maliciosa, escandalosa e difamatória. A Suprema Corte estadual manteve tanto a liminar temporária quanto a liminar permanente que acabou sendo emitida pelo tribunal de primeira instância. A Corte Suprema, então, em *Near v. Minnesota* (ESTADOS UNIDOS, 283 U.S. 697, 1931), estabeleceu que, salvo exceções, não é possível a censura, ainda que o responsável pelo dano venha

³⁵ No original: “To courageous, self-reliant men, with confidence in the power of free and fearless reasoning applied through the processes of popular government, no danger flowing from speech can be deemed clear and present unless the incidence of the evil apprehended is so imminent that it may befall before there is opportunity for full discussion. If there be time to expose through discussion the falsehood and fallacies, to avert the evil by the processes of education, the remedy to be applied is more speech, not enforced silence. Only an emergency can justify repression. Such must be the rule if authority is to be reconciled with freedom. [Footnote 4] Such, in my opinion, is the command of the Constitution. It is therefore always open to Americans to challenge a law abridging free speech and assembly by showing that there was no emergency justifying it”.

a ser punido em processo penal ou de outra natureza. O *Chief Justice* Hughes, com apoio em Blackstone, afirmou

A liberdade de imprensa é de fato essencial à natureza de um estado livre; mas isso consiste em não impor restrições prévias às publicações, e não em isenção de censura por questões criminais quando publicadas. Todo homem livre tem um indubitável direito de expor os sentimentos que lhe agradam perante o público; proibir isso é destruir a liberdade de imprensa; mas se ele publicar o que é impróprio, malicioso ou ilegal, ele deve assumir as consequências de sua própria temeridade.³⁶

Passadas três décadas daquele julgamento, em 1971, no auge da Guerra do Vietnã e com a crescente insatisfação popular em torno daquele conflito, considerado distante da sociedade de então, o jornal *The New York Times* publicou papéis sigilosos, no caso que ficou conhecido como “The Pentagon Papers”. O jornal foi, por conseguinte, notificado pelo Procurador-Geral dos EUA (*Attorney General*) para a que não intentasse na continuidade das publicações. O caso foi, então, alçado à apreciação da Suprema Corte Norte Americana ESTADOS UNIDOS, 403 U.S. 713 1971, *New York Times Co. v. United States*), que decidiu favoravelmente ao periódico, porque o Governo não comprovara, naquela oportunidade de ebulição social em torno da Guerra em curso, o interesse público na restrição de acesso aos documentos publicados.

Embora tenha sido vencido o *Chief Justice* Burger naquela ocasião, o caso decidido difere essencialmente do que anos antes havia sido apreciado, na medida em que discutiu o relevo da publicação de papéis sigilosos num contexto de um país em guerra. Com tal ressalva, Souto (2015, p. 105) conclui, acertadamente, haver uma “linha tênue” a divisar essa liberdade das demais, impondo ao “[...] hermeneuta perquirir cada situação específica, analisando o caso concreto, sopesando valores e adotando a decisão que melhor atende ao interesse da sociedade”.

Em outro caso envolvendo o *The NY Times* (ESTADOS UNIDOS, 376 U.S. 254 1964, *New York Times v. Sullivan*), o periódico publicou um anúncio para contribuir com doações para defender Martin Luther King Jr., sob acusações de perjúrio.

³⁶ No original: “The liberty of the press is indeed essential to the nature of a free state; but this consists in laying no previous restraints upon publications, and not in freedom from censure for criminal matter when published. Every freeman has an undoubted right to lay what sentiments he pleases before the public; to forbid this is to destroy the freedom of the press; but if he publishes what is improper, mischievous or illegal, he must take the consequence of his own temerity.”

Então, o comissário de Segurança Pública da cidade, LB Sullivan, enviou uma solicitação por escrito ao Times para retirar as informações, além de danos punitivos em uma ação de difamação sob a lei do Alabama. O Supremo norte americano então desenvolveu a doutrina da “*actual malice*”, afirmando que “[u]m Estado não pode, de acordo com a Primeira e a Décima Quarta Emendas, conceder indenização a um funcionário público por falsidade difamatória relacionada à sua conduta oficial, a menos que ele prove “dolo real”³⁷.

Também é importante referir, no contexto da realidade norte-americana e também colocado sob o prisma da liberdade de expressão, um forte debate acadêmico em torno da pornografia. No caso *Miller v. California* (ESTADOS UNIDOS, 1973, não paginado), a Suprema Corte decidiu que material pornográfico não gozava de proteção da Primeira Emenda, fixando os seguintes critérios: (a) se “[...] a pessoa média, aplicando os padrões contemporâneos da comunidade ' acharia que a obra, tomada como um todo, apela ao interesse lascivo (b) se a obra retrata ou descreve, de forma patentemente ofensiva, conduta sexual especificamente definida pela lei estadual aplicável; e (c) se a obra, tomada como um todo, carece de sério valor literário, artístico, político ou científico”.

Mais recentemente, como ressaltam Vilhena e Barros, C. (2021, p. 75), a Suprema Corte decidiu, no ano de 2018, o caso *Manhattan Community Access Corp. v. Halleck* (caso nº 17-702), no qual os “[...] produtores, DeeDee Halleck e Jesus Melendez, dizem que a Manhattan Neighborhood Network os suspendeu por expressarem pontos de vista críticos a esta rede de televisão”. No cerne do debate, a Primeira Emenda, tendo a tribunal entendido que nas relações com os seus empregados, a empresa MNN não está forçada, dada a natureza privada da relação, a observar os preceitos da liberdade de expressão. Como salientam as autoras, apesar de tratar de um caso envolvendo um canal tradicional de televisão, o prognóstico é de que esse julgamento também venha a impactar no âmbito das TIC’s.

³⁷ No original: “A State cannot, under the First and Fourteenth Amendments, award damages to a public official for defamatory falsehood relating to his official conduct unless he proves “actual malice”.

A discussão não se restringe, contudo, ao âmbito judicial, suscitando acalorado debate no meio acadêmico. Assim, por exemplo, Dworkin (1981, p. 177), publicou um ensaio (*Is There a Right To Pornography?*) analisando o Relatório do Comitê sobre Obscenidade e a Censura de Filmes (Relatório Williams), de 1979, produzido em Londres, Inglaterra. No manuscrito, após registrar que na tradição inglesa a Lei Racial tornou crime defender o preconceito racial, o que difere essencialmente a tradição anglo-saxã da norte-americana, na qual lei desse cariz violaria a Primeira Emenda, o autor adota tom reflexivo sobre como decisões de cunho moral, presumidamente tomadas em prol da coletividade e, no caso, como forma de evitar a “poluição cultural” cerceia a liberdade de expressão. Também adverte sobre como o utilitarismo de Mill pode ser degenerado. Partindo das premissas liberais da tradição norte-americana, o autor dedica boa parte de sua análise para examinar as proposições de proibição e de restrição contidas no Relatório. Em sua visão, existem três potenciais danos ao consumidor da pornografia: custos, constrangimento e inconveniente. Sob o prisma do inconveniente, ele afirma que não haveria problema se o deslocamento imposto por uma restrição de zoneamento não infligisse a ele um trajeto mais oneroso do que aquele exigido para a aquisição de qualquer outro produto. De acordo com essa linha de entendimento, por exemplo, não poderia o fornecedor ser compelido a fornecer exclusivamente material pornográfico, elevando custos e ao mesmo tempo, gerando constrangimento para o consumidor, que se verá tolhido de sair de uma loja com um guarda-chuvas e um volume de pornografia dissimulado sob suas vestes. No que tange à proibição, porém, ele é mais incisivo:

A forte presunção em favor da liberdade de expressão deve ceder à proibição aqui porque a poluição cultural que seria infligida por shows de sexo ao vivo e, portanto, o retrocesso na conquista das melhores condições para o desenvolvimento humano, é simplesmente grande demais para manter tais shows dentro da presunção da estratégia Williams (tradução nossa) (DWORKIN, 1981, p. 177).³⁸

Já no início da década de 90, outro teórico da Constituição norte-americano veio também a abordar a questão da liberdade de expressão e pornografia. Em *Partial Constitution*, Sunstein (2009, *passim*) discorre sobre as três posições existentes e possíveis de serem defendidas. A primeira, no sentido de que a pornografia como

³⁸ No original: “[...] the Strong presumption in favor of freedom of expression must yield to prohibition here because the cultural pollution that would be inflicted by live sex shows, and hence the set-back to the achievement of the best conditions for human development, is simply too great to keep such shows within the presumption of the Williams strategy” (op. cit.).

expressão corporal sexual não pode ser equiparada a “discurso” protegível constitucionalmente (posição adotada em *Miller*, cf. supra). Essa posição não é essencialmente neutra. A segunda categoria, na qual está situado exatamente Dworkin, parte da concepção da *moral independence*, segundo a qual o “[...] na área da sexualidade, o governo deveria respeitar as diversas escolhas das pessoas e não impor suas próprias visões ou uma moralidade sectária” (SUNSTEIN, 2009, p. 344). Por fim, numa terceira via de enxergar a liberdade de expressão posta sob o prisma da pornografia, é uma espécie de via intermediária, na qual a pornografia somente poderia estar sujeita à regulação e, portanto, à restrição, não pela obscenidade que lhe é intrínseca, mas quando estivesse (como de fato por vezes está) associada à violência, especialmente a violência contra a mulher. É inserido, nesse contexto, o componente de gênero de um grupo hipossuficiente. Cita, nesse sentido, a necessidade de igualação (critério de isonomia) e menciona haver Relatório do Procurador-Geral da República para o Departamento de Justiça (1987), apontando para inúmeros danos causados a atrizes que atuam no mercado pornográfico. Sunstein reconhece na terceira via (aqui denominada de intermediária), um argumento mais poderoso e adere ao posicionamento de que não há óbice constitucional à regulação em tal hipótese, ressaltando, contudo, ser descabida a intervenção *judiciária* na matéria.

Concluo que o argumento para a regulação de materiais que combinam sexo com violência é mais poderoso que o argumento correspondente em prol da regulação da obscenidade. Uma vez que medidas perfeitamente tradicionais regulando o discurso são similarmente partidárias e foram propriamente afiançadas, a objeção da não-neutralidade não é persuasiva aqui também.

Dizer isso não importa dizer que será fácil projetar a regulação com suficiente clareza e estreiteza, mas são essas as questões que deveríamos enfrentar, e não a questão da neutralidade. Desde que qualquer direito emergente tenha a clareza necessária e o alcance estreito, o fórum apropriado de deliberação é o processo democrático, não o judiciário. Não deveria haver qualquer barreira constitucional a uma proibição estreitamente definida sobre o material que combine sexo com violência contra a mulher (SUNSTEIN, 2009, p. 355)

Verifica-se, assim, que há um conjunto de decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos, bem como um debate acalorado no âmbito acadêmico reconhecendo e interpretando a Primeira Emenda de modo a justificar, em determinadas hipóteses, mesmo *in abstracto* a possibilidade de lhe serem acoplados alguns adminículos. Por

exemplo, no caso da pornografia, em Sunstein, há um forte traço de prestígio à igualdade material que deve haver entre homens e mulheres. Como veremos mais adiante, o debate em torno da Primeira Emenda está mais em ebulição do que nunca nos EUA, como de resto nas democracias munda afora. Por ora, o que importa perceber é que houve em dados momentos da história constitucional norte-americana, como visto acima, prestígio à liberdade de expressão como “posição preferencial”, mas adotando-se fórmulas indeterminadas para a criação de exceções, nas quais ela cederiam em prol de um certo encurtamento do seu âmbito de proteção (“*clear and present danger*” ou perigo real e imediato do *Justice* Holmes ou a doutrina do “*actual malice*” do *Justice* Hughes). Como explica Sunstein (1995, p. 4), a doutrina do “*harmful tendency*” era mais propensa a reconhecer a possibilidade de o Estado impor restrições a “uma ampla gama de material, incluindo críticas à nação durante a guerra e a defesa de causas de esquerda”. A partir do anos 20, a doutrina foi perdendo espaço para a regra do “perigo claro e imediato”.

Evidentemente, essas questões aqui examinadas, longe de esgotar toda a discussão existente nos EUA, são relevantes para compreender que há uma oscilação e que depende, basicamente, do ponto de vista adotado diante de um determinado contexto.

2.2 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA

No caso da Alemanha, também tem sido rica a experiência em torno da liberdade de expressão. No pós-guerra, aquele país se erigiu como uma nação desenvolvida e a sua Lei Fundamental, como visto anteriormente editada para ser um documento transitório, acabou por permanecer em vigor até os dias atuais. Também junto ao Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht*), já foram tratados amplos debates em torno da liberdade de expressão e de imprensa. De fato, são dois eixos importantes na conformação dessa liberdade pública, não somente para a Alemanha, mas para o constitucionalismo de uma maneira geral, daí a importância de se compreender um pouco melhor a formatação constitucional da liberdade de expressão daquele país e como é aplicada na prática. Como lecionam Bolzan de Moraes e Nascimento (2010, não paginado), a “[...] principal referência no

desenvolvimento do novo direito constitucional é a Lei Fundamental de Bonn de 1949, e, particularmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal Alemão, inaugurado em 1951”.

O Tribunal Constitucional possui papel relevante para a sociedade alemão, a ponto de se lhe atribuir o papel de regular o processo contínuo de atualização da Lei Fundamental e do contrato social, pois mediante “[...] sua jurisprudência abre-se à variedade de ideias e interesses – assume-a –, e, vice-versa, guia ele a sociedade” (HÄBERLE, 2012, p. 145).

A Lei Fundamental de Bonn, que é o epicentro da discussão em torno dos direitos fundamentais naquele país, como de resto em toda nação civilizada que adota um texto político fundamental, é que prevê a liberdade como um valor caro à ordem social, segundo a ótica do liberalismo clássico (artigo 2),³⁹ bem como especifica a liberdade no plano da expressão das opiniões e da circulação das informações, no artigo 5 da *Grundgesetz*⁴⁰ (ALEMANHA, 1949, não paginado):

(1) Toda pessoa tem o direito de **expressar e divulgar livremente sua opinião** em palavras, escritos e imagens e obter informações de fontes geralmente acessíveis sem impedimentos. A liberdade de imprensa e a liberdade de reportagem através do rádio e do cinema são garantidas. A censura não ocorre.

(2) **Esses direitos são limitados pelas disposições da lei geral**, pelas disposições legais para a proteção dos jovens e pelo direito à honra pessoal.

(3) Arte e ciência, pesquisa e ensino são gratuitos. A liberdade acadêmica não dispensa a lealdade à constituição. (destaque nosso)

Essas cláusulas constitucionais da Lei Fundamental de Bonn, estão perceptivelmente alinhadas às Declarações Universais aqui já anteriormente citadas, tanto aquela advinda da Revolução Francesa como a da Organização das Nações Unidas, como também à da normativa Europeia, vale dizer, não existe sequer na

³⁹ Confira-se, sobre a profunda discussão em torno do direito geral de liberdade na Alemanha, a obra de Alexy (Teoria dos Direitos Fundamentais, especialmente o seu capítulo 7).

⁴⁰ (1) *Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten. Die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film werden gewährleistet. Eine Zensur findet nicht statt.*

(2) *Diese Rechte finden ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre.*

(3) *Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei. Die Freiheit der Lehre entbindet nicht von der Treue zur Verfassung.*

expressa redação do texto constitucional, a característica de ser esse direito fundamental ilimitado. Vale aqui a máxima de Gadamer *apud* Streck (2017), no sentido de que a máxima “se queres dizer algo sobre um texto, deixe primeiro que o texto lhe diga algo”.

E aqui, especificamente, o que o texto da Constituição Alemã está a nos dizer é que diante de outros bens jurídicos constitucionalmente tuteláveis, existe a possibilidade de restrição da “lei geral”, o que deve ser compreendido como todas aquelas leis que tutelem direitos outros salvaguardados pela própria lei fundamental. Por exemplo, a exemplo do Código Civil Brasileiro, a Lei Civil Alemã (ALEMANHA, 1896, não paginado) em seu § 823,⁴¹ resguarda a reparação do dano aos direitos da personalidade.

§ 823 responsabilidade por danos

(1) Quem violar intencionalmente ou negligentemente a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a propriedade ou qualquer outro direito de outra pessoa é obrigado a indenizá-la pelos danos resultantes.

(2) A mesma obrigação se aplica a quem violar uma lei destinada a proteger outra pessoa. Se, de acordo com o conteúdo da lei, também for possível uma violação desta sem culpa, a obrigação de indemnização só ocorre em caso de culpa.

Essa liberdade de opinião, então, deve ser compreendida como uma liberdade que esbarra nos direitos de terceiros, que não podem a pretexto de se emitir uma opinião, terem suas próprias esferas de direitos violadas. Explicando essa lógica jurídica, Hesse (1998, p. 309) assinala que “[...] os direitos do artigo 5º, alínea 1, da Lei Fundamental, encontram nas prescrições das leis gerais, nas determinações legais para a proteção da juventude e no direito da honra pessoal. Problemático é, aqui, nomeadamente, o limite das ‘leis gerais’”. A advertência quanto a esse limite das leis gerais, é exatamente o ponto sensível de toda a discussão, porque delimitar esse limite significa encontrar o ponto de equilíbrio entre uma legítima restrição da manifestação de uma opinião e uma inconstitucional restrição.

⁴¹ § 823 *Schadensersatzpflicht*

(1) *Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.*

(2) *Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalt des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein.*

“Geral” são, no sentido da doutrina desenvolvida já durante a época de Weimar, somente aquelas leis que não se dirigem contra o bem jurídico protegido pela liberdade de opinião como tal. Esse bem jurídico, a liberdade do processo espiritual, não deve ser prejudicado por direito especial, que procure obstaculizar o efeito espiritual de manifestação de opinião pura. Liberdade de opinião não suporta restrições com objetivo determinado, a não ser que ela deva desacertar sua tarefa no quadro da ordem constitucional. Onde, por isso, uma lei, nesse sentido, restringe a liberdade de opinião, ela não é ‘geral’ e, por causa disso, inconstitucional, sem que ainda dependesse de outras questões, nomeadamente aquela de uma ponderação de bens. Isso teria, por exemplo, de valer para uma lei contra a difusão pública de concepções antibíblicas, enquanto, por exemplo, à liberdade de opinião, sobre a base da cláusula geral jurídico-policia que não se dirige contra a liberdade de opinião, podem ser traçados limites (HESSE, 1998, p. 309).

Aqui cabe abrir um parêntese, porque o exemplo dado pelo autor, sobre a inconstitucionalidade de uma lei que viesse a censurar um discurso contra a bíblia, cuja primeira edição alemã do livro data de 1967, reverbera ainda nos dias atuais e se verifica exatamente na práxis legislativa brasileira, porque tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 02/2019, de autoria do Deputado “Pastor Sargento” Isidório, do partido Avante da Bahia, cujo artigo 1º diz o seguinte “Fica terminantemente proibido os termos “Bíblia” e/ou “Bíblia Sagrada” em qualquer publicação impressa ou eletrônica de modo a dar sentido diferente dos textos consagrados há milênios nos livros, capítulos e versículos utilizados pelas diversas religiões Cristãs já existentes, seja católica, evangélica ou outras mais que se orientam por este Livro mundialmente lido e consagrado como Bíblia”. Esse parece ser um exemplo claro, com base na doutrina de Hesse, de lei que visa atingir diretamente o bem jurídico tutelado pela liberdade de expressão. E a situação pode piorar, porque nem mesmo entre teólogos pode-se afirmar haver consenso em torno do que seria o “sentido diferente dos textos consagrados há milênios”, eis que existem diferentes interpretações para as mesmas passagens bíblicas, que não são unívocas. Para isso, basta dizer que o mesmo texto bíblico já serviu à Santa Inquisição e à regimes monárquicos absolutistas, como abordamos no presente trabalho. É possível imaginar, também, que pela proscrição legal que se pretende implementar, qualquer forma lúdica da bíblia, como de fato existem livros infantis com figuras coloridas sobre passagens da Bíblia, poderiam ser consideradas estelionato ou vilipêndio à religião, já que o art. 2º do mesmo PL pretende criminalizar a conduta proibida no art. 1º. Como se vê, e aqui demonstrado em caso concreto em tramitação no Congresso Nacional, mesmo num regime secular como é

o adotado expressamente pela Constituição brasileira (artigo 19 inciso I), ainda parece haver um flerte com o regresso à vieses abandonados séculos atrás na história da humanidade.

A reflexão doutrinária trazida por Hesse, se dá no plano da abstração das ideias. Se existem casos em que há uma certa univocidade, ou talvez até um certo consenso em torno do que seria ou não inconstitucional, em termos dessas limitações admitidas pela Lei Fundamental, de certo haverão como de fato houve, outros casos que transitam em uma zona mais sombria, fronteira.

Dentro dessa zona de penumbra⁴², eventuais conflitos surgiram na experiência do BVerfGE, já sob a égide de Lei Fundamental de Bonn. Merece registro, nesse sentido, a interpretação conferida pelo Tribunal Federal em torno do artigo 2 da GG, que encarta o chamado direito geral de liberdade, em duas frases: (1) Toda pessoa tem direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade, desde que não violem os direitos dos outros e não violem a ordem constitucional ou o código moral. (2) Toda pessoa tem direito à vida e à integridade física. A liberdade de uma pessoa é inviolável. Esses direitos só podem ser interferidos com base em uma lei. Como se vê, há uma reserva legal de interferência. Há, no meio acadêmico, uma ampla e profunda discussão em torno desse direito e no que consistiriam as possibilidades de interferência. Nesse sentido, já nos primeiros anos de instalação do Tribunal Federal Constitucional, a matéria foi objeto de decisão no chamado Caso Elfes, precedente ao qual mesmo atualmente não se distancia o Tribunal Constitucional. Naquele julgamento, W. Elfes, um político que integrava o partido “União dos Alemães”, e defendia a não reunificação Alemã com a antiga República Democrática Alemã. Ele teve a renovação de seu passaporte negada pelas autoridades administrativas e, após exaurimento das vias extrajudiciais, recorreu ao Tribunal Constitucional. Naquele caso (BVerfGE, 2005), a Corte decidiu que o âmbito de proteção do direito geral de liberdade não salvaguardava o direito de Elfes deixar o país, sendo legítimo, de acordo com o artigo 2 I, da GG, a limitação administrativa imposta (SCHWABE, 2005).

⁴² Sobre “zona de penumbra”, ver Hart (2009).

Outro importante exemplo, o caso Mefisto, refere-se à publicação de um livro homônimo, de autoria de Klaus Mann. O filho adotivo do falecido ator Gustav Grudgens, que se destacara sob o pálio do Nazismo, conseguiu proibir a obra, pois o “Superior Tribunal de Hamburg enxergou no romance uma violação da honra pessoal do então recém falecido ator, além da violação da sua imagem e reputação social, assim como uma agressão à sua memória” (SCHWABE, 2005). Após ser julgado pelo Tribunal Federal de Justiça (BGH), o caso foi parar no Tribunal Constitucional, que manteve a decisão da corte abaixo.

Nem se pode aceitar que a liberdade de arte seja limitada pelo art. 2 I, 2 GG pelos direitos dos outros, pela ordem constitucional ou pela lei moral. Tal visão seria incompatível com a constante decisão deste Tribunal de que o art. 2 I GG é subsidiário e as liberdades individuais especiais [referências] de maneira que impede a extensão da prioridade comunitária do art. 2 I, 2 GG à luz da utilização do art. 2 I GG. Essas limitações também não são aplicáveis à área de atuação das obras de arte.

5. **No entanto, há limites para essa liberdade.** A liberdade incorporada no art. 5 III, I O GG, como todos os direitos básicos, tem suas raízes na concepção constitucional do homem como uma pessoa responsável e livre para se desenvolver na sociedade [referências]. O carácter absoluto da garantia da liberdade artística faz com que os seus limites só se encontrem na própria Constituição. A liberdade de arte não está sujeita a mero estatuto, não pode ser qualificada pelo ordenamento jurídico geral ou ficar à mercê de qualquer cláusula vaga sobre interesses essenciais do Estado e da sociedade que carece de base constitucional e não é contida pelo estado de direito. Se a garantia da liberdade artística suscitar algum conflito, deve ser resolvido por construção nos termos da ordem de valores consagrada na Lei Fundamental e de acordo com o sistema unitário de valores que lhe está subjacente. Como parte deste sistema de direitos básicos, a liberdade de arte é coordenada com a dignidade do homem garantida pelo art. 1 GG, o valor supremo e controlador de todo o sistema de direitos básicos (BVerfGE 6, 32 [41]; 27, I [6]). Dada a repercussão que uma obra de arte pode ter no plano social, a garantia da liberdade artística pode entrar em conflito com o domínio da personalidade humana, igualmente protegido pela Constituição.

A reivindicação de respeito e valor de uma pessoa pode ser afetada pelo uso de um artista de detalhes de carácter e carreira de pessoas reais, pois além de ser uma realidade estética, tal obra também tem existência no reino dos fatos sociais e os efeitos sociais não são dissipado por ser artisticamente transmutado. Tais efeitos sociais, embora ocorram ao lado dos efeitos artísticos, devem, no entanto, ser avaliados quanto ao alcance da garantia do art. 5 III, I GG, uma vez que na obra de arte os mundos 'real' e 'estético' são unificados. 6. Os tribunais abaixo estavam certos a este respeito ao invocar o art. 1 I GG em sua avaliação de seu efeito protetor na área de personalidade do falecido ator Gustaf Gründgens. Seria inconsistente com o mandato constitucional de inviolabilidade da dignidade humana, subjacente a todos os direitos básicos, se uma pessoa pudesse ser menosprezada e denegrida após a sua morte. Consequentemente, a morte de um indivíduo não põe fim ao dever do Estado ao abrigo do art. 1 I GG para protegê-lo de ataques à sua dignidade humana. (BVerfGE 30, 173 - Mefisto) (destaque nosso)

Também seguindo a mesma linha de restrição da manifestação do pensamento e da livre circulação matéria pela imprensa, está o chamado “caso dos soldados de Lebach” (SCHWABE, 2005). Em 1969, três homens praticaram um latrocínio num lugarejo denominado Lebach, resultando no homicídio de quatro soldados que guardavam um depósito de armas, tendo um quinto ficado gravemente ferido. Dois dos três responsáveis foram condenados a pena de prisão perpétua, e um terceiro a seis anos de prisão, por ter auxiliado na preparação e a na execução da ação criminosa. Na véspera de sua soltura, o Segundo Canal de Televisão Alemão (*Zweites Deutsches Fernsehen – ZDF*) preparou uma matéria com os nomes dos condenados e uma reconstituição do crime, representada por atores. O reclamante recorreu ao Tribunal Estadual de Mainz e depois ao Superior Tribunal Estadual de Koblenz, que desproveram o pedido para que não fosse a matéria levada ao ar. O Tribunal Federal então, deu provimento à reclamação, por entender que “houve uma violação perpetrada pelos tribunais do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade (Art. 2 I GG) e, por consequência, por considerar que uma intervenção na liberdade de radiodifusão, que se consubstancia na proibição de transmissão determinada pelos tribunais competentes (no caso de deferimento do pedido do Reclamante), restaria, então, justificada. O TCF revogou as decisões dos tribunais civis e proibiu o ZDF de transmitir o documentário até decisão final dos tribunais ordinários competentes” (SCHWABE, 2005).

Visando manter o pluralismo na transmissão de televisão e rádio, o Tribunal Constitucional entendeu, também, que não poderia haver a privatização de canais de TV. Como pontuam Tate e Vallinder (1995, p. 441)

A privatização do rádio e da televisão, que ocorreu na Grã-Bretanha sob o governo de Margaret Thatcher, se tornou impossível na Alemanha por causa do controle de constitucionalidade. Em sua decisão de 1986, o Tribunal Constitucional (BVerfGE 73, 118) decidiu que tinha que haver um sistema duplo de radiodifusão. O rádio e a televisão pública tinham que fornecer um espectro abrangente de informações políticas e culturais. Se a radiodifusão pública garante assim informações pluralistas básicas, então a rádio e televisão privadas não precisam atender ao mesmo padrão de pluralismo.

Com relação às opiniões na *internet*, o Tribunal Constitucional entende que ora estão sob liberdade radiofônica, se servirem de parte integrante do programa

preparatório da formação de opinião, ora entende que elas podem ser conformadas como liberdade de imprensa, se os conteúdos forem centralmente baseados em textos (por exemplo, jornais on-line). Outros exemplos da jurisprudência do BVerGE são: a recolha, na parada do quartel, por parte de um indivíduo que presta serviço militar, de assinaturas contra a construção de uma central nuclear projetada nas proximidades (E 44, 197/202 e s.); a carta de um recluso, na qual surgem afirmações insultuosas sobre o diretor do estabelecimento prisional (E 33, 1/14 e s.); a rotulação de um advogado como “de extrema direita” (SCHWABE, 2005); a publicidade no sobrescrito com o símbolo do Greenpeace (BVerwGE 72, 183/185 e s.); a publicidade comercial, pelo menos quando serve à formação da opinião (E 71, 162/175; 102, 347/359 e s.; 107, 275/280 (PIEROTH; SCHLINK, 2018)).

Desses exemplos aqui trazidos, que obviamente não esgotam a toda a experiência tedesca em torno dessa liberdade fundamental, fica evidente que não há uma fórmula de aplicação absoluta, havendo possibilidade de seu afastamento, inclusive no que toca a órgão de imprensa.

2.3 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

O Brasil, como já esmiuçado, apenas importou de outros países o direito fundamental à liberdade de opinião e de manifestação do pensamento. O seu eixo central dessas liberdades está contido artigo 5º, incisos IV, V e IX e também no art. 220 da Constituição Federal.

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

[...]

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

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

[...]

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

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

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

§ 3º Compete à lei federal:

I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

§ 4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

§ 5º Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.

§ 6º A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade.

Esse é bloco fundante de dispositivos nos quais se assentam a liberdade de expressão como gênero e, nada obstante, como precedentemente enfatizamos, para os limites deste trabalho o que aqui nos importa mais de perto é o tratamento dessa liberdade como gênero que compreende cada uma desses dispositivos. Porém, na linha de Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2022, p. 763), dentro dessa gama é possível decantar conceitos em espécie.

Para uma compreensão geral das liberdades em espécie que podem ser reconduzidas à liberdade de expressão (gênero), e considerando as peculiaridades do direito constitucional positivo brasileiro, é possível apresentar o seguinte esquema: (a) liberdade de manifestação do pensamento (incluindo a liberdade de opinião); (b) liberdade de expressão artística; (c) liberdade de ensino e pesquisa; (d) liberdade de comunicação e de informação (liberdade de “imprensa”); (e) liberdade de expressão religiosa.

Essa distinção, todavia, aqui não será de grande relevo pois o tema central de nossa abordagem perpassa tanto pela manifestação das opiniões e pensamentos tanto no âmbito das pessoas naturais como também no plano institucional (veículos de imprensa).

Na *práxis* brasileira, um caso de grande relevo e que sempre é mencionado quando se debate acerca de liberdade de expressão, e que se revela mais atual do que nunca (caso do Podcast Flow citado neste trabalho), que faz parte da jurisprudência

do Supremo Tribunal é o chamado “Caso Ellwanger”. Tratou-se do Habeas Corpus nº 82.424, no qual Siegfried Ellwanger, um editor de livros antissemitas do Rio Grande do Sul, pleiteava a concessão de ordem para pronunciar a prescrição de uma condenação a ele imposta, pela prática de crimes de racismo previsto na Lei nº 7.716 de janeiro de 1989. A tese central da impetração, perpassava pela impossibilidade de equiparação de judeus a uma raça propriamente, daí redundando a necessária concessão da ordem para fins de assentar a prescritibilidade do delito pelo qual fora o editor condenado. O Relator, Ministro Moreira Alves, acolhia a tese, porém, o Ministro Mauricio Correa divergiu para incluir o fato como imprescritível, não por um critério biológico, mas sim por razões “*etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo*”. Essa premissa foi importante para o enfretamento do mérito da discussão em torno da liberdade de expressão do então paciente, ou seja, teria ele ou não o direito de editar livros (liberdade de manifestação de pensamento e de opinião) acobertaria a possibilidade de negar o holocausto? O Tribunal entendeu que o “preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o “direito à incitação ao racismo”, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra” (BRASIL, 2003).

Portanto, ainda que ali não se tratasse especificamente de um processo objetivo, isto é, não foi uma decisão adotada em sede de controle de constitucionalidade, firmou-se uma importante *ratio decidendi* sobre a possibilidade de impor limites a liberdade pública aqui enfocada.

Já no plano do controle concentrado de constitucionalidade, sobreviria aquele que pode ser considerado o principal marco judiciário em torno sobre a liberdade de manifestação do pensamento (embora sob o prisma específico da liberdade de imprensa), conforme previsto no artigo 5º inciso IV e IX e art. 220, da Constituição Federal.

Como visto, a Constituição de 1988 marcou a redemocratização do Brasil, porém, é natural que boa parte de seu ordenamento infraconstitucional, quando da promulgação da Lei Magna, tivesse sido editado sob a égide de outras ordens

constitucionais outrora vigentes. Nesse sentido, como também já mencionado, havia no país uma Lei de Imprensa editada sob os auspícios da Ditadura Militar.

Ocorreu que, usando os dispositivos constitucionais acima transcritos, o Partido Democrático Trabalhista/PDT, com o apoio da Federação Nacional dos Jornalistas, ajuizou perante a Suprema Corte a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130, julgada ainda no ano de 2009, no bojo da qual foi reconhecida pelo STF a não recepção integral da Lei nº 5.250/1967. A parte dispositiva é bem objetiva, sem margem para ambiguidades, ao enunciar a “[t]otal procedência da ADPF, para o efeito de declarar como não recepcionado pela Constituição de 1988 todo o conjunto de dispositivos da Lei federal nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967”.

Esse julgamento, apesar de ter sido relatado pelo Ministro Ayres Britto, cujo voto foi acolhido à maioria pelo Plenário, se pretendermos de fato entender como viemos parar nesse verdadeiro atoleiro moral, ético e de total decrepitude das “opiniões” e divulgação de “fatos” completamente inverossímeis que têm sido veiculadas, dia a dia pelos mais diversos meios, que vão de inofensivas e pueris desinformações até discursos violentos e de incitação ao ódio, de pessoas se digladiando nas redes sociais por qualquer razão ou, como é cada vez mais comum, sem nenhuma razão, não deve ser lido sob a perspectiva do voto vencedor. Para os fins aqui propostos, é necessário fazer a leitura inversa desse julgamento em sede de controle concentrado, sob a perspectiva dos votos vencidos, dos Ministros Ministro Gilmar Mendes e Marco Aurélio. Sim, os votos vencidos não são irrelevantes no contexto da jurisdição constitucional e, muitas vezes, pelo trilhar natural dos desencadeamentos supervenientes ao julgamento, podem prevalecer sobre aquela tese episodicamente vencedora num determinado contexto social e político, ou, mais do que isso, mesmo revelar o quão arbitrário e equivocado foi o posicionamento do tribunal em um momento específico. Por exemplo, na história da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, o caso *Dred Scott*⁴³, ao legitimar discriminação racial em

⁴³ Dred Scott era um escravo no Missouri. De 1833 a 1843, ele residiu em Illinois (um estado livre) e no Território da Louisiana, onde a escravidão foi proibida pelo Compromisso de Missouri de 1820. Depois de retornar ao Missouri, Scott entrou com uma ação no tribunal de Missouri por sua liberdade, alegando que sua residência em território livre fez dele um homem livre. A maioria considerou que “um negro, cujos ancestrais foram importados para [os EUA] e vendidos como escravos”, seja escravizado ou livre, não poderia ser um cidadão americano e, portanto, não tinha

detrimento de um cidadão negro, entrou para a infâmia da Corte. Nessa ordem de ideias, Freitas e Wedy (2015, p. 97) sustentam que

Uma decisão tomada por maioria pode ser – frequentemente é – iníqua, arbitrária, percebida como teratológica, às vezes até no tempo em que foi ultimada. Tal decisão pode ser injusta, embora apoiada por ampla maioria da sociedade contemporânea. Pode, é claro, ocorrer que a decisão permaneça respeitável ao longo do tempo, recebida como justa inclusive pelas futuras gerações.

Apenas nesse último caso, o dissenso pode não ter maior peso para o direito constitucional, isto é, não passar de registro nas atas da Suprema Corte como mera divergência.

Naturalmente, a última circunstância não é a que causa inquietação, porém as primeiras: as decisões majoritárias da Suprema Corte, apoiadas ou não pela sociedade de seu tempo, que, no futuro, são reputadas injustas ou capturadas por fatores extrajurídicos inaceitáveis. **Nesse contexto, avultam os votos dissidentes, muitas vezes incompreendidos, ridicularizados e esmagados pela maioria da Corte. No entanto, à luz do Tribunal da História, podem encarnar vitórias morais.**

Sem dúvida, o escrutínio intertemporal das decisões da Suprema Corte, que jamais se confunde com desacato, autoriza afirmar que determinado voto dissidente é que era o melhor, merecendo servir como inspiração para mudança de opinião, a par de alento para movimentos em defesa dos direitos civis, novas posturas ambientais e abordagens morais civilizatórias (grifo nosso)

É natural, assim, que a relevância e o acerto dos votos vencidos apenas se tornem perceptível, quando decorridos anos ou mesmo décadas desde o julgamento do caso. Ressaltando esse traço, Tushnet (2008, p. 122-123), em trabalho dedicado a escrutinar as teses vencidas julgamentos históricos da Suprema Corte dos EUA, afirma que o mundo não seria muito diferente do que se tornou se houvesse prevalecido a tese do voto vencido. E isso porque “A aparência do nosso mundo é determinada muito mais pela economia, mudança social, demografia, gráficos e afins do que pelas decisões da Suprema Corte” (ibid.).⁴⁴ Portanto, existem fatores conjunturais no decorrer dos anos que irão influenciar na emergência da tese vencida como aquela que predizia um juízo de valor mais acertado sobre como a economia, a sociedade, a ciência viria a se desenvolver. *“Quanto mais recente for a dissidência, mais difícil será saber que desenvolvimentos sociais, econômicos e*

legitimidade para processar em tribunal federal. Como o Tribunal não tinha jurisdição, Taney rejeitou o caso por motivos processuais. (Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. 393 (1856)).

⁴⁴ No original: “*The way our world looks is determined far more by economics, social change, demographics, graphics, and the like than it is by Supreme Court decisions*”..

*políticos ocorrerão que levarão a dissidência a cair no esquecimento ou a se tornar importante*⁴⁵.

Mas eis aí um traço peculiar da questão da desinformação no contexto da revolução da *internet*. Assim, tal como as Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC's) evoluem em progressão geométrica e a sociedade hipercomplexa se transforma também de forma hiper veloz, os votos vencidos já mencionados anteriormente na ADPF 130, ficam datados rápidos, ou seja, aquele julgamento foi engolido pelo trem da história, que veio mostrar como a tese vencedora, que estabeleceu um verdadeiro estado de ausência de norma, favoreceu um caldo histórico que forçaria um recuo da própria Corte⁴⁶, mostrando como os votos vencidos eram relevantes e, por que não dizer, acertados.

Dito isso, cabe fazer o exame invertido do julgamento da ADPF 130, ou seja, da tese vencida para a tese vencedora. É possível é possível aferir que os vencidos foram mais prudentes suas teses, senão evitado, poderiam ter mitigado muitas das patologias que se verificam hoje no tecido da célula democrática brasileira.

A primeira dissidência, do Ministro Marco Aurelio, mostra que suas ponderações pareciam, como de fato se provaram na prática, premonitórias sobre o que se desdobraria num curto período de tempo, na verdade, menos de uma década depois. Após discorrer sobre estudo de Rene Ariel Dotti e o editorial da Folha de São Paulo, ressaltando que a lei até aquele julgamento oferecia muito mais segurança jurídica, inclusive para os próprios jornalistas, e ainda refletir sobre o Código Penal foi decretado no Estado Novo e continuava – como de fato ainda continua – a vigor (por que não declarar-lhe a inconstitucionalidade, já que também editado em regime não democrático), ressaltando ainda, e desconstruindo argumento do relator no que referia que as penas mais altas para o crime de injúria imposta ao jornalista tinha pena mais exacerbada, que a própria Lei de Imprensa lhe oferecia prazos de

⁴⁵ *"The more recent the dissent, the harder it is to know what social, economic, and political developments opments will occur that will lead the dissent to fall by the wayside side or to become importante". ibid. p. 126-128.*

⁴⁶ A questão passa por outra Arguição de Descumprimento Fundamental, de nº 572, sobre a qual discorreremos com mais vagar adiante.

prescrição bem mais benevolentes, proferindo então voto dissidente considerando não haver preceito fundamental violado e julgava improcedente a ação.

Presidente, hei de atuar sempre com desassombro. Hei de sempre proceder segundo a minha ciência e consciência, e o dia em que puder ficar assustado, a ponto de tremer no ofício judicante, ante a possibilidade de suposição errônea, terei de deixar a toga que envergo nesta Corte.

Não posso, de forma alguma, proceder a partir de um ranço, a partir do pressuposto de que essa lei foi editada pelo Congresso Nacional, em regime que aponto não como de chumbo, mas como de exceção, considerado o essencialmente democrático.

Gostaria de saber e pediria que me respondessem com pureza d'alma: qual é o preceito fundamental descumprido a respaldar o acolhimento de pedido formulado na inicial desta ação? Gostaria de saber – e teria de haver, até mesmo, o acionamento da premonição: o que ocorrerá no dia seguinte, quando não mais vigente esse diploma?

Devo encerrar, Presidente, já tomei muito tempo da Corte. Peço vênias ao relator, aos colegas que o acompanharam e, em parte, àqueles que divergiram parcialmente, para julgar totalmente improcedentes os pedidos formulados.

Deixemos à carga de nossos representantes, dos representantes do povo brasileiro – e temos presente no Plenário um deles e que por sinal, bem representa o meu Estado de origem, Deputado Federal Miro Teixeira, que sustentou da tribuna em nome do arguente, Partido Democrático Trabalhista -, dos representantes dos Estados e, portanto, deputados e senadores, a **edição de lei que substitua a em exame, sem ter-se, enquanto isso, o vácuo – como disse – que só leva à babel, à bagunça, à insegurança jurídica, inclusive quanto ao direito de reposta previsto na Constituição Federal, mas sem que esta explicita as necessárias balizas** (grifo nosso)

Portanto, a questão é que, na prática, essa sentença constitucional estabeleceu um estado de completa anomia, ao apostar (e isso consta expressamente do voto vencedor) exclusivamente na autorregulação e na regulação “social” dos veículos de comunicação. A partir daí, nos anos que se sucederam, dois problemas emergiram claramente. O primeiro deles, foi exatamente a ausência de qualquer regulação estatal, a partir de uma decisão que, se for analisada pelo todo do Acórdão decorre mais do tempo histórico em que editada a lei do que propriamente de uma impossibilidade de lei no tema da comunicação social, por um vício de inconstitucionalidade (tanto que sucessivas outras leis foram editadas, impondo regras, inclusive direito de reposta, cuja constitucionalidade foi mantida – sobre isso abordaremos logo à frente). Tomada a decisão ainda nos idos de 2009, quando as redes sociais ainda não tinham a formatação hodierna, o entendimento do Supremo Tribunal Federal acabou por estimular a proliferação de um “jornalismo” sem qualquer compromisso com a verdade, assim considerada aquela notícia ancorada em fatos, além de uma completa ausência de regulação para os meios de

comunicação na *internet*, aí compreendidas as redes sociais e “veículos de imprensa” que hoje são verdadeiros redutos para a proliferação de desinformação.

O problema do vácuo normativo também foi abordado no voto vencido do Ministro Gilmar Mendes, que procedeu a uma ampla análise do direito comparado, no qual inclusive cita alguns dos casos aqui explicitados de outros tribunais constitucionais, mas, o que é mais importante, que diversos países democráticos possuem lei de imprensa. Cita os seguintes Estados que possuem regulamento específico desse setor: Espanha, Portugal, México, Reino Unido, França, Chile, Peru, Uruguai e Alemanha, todos eles dotados de regimes democráticos.

Dentre essas nações, merece registro, por exemplo, a lei do Reino Unido, onde existe o *Broadcasting Act* tratando de material difamatório e que remete ainda ao *Defamation Act*, o qual prevê a responsabilização pela publicação de determinado conteúdo difamatório. Mas, dentro das premissas estabelecidas na divergência, é da Alemanha mesmo o sistema mais detalhado, pois lá existe um Código de Imprensa (*Pressekodex*), que cria mecanismo de autorregulação de autocontrole, o que desmistifica a incompatibilidade de leis que regulem, de certa forma e em certa medida a manifestação do pensamento, e os regimes democráticos.

Mas além da questão do vácuo legislativo, passou a existir um nítido problema na prática judiciária brasileira. É que nem mesmo o Supremo Tribunal Federal observa o precedente vinculante por ele estabelecido, agravando o problema da falta de norma dotada de generalidade e abstração, com a condescendência, de sua parte, com a prática de abusos e violações aos direitos da personalidade. É que, mesmo na linha do entendimento da tese vencedora do Ministro Ayres Britto, e aqui cabe um destaque do que consta expressamente da ementa, “Aplicam-se as normas da legislação comum, notadamente o Código Civil, o Código Penal, o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal”. Neste ponto, então, o STF procurou compatibilizar a liberdade de imprensa com as demais liberdades públicas, por exemplo, com o direito à honra.

Dito de modo mais claro, ao assegurar a aplicação da lei processual civil (além de outros estatutos adjetivos e substantivos), o Supremo Tribunal Federal entendeu – e

isso parece ser incontroverso, porque expresso na ementa – que todos os dispositivos desse estatuto são auto aplicáveis aos casos concretos em que houver violação aos direitos da personalidade previstos na Constituição (honra, imagem, vida privada), autorizando assim as chamadas tutelas de remoção do ilícito (passado), e ao dano futuro, o que é ainda mais evidente quando se trata de ilícito praticado na *internet*. Nessa linha, Marinoni (2019, não paginado) sustenta que

Determinadas situações, quando contrárias a certos direitos, devem ser removidas. É o caso da divulgação, através de outdoor, de propaganda que configura concorrência desleal. A divulgação dessa propaganda constitui ilícito, embora esse último possua efeitos que caminham no tempo. Porém, a evidência da necessidade da remoção do ilícito está na necessidade de se dar efetividade às normas de direito material que, objetivando a prevenção, proíbem certas condutas

De fato, a ressalva expressa constante da ADPF 130, deveria conduzir à uma inequívoca aplicação do CPC/15 nas demandas envolvendo violação dos direitos da personalidade, o que por si só remeteria a discussão sobre o acerto ou não dessas decisões proferidas nos juízos de primeiro grau, para as vias recursais ordinárias, afastando da generalidade de casos, o requisito da “estrita aderência” entre *qualquer* reclamação constitucional e decisões desse estrito cariz, que somente deveriam ser submetidas ao STF na via extraordinária.

Todavia, não é o que vem ocorrendo, pois o próprio STF tem, por reiteradas e inúmeras vezes, de forma casuística, concedido reclamações constitucionais que, quando se trata dessa matéria mais parecem recursos de agravo de instrumento, tamanha a porosidade do filtro processual que a Corte Suprema (não) impõe, para determinar a restabelecimento de matérias ofensivas às honras das pessoas, e faz isso negando vigência ao art. 497 do CPC/15⁴⁷. Ou seja, se censura está a significar prévia submissão de conteúdo a um órgão estatal para posterior publicação ou veto a essa, o próprio Supremo tem negado vigência ao CPC sem declarar a inconstitucionalidade ou mesmo interpretação conforme do referido dispositivo, negando vigência ainda ao princípio da inafastabilidade da jurisdição. Esse

⁴⁷ Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo.

fenômeno, o de afastar dispositivos legais sem declarar-lhe a inconstitucionalidade ou mesmo conferir-lhe interpretação conforme, é identificado por Streck (2011) como “baixa constitucionalidade”, é dizer, “que, hermeneuticamente, estabelece o limite do sentido e o sentido do limite de o jurista dizer o Direito, impedindo, consequentemente, a manifestação do sentido do ser (do Direito)”. A idiosincrasia é que aqui, é a Corte Constitucional a negar vigência a um dispositivo vigente e válido do CPC.

A bem da verdade, o que tem ocorrido na prática é a concessão casuística de reclamações constitucionais, inclusive, com o aporte de novas teorias estrangeiras (lembre-se, o Brasil não possui fábrica, mas montadoras de institutos jurídicos) que sequer constavam do precedente paradigma, reforçando assim a impossibilidade de prestação de tutela inibitória-removedora do ilícito, como a chamada doutrina do *chilling effect*.

Na prática, tem sido bastante comum que, valendo-se da ADPF 130, veículos de comunicação e jornalistas têm se utilizado do instrumento da reclamação constitucional, de modo a imediatamente submeter à Corte Constitucional as decisões de primeiro grau, o que tem gerado um esvaziamento do conteúdo daquele próprio julgamento, relativamente às ressalvas quanto à tutela da honra e da imagem alheias feitas pela própria jurisdição constitucional.

Evidentemente, na ADPF 130 não houve a formulação de nenhuma sentença aditiva, técnica de decisão, passível de ser adotada em sede de controle normativo abstrato de constitucionalidade, como é o caso da ADPF, que pode ser ainda de nulidade total, a de nulidade parcial e a de nulidade parcial sem redução de texto. O STF adotou, como visto, a posição de declarar a nulidade total, pela não recepção da Lei de Imprensa e, dessa forma, entendeu que a relação de interdependência dos dispositivos impugnados, aí compreendido o já citado direito de resposta, inviabilizaria por completo o diploma normativo. Poderia, ainda, nesse sentido, ter proferido uma decisão manipulativa de efeitos aditivos, o que também não ocorreu. (MENDES, 2007, *passim*). Daí porque não houve a fixação de regra adicional a ser seguida pelos juízos e tribunais abaixo, sendo dotada de efeitos meramente

ablativos, ou seja, uma obrigação negativa no sentido de não aplicar a norma extirpada do ordenamento.

Assim, toda a tutela judicial, cível e penal, deveria ficar a cargo dos juízes das instâncias ordinárias, e foi assim que a Corte Constitucional decidiu. Somente seria de se admitir, por essa linha de raciocínio, que a Suprema Corte processasse reclamações constitucionais nos casos em que, efetivamente, estivessem sendo aplicadas a Lei de Imprensa (por exemplo uma acusação penal baseada em dispositivo não recepcionado) ou eventualmente um direito de resposta com base na lei nulificada. Temos que somente assim restaria preenchido, de forma ortodoxa, o requisito da “estrita aderência” entre uma decisão de primeira instância eventualmente reclamada, e a *parte* vinculante do acórdão paradigma (o seu dispositivo).

No entanto, na prática o filtro tem sido muito mais poroso (e discricionário), porque o Supremo tem se comportando como verdadeira Corte ordinária de apelação, ainda que contrariamente à sua própria jurisprudência, pois aplica de forma monocular a ADPF 130, para dar um excessivo a liberdade de imprensa (de manifestação do pensamento), eclipsando a “outra metade” do julgamento, em que ele próprio ressalvou a necessidade/possibilidade de se responsabilização dos veículos de comunicação, pessoas físicas e jurídicas, pelos excessos cometidos.

Com base no chamado efeito resfriador (*chilling effect*), não é incomum se deparar com Ministros do Supremo Tribunal Federal sustando os efeitos de decisões de primeiro grau de jurisdição, que determinam a retirada de matérias de sítios eletrônicos⁴⁸. A Primeira Turma chega a fazer juízo de equivalência entre tutela antecipada e censura⁴⁹, constando dos conectivos da ementa que a “determinação

⁴⁸ Assim, por exemplo: Rcl 43190 MC/DF Relator(a): Min. ROSA WEBER Julgamento: 18/09/2020; Rcl 28747 AgR, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Relator(a) p/ Acórdão: LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 05/06/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-239 DIVULG 09-11-2018 PUBLIC 12-11-2018.

⁴⁹ No citado caso, os conectivos da Ementa afirmam que a “determinação de retirada de conteúdo da *internet*” redundaria em configuração de “censura prévia”, e que “A medida própria para a reparação do eventual abuso da liberdade de expressão é o direito de resposta e não a supressão liminar de texto jornalístico, antes mesmo de qualquer apreciação mais detida quanto ao seu conteúdo e potencial lesivo” (Rcl 28747 AgR, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Relator(a) p/ Acórdão: LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 05/06/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-239 DIVULG 09-11-2018 PUBLIC 12-11-2018).

de retirada de conteúdo da internet” redunda em configuração de “censura prévia”, e que “A medida própria para a reparação do eventual abuso da liberdade de expressão é o direito de resposta e não a supressão liminar de texto jornalístico, antes mesmo de qualquer apreciação mais detida quanto ao seu conteúdo e potencial lesivo o que é absolutamente equivocado, pois como assinalam Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2022, p. 771)

O problema de uma definição demasiadamente ampla de censura, como abrangendo toda e qualquer restrição à liberdade de expressão, é de que ela acabaria por transformar a liberdade de expressão em direito absoluto, o que não se revela como sustentável pelo prisma da equivalência substancial e formal entre a liberdade de expressão e outros bens fundamentais, pelo menos a dignidade da pessoa humana e os direitos de personalidade

Percebe-se, assim, inexistir um alinhamento nessa equiparação de censura e remoção do ilícito, com a linha de intelecção da ADPF 130 (muito menos a sua parte dispositiva), no que assegurou a aplicação das disposições do CPC/15 e, como veremos mais adiante, no âmbito da própria Suprema Corte há uma clara volatilidade em torno desse tema.

É que a síntese fixada pelo Supremo em torno da chamada liberdade de imprensa, parece ter estabelecido duas premissas muito claras. Primeira, a de que a interdição da via legislativa é apenas parcial, havendo, nesse ponto, o que o Ministro Gilmar Mendes assinalou ser uma reserva legal qualificada, no sentido de que se for para tutelar outros bens jurídicos constitucionalmente relevantes, como a honra e a imagem, temos na realidade brasileira algo muito similar ao modelo alemão, conforme analisamos no item precedente deste trabalho.

É fácil ver, assim, que o texto constitucional não excluiu a possibilidade de que se introduzam limitações à liberdade de expressão e de comunicação, estabelecendo, expressamente, que o exercício dessas liberdades há de se fazer com observância do disposto na Constituição. Não poderia ser outra a orientação do constituinte, pois, do contrário, outros valores, igualmente relevantes, quedariam esvaziados diante de um direito avassalador, absoluto e insuscetível de restrição.

Mais expressiva, ainda, parece ser, no que tange à liberdade de informação jornalística, a cláusula contida no art. 220, § 1º, segundo a qual “nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”.

Como se vê, a formulação aparentemente negativa contém, em verdade, uma autorização para o legislador disciplinar o exercício da liberdade de imprensa, tendo em vista, sobretudo, a proibição do anonimato, a outorga do direito de resposta e a

inviolabilidade da intimidade da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. Do contrário, não haveria razão para que se mencionassem expressamente esses princípios como limites para o exercício da liberdade de imprensa.

Tem-se, pois, aqui expressa a reserva legal qualificada, que autoriza o estabelecimento de restrição à liberdade de imprensa com vistas a preservar outros direitos individuais, não menos significativos, como os direitos da personalidade em geral.

Que a matéria não é estranha a uma disciplina legislativa é o próprio texto que o afirma explicitamente, ao conferir à lei federal a regulação das diversões e dos espetáculos públicos (natureza, faixas etárias a que se não recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada), o estabelecimento de mecanismos de defesa contra programas e programações de rádio e de televisão que, v. g. , sejam contrários a valores éticos e sociais da pessoa e da família (CF, arts. 220, § 2º, e 221, IV)

Essa posição, de reserva legal negativa, viria a ser confirmada pelo próprio Supremo Tribunal Federal, o que equivale dizer, exatamente, que a tese aparentemente vencida, sagrou-se vencedora no tribunal da história, e num curto espaço de tempo.

A segunda premissa da ADPF 130, é a de que a imprensa, por pessoas naturais ou jurídicas, não está imune à incidência da legislação penal e civil. Essa ressalva, como já dito, constou expressamente da Ementa (resumo da íntegra do julgamento), nada obstante tenha sido novamente reafirmada no RE nº 511.961/SP (BRASIL, 2009). Naquela oportunidade, o Supremo Tribunal Federal desobrigou os jornalistas de serem possuidores de diploma devidamente registrado, para o exercício profissional, com a anotação expressa de que as tutelas judiciais calcadas em lei penal e civil não estão excluídas.

As violações à honra, à intimidade, à imagem ou a outros direitos da personalidade não constituem riscos inerentes ao exercício do jornalismo; são, antes, o resultado do exercício abusivo e antiético dessa profissão. O jornalismo despreparado diferencia-se substancialmente do jornalismo abusivo. Este último, como é sabido, não se restringe aos profissionais despreparados ou que não frequentaram um curso superior. As notícias falaciosas e inverídicas, a calúnia, a injúria e a difamação constituem grave desvio de conduta e devem ser objeto de responsabilidade civil e penal. Representam, portanto, um problema ético, moral, penal e civil, que não encontra solução na formação técnica do jornalista. Dizem respeito, antes, à formação cultural e ética do profissional, que pode ser reforçada, mas nunca completamente formada, nos bancos de uma faculdade.

A responsabilização penal, também é objeto de caso concreto, estando inserida no repertório jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, o qual manteve a condenação do famoso jornalista Paulo Henrique Amorim, por crime contra a honra, porque “A Constituição da República não protege nem ampara opiniões, escritos ou palavras cuja exteriorização ou divulgação configure hipótese de ilicitude penal” (BRASIL, 2015).

Mesmo assim, a questão da responsabilização civil está novamente inserida na pauta do Supremo Tribunal, para (re)discussão no Plenário sob a roupagem de Recurso Extraordinário com repercussão geral reconhecida⁵⁰, no qual se discute a possibilidade de responsabilização de veículo de comunicação por entrevista concedida por terceiro, cujo julgamento ainda se encontra inconcluso por força de pedido de vista do Ministro Roberto Barroso (desde agosto de 2020⁵¹).

O que fica evidente, é que a ADPF 130 acabou criando mais problemas do que estabelecendo uma solução, isto é, não foi um ponto de chegada, mas apenas o início de uma espiral infindável de discussões em torno da liberdade de expressão. Apesar de processo objetivo, criou vários subjetivismos. A despeito do seu efeito meramente ablativo, que via de consequência gerou a ab-rogação do diploma normativo nela impugnado, o próprio STF tem ido além dos limites daquele julgamento, para (re)interpretar constantemente as razões de decidir (*ratio decidendi*) do acórdão, repleto de orações adversativas (“via de regra, salvo se”), por

⁵⁰ LIBERDADE DE EXPRESSÃO - DIREITO-DEVER DE INFORMAR - REPRODUÇÃO DE ENTREVISTA - JORNAL - RESPONSABILIDADE ADMITIDA NA ORIGEM - RECURSO EXTRAORDINÁRIO - REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia alusiva à possibilidade ou não de responsabilizar civilmente veículo de comunicação ante publicação de entrevista de terceiro. (RE 1075412 RG, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 17/05/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-124 DIVULG 21-06-2018 PUBLIC 22-06-2018)

⁵¹ A súmula de julgamento, até aqui, é a seguinte: “Após o voto-vista do Ministro Alexandre de Moraes, que negava provimento ao recurso extraordinário e fixava a seguinte tese (tema 995 da repercussão geral): “A plena proteção constitucional à liberdade de imprensa é consagrada pelo binômio liberdade com responsabilidade, não permitindo qualquer espécie de censura prévia, porém admitindo a possibilidade posterior de análise e responsabilização por informações comprovadamente injuriosas, difamantes, caluniosas, mentirosas, e em relação a eventuais danos materiais e morais, pois os direitos à honra, intimidade, vida privada e à própria imagem formam a proteção constitucional à dignidade da pessoa humana, salvaguardando um espaço íntimo intransponível por intromissões ilícitas externas”, no que foi acompanhado pelos Ministros Dias Toffoli (Presidente) e Ricardo Lewandowski; do voto da Ministra Rosa Weber, que acompanhava o Ministro Marco Aurélio (Relator); e do voto da Ministra Cármen Lúcia, que acompanhava a divergência inaugurada pelo Ministro Edson Fachin, pediu vista dos autos o Ministro Roberto Barroso. Plenário, Sessão Virtual de 14.8.2020 a 21.8.2020”.

critérios não claros, o requisito da “estrita aderência” e, mesmo que não se trate da aplicação por algum juízo de primeiro grau da Lei de Imprensa em determinado caso concreto, a Corte Suprema de forma errática, ora recebe reclamações afirmando a estrita aderência por violação aos “fundamentos” daquela arguição de descumprimento fundamental (que são demasiado extensos e retóricos) ora não as conhece, por carecer a chamada “estrita aderência”, mesmo que se trate de casos similares. Ela (a ADPF), tratou de temas tão vastos, quanto ambíguos, de modo que uma ampla e variada gama de assuntos poderiam ser objeto de Reclamação Constitucional. Por exemplo, a ementa do Acórdão fala em “modicidade de indenização por dano moral para agentes públicos”. Seria cabível, dentro de um conceito amplo de estrita aderência, conectar uma Reclamação para debater o quantum fixado em sede de sentença fixando indenização por dano moral, suprimindo as instâncias ordinárias. Igualmente ressalvada a tutela penal do jornalista. Imaginemos então uma absolvição, afirmando uma eventual imunidade do jornalista para os crimes de palavra. O Ministério Público poderia, seguindo a premissa fluida argumentativa que tem sido aceita pela Suprema Corte desde 2009 quando julgada a ADPF 130, ao invés de interpor uma Reclamação Constitucional ao invés de interpor uma apelação criminal. Parece-nos que este último exemplo, bem ilustra o equívoco de se admitir indiscriminadamente o manejo de reclamações constitucionais para debater remoções de matérias determinadas cautelar e liminarmente por juízos de primeira instância. Aqui é preciso deixar clara a nossa posição. A Reclamação Constitucional que em tese é cabível com base no precedente fixado em sede de processo objetivo (ADPF) que teve por tema a “Lei de Imprensa”, somente se verifica nos casos em que algum juízo, tribunal ou o Ministério Público pretendam a aplicação da referida lei, por exemplo, uma denúncia por crime de injúria previsto no art. 22 da indigitada lei. Como a sentença constitucional é de efeitos ablativos, somente um ato aplicando a lei não recepcionada, é que admitiria reclamação diretamente junto à Corte Suprema.

De fato, é possível verificar que não há um critério jurisprudencial seguro. É perceptível haver “jurisprudências”⁵² do caso concreto, mas não numa linha clara

⁵² Sabe-se que não existe o termo “jurisprudências” (ou não deveria), porque isso significa a antítese do que é realmente jurisprudência, grosso modo, o conjunto de decisões num mesmo sentido, oferecendo ao operador do direito um mínimo de segurança jurídica. “Jurisprudências” é a antítese

demarcada, porque em determinadas situações o STF praticamente outorga uma cláusula de irresponsabilidade civil e penal ao jornalista, ora vai no sentido oposto. Por exemplo, em outro caso envolvendo o jornalista Paulo Henrique Amorim⁵³, o Supremo autorizou a divulgação da matéria ofensiva. O caso em comento, é emblemático porque ele significa a verdadeira negação da ADPF 130, porque nele ficou peremptoriamente afastada a possibilidade de responsabilização civil do jornalista em questão, “[a]rbitrária, desse modo, e inconciliável com a proteção constitucional da informação a repressão, ainda que civil, à crítica jornalística, pois o Estado – inclusive seus Juízes e Tribunais – não dispõe de poder algum sobre a palavra, sobre as ideias e sobre as convicções manifestadas pelos profissionais da Imprensa” (BRASIL, 2019). Como se afere, nesse específico caso concreto datado de 2019, o STF (ainda que por um órgão fracionário), outorgou uma espécie de imunidade absoluta ao jornalista, algo que não foi cogitado na ADPF 130 e que, atualmente, sequer é a linha que vem seguindo pelo Tribunal em caso de parlamentar federal, cuja imunidade pelos delitos de palavra é explícita na CF/88, prerrogativa institucional que vem sendo afastada quando se trata de discurso de ódio⁵⁴. O que torna a situação ainda mais heterodoxa, é que no caso em comento houve a supressão de duas outras vias processuais sujeitas a filtros processuais, inclusive do da repercussão geral, pois ainda seriam cabíveis o Recurso Especial e o Recurso Extraordinário, porém, em sede de simples reclamação, o STF cassou Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo.

No entanto, como mencionado, não há uma lógica estabelecida no órgão judiciário de cúpula, porque essa mesma 2ª Turma, também em sede de Reclamação, seguiu linha diametralmente oposta, ao acertadamente manter a integridade/coerência da ADPF 130 e do sistema processual civil, ao estabelecer a necessidade de

da segurança jurídica, é a total incerteza daquele que precisa do Poder Judiciário, que vê sua sorte amarrada à distribuição do processo, que pode cair numa turma “boa” ou com um ministro “bom”.

⁵³ Esse mesmo jornalista, contudo, havia tido contra si uma condenação penal por crime de injúria, a qual fora imposta pelo mesmo judiciário paulista (órgão recorrido), em exemplo anterior citado nesta pesquisa, cuja sentença foi mantida pelo mesmo relator, Min. Celso de Mello – *vide* n.r. 112 - ARE 891647, julgado apenas 4 (quatro) anos antes.

⁵⁴ O passar do tempo, mostrou que o Supremo Tribunal pode não seguir essa linha, como está sendo evidenciado no caso do jornalista Allan dos Santos (maiores digressões adiante), em que o próprio STF dispôs de seus poderes, inclusive penais-originários, para adotar medidas visando interditar a atividade jornalística.

observância das vias recursais ordinárias, afirmando que “[a]s decisões na ADPF nº 130/DF e na ADI nº 4.451/DF-MC não constituem obstáculo ao acesso ao Poder Judiciário para a proteção do direito à intimidade e à honra daquele cuja imagem ou nome tenham sido expressamente relacionados na matéria jornalística objeto da controvérsia no caso concreto”. Portanto, é inviável a utilização da “...reclamação constitucional como sucedâneo dos meios processuais adequados colocados à disposição da parte para submeter a questão ao Poder Judiciário, com o demérito de provocar o exame *per saltum* pelo STF de questão a ser examinada pelos meios ordinários e respectivos graus” (BRASIL, 2017). Como se vê, há uma errática atuação judicial, um “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa” que parece algo já introjetado na *práxis* judicial brasileira, e é identificado por Streck (2011, não paginado) como solipsismo judicial.

Essa discricionariedade, na prática, assemelha-se à vulgata da filosofia da consciência, ao modo como o subjetivismo da modernidade compreende a própria realidade, ou seja, sem nenhum controle intersubjetivo. Nesse sentido, Lorenz B. Puntel levanta dois problemas graves a esse tipo de posição (que em outros textos chamei de “sujeito solipsista” e que Puntel denomina como “sujeito particularista”): o relativismo e a autocontradição. Para Puntel, o melhor modo de caracterizar o sujeito que se entende e age de modo particularista, em contrapartida, é descrevê-lo como o sujeito que não se orienta de modo algum por critérios objetivos ou faz isso de modo insuficiente (Puntel, Lorenz. Estrutura e ser. op. cit. p. 156). O autor, no entanto, critica essa postura, afirmando “...há que se ter o devido cuidado: a afirmação de que o “intérprete sempre atribui sentido (Sinnggebung) ao texto” nem de longe pode significar a possibilidade de autorizá-lo a “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”, atribuindo sentidos de forma arbitrária aos textos, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem “existência” autônoma)

Voltando agora à questão do voto vencido do Ministro Gilmar Mendes, sua tese foi a de manter vigentes as disposições da Lei de Imprensa, que tratavam do direito de resposta. Passados seis anos do julgamento, o Congresso Nacional editou a Lei nº 13.188 de 11 de novembro de 2015⁵⁵. Novamente, os setores da imprensa se insurgiram contra o diploma normativo editado, mediante ajuizamento das ADIs 5436, 5415 e 5418, julgadas parcialmente procedentes, apenas para declarar a inconstitucionalidade de parte do art. 10, que exigia a concessão de liminar junto ao tribunal competente, em “juízo colegiado prévio”, ou seja, na prática a lei suprimia a possibilidade de concessão de liminar em apelação ou agravo monocraticamente, o

⁵⁵ Referida lei, apesar de editada em plena era da *internet*, já nasceu vetusta, porque prevê no art. 3º a necessidade de exercício desse direito por “mediante correspondência com aviso de recebimento”. É, como se vê, uma lei analógica.

que restou afastado pelo Supremo, porque as liberdades de imprensa e de comunicação social devem se compatibilizar com os “preceitos constitucionais, tais como a vedação ao anonimato, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, o sigilo da fonte e a vedação à discriminação e ao discurso de ódio” (BRASIL, 2021, não paginado). O corolário lógico dessa parcial procedência, como se vê, é confirmar a tese da reserva legal qualificada e o acerto dos votos “vencidos” na ADPF 130.

Mas o tema da liberdade de expressão na jurisprudência do Supremo Tribunal não se exauriu (longe disso), estando inseridos na agenda do tribunal constitucional outros casos já julgados e ainda por julgar.

Em setembro de 2010, novamente o Ministro Ayres Britto (Relator da ADPF 130) enfrentou o tema da liberdade de expressão, daquela vez no contexto do processo eleitoral, sendo que o Plenário do STF deferiu medida cautelar na ADI 4451 para sustar os efeitos do inciso III, do art. 45 da Lei nº 9.504/1997⁵⁶, que veda num período específico a emissão de opinião. Ao suspender o artigo, ressaltou que *“(a)penas se estará diante de uma conduta vedada quando a crítica ou matéria jornalísticas venham a descambar para a propaganda política, passando nitidamente a favorecer uma das partes na disputa eleitoral”* (BRASIL, 2010, não paginado). O mérito da referida ação veio a ser julgado em 2018, já sob nova relatoria e, em que pese não integrar a parte dispositiva da sentença constitucional, o voto condutor do Ministro Alexandre de Moraes deixou expressa a possibilidade de se buscar a tutela judicial, inclusive penal, *a posteriori*, reafirmando assim a inteligência da ADPF 130, firmada anos antes. Nessa oportunidade, houve ressalva quanto às sanções por “por eventuais informações injuriosas, difamantes, mentirosas, e em relação a eventuais danos materiais e morais, pois o s direitos à honra, intimidade, vida privada e à própria imagem” (BRASIL, 2018).

⁵⁶ Art. 45. Encerrado o prazo para a realização das convenções no ano das eleições, é vedado às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e em seu noticiário: (Redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015)
[...]

III - veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes;

Trilhando no sentido de que a restrição ao legislador, no que tange à limitação da liberdade de expressão, é relativa e não absoluta (reserva legal qualificada), no ano de 2014 a Suprema Corte indeferiu medida cautelar na ADI 5136 (Relator Gilmar Mendes), ajuizada em face da Lei nº 12.663 de 5 de junho de 2012 – “Lei Geral da Copa”. O requerente naquela ação, o Partido da Social Democracia Brasileira/PSDB, sustentava que o dispositivo, ao limitar manifestações no âmbito das arenas desportivas onde viria a se realizar a Copa do Mundo de 2014, seria inconstitucional por cercear a liberdade de expressão. Ao indeferir o pleito, ficou estabelecido que houve um “[j]uízo de ponderação do legislador para limitar manifestações que tenderiam a gerar maiores conflitos e atentar contra a segurança dos participantes de evento de grande porte” (BRASIL, 2014, não paginado).

Houve coerência do Ministro Gilmar Mendes com o seu entendimento na ADPF da Lei de Imprensa, ficando claro em seu voto, a necessidade de ponderação naquele caso concreto examinado, havendo nesse sentido autorização constitucional ao legislador para limitar o direito, com generalidade e abstração, desde que preservado o núcleo essencial do direito (*Schranken-Schranken*).

É notória, por certo, a importância que a liberdade de expressão representa para o regime democrático, inclusive como instrumento para fomentar debates e “assegurar o combate intelectual de opiniões” (*den geistigen Kampf der Meinung zu gewährleisten*) (PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. Grundrechte Staatsrecht II. Heidelberg: C.F. Müller, 2007, p. 137). Não é verdade, contudo, que o constituinte concebeu a liberdade de expressão como direito absoluto, insuscetível de restrição, seja pelo Judiciário, seja pelo Legislativo. Há hipóteses em que essa acaba por colidir com outros direitos e valores também constitucionalmente protegidos. Tais tensões dialéticas precisam ser ponderadas a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade (BRASIL, 2020, não paginado).

Também naquele ano de 2014, o Supremo Tribunal enfrentou a questão atinente à “marcha da maconha”, o que ocorreu na ADPF 187, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República. Esse caso é relevante para o tema debatido nesta pesquisa, porque o eixo central da discussão girou em torno da restrição do delito de apologia ao crime⁵⁷, excluindo a possibilidade de subsunção formal à sua redação, da conduta daqueles que se reúnem publicamente para defender a legalização da

⁵⁷ Apologia de crime ou criminoso.

Art. 287 - Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime:
Pena - detenção, de três a seis meses, ou multa

comercialização da droga *canabis*. Ao julgar procedente a demanda, o STF adotou a técnica da interpretação conforme (*Verfassungskonforme Auslegung*), o que foi feito excluir a possibilidade de um tipo de específico de reunião, exatamente aquela realizada com viés de proselitismo político. Ao mesmo tempo, visando à compatibilização das liberdades públicas, considerada a natureza dúplice e a causa de pedir aberta desse tipo de ação – que poderia até mesmo redundar na ablação do artigo 287 do Código Penal do ordenamento jurídico brasileiro –houve a legitimação da criminalização de outras formas de discurso de incitação à prática de crime e do ódio (por exemplo, apologia ao racismo). Ou seja, há duas formas de interpretar esse julgamento, que foi, simultaneamente, uma afirmação da liberdade de expressão e uma (re)afirmação da constitucionalidade da limitação, inclusive penal, dessa liberdade pública, já que o dispositivo não foi nulificado (BRASIL, 2011).

Já no ano de 2015, novamente o tema da liberdade de expressão e de manifestação do pensamento voltaria a ser objeto de julgamento âmbito do STF, quando foi examinado o caso da necessidade de autorização do biografado, para a publicação de biografias, terminando a Corte por conferir interpretação conforme ao Código Civil e assentar a desnecessidade de prévia autorização, com expressa ressalva, no voto condutor, acerca possibilidade de responsabilização pelos abusos cometidos pelo autor-biógrafo, pois deve-se proteger a “[...] inviolabilidade do direito à intimidade e à privacidade, contra cujo abuso há normas pelas quais assegurada a responsabilidade dos autores da ação indevida” (BRASIL, 2016).

Podemos também apreender outro caso relevante, que foi o julgamento da ADPF 496, porque nela foi tangenciado o tema controle de convencionalidade,⁵⁸ sendo relevante para a compreensão do tema debatido contextualizar o pano de fundo. O Superior Tribunal de Justiça,⁵⁹ em alguns casos concretos sob sua análise, vinha

⁵⁸ Sabe-se que a partir do RE 466.343, o STF conferiu *status* de supralegalidade aos tratados internacionais de direitos humanos, de modo que há a possibilidade difusa de esse controle ser exercido nas instâncias diversas do Poder Judiciário.

⁵⁹ No sistema constitucional brasileiro, o STJ julga todas as causas decididas pelos tribunais ordinários, federais e estaduais, e tem a competência de interpretar o direito infraconstitucional dando-lhe uniformidade, conforme artigo 105 inciso III alínea “a” da CF/88. No exercício dessa competência, o Corte Superior pode cotejar tratado (caso do Pacto de San Jose da Costa Rica) e lei federal (caso do Código Penal).

entendendo que a crime de desacato⁶⁰ teria sido derogado pela Convenção Interamericana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica⁶¹, justamente diante da sua incompatibilidade com o direito à liberdade de expressão, ou seja, qualquer manifestação do cidadão dirigida a um funcionário, em razão dessa peculiar situação, não poderia ser penalizada por ser incompatível com a liberdade de opinião. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, então, manejou uma ADPF exatamente com o objetivo de declarar não recepcionado o artigo 331 do Código Penal Brasileiro (de 1941) pela ordem constitucional vigente, cujo eixo central da petição inicial foi exatamente a liberdade de expressão, afirmando que *“o tipo penal do desacato tem reprimido a liberdade de expressão de cidadãos, que são intimidados a não se manifestarem diante de condutas praticadas por agentes públicos por receio de incorrer no tipo de desacato”*. Curiosamente, a arguente OAB afirmou que a incompatibilidade do crime de desacato e a liberdade de expressão redundaria, exatamente, da inteligência da ADPF 130 (Lei de Imprensa) e da ADI 4815 aqui já mencionadas. No entanto, o STF não acolheu a tese, por entender que *“a liberdade de expressão não é um direito absoluto e, em casos de grave abuso, faz-se legítima a utilização do direito penal para a proteção de outros interesses e direitos relevantes”*. Logo, existe um critério de isonomia material que justifica o fato de que os funcionários públicos estão, no exercício da função, em posição diferenciada em relação ao particular, de modo que *“[a] diversidade de regime jurídico – inclusive penal – existente entre agentes públicos e particulares é uma via de mão dupla: as consequências previstas para as condutas típicas são diversas não somente quando os agentes públicos são autores dos delitos, mas, de igual modo, quando deles são vítimas”* (BRASIL, 2020).

Ainda há grandes temas a serem debatidos no âmbito do STF, especialmente no que diz respeito ao ambiente da *internet*, como a impugnação do artigo 19 da Lei nº 12.965/2014 - Marco Civil da *Internet*, que traz cláusula de reponsabilidade do provedor. Esse tema é objeto de RE em que figura como recorrente *Facebook Serviços Online do Brasil Ltda.*, tendo sido reconhecida a repercussão geral da

⁶⁰ Desacato

Art. 331 - Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.

⁶¹ O próprio STJ veio a uniformizar o entendimento de que não houve a derrogação do crime, pela tese da suprallegalidade derogatória (BRASIL, 2017).

matéria desde o ano de 2018, ainda sem previsão de julgamento (Tema 987).⁶² De igual modo, com repercussão geral reconhecida desde 2012, o agravo em RE em que figura como recorrente o *Google Brasil Internet Ltda.* (Tema 533⁶³).

Com julgamento em curso da, podemos mencionar ainda a ADPF 403, ajuizada pelo Partido Popular Socialista/PPS, no qual se impugna decisão de juiz do Estado de Sergipe, que determinou a suspensão do *WhatsApp* por 72 (setenta e duas) horas, em todo o território nacional, invocando assim o Partido arguente violação ao art. 5º inciso IX⁶⁴ da Constituição. A ação foi processada, tendo sido realizadas diversas audiências públicas, iniciado o julgamento, seu curso foi suspenso com pedido de vista do Ministro Alexandre de Moraes⁶⁵ (desde 28/05/2020). Por fim, merece destaque a ADI 5527, ajuizada pelo Partido da República/PR, tendo por pano de fundo situações concretas, isto é, decisões judiciais dos juízos de São Bernardo do Campo/SP, Teresina/PI e a mesma decisão de Sergipe (Comarca de Lagarto), todas citadas na petição inicial, mas que no plano da normatividade e da abstração que se exigem de um processo objetivo, impugna dispositivos do Marco Civil da *Internet*.

⁶² EMENTA Direito Constitucional. Proteção aos direitos da personalidade. Liberdade de expressão e de manifestação. Violação dos arts. 5º, incisos IV, IX, XIV; e 220, caput, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal. Prática de ato ilícito por terceiro. Dever de fiscalização e de exclusão de conteúdo pelo prestador de serviços. Reserva de jurisdição. Responsabilidade civil de provedor de internet, websites e gestores de aplicativos de redes sociais. Constitucionalidade ou não do art. 19 do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14) e possibilidade de se condicionar a retirada de perfil falso ou tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente somente após ordem judicial específica. Repercussão geral reconhecida. (RE 1037396 RG, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 01/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-063 DIVULG 03-04-2018 PUBLIC 04-04-2018).

⁶³ GOOGLE – REDES SOCIAIS – SITES DE RELACIONAMENTO – PUBLICAÇÃO DE MENSAGENS NA INTERNET – CONTEÚDO OFENSIVO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROVEDOR – DANOS MORAIS – INDENIZAÇÃO – COLISÃO ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO vs. DIREITO À PRIVACIDADE, À INTIMIDADE, À HONRA E À IMAGEM. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO PLENÁRIO VIRTUAL DESTA CORTE. (ARE 660861 RG, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 22/03/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-219 DIVULG 06-11-2012 PUBLIC 07-11-2012)

⁶⁴ IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

⁶⁵ O extrato da Ata é o seguinte: “Decisão: Após o voto do Ministro Edson Fachin (Relator), que julgava procedente o pedido formulado na arguição de descumprimento de preceito fundamental para declarar a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto tanto do inciso II do art. 7º, quanto do inciso III do art. 12 da Lei 12.965/2014, de modo a afastar qualquer interpretação do dispositivo que autorize ordem judicial que exija acesso excepcional a conteúdo de mensagem criptografada ponta-a-ponta ou que, por qualquer outro meio, enfraqueça a proteção criptográfica de aplicações da internet; e do voto da Ministra Rosa Weber, que acompanhava o Ministro Relator, mas dava interpretação conforme à Constituição a esses dispositivos, pediu vista dos autos o Ministro Alexandre de Moraes. Ausentes, justificadamente, o Ministro Celso de Mello e, por motivo de licença médica, o Ministro Dias Toffoli (Presidente). Presidência do Ministro Luiz Fux (Vice-Presidente). Plenário, 28.05.2020 (Sessão realizada inteiramente por videoconferência - Resolução 672/2020/STF)”.

Referida ação, sob as premissas da liberdade de expressão, visa a declaração de inconstitucionalidade do “[...] artigo 12 incisos III e IV do art. 12 da Lei n. 12.965/14,⁶⁶ bem como a interpretação conforme do art. 10, §2º,⁶⁷ a fim de que seja limitado o seu alcance aos casos de persecução criminal”. O julgamento dessa ADI foi iniciado, também suspenso com pedido de vista do Ministro Alexandre de Moraes⁶⁸ (desde 28/05/2020).

De todos esses casos enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal até aqui, pode-se extrair uma constante, um elemento fixo, uma “norma” da interpretação constitucional em torno da liberdade de expressão (liberdade de manifestação do pensamento em todas as suas espécies). A necessidade de convivência dessa liberdade com os limites impostos pelos demais direitos constitucionais e legais, em especial os direitos da personalidade. Portanto, a despeito das contradições internas aferidas nos julgamentos do STF, que decorrem mais das posturas solipsistas diante dos casos concretos analisados por órgãos julgadores diversos (ou às vezes dentro do mesmo colegiado e pelo mesmo julgador, como aqui demonstrado), em torno de reclamações constitucionais examinadas (processos subjetivos), é possível afirmar que “a” jurisprudência da Suprema Corte é: a liberdade de expressão (de imprensa, de opinião e de manifestação do pensamento) é restringível e encontra seus limites nos direitos da personalidade e nos direitos fundamentais como um todo.

⁶⁶Art. 12. Sem prejuízo das demais sanções cíveis, criminais ou administrativas, as infrações às normas previstas nos arts. 10 e 11 ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções, aplicadas de forma isolada ou cumulativa:

[...]

III - suspensão temporária das atividades que envolvam os atos previstos no art. 11; ou

IV - proibição de exercício das atividades que envolvam os atos previstos no art. 11.

⁶⁷ Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.

[...]

§ 2º O conteúdo das comunicações privadas somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, respeitado o disposto nos incisos II e III do art. 7º.

⁶⁸ O extrato da Ata é o seguinte: “Decisão: Após o voto do Ministro Edson Fachin, que acompanhava a Ministra Rosa Weber (Relatora), mas declarava a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto do inciso II do art. 7º e do inciso III do art. 12 da Lei 12.965/2014, pediu vista dos autos o Ministro Alexandre de Moraes. Ausentes, justificadamente, o Ministro Celso de Mello e, por motivo de licença médica, o Ministro Dias Toffoli (Presidente). Presidência do Ministro Luiz Fux (Vice-Presidente). Plenário, 28.05.2020 (Sessão realizada inteiramente por videoconferência - Resolução 672/2020/STF)”.

Nada obstante essa jurisprudência da “normalidade”, há ainda um último caso a ser aqui citado, porque é “o” julgamento do Supremo Tribunal Federal mais detalhado até aqui, em torno do tema da desinformação, que foi a ADPF 572, ajuizada pelo Partido Rede Sustentabilidade, e que impugnou a Portaria da Presidência do Supremo Tribunal nº 69 de 14 de março de 2019, instaurando o inquérito penal originário e que tem por objeto *“investigação de notícias fraudulentas (fake news), falsas comunicações de crimes, denúncias caluniosas, ameaças e demais infrações revestidas de animus caluniandi, diffamandi ou injuriandi, que atinjam a honorabilidade institucional do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL e de seus membros, bem como a segurança destes e de seus familiares”*.

Aqui cabe uma última observação. Não é objeto deste trabalho adentrar em exame aprofundado acerca da (in)constitucionalidade do ato administrativo e juridicidade mesma da investigação penal em curso no âmbito da Suprema Corte, especialmente tendo em vista as suas competências previstas no art. 102 da Constituição Federal. Contudo, ainda que de forma sintética, ressalvamos nosso entendimento pessoal, no sentido de que o fundamento invocado pelo Partido arguente não nos parece ter sido o mais acertado para sustentar a inconstitucionalidade do chamado “inquérito das fake news”, porque o eixo central da tese girou em torno do princípio acusatório e da separação entre as funções de julgar (cometida ao Poder Judiciário) e acusar (cometida com privatividade ao Ministério Público, pelo artigo 129 inciso I da CF/88). É que a questão relativa a esse princípio é ainda muito mal resolvida no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, inclusive, no ano de 2009 o então Senador Renato Casagrande chegou a protocolar o Requerimento 277, objetivando que o Senado Federal nomeasse a comissão de juristas que se encarregaria de apresentar um anteprojeto de novo Código de Processo Penal, com expressa previsão do princípio acusatório (ANDRADE, 2013, p. 475). A adoção legal da modelagem acusatória, viria a ser finalmente incorporada na lei, em razão do artigo 3º-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019 (cognominada de “pacote anticrime”), criando o chamado “juiz de garantias”. Nada obstante, esse dispositivo está suspenso por força de medida cautelar concedida monocraticamente (ainda não referendada) pelo Ministro Luiz Fux, nas ADI’s 6298, 6299, 6300 e 6305. Tudo a denotar que o sistema brasileiro ainda é um terreno movediço no que tange à adoção do sistema acusatório, que

conta, segundo Andrade (ibid.), com elementos fixos e variáveis, razão pela qual muitos ainda podem enxergar o sistema constitucional como de natureza mista. O fato, portanto, é que em nossa opinião, o inquérito das fake news como ato estatal de natureza administrativa (a sua instauração mesma, não é jurisdicional) e bem assim a atividade instrutória e decisória nele desenvolvida, padece de inconstitucionalidade porque calcado no artigo 43 do Regimento Interno do RISTF (*“Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro”*) que foi recepcionado, na esteira da própria jurisprudência do STF, com status de lei ordinária. Nesse sentido, não se pode interpretar a Constituição de acordo com as leis ou o RISTF, e sim o contrário. Logo, a nosso aviso, a interpretação conforme desse artigo, para que haja sua compatibilidade vertical com o Texto Maior, é situar no Presidente do STF a autoridade administrativa para “requisitar” ao órgão competente (polícia judiciária, de regra) a instauração da investigação por fatos em tese dotados de tipicidade penal e que tenham ocorrido nas dependências (físicas) do tribunal, correndo as medidas a ele pertinentes, na justiça de primeiro grau. Na era analógica, qualquer um que fosse instado a hipotetizar sobre uma situação concreta envolvendo o RISTF, imaginaria um Ministro sendo desacatado por um advogado da tribuna, ou talvez um servidor extraviando dolosamente autos processuais, enfim, situações semelhantes a essas e, diante do fato, não seria da competência de um de seus ministros, mas sim do Presidente requisitar à autoridade administrativa competente, a instauração de inquérito com base em tal dispositivo regimental (imagina-se – e não é uma possibilidade remota – que ao longo da história do STF, já que esse artigo é pré CF/88, concretamente tenham sido poucas as vezes em que isso ocorreu). Todavia, ADPF 572 expandiu não só o espectro de possibilidades, como conferiu uma interpretação sui generis para o critério geográfico previsto na regra regimental, pois a competência do STF transpôs os muros físicos e os limites territoriais do próprio Tribunal (e do Distrito Federal), para alcançar o universo online, isto é, qualquer crime direcionado aos membros daquele tribunal, estão sujeitos à sua própria competência, inclusive se o agente estiver no exterior. Neste caso, parece ter havido a interpretação da CF/88 de acordo com o RISTF. Além disso, se o próprio Supremo afirma que os tratados internacionais têm status de supralegalidade, ele mesmo, o RISTF deve passar no teste de convencionalidade. Assim, parece também mal

resolvida a questão do juiz natural, “independente e imparcial”, prevista no artigo 8 item 1 do Pacto de San Jose da Costa Rica. Em suma, parece-nos mal articulada a tese da violação ao princípio acusatório. Os vícios do ato impugnado, que entendemos presentes, decorreriam de ausência de previsão expressa no art. 102 da CF para essa competência judicialiforme do STF e de seus membros (doutrina do silêncio eloquente) e da violação ao juiz natural, porque a competência penal originária do Supremo, de forma expressa, se dá em razão da função (competência penal originária *ratione functionae*) e não em razão da vítima (seja ela o próprio Tribunal ou os seus membros). Esse não foi, contudo, o entendimento adotado pelo STF, o que certamente irá impactar na lógica do sistema de justiça, como adiante veremos.

3 A DEMOCRACIA IMPACTADA PELA LIBERDADE DE EXPRESSÃO 4.0

Até aqui, foi possível enxergar os antecedentes que criaram as condições de possibilidade para a manifestação e circulação do pensamento crítico, predicado de fato necessário para qualquer sociedade nas quais a democracia possa se estabelecer. A manutenção desse valor, tão caro a qualquer grupamento humano que se pretenda livre, já é outra questão e depende do equilíbrio do exercício mesmo dessa liberdade fundamental.

Estabelecido, então, o de “onde” viemos, é preciso bem enxergar o problema da realidade contextual brasileira hodierna, no que diz respeito ao uso da *internet* e das TIC's, pois esses tem sido meios pelos quais tem havido um já inegável desequilíbrio da estabilidade institucional do país, decorrente do uso abusivo das liberdades de manifestação do pensamento. É preciso, então, entender o “hoje”.

Também como já exposto, os episódios da última década foram proporcionados, a nosso aviso, em grande parte por causa do entendimento firmado pelo STF, que proporcionou a completa desregulamentação do *marketplace*, apostando todas as fichas na “regulação social” da *internet*. Se foi assim em 2009, hoje já não é possível dizer o mesmo. A questão é, como identificou Sunstein (1995, p. 93), que a “liberdade de expressão é às vezes utilizada para minar a democracia”⁶⁹.

A compreensão em torno do que vem a ser a corrosão do regime democrático, patologia que decorre do desequilíbrio entre o uso e o abuso da liberdade de expressão, impõe compreender minimamente o atual estágio da sociedade. A seguir, vamos examinar como esse direito humano fundamental, constitucionalizado, tem paradoxalmente contribuído para o enfraquecimento do regime democrático e para a livre circulação de ideias.

⁶⁹ No original: “My special concern is that the First Amendment is sometimes used to undermine democracy” (SUNSTEIN, 1995. p. 93).

3.1 A QUARTA REVOLUÇÃO E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Como tivemos a oportunidade de pormenorizar, o direito fundamental à liberdade de expressão tem o seu surgimento praticamente imbrincado com o surgimento da própria democracia, no contexto revolucionário do Século XVIII. De lá para cá, o modelo de sociedade passou por profundas transformações.

Essas mutações ocorreram e vêm ocorrendo de forma não linear e não concertada na linha do contínuo-espaco tempo, estando sujeitas a variáveis, que decorrem basicamente de confluências entre o político e o econômico. Para os fins desta seção, torna-se relevante identificar, para fins de recorte metodológico, a existência de três grandes revoluções industriais.

Em resumo, a primeira delas se deu com a produção industrial, o uso aplicado do carvão, a utilização de máquinas na cadeia de produção e teve seu epicentro na Inglaterra. Num segundo momento, houve um aprimoramento desse ferramental, agregando-se o emprego do petróleo e eletricidade e a produção em escala. Na terceira fase, houve um ganho técnico-científico e informacional, com avanços na informática, robótica, telecomunicações, transportes, biotecnologia e química fina, além da nanotecnologia. Atualmente, é possível falar em uma quarta fase, ou também revolução 4.0 (BOETTCHER, 2015). Percebe-se, nesse sentido, que a lógica do desenvolvimento do capitalismo sempre andou junto com a afirmação das liberdades públicas e dos direitos fundamentais. Em termos resumidos, em reação aos estados absolutistas, os direitos individuais de liberdade; dos abusos contra o “chão da fábrica”, advieram os direitos sociais e busca do bem-estar social; na terceira dimensão dos direitos fundamentais, os direitos de solidariedade, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Como pontua Schwab (2018, p. 20), assim foi a história dos direitos, sempre imbrincada com a lógica metálica do capital.

A primeira revolução industrial ocorreu aproximadamente entre 1760 e 1840. Provocada pela construção das ferrovias e pela invenção da máquina a vapor, ela deu início à produção mecânica. A segunda revolução industrial, iniciada no final do século XIX, entrou no século XX e, pelo advento da eletricidade e da linha de montagem, possibilitou a produção em massa. A terceira revolução industrial começou na década de 1960. Ela costuma ser chamada de revolução digital ou do

computador, pois foi impulsionada pelo desenvolvimento dos semicondutores, da computação em mainframe (década de 1960), da computação pessoal (década de 1970 e 1980) e da internet (década de 1990). Ciente das várias definições e argumentos acadêmicos utilizados para descrever as três primeiras revoluções industriais, acredito que hoje estamos no início de uma quarta revolução industrial. Ela teve início na virada do século e baseia-se na revolução digital. É caracterizada por uma internet mais ubíqua e móvel, por sensores menores e mais poderosos que se tornaram mais baratos e pela inteligência artificial e aprendizagem automática (ou aprendizado de máquina). As tecnologias digitais, fundamentadas no computador, software e redes, não são novas, mas estão causando rupturas à terceira revolução industrial; estão se tornando mais sofisticadas e integradas e, conseqüentemente, transformando a sociedade e a economia global. Por esse motivo, os professores Erik Brynjolfsson e Andrew McAfee do Massachusetts Institute of Technology (MIT) disseram que este período é “a segunda era da máquina” no título do livro publicado por eles em 2014; estes dois professores afirmam que o mundo está em um ponto de inflexão em que o efeito dessas tecnologias digitais irá se manifestar com “força total” por meio da automação e de “coisas sem precedentes”.

Não há como desconectar todos esses saltos evolutivos, da forma como tem se desenvolvido o mercado de ideias. Desde Gutenberg e a invenção da imprensa, passando pelo surgimento da comunicação em massa por meio analógico (televisão), esse mercado foi inegavelmente transformado pela *internet* e, dentro desse contexto, do surgimento, avanço e sofisticação das redes sociais. Até então, e por séculos, somente através da imprensa, por meios físicos e orgânicos, ou transmissões de ampla difusão por canais de sinais audiovisuais e de rádio, é que era possível a circulação de notícias e de opiniões. Como explicitado por Floridi (2014, p. 65-66) A quarta revolução transformou essa realidade e a vida de forma avassaladora.

Vimos que a vida humana está rapidamente se tornando uma questão de experiência de vida, que remodela restrições e oferece novas possibilidades no desenvolvimento de nossas identidades, sua apropriação consciente e nossa autocompreensão pessoal e coletiva. Hoje, cada vez mais reconhecemos a importância de um fenômeno comum, mas sem precedentes, que pode ser descrito como a construção online de identidades pessoais. Quem somos nós, quem nos tornamos e quem poderíamos ser, uma vez que cada vez mais passamos nosso tempo na infosfera? As perguntas são razoáveis, mas escondem um paradoxo, conhecido como a nave de Teseu [...] que é explicado por Plutarco (46-120 a.C.): “[O navio de Teseu] foi preservado pelos atenienses até a época de Demétrio Falereu, pois eles tiraram as velhas tábuas à medida que se deterioravam, colocando madeira nova e mais forte em seu lugar, de modo que este navio se tornou um exemplo permanente entre os filósofos, pela questão lógica das coisas que crescem; um lado sustentando que o navio permanecia o mesmo, e o outro sustentando que não era o mesmo” (op. cit. p. 66). Qual das duas vertentes é falsa? São duas formas diferentes de enxergar a mesma realidade.⁷⁰ (tradução nossa)

⁷⁰ No original: “We have seen that human life is quickly becoming a matter of onlife experience, which reshapes constraints and offers new affordances in the development of our identities, their

Nesse sentido, a propagação algoritmizada de informação, os “likes” nas redes sociais, podem transformar a mais absurda das opiniões, em uma corrente seguida por milhares de pessoas. É nesse sentido que Bolzan de Moraes e Festugatto (2021, p. 42-43) alertam para o fato de que as Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC’s) têm corroído os ideais de democracia, do regime constitucional em si mesmo considerado. Conectado com a questão da maioria de ocasião identificada por Stuart Mill séculos atrás, os autores (ibid.) fazem o seguinte alerta.

O vertiginoso crescimento quantitativo de informações não estaria se traduzindo na ampliação do conhecimento, nem no desenvolvimento da capacidade crítica dos indivíduos, mas numa comunicação perene que levaria os homens à condição de “bestas”, sem consistência intelectual. Byung-Chul Han (2018, p. 104/105), compartilhando dessa ideia de que o excesso de informação faz com que o pensamento definha, alerta sobre os perigos da hipercomunicação e da hiperinformação quanto ao efeito de intensificar a falta de precisão do todo, pois, mais informação, por si só, não significa mais conhecimento e, menos ainda, mais acesso à verdade. Nas palavras do autor, mais comunicação não necessariamente traz luz à escuridão (HAN, 2017, p. 25 e 96). Bobbio (1997, p. 26) inclusive já alertava para os perigos do “cidadão total” que, na retomada do ideal de democracia direta, ao invés de levar a uma maior participação social, poderia ter como efeito a apatia eleitoral

Não se trata de debater ideias abstratas em torno de uma derrocada da democracia. Pelo contrário, há sinais concretos de fadiga do modelo adotado. Dados oficiais do Tribunal Superior Eleitoral⁷¹, relativamente às eleições gerais de 2018, dão conta de que apenas “[...] 115,9 milhões de eleitores, o que corresponde a 78,70% do total de 147.306.294 cidadãos que estavam aptos a votar” o que é um verdadeiro contrassenso num país que adota o regime de voto obrigatório⁷².

conscious appropriation, and our personal as well as collective self-understanding. Today, we increasingly acknowledge the importance of a common yet unprecedented phenomenon, which may be described as the online construction of personal identities. Who are we, who do we become, and who could we be, once we increasingly spend our time in the infosphere?”.

⁷¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Eleições 2018**: justiça eleitoral conclui totalização dos votos do segundo turno: comparecerem às urnas 115,9 milhões de eleitores, o que corresponde a 78,70% do total de 147.306.294 cidadãos que estavam aptos a votar. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2018. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Outubro/eleicoes-2018-justica-eleitoral-conclui-totalizacao-dos-votos-do-segundo-turno>. Acesso em: 2 jul. 2022.

⁷² Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:
[...]
I - obrigatórios para os maiores de dezoito anos;

Não há como negar, diante de tão sintomático desinteresse de boa parcela da população pela vida eleitoral, que algo está em mal funcionamento nas engrenagens democráticas do país. O fenômeno da desinformação – ainda que sob o disfarce da *hiperinformação-que-não-informa* como identificou Byung-Chul Han – já tomou a agenda política (para além da eleitoral) do país, o que afeta diretamente a questão da democracia. Percebendo a natureza e a gravidade do problema, Bolzan de Moraes e Lobo (2019), chamaram atenção para o fato de que não há mais como negar que o uso das redes sociais se tornou um modal que eleva a um patamar, até então irrealizável, a manipulação da vontade popular.

Nas recentes eleições brasileiras, assim como já ocorrera em outros procedimentos de consulta popular ou eleitoral – de escolha de representantes – em diversos países, observou-se um fenômeno novo, em especial por seu impacto ampliado pela rede, que ficou conhecido como *fake news*, capaz de influenciar fortemente nas práticas da democracia liberal e seus procedimentos, sem que as estruturas institucionais estivesse habilitadas a confrontá-las, mesmo tendo ciência prévia de sua ocorrência.
[...]

Ao que parece, a partir da exposição do caso *Cambridge Analytica*, evidencia-se o que tem sido nomeado como *bubble democracy* turbinada por algoritmos e *fake news*, libertando um sistema de *correntes de opinião* que ‘se movem em enxames de trajetórias imprevisíveis e cambiantes, alimentados, principalmente, por uma carga de ressentimento, não de sentimento, e que não afetam apenas os instrumentos de eleição e de decisão, mas também, e inclusive, as próprias estratégias políticas e os procedimentos decisórios – como se tem visto no Brasil no caso “Lava-Jato” –, além até mesmo do nomeado *e-government* que, ao lado da visibilidade do poder (dados governamentais abertos), fortalece um poder executivo transformado e marginaliza o Parlamento como ambiente tradicional da disputa de oligarquias no poder, para parafrasear, mais uma vez, Norberto Bobbio e Michele Ains

A *internet*, tal como hoje é conhecida e utilizada por bilhões de pessoas ao redor do mundo, não foi “inventada” como um produto acabado. Ela foi fruto de uma série de acontecimentos e experimentos não lineares, não necessariamente voltados para o fim de constituir uma rede de navegação e de fluxo de informação e de dados, nos moldes como hoje a conhecemos. No entanto, pode-se afirmar que a sua origem se deve a um projeto desenvolvido nos Estados Unidos da América, como um experimento militar, quando da criação da Advanced Research Project Agency (ARPA), formada em 1958 pelo Departamento de Defesa dos EUA. Essa agência, desenvolveu em 1969 a chamada Arpanet “[...] com a missão de mobilizar recursos de pesquisa, particularmente do mundo universitário, com o objetivo de alcançar superioridade tecnológica militar em relação à União Soviética na esteira do

lançamento do primeiro Sputnik em 1957” (CASTELLS, 2003, p. 14). Essa rede-Arpa foi primeiramente demonstrada com sucesso, em 1972, numa conferência internacional realizada em Washington D.C., momento a partir do qual foi possível integrá-la com outras, criando-se o conceito de rede de redes.

A partir de então, uma série de outros experimentos e desencadeamentos foram conduzindo à construção da *internet* como hoje a conhecemos e utilizamos, o que ocorreu no ano de 1995⁷³. Novamente com precisão, Bolzan de Moraes e Festugatto (*op. cit.*, p. 15) ressaltam que embora essa sucessão de eventos não tenha ocorrido de forma concatenada,

Sinteticamente, então, tem-se o nascimento da Internet atrelado a um projeto político resultante de esforços militares-científicos norte-americanos, que tinha como fins primordiais servir aos interesses do Estado e seu aparato tecnocrático (LOVELUCK, 2018, p. 12). Timothy Ashg concebe a Internet como “um produto da América da Guerra Fria no auge do seu poder, da sua autoconfiança e da sua capacidade de inovação” (2017, p. 34)

Com essa constatação, apesar de a gênese da *internet* (de INTERconnected NETworks) estar situada ainda no início da segunda metade do século passado, foi somente em meados da década de 90 que ela se consolidou como uma rede autônoma de uso privado, experimentando, a partir de então, ondas de expansão. Como explicam Bolzan de Moraes e Festugatto (*op. cit.*, p. 18-19), há três momentos da rede mundial de computadores, sendo o primeiro deles, a *web 1.0*, de perfil estático, apenas de disposição de páginas contendo informações a serem consumidas pelos usuários. No contexto da *web 2.0*, já se verificou uma evolução, que foi a possibilidade de interação dos usuários com a inserção de informações, contexto dos *blogs* e das redes sociais. Na fase da *web 3.0*, emerge a prospecção de dados e cruzamento de informações (metadados), e a conexão entre pessoas e objetos (“*internet das coisas*”), surgindo o chamado *Big Data*.

É nessa terceira fase que foi estabelecido como método o uso, o cruzamento e a aplicação de dados, emergindo então a questão da identificação dos desejos e da manipulação da vontade do indivíduo como um mecanismo de estímulo e direcionamento do mercado de consumo. Nessa vertente, o *Google*, criado no ano

⁷³ Para uma análise mais minudente desses episódios, v. a obra de Manuel Castells (2003).

de 1998 como uma ferramenta de busca, assumiu o papel de pioneiro do que Zuboff (2020) denomina de *capitalismo de vigilância*. O gigante do Vale do Silício foi o responsável pelo modelo de negócio denominado pela autora de “superávit comportamental”. Basicamente, o que a ferramenta desenvolveu foram análises preditivas tendenciais-comportamentais, baseadas no que ou em quem os seus usuários estão pesquisando. Pela análise algoritmizada desses dados e informações, tornou-se possível saber exatamente o que cada indivíduo pensa, identificando propensões antes mesmo que elas se tornassem detectáveis pelo radar da “mídia tradicional”, segundo afirmou o próprio criador do Google, Sergey Brin, “Um dos pontos fortes do Google é seu poder preditivo, sinalizando tendências antes que elas atinjam o radar de outras mídias” (THE NEW YORK TIMES, 2002)⁷⁴. Essa forma de atuar no mercado, somente cresceu de forma exponencial, com mecanismos cada vez mais refinados, ao ponto de Zuboff (2020, p. 93) realçar que

Em termos operacionais, significava que o Google usaria seu próprio e crescente *cache* de dados comportamentais e seu poder e expertise computacionais com a única tarefa de combinar anúncios com buscas. Uma nova retórica se instalou para legitimar esse inusitado movimento. Se era para haver propaganda, então ela teria de ser “relevante” para os usuários. Anúncios não estariam mais ligados a palavras-chave numa pesquisa, e sim um anúncio específico seria “direcionado” a um indivíduo específico. Garantir esse Santo Graal da propaganda asseguraria relevância aos usuários e valor aos anunciantes

Nessa atual fase, o produto mais valioso do capitalismo não é algo tangível, mas sim imaterial. É o “dado”, ou melhor, os dados produzidos. As pessoas são os dados e as empresas que inventaram a forma de minerá-los, estão minerando (muito) dinheiro.

⁷⁴ No original: *Predictably, Google's query data respond to television, movies and radio. But the mass media also feed off the demands of their audiences. One of Google's strengths is its predictive power, flagging trends before they hit the radar of other media.*

3.2 A IDEIA DO CAPITALISMO DE VIGILÂNCIA: O INDIVÍDUO COMO MERCADORIA

A expressão “capitalismo de vigilância”, contida no subtítulo desta seção, foi cunhada por Shoshana Zuboff, professora na *Harvard Business School*, e pode ser considerado o epíteto dessa fase 4.0, a qual estamos a analisar.

Com efeito, como mencionamos, da mesma forma que a revolução industrial, a produção em linha (*fordismo*) impactou a transformação da sociedade no século passado, pois, como bem observado por Floridi (2014, p. 87) a revolução tecnológica impacta as relações em sociedade.

A ciência muda nossa compreensão de duas maneiras fundamentais. Um pode ser chamado de extrovertido, ou sobre o mundo, e o outro introvertido, ou sobre nós mesmos. **Três revoluções científicas no passado tiveram grande impacto tanto extrovertida quanto introvertida. Ao mudar nossa compreensão do mundo externo, eles também modificaram nossa concepção de quem somos, ou seja, nossa autocompreensão** (grifo e tradução nossa)

Nesse sentido, não há mais como conceber a sociedade de consumo, tal como ela emergiu fortemente na era analógica e está inclusive constitucionalizada na CF/88⁷⁵. As grandes lojas de departamento estão cedendo lugar, cada vez mais, às lojas virtuais, tanto porque enxuga o custo para o empreendedor, como porque se tem o comodismo do consumidor. Não se pode deixar de registrar, que essa realidade foi potencializada pela *pandemia*, em que as pessoas se isolaram em seus “casulos” residenciais, mas continuaram a interagir na grande “colmeia humana” que é a *internet*, comprando e vendendo bens e serviços. O salto do *e-commerce* nesse período, é somente um salto comportamental forçado, mas que já era tendência identificada pelas grandes empresas de tecnologia da informação (*Big Techs*), especialmente o *Google*⁷⁶, como aqui já enfatizado. Nesse sentido, Zuboff narra que a gigante do Vale do Silício tinha um analista, Amit Patel, que foi quem descobriu a

⁷⁵ Por exemplo, o inciso XXXII do artigo 5º da CF/88, determina que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, reconhecendo assim a relação assimétrica entre mercado e cidadão.

⁷⁶ Lembre-se aqui, que a empresa é recorrente em um dos Recursos Extraordinários que está pendente de julgamento junto ao Supremo Tribunal Federal e que diz respeito ao Marco Civil da *internet*. Portanto, a trata-se de um *player* que tem múltiplos interesses globais, os quais transcendem o vale do Silício e que visam a manutenção da opacidade de sua atuação.

relevância do *data mining* (“mineração de dados”) para revolucionar o modo de operação da empresa de tecnologia. Desse modo, os “engenheiros do Google logo perceberam que os fluxos contínuos de dados comportamentais colaterais poderiam transformar o mecanismo de busca num sistema de aprendizagem recorrente capaz de melhorar de modo contínuo os resultados das buscas e incitar produtos inovadores” (ZUBOFF, 2019, p. 85).

A partir de então, mediante o uso de algoritmos, foram desenvolvidas técnicas de depuração daquilo que as pessoas pesquisavam no *site* da empresa, identificando hábitos, traduzidos em análises matemáticas, de modo a, efetivamente, identificar o que se passava na cabeça do consumidor, para, então oferecer-lhe a compra de um produto. Domingos (2017, p. 54-55) decifrou com precisão a lógica das grandes empresas de tecnologia, *Apple, Alphabet, Amazon, Facebook e Microsoft (Big Five)*.

Quando encontra novos dados, as hipóteses compatíveis com eles se tornam mais prováveis, e as menos compatíveis, menos prováveis (ou mesmo impossíveis). Após o recebimento de dados suficientes, uma única hipótese vence, ou algumas. Por exemplo, se eu estivesse procurando um programa que previsse exatamente os movimentos das ações, e uma ação que um programa candidato previu que subiria descresse, esse candidato perderia credibilidade. Após eu ter examinado vários candidatos, só os confiáveis permaneceriam e encapsulariam meu novo conhecimento do mercado de ações. **O teorema de Bayes é uma máquina que transforma dados em conhecimento.**(grifo nosso)

Não é preciso ser um cientista de dados, para compreender a lógica por trás desse mecanismo, explicado de forma muito singela. O algoritmo nada mais é, do que uma ferramenta de IA capaz de aprender com as situações analisadas, refazer o percurso, analisar possibilidades e chegar a um resultado no vetor das probabilidades, o que se traduz, no final do dia, em bilhões de dólares a mais na conta das *Big Techs*. Tais ferramentas de *machine learning*, funcionam, dessa forma, como verdadeiras pontes entre vendedor e comprador, ainda que este último nem soubesse que estava à procura daquele produto, seja ele qual for, pois “[o]s algoritmos de aprendizado são os conciliadores: eles unem produtores e consumidores, rompendo a sobrecarga de informações. Se forem suficientemente inteligentes, você terá o melhor de dois mundos: a ampla gama de opções e o baixo custo da larga escala com o toque personalizado da pequena escala” (DOMINGOS, 2017, p. 32).

É evidente que, quanto mais sofisticadas vão se tornando essas ferramentas, infinitas se tornam as possibilidades, com potencial de influência das massas (efeito manada). Foi exatamente o que aconteceu no episódio do *Cambridge Analytica*, em que as redes sociais georreferenciadas, foram utilizadas para identificar um grupo específico de eleitores e, assim, impactar na eleição.

Não se trata de um elemento accidental. Essas citadas grandes empresas de tecnologia operam deliberadamente para desprover o indivíduo da sua liberdade de escolha, o que Zuboff (2020, não paginado) chama de “despopossessão”. O algoritmo da ferramenta de busca é programado para criar uma “atmosfera”, na qual o usuário pense que está fazendo as suas próprias escolhas, mas a ferramenta de *machine learning* é que escolheu por ele.

Os quatro estágios do ciclo são *incursão, habituação, adaptação e redirecionamento*. Em conjunto, eles constituem uma “teoria de mudança” que descreve e prediz a despopossessão como uma operação política e cultural apoiada por um elaborado leque de aptidões administrativas e materiais. Há muitos exemplos ativos desse ciclo, inclusive o Gmail do Google; os esforços do Google para estabelecer todas de suprimento em redes sociais, primeiro com o Buzz e depois com o Google+; e o desenvolvimento da Google Glass pela empresa.

[...]

O Google aprendeu a lançar incursões e ir adiante até encontrar resistência. Então, a empresa seduz, ignora, esmaga ou apenas exaure os adversários. Sedução significa uma cascata de tentações arrebatadoras: capacidade de armazenamento sem precedentes, acesso a novas qualidades de informação, novas conveniências. Quando necessário, a companhia pode muito bem mudar de tática e procurar esgotar o tempo, dinheiro e determinação dos concorrentes. Há centenas de casos contra o Google vindos de países, estados, grupos e indivíduos, e há muito mais casos que nunca se tornam públicos. Segundo Marc Rotenberg, diretor-executivo do EPIC, ninguém sabe com precisão quantos processos jurídicos há ao redor do mundo. Os desafios jurídicos são variados, mas quase sempre voltam para o mesmo ponto: incursão ilegal recebida com resistência

Não é difícil perceber que, ou o sistema dá uma informação ao usuário que ele não precisava ou não desejava, ou ele extrai do usuário uma informação para usar em proveito do próprio sistema. Seja como for, a vontade do usuário, não é uma vontade “livre”. Essa “despopossessão” segundo entendemos, então, é a possessão despótica do indivíduo, de quem se retira a liberdade de escolha.

O ponto alcançado com o desenvolvimento dessas tecnologias de algoritmização, que parecem cada dia mais sofisticados, conduz ao que O'neil chama de Armas de Destruição Matemáticas (ADM's). Com essas ferramentas de obtenção e tratamento de dados, as mentes e os desejos das pessoas são desvelados a ponto de influenciar diretamente na escolha dos representantes eleitos, colocando em xeque o próprio sistema. A democracia está, mais do que nunca, manipulável. É verdade, na democracia da era analógica o sistema nunca foi perfeito nem imune a arranjos que influenciaram em maior ou menor grau, na escolha de um ou de outro mandatário. Por exemplo, as coligações partidárias, especialmente no caso brasileiro, sempre ditaram o número de minutos que cada candidato teria nas propagandas televisivas e de radiodifusão⁷⁷, o que torna evidente a possibilidade de arranjos entre os diversos *players* de modo a obter maior abrangência de uma ou outra campanha, dentro da lógica de *broadcasting* televisiva e de rádio. Nada obstante, o que diferencia a lógica da rede social, é a possibilidade de marcação de alvos específicos e, no ponto, não haver nenhuma regulamentação para o uso dessas ferramentas.

3.3. A *INTERNET* COMO MEIO DE INFLUENCIAR TENDÊNCIAS ELEITORAIS

A democracia representativa no Brasil encontra-se erguida sobre as bases da Constituição, especialmente o seu artigo 14, que estabelece sufrágio universal e igualitário, prevendo ainda a iniciativa popular, o referendo e o plebiscito, havendo ainda uma inovação trazida pela Emenda Constitucional nº 111 de 28 de setembro de 2021, que inseriu a previsão de “consultas populares sobre questões aprovadas nas câmaras municipais”.

⁷⁷ A regra de proporcionalidade é estabelecida no art. 47 da Lei nº 9.504/1997.

Art. 47. As emissoras de rádio e de televisão e os canais de televisão por assinatura mencionados no art. 57 reservarão, nos trinta e cinco dias anteriores à antevéspera das eleições, horário destinado à divulgação, em rede, da propaganda eleitoral gratuita, na forma estabelecida neste artigo. (Redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015)

§ 2º Os horários reservados à propaganda de cada eleição, nos termos do § 1º, serão distribuídos entre todos os partidos e coligações que tenham candidato, observados os seguintes critérios: (Redação dada pela Lei nº 12.875, de 2013) (Vide ADI-5105)

I - 90% (noventa por cento) distribuídos proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados, considerado, no caso de coligação para as eleições majoritárias, o resultado da soma do número de representantes dos 6 (seis) maiores partidos que a integrem; (Redação dada pela Lei nº 14.211, de 2021)

II - 10% (dez por cento) distribuídos igualitariamente.

Estabelece, ainda, outras regras importantes, como a constitucionalização dos partidos políticos, e regras de financiamento público de campanhas. Com essas características gerais, faz parte do jogo concertado da democracia que a ideologia dos partidos e as propostas de cada candidato sejam submetidas ao escrutínio público, que pode, assim, na teoria, fazer juízo de valor acerca de qual, dentre os contendentes, possui melhores condições de representar o poder soberano, que em nome do povo é exercido.

Com essa premissa, o processo eleitoral é regulado e, especificamente no caso do Brasil, conforme prevê o artigo 118 da própria CF/88, incumbe ao Poder Judiciário (Justiça Eleitoral) e ao Ministério Público eleitoral, supervisionar as eleições. As eleições são ainda regradas por lei, tratando-se da Lei nº 9.504 de 30 de setembro de 1997, que prevê a propaganda eleitoral a partir do dia 15 de agosto do ano das eleições. Apesar de editada na era analógico, o mencionado diploma normativo foi sendo atualizado ao longo do tempo, estabelecendo no art. 57-B inciso IV, que a propaganda na *internet* pode ser realizada por meio de blogs, redes sociais, sítios de mensagens instantâneas e aplicações de internet assemelhadas cujo conteúdo seja gerado ou editado por candidatos, partidos ou coligações ou qualquer pessoa natural, desde que não contrate o impulsionamento de conteúdos.

As mídias, portanto, e mais especificamente a *internet*, sempre exerceram um papel proeminente quando se fala em processo democrático, contribuindo para a difusão das ideias dos diversos candidatos e partidos políticos, sempre observadas as regras, as quais visam, de forma minimamente equânime, distribuir equitativamente recursos financeiros e tempo de televisão. No entanto, como percebeu Chomsky (2013, p. 10-11), não necessariamente a propaganda eleitoral, nos seus diversos níveis, deve ser enxergada como uma madura participação popular no processo de escolhas daqueles que exercerão o poder por meio de uma cláusula mandato constitucional, constante do contrato social adotado pelos pais fundadores da Constituição.

Reinhold Niebhuur, teólogo de destaque e crítico de política externa, às vezes chamado de “teólogo do establishment”, o guru de George Kennan e dos intelectuais da família Kennedy, dizia que a razão é uma faculdade

extremamente escassa; somente um pequeno número de pessoas a possui. A maioria das pessoas é guiada apenas pela emoção e pelo impulso. Aqueles entre nós que dispõem da razão precisam criar “ilusões necessárias” e “simplificações radicais” emocionalmente poderosas para manter os simplórios ingênuos mais ou menos nos trilhos. [...] Na década de 1920 e no início da década de 1930, Harold Lasswell, fundador do atual campo das comunicações e um dos principais cientistas políticos americanos, explicava que não deveríamos sucumbir aos “dogmas democráticos que defendem que os homens são os melhores juízes de seus próprios interesses”. Porque não são. Nós somos os melhores juízes do interesse da população. Por essa razão, partindo simplesmente da moral vigente, precisamos nos certificar de que eles não tenham a possibilidade de agir com base em seus juízos equivocados.

Posto o sistema eleitoral em perspectiva, não é difícil perceber que todo o arquétipo concebido, tanto pela CF/88 como pela lei das eleições, que diversos filtros foram estabelecidos até que se inicie o jogo ostensivo, no mencionado dia 15 de agosto do ano das eleições, quando então os nomes dos candidatos são ofertados ao cidadão. Até esse momento, muitas escolhas já foram feitas fora do âmbito de influência do voto, como por exemplo as prévias partidárias, além das coligações regulamentadas pela referida legislação (artigo 6º da Lei nº 9.504/1997), que vão impactar, inclusive, no tempo disponibilizado (artigo 47). Dito de outro modo, existem forças pré-dispostas no tabuleiro da democracia que farão escolhas determinantes para a configuração do tabuleiro das eleições, e nesse processo muitos pretensos candidatos, por razões diversas e a despeito das suas qualidades, ficarão pelo meio do caminho. Na perspectiva aqui exposta, dentro dessa concertação, o período de campanha somente vai consolidar o nome cujos *players* do jogo político quiseram expor ao grande público. No final das contas, o que ocorre é uma escolha compartilhada entre essa pré-seleção “natural” das forças hegemônicas de um lado e, de outro, o povo, que vai exercer o seu direito de voto com uma margem real decisória menor do que ela realmente aparenta ser. E essa margem tende a se reduzir com a propaganda eleitoral, que embora tenha aparência de *ofertar* o melhor “produto” é, também ela, manipulável e, portanto, manipuladora dessa vontade, eis que “[a] propaganda política está para uma democracia assim como o porrete está para um Estado totalitário” (CHOMSKY, 2013, p. 11). O voto é, assim, um mero detalhe aleatório e, com a *internet*, essa álea diminuiu e tende a diminuir ainda mais. Funcionando como um relevante mecanismo de manipulação, o *marketing* moderno de consumidor fornece ao mercado político atalhos até os seus preciosos ativos, os eleitores, o que ocorre de forma específica em razão da simbiose cada vez mais

presente entre Big Data e marketing de consumo, atingindo microgrupos de pessoas com uma mensagem meticulosa, que nenhum outro indivíduo vai ver, ou seja, especialmente direcionada, seja via *Facebook* ou um *e-mail*, possibilitando a “venda”, pelo candidato, de múltiplas versões de si próprio, sem que se saiba qual irá prevalecer caso ele saia vencedor (O’NEIL, 2020. p. 209-291).

Essa lógica mercantilista da quantificação de dados, baseada em análises preditivas, volta-se ao fim e ao cabo para a influência de comportamentos. Influenciar comportamento é influenciar a maneira de pensar e as escolhas a serem tomadas. Os *likes* são analisados como forma de saber qual a inclinação de cada indivíduo. Por exemplo, se ele busca ou curte uma foto sobre um determinado esporte e de um determinado clube de futebol, maior serão as chances de que ele venha a adquirir um produto ligado àquela agremiação, esporte ou marca. O mecanismo *behaviorista* é simples. Logo, percebeu-se que se essas empresas de tecnologia, dominadoras do ambiente virtual e, notadamente, das redes sociais, podem influenciar em opções como a compra de um automóvel ou de uma casa, que envolvem inúmeras variáveis (potência, quantidade de quartos, bairro etc.), evidentemente daí a influenciar a escolha de um representantes no contexto de uma eleição (exercício da democracia indireta) não iria muita distância. Com as técnicas de *IA*, influenciam-se comportamentos; influenciando comportamento, influencia-se o que se veste, o que se come e para onde se vai. Ou seja, a troca de dinheiro de mãos. Mais do que isso, influencia em quem se vota, e o voto, é um valioso ativo da democracia representativa. Zuboff (2020, p. 146) realça que esse estado da arte foi fundamental para a eleição e a reeleição de Barack Obama para a Presidência dos EUA.

Em uma pesquisa conduzida pelos estudiosos de mídia Daniel Kreiss e Phillip Howard indica que a campanha de Obama de 2008 compilou dados consideráveis sobre mais de 250 milhões de americanos, inclusive “uma vasta gama de dados comportamentais e relacionais on-line coletados a partir do uso do site de campanha e mídias sociais de terceiros, como o Facebook [...]”. O jornalista Sasha Issenberg, que documentou esses acontecimentos em seu livro *The Victory Lab* [O laboratório da vitória], cita um dos consultores políticos de Obama naquela campanha que comparou a modelagem preditiva às ferramentas de um vidente: “Nós sabíamos em quem [...] as pessoas iam votar antes de elas decidirem”

A prospecção, o tratamento e a manipulação de dados permitem não só direcionar a (des)informação, como também distorcer a realidade. Por isso, essas ferramentas podem ser descritas como verdadeiras Armas de Destruição Matemáticas (ADM's), porque o “resultado dessas campanhas subterrâneas é um desequilíbrio perigoso. Os marqueteiros políticos mantêm dossiês profundos sobre nós, nos dão gotas de informação e medem como respondemos a elas” (O'NEIL, 2020, p. 303).

Gerando um efeito colateral indesejável, o ambiente das redes, ao invés de se mostrar um campo para uma democracia procedimentalmente mais madura, com juízo crítico em torno de proposta e de perfis dos candidatos, parece que somente e cada vez mais vem a servir de espaço para o emburrecimento, como já percebido por Sartori (2012, p. 33).

A paidéia do vídeo trará para a internet analfabetos culturais que esquecerão rapidamente o pouco que aprenderam na escola e, portanto, analfabetos culturais que matarão seu tempo livre na internet, na companhia de esportes, "almas gêmeas" eróticas ou pequenos hobbies. Para esse tipo de usuário, a Internet é, acima de tudo, uma ótima maneira de perder tempo, uma forma esplêndida de perder tempo, investindo-o em futilidades. (tradução nossa)

Esse cidadão emburrecido, o *homo videns* retratado pelo autor, que somente faz uso da *internet* para se alimentar de futilidades, torna-se alvo fácil da prospecção de dados. Ele pode, assim, na linha do que advertem Bolzan de Moraes e Festugatto (op. cit., p. 102) ser influenciado a “decidir” de acordo com a vontade do algoritmo, que por sua vez é manipulado pelo operador.

Com a *web 3.0*, o *marketing* político é reinventado, passando a contar com a customização de mensagens para audiências específicas, ou, até mesmo, indivíduos. Nesse contexto, os eleitores transformam-se em consumidores passivos do mercado publicitário chamado “microtargeting”, pelo qual os perfis são aferidos a partir de pegadas digitais – ou seja, pela coleta e tratamento de dados –, com o intuito estratégico de retornar em propaganda específica e precisamente direcionada e, de forma escusa, persuadir cada eleitora a votar em determinado candidato.

No entanto, é preciso notar que essa realidade das campanhas 4.0, a qual tanta discussão provoca em torno da influência sobre o eleitorado e a igualdade de oportunidades, já ocorre em *terrae brasiliis* num ambiente isolado e altamente regulado, que são as campanhas eleitorais. Por exemplo, eventuais transgressões, que venham a redundar na violação da igualdade de oportunidades, já estão

coibidas, como prevê o artigo 19 da Lei Complementar nº 64 de 18 de maio de 1990⁷⁸, sob signos genéricos (conceitos jurídicos indeterminados) de abuso de poder econômico e político.

Apesar disso e da potencialidade existente no uso das TIC's, o TSE tem sido caudatário de uma posição excessivamente deferente com a concepção liberal clássica da liberdade de expressão e, mesmo diante de pedido expresso de votos via *WhatsApp*, considerando inexistir propaganda extemporânea, ao afirmar que , reputando pela tese da “posição preferencial”, de modo que tendo ela ocorrida em corrente de ambiente restrito do aplicativo Whatsapp “não objetivou o público em geral, a acaso macular a igualdade de oportunidade entre os candidatos, mas apenas os integrantes daquele grupo, enquanto conversa circunscrita aos seus usuários, alcançada, nesta medida, pelo exercício legítimo da liberdade de expressão” (BRASIL, 2019). É bem verdade, que diante dos acontecimentos que tomaram o cenário político-institucional a partir do ano de 2018, o TSE vem dado sinais de mudança, entendendo que “a liberdade de expressão e o pluralismo de ideias são valores estruturantes do sistema democrático, porém não podem ser utilizados como verdadeiro escudo protetivo para a prática de atividades ilícitas, discursos de ódio e incitação contra as Instituições democráticas” (BRASIL, 2021).

Evidentemente, o uso da prospecção e análise de dados é uma forma muito peculiar de utilizar as redes sociais como método de influência nas eleições. Mas as redes sociais podem ser utilizadas, ainda, de uma outra forma, igualmente corrosiva do tecido da célula democrática.

3.4 DESINFORMAÇÃO, *FAKE NEWS*, PÓS-VERDADE E LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A verdade, num sentido estritamente léxico, é substantivo feminino e significa aquilo “que está de acordo com os fatos ou a realidade; conformidade com o real;

⁷⁸ Art. 19. As transgressões pertinentes à origem de valores pecuniários, abuso do poder econômico ou político, em detrimento da liberdade de voto, serão apuradas mediante investigações jurisdicionais realizadas pelo Corregedor-Geral e Corregedores Regionais Eleitorais.

autenticidade, exatidão, veracidade”. Falso, em contrapartida, é adjetivo que significa “pérfido, oposto à verdade ou à realidade, inexato” (MICHAELIS, 2022, não paginado). É a manipulação de algo, em alguns casos com objetivos específicos.

Esse conceito meramente vernacular, contudo, especialmente quando se adentra no complexo campo da *internet* e das redes sociais, cada vez mais amalgamado com o mundo como o jogo concertado do sistema capitalista e da política, a questão tende a se tornar mais complexa. Com efeito, “Jamais alguém pôs em dúvida que verdade e política não se dão muito bem uma com a outra” (ARENDT, 2011, p. 296). Dentro dessa linha de pensamento, mesmo a realidade factual mais incontroversa, como o fato de que em 1914 foi a Alemanha invadiu a Bélgica, precipitando assim Primeira Guerra Mundial, comportaria uma narrativa diversa, porque esse episódio aconteceu lá, naquele específico átimo e carece de reconstrução através de uma narrativa da história, adstrita às variações da apreensão sensoriais do indivíduo que vai transmiti-la.

Isso é óbvio no caso em que a história reescrita sob os olhos daqueles que a testemunharam, mas é igualmente verdadeiro na criação de imagens de toda espécie, na qual todo fato conhecido e estabelecido pode do mesmo modo ser negado ou negligenciado caso possa vir a prejudicar a imagem; porquanto uma imagem, ao contrário de um retrato à moda antiga, deve, não bajular a realidade, mas oferecer um adequado sucedâneo dela. E, em consequência das técnicas modernas e dos meios de comunicação de massa, esse sucedâneo está, é claro, muito mais sob as vistas do público que o original em qualquer época. (ARENDT, 2011, p. 326-327)

É exatamente nesse ponto, que podemos identificar no contexto sócio-político brasileiro, que as redes sociais têm sido utilizadas para a ressonância de “fatos” inautênticos, em que acontecimentos históricos são recontados, imagens são manipuladas por recursos áudio visuais e toda a sorte de artifícios são utilizados deliberadamente para enganar. Emerge, então, o fenômeno das *fake news*.

A expressão, embora genérica e dotada de imprecisão semântica, de fato, “pegou” no Brasil, onde estrangeirismos fazem parte do cotidiano, largamente empregado na prática comercial, não encontrando a expressão dificuldade para a sua ampla difusão. Não por acaso, a expressão *fake news* foi eleita a palavra do ano de 2017 (FLOOD, 2017, não paginado), definida como “*histórias falsas que parecem ser notícias, divulgadas na internet ou usando outros meios de comunicação,*

geralmente criadas para influenciar opiniões políticas ou como piada.” O termo fake news é definido no Relatório do High Level Group para a Comissão Europeia como sendo “todas as formas informações falsas, imprecisas ou enganosas projetadas, apresentadas e promovidos para causar intencionalmente danos públicos ou para fins lucrativos” (COMISSÃO EUROPEIA, 2018). O mesmo Relatório recomenda que seja utilizada a expressão desinformação, ao invés de *fake news*, justamente porque esse termo é inadequado para a correta apreensão do problema, de natureza altamente complexa e, segundo, justamente porque políticos têm se apropriado da expressão, para desacreditizar notícias provenientes de fontes independentes, contrárias à sua própria ideologia e maneira de pensar. Nesse sentido, Wardle e Derakhshan (2017, p. 20) o gênero desinformação pode ser decantado, basicamente, em três espécies, a saber

Mis-information is when false information is shared, but **no harm is meant**.
 Dis-information is when false information is knowingly shared **to cause harm**.
 Mal-information is when genuine information is shared **to cause harm**, often by moving information designed to stay private into the public sphere. (grifo nosso)⁷⁹

A definição proposta, parece estar perfeitamente amoldada à realidade da vida democrática brasileira, enfeixado pelo amplo contexto da revolução tecnológica aqui já descrito. Não é mais concebível uma visão otimista-utópica em torno do uso das redes, pois, como anotado por Loveless (2020, p. 66), todas as evidências apontam que o movimento que está ocorrendo, é concertado e deliberadamente visa à corrosão da imagem, da honorabilidade e da sustentação das instituições e das pessoas que lhes apresentam.

As notícias falsas são semelhantes a uma farsa, pois são uma falsidade deliberadamente fabricada para se disfarçar de verdade (ibid.). Embora apresentadas como factualmente precisas, as notícias falsas têm pouca ou nenhuma base de fato (ou são uma fusão dissimulada de pedaços de coisas factuais). Sua característica distintiva é que as notícias falsas são implantadas estrategicamente com um incentivo financeiro ostensivo ou propósito prejudicial (Walker 2018). Como tal, é uma arma. (tradução nossa)

⁷⁹ A transcrição aqui, propositalmente, foi no idioma inglês, porque a fonética da tradução literal “mis-informatinon”/“informação falsa” geraria confusão de sentidos, dada a aproximação com “*fake news*”. No entanto, a “mis-infomation”, diversamente da *fake news*, no sentido largamente difundido no Brasil, não tem o intuito de causar o mal.

Há que se analisar o problema da desinformação e do uso das TIC's, e suas implicações para o regime do Estado Democrático de Direito, sob a ótica das aplicações *behavioristas* que os algoritmos permitem, que estimulam e possibilitam, tecnicamente, a sua propagação, como se notícias verdadeiras fossem.

A desinformação é potencializada pela coleta e pelo uso desenfreado de dados pessoais dos usuários da internet, prática que também tem preocupado governos democráticos no mundo inteiro. Esses dados alimentam os algoritmos de aprendizado de máquinas, permitindo que anúncios e notícias sejam fabricados e direcionados especificamente para determinado perfil de usuário, a partir da compreensão dos seus hábitos, preferências, interesses e orientação ideológica. Por refletirem exatamente as preferências e visões de mundo do usuário e servirem perfeitamente à confirmação dessas, essas notícias tendem a ser compartilhadas de pronto, sem o devido questionamento ou checagem, tendo em vista a ânsia de se comprovar uma dada convicção, um comportamento característico da era da pós-verdade. Tais conteúdos têm um enorme poder de propagação, como mostra a pesquisa divulgada pelo MIT, já mencionada anteriormente, a qual atestou que os seres humanos são mais responsáveis pela propagação de notícias falsas do que os robôs instalados com tal finalidade. (TOFFOLI, 2020, p. 19-20)

A forma como as opiniões e as manifestações do pensamento, com as informações circulam, transformaram o modo como a sociedade tem interagido. Além disso, na linha do que Umberto Eco bem definiu, o “idiota da aldeia” (YOUTUBE, 2016) ganhou voz e deixou de ser um indivíduo inofensivo. A perfídia ganhou espaço, de tal modo que fenômeno das *fake news* não deve ser interpretado como um acontecimento “eleitoral” apenas, em razão da sua precisa delimitação temporal, como vimos anteriormente, delimitado por um período certo em que a propaganda é permitida. A questão é muito mais grave e complexa, pois tornou-se perene e se estende por toda a concertação institucional que sustenta o Estado de Direito. Assim, apesar de no Brasil o debate em torno desse problema ter se intensificado a partir das eleições gerais de 2018, que teve por principal instrumento a plataforma *WhatsApp*, sendo necessário contudo não fazer uma correlação mimética entre *fake news* e o resultado do prélio, pois essa operação é extremamente complexa do ponto de vista da associação de causa e efeito entre uma notícia fraudulenta e a decisão de voto, que embora possível, é de improvável conclusão, de modo que é possível afirmar que as *fake news* tiveram influente papel na campanha de 2018, mas não foram o seu eixo central decisório (MOURA e CORBELINI, 2019, p. 117-120). Igualmente, não se pode afirmar que esse fenômeno tenha naquele ano se iniciado, muito menos ali cessado, perdurando continuamente no cotidiano da vida

em sociedade. Por exemplo, em 33 a.C., Otaviano foi responsável por fazer uma campanha de difamação contra Marco Antonio, campanha essa que custou ao difamado o Império Romano. Obviamente, naquela época a *fake news* não foi disseminada via internet (UOL, 2019). o que não quer dizer, contudo, que já não fosse um fenômeno social.

Boatos, lendas urbanas e mentiras espalhadas maliciosamente – inclusive no contexto eleitoral – sempre existiram. Desenho datado de 1894 do pioneiro cartunista americano Frederick Burr Opper, colaborador dos melhores jornais da época, já ilustrava um cidadão segurando um jornal com o termo *fake news*, representando o alvoroço criado pelos boatos. A novidade deste século é que o avanço tecnológico, a expansão da internet e das redes sociais ampliaram exponencialmente o poder de propagação desse tipo de conteúdo. (TOFFOLI, 2020, p. 17)

É claramente perceptível, nesse sentido, que concluída aquela eleição geral de 2018, o tema relativo às notícias fraudulentas e liberdade de expressão se mantém emergente na sociedade. Parece ganhar força, assim, o uso de redes sociais, como *Instagram*, *Facebook* e *Youtube* e serviços de mensageria como *Telegram*⁸⁰, além de “jornais” *online* para a disseminação da desinformação. Tudo a deixar transparecer que a história é cíclica e todo o caldo histórico que culminou com a ascensão do poder totalitário no início do Século XX e a consequente eclosão da Segunda Guerra, pudesse reacender um flerte da “maioria” com o autoritarismo. A linguagem falada nas redes sociais, por alguns setores, parece clamar por um salvador da pátria. No imaginário coletivo brasileiro, parece que o povo só pode ser salvo pela ascensão de um líder carismático, tal como identificara Bobbio (2020, p. 263), décadas atrás.

No extremo oposto do poder carismático está o poder legal: um e outro representam exemplarmente a contraposição entre o governo dos homens e o governo das leis. O poder tradicional está no meio caminho entre os dois extremos: é um poder pessoal mas não extraordinário; é um poder pessoal cujo fundamento de legitimidade não deriva dos méritos do chefe mas da força da tradição e, portanto, como no caso do poder legal, de uma forma impessoal. O poder carismático, diferentemente dos outros dois, é o produto das grandes crises históricas, enquanto o poder legal e o poder tradicional representam os tempos longos, da história. O poder carismático queima tudo nos tempos breves e intensos que existem entre um término e um início, entre a decadência e a regeneração, entre a velha ordem que

⁸⁰ Na Petição nº 9935, o Ministro Alexandre de Moraes determinou o bloqueio de toda a rede Telegram. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/alexandre-moraes-ordena-bloqueio.pdf> Acesso em: 28 jun. 2022.

desaparece e na ova que a duras penas abre caminho. Seu domínio habitualmente é efêmero, sua tarefa é extraordinária

Parece latente na sociedade, a perene espera de um salvador da pátria por ascender, evento em compasso e espera e cujo caminho vem sendo pavimentado em torno de um crescente discurso em torno da degeneração das instituições democráticas. Atentos aos perigos que esse sentimento representa, Bauman e Bordoni (2016, p. 20), outrora advertiram tratar-se de um potencial risco para os regimes democráticos.

Porém, a antipolítica – conforme reconhecida por Balibar – resulta em populismo e nacionalismo, ambos perigosos e sujeitos aos mais devastadores desvios. Com frequência ela se mostra o prelúdio de regimes tirânicos e autoritários, como demonstra a história recente. Ela parte de uma rejeição da política (“a política é uma coisa suja”) e, pela exaltação de figuras carismáticas capazes de atrair a atenção e a afeição das massas, logra justificar a ditadura do homem forte, o único que pode assumir a desencorajadora tarefa de endireitar as coisas.

A inescapável constatação de que notícias fraudulentas vêm sendo reiteradamente disseminadas, numa clara escalada de poder, parece estar alinhada com a escalada do autoritarismo, e demonstra que a liberdade de expressão e de manifestação do pensamento, de forma paradoxal, apesar de ser uma condição de possibilidade para regimes democráticos, tem gerado a corrosão interna do próprio Estado de Direito⁸¹. De fato, apesar de ser pressuposto para o “governo de todos”, o mercado livre de ideias tem servido ao acirramento institucional entre os Poderes e para o distanciamento das pessoas, quase que de bom grado, dos ideais da democracia. Arendt (2013, p. 439) há muito já percebera que ódio e o ressentimento têm potencial para conduzir a humanidade por caminhos obscuros, o que hoje parece ter tomado conta de determinados setores da vida *online*, transbordando para o mundo real, com graves e perceptíveis reflexos na agenda política do país.

A essa aversão da elite de intelectuais pela historiografia oficial, à sua convicção de que nada impedia que **a história, fraudulenta como era,**

⁸¹ Aqui não se trata de tomar um lado da história narrada. Apenas de constatar um fato. Na polarização das narrativas, de nossa parte, entendemos que o fenômeno aqui tratado, da desinformação e do desprestígio às instituições não possui colorido partidário. Vale dizer, não importa de onde vem a narrativa. Tudo, todos e todas as instituições têm sido atacadas e acusadas de defender essa ou aquela vertente. As vítimas das *fake news* são algozes e os algozes são as vítimas. Tudo ocorre de maneira fluida.

fosse usada como brinquedo por alguns malucos, deve acrescentar-se o terrível fascínio exercido pela possibilidade de que gigantescas mentiras e monstruosas falsidades viessem a transformar-se em fatos incontestes, de que o homem pudesse ter a liberdade de mudar à vontade o seu passado, e de que a diferença entre a verdade e a mentira pudesse deixar de ser objetiva e passasse a ser apenas uma questão de poder e de esperteza, de pressão e de repetição infinita. O que os fascinava não era a habilidade com que Hitler e Stálin mentiam, mas o fato de que pudessem organizar as massas numa unidade coletiva para dar às suas mentiras uma pompa impressionante. O que era simples fraude do ponto de vista factual e intelectual parecia receber a bênção da própria história quando toda a realidade dinâmica dos movimentos passou a sustentar a mentira, fingindo tirar dela o entusiasmo necessário para a ação. (grifo nosso)

Com efeito, tem se tornado cada vez mais comum, também, o uso de desinformação para desequilibrar e desestabilizar os *players* democráticos. É fato que o acesso à *internet* deve respeitar a liberdade de expressão⁸², e disso não se discorda.

A desinformação, quando colocada no ambiente da rede, gera o que Loveless (2021, p. 66) chamou de silo-ificação (“*silo-ification*”). Funcionaria da seguinte forma: o indivíduo é exposto a uma *fake news*, via rede social, baseada em ferramentas de busca e o algoritmo impede que ele se comunique com fontes alternativas de informação e de checagem quanto à veracidade, deixando a pessoa compartimentada dentro de uma “câmara de eco” (*echo-chamber*). A lógica da “câmara de eco” é potencializar a disseminação das notícias fraudulentas, metaforicamente é como se pensássemos “a disseminação viral de notícias falsas em uma rede social como um incêndio florestal, uma câmara de eco tem o mesmo efeito que um monte de palha seca na floresta; fornece o combustível para uma pequena chama inicial se espalhar por todo o ambiente” (CURINI; PIZZIMENTI, 2021, p. 83). Esse fenômeno tem contribuído para deslegitimar as instituições democráticas ao redor do globo (*op. cit.*, p. 68).

Dentro desse ambiente distópico, os fatos⁸³ já não importam mais e sim a narrativa. O “acredito logo é verdade” dá lugar à “verdade factual”, pouco importando que

⁸² Para além da previsão constitucional, o art. 2º *caput* da Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014, o Marco Civil da Internet, estabelece como fundamento o respeito à liberdade de expressão.

⁸³ Fato aqui, como verdade ou acontecimento. Em *A Política*, Aristóteles recorre aos “fatos” para contrapor os diálogos entre Platão e Sócrates em *A República*, na visão aristotélica, uma obra da “imaginação”. “Em dezenas de passagens, ele usa de expressões como “os fatos demonstram”, “basta verificar os fatos”, “como provam os fatos e a razão”, insistindo que a política deve lidar com os acontecimentos, com a história, com as coisas reais. Os fatos se contrapõem à imaginação, às

aquela “realidade” tenha ou não acontecido. E essa patologia não é “privilégio” de países periféricos. Surge, então a ideias de pós-verdade, exatamente como na narrativa do filme *Inception*, descrita na introdução deste trabalho. Ao contrário, como observa D'ancona (2018, p. 90), mesmo no contexto da democracia norte-americana, sabidamente uma das mais longevas e consolidadas, a eleição do Presidente Donald Trump foi repleta de exemplos de como muitas das suas declarações impactantes, mas irreais, invariavelmente difundidas pela sua rede social *Twitter*, foram responsáveis por impactar na disputa, influenciando no ânimo do cidadão-eleitor, a despeito do “hiato entre o real e o imaginário”, realidade muitas das vezes inconsciente ou conscientemente ignorada.

A pós-verdade representa render-se a essa análise: um reconhecimento pelos produtores e consumidores da informação de que a realidade agora é tão elusiva e nossas perspectivas como indivíduos e grupos tão divergentes, que não é mais significativo falar da verdade ou procurá-la. Há muito tempo, os pluralistas falavam de “valores incomensuráveis”. A epistemologia da pós-verdade incita que aceitemos que existem “realidades incomensuráveis” e que a conduta prudente consiste em escolhermos lados, em vez de avaliarmos evidências

Portanto, o fenômeno das redes sociais no contexto da sociedade hiperconectada tem conduzido a um paradoxo. Um grande volume de informação não quer dizer necessariamente que essas estejam retratando fatos. Por exemplo, “uma pesquisa de opinião do instituto Ipsos, para o *site* BuzzFeed, com mais de 3 mil norte-americanos, verificou que 75% daqueles que viram machetes das notícias falsas, as julgaram como exatas” (op. cit. p. 75). Esse mecanismo, foi largamente utilizado pelo Presidente Trump, que utilizou largamente da sua rede social, inclusive como mecanismo de pressão sobre o parlamento, a fim de impor as pautas por ele prometidas em sua campanha, numa estratégia conhecida como “go public”, ou seja, trazendo a público questões afetas às suas demandas como chefe executivo, a fim de que seus apoiadores pudessem pressionar suas bases parlamentares, o que revela também uma outra forma de uso das redes para influenciar o jogo da democracia. Assim, “*as Franklin Roosevelt once used radio, to reach voters directly, in a common voice—with typos and idiosyncrasies serving as markers of*

fantasias e aos idealismos, assim como a razão se opõe à emoção, à paixão, à magia. (BUCCI2019. p. 65)).

authenticity—and thereby to increase his power vis-a-vis the legislature” (WEINER, 2020).

A lição que fica, é quem muita liberdade nas redes não quer dizer, necessariamente, livre manifestação de vontade ou um livre consentimento informado, eis que a “[...] massa de informações não gera verdade, e quanto mais se liberam informações tanto mais intransparente torna-se o mundo. Por isso, a hiperinformação e a hipercomunicação não trazem luz à escuridão” (HAN, 2016, p. 52).

O constante monitoramento do capitalismo de vigilância, corrói a própria ideia de liberdade, pois um indivíduo não pode ser plenamente livre se a sua cognição acerca da realidade é apenas um vislumbre do que acontece no mundo real. É como no filme *Matrix*, em que as ferramentas *machine learning* inseridas nas mentes das pessoas proporcionam a percepção de realidade virtual expandida, bem diferente daquela existente no mundo dos humanos, cujos corpos são utilizados como combustível para o funcionamento das máquinas. Percebendo essa operação dos humanos pelas máquinas, Zuboff (2020) chama a atenção para o fato de que as redes sociais se tornaram grandes manipuladoras de seus usuários.

Vimos o conhecimento preditivo se transformando em poder instrumental nos experimentos de contágio do Facebook publicados em 2012 e 2014, quando plantou pistas subliminares e manipulou comparações sociais em suas páginas, *primeiro para influenciar os usuários a votar nas eleições de meio de mandato e depois para fazer as pessoas se sentirem mais tristes ou mais felizes*. Os pesquisadores do Facebook comemoraram o sucesso desses experimentos observando duas descobertas principais: que era possível manipular pistas on-line para influenciar comportamentos e sentimentos do mundo real, e que isso poderia ser feito ignorando com sucesso a consciência dos usuários (tradução nossa)

Portanto, a lógica de que mais *internet* produz mais redes sociais, levando a mais democracia, não tem se mostrado, na prática, concretizável. Ao contrário, tem conduzido a mais polarização e separação (LOVELESS, 2021, p. 68), algo extremamente pernicioso para o arranjo institucional, porque “pode reduzir a eficiência e a qualidade dos processos legislativos e minar tanto a confiança no governo quanto a eficácia dos freios e contrapesos em geral” (KAVANAGH e RICH, 2108, p. 176).

4 A AUTORREGULAÇÃO REGULADA

É importante lembrar aqui, que em 1984 (na primeira edição italiana), Norberto Bobbio publicou uma reflexão sobre o futuro da democracia, em obra que recebeu esse preciso nome. Naquele momento, o próprio Bobbio (2020, *passim*) falava em transformação das democracias, recusando atribuir qualquer sentido axiológico positivo ou negativo à expressão, vale dizer, sua análise não partida da premissa de que havia uma “crise” propriamente dita, no sentido de colapso iminente das democracias modernas. Mesmo tendo vivido em outro contexto (o autor faleceu em 2004, três anos antes do lançamento do primeiro iPhone), em que a tecnologia hoje existente era praticamente uma miragem somente concebível em obras ficção científica, o autor já alertava para o que ele então denominava de “computadorcracia”, embora sob o enfoque do uso da tecnologia pelo Estado para controlar o cidadão.

Inútil dizer que o controle público do poder é ainda mais necessário numa época como a nossa, na qual aumentaram enormemente e são praticamente ilimitados os instrumentos técnicos de que dispõem os detentores do poder para conhecer capilarmente tudo o que fazem os cidadãos. Se manifestei alguma dúvida de que a computadorcracia possa vir a beneficiar a democracia governada, não tenho dúvida nenhuma sobre os serviços que pode prestar à democracia governante. O ideal do poderoso sempre foi o de ver cada gesto e escutar cada palavra dos que estão a ele submetidos (se possível sem ser visto nem ouvido): hoje este ideal é inalcançável. Nenhum déspota da antiguidade, nenhum monarca absoluto da idade moderna, apesar de cercado por mil espiões, jamais conseguiu ter sobre seus súditos todas as informações que o mais democrático dos governos atuais pode obter com o uso dos cérebros eletrônicos. A velha pergunta que percorre toda a história do pensamento político — “Quem custodia os custódios?” — hoje pode ser repetida com esta outra fórmula: “Quem controla os controladores?” Se não conseguir encontrar uma resposta adequada para esta pergunta, a democracia, como advento do governo visível, está perdida. (BOBBIO, 2020, p. 54)

O que fica perceptível dessa obra, era a preocupação do *jus-filósofo* com a expansão do uso das ferramentas de tecnologia para o controle dos governos sobre os seus governados. Todavia, essa lógica se inverteu. O Estado liberal criou uma ambiência que se tornou autocorrosiva, fazendo com que a democracia entrasse nesse processo de erosão de dentro para fora. É que a progressividade geométrica com que a *internet* se expandiu, é que a vida na colmeia humana da rede conectada proporcionaria outra experiência, qual seja, a do próprio Estado de Direito, enquanto ente desprovido de realidade tangível, se ver ameaçado em sua existência

jurídica. Bolzan de Moraes (2018, p. 881), assinala vivermos em constante tensão dialética entre o asseguramento das liberdades básicas do cidadão, aqui já referidas, e como impedir que isso venha a corroer a própria homeostasia dos poderes constituídos

[...] o grande dilema é aquele que contrapõe o descompasso entre as promessas constitucionais e as possibilidades de sua realização, pois o Estado (Liberal) de Direito – em suas variantes históricas - impescinde de um poder político forte, de um lado e, de outro, de um sentimento constitucional que controle a desconfiança/descompromisso coletivo e individual com o seu projeto constitucional alicerçado na solidariedade como meio para o atingimento da dignidade. Isso pode produzir um abandono do Estado Constitucional – como da própria democracia - ou, ainda, uma tentativa de (re)apropriação de seus conteúdos privadamente, em particular pelos atores individuais de alguma forma já incluídos, fortalecendo a exclusão social, sustentados em desejos e não em direitos.

No atual contexto, o uso dessas liberdades de expressão, de pensamento e de manifestação de uma forma de pensar, já não mais podem ser consideradas inofensivas para o próprio regime democrático. A disseminação da *internet* e, principalmente, das redes sociais, tornaram evidente à olhos vistos, a expansão do discurso do ódio (*hatespeech*).

O já citado caso *Cambridge Analytica*, tornou evidente como o uso da rede social pode desequilibrar uma eleição, mediante uso de técnicas como *narrowcasting* e *microtargeting*⁸⁴.

⁸⁴ O *narrowcasting* é uma contraposição ao *broadcasting*, técnica analógica de transmissão de ampla abrangência. Naquela primeira hipótese, ao contrário, há uma segmentação da audiência por nichos específicos (MORAIS, José Luis Bolzan de; FESTUGATTO, Adriana Martins Ferreira. **A democracia desinformada: eleições e fake news**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 49. Essa técnica aliada ao *microtargeting*, foi utilizada pela empresa *Cambridge Analytica* como forma de desequilibrar (ou ao menos tentar) desequilibrar eleições norte-americanas. “No fim de 2015, o Guardian reportou que uma empresa de dados políticos, Cambridge Analytica, havia pagado acadêmicos do Reino Unido para associar perfis de Facebook de eleitores nos EUA, com detalhes demográficos e registros de ‘curtidas’ de cada usuário. Eles usaram essas informações para desenvolver análises psicográficas de mais de quarenta milhões de eleitores, classificando cada uma na escala dos ‘grandes cinco’ traços de personalidade: abertura a ideias, conscienciosidade, extroversão, amabilidade e neuroticismo. Grupos trabalhando na campanha presidencial de Ted Cruz então usaram esses estudos para criar comerciais de TV visando diferentes tipos de eleitores, colocando-os na programação a que mais provavelmente assistiam. Quando a Coligação Judaica Republicana se encontrou no Venetian Las Vegas em maio de 2015, por exemplo, a campanha de Cruz soltou uma série de anúncios baseados na web, visíveis apenas de dentro do complexo de hotéis, que enfatizava a devoção de Cruz à Israel e à segurança daquele país” (O’NEIL, 2020.p. 297-298). Portanto, essas técnicas, consistem em estratégias específicas de *marketing* para transmitir a mensagem a um público específico, falando

Torna-se ainda cada vez mais evidente, que a disseminação de notícias fraudulentas como forma de desestabilizar as instituições democráticas. Essas “notícias” são espreiadas ao modo do Ministro da Propaganda Nazista, Joseph Goebbels, seguindo a máxima de que uma mentira repetida várias vezes, se torna verdade. Embora decantada pelo tempo, a fórmula ainda se revela eficaz e, pior, potencializada com o impulsionamento em redes de comunicação instantânea, como *Telegram* e *WhatsApp*.

Assim, por enquanto, em vez de fortalecer a democracia promovendo o conhecimento e a participação dos cidadãos, o uso da Internet tende a aprofundar a crise da legitimidade política ao fornecer uma plataforma de lançamento mais ampla para a política do escândalo (CASTELLS, 2003, p. 168).

As “verdades” que se formam na rede, são extremamente voláteis e se liquefazem no instante seguinte, suplantadas que são imediatamente pela nova “notícia” em torno de um “fato novo” que está a espreitar, pronto para tomar seu lugar e formar uma nova “opinião” em torno de um determinado tema.

Feitas essas constatações, a seguir passaremos a discorrer sobre o problema da (auto)regulação, como uma possibilidade, se não de solução, ao menos de mitigação desse fenômeno corrosivo e que tem conduzido a sociedade para extremos perigosos.

4.1 É POSSÍVEL REGULAR

Ao longo desta pesquisa, refizemos o percurso da liberdade de expressão, desde o seu nascedouro até os dias atuais, bem como a forma como ela vem sendo interpretada, especialmente na jurisprudência do STF, a quem coube, pela CF/88, exercer o papel de interpretar o ordenamento jurídico, como Corte Constitucional.

exatamente aquilo que ele deseja ouvir a respeito de um candidato, no plano eleitoral, ou de um produto, no plano consumerista-capitalista.

Foi possível demonstrar, nesse sentido, que a ADPF 130 foi uma ação que fixou premissas muito claras em torno do tema, contudo, especialmente a partir dos votos dissidentes, especialmente dos Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio, que o Supremo cometeu ali um equívoco que viria a ser, a nosso aviso, determinante para que o estado de coisas hoje vivenciado se verificasse.

E esse erro decorre, fundamentalmente, do total estado da anomia instalado, uma completa ausência do Estado no mercado de ideias, fazendo que com que liberdade, mediante o abuso sistemático, conduzisse a um cenário caótico, que nós nos tornássemos um “país de ofensas”, como assinalou o Ministro Roberto Barroso em palestra ministrada em Oxford (ROSA, 2022).

Apesar daquele julgamento, não é possível extrair dele, contudo, uma interdição do Congresso Nacional no sentido de que ele não pode criar balizas de regulação no que diz respeito ao mercado de ideias. Pelo contrário, como também analisado anteriormente, o próprio artigo 220 § 1º da Constituição Federal é adversativo, ao estabelecer que “[n]enhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV⁸⁵”, ou seja, esse dispositivo pode ser lido de forma inversa, como um mandato para que o legislador densifique escudos protetivos desses bens jurídicos constitucionalmente protegíveis. Se não fosse assim, o STF deveria declarar inconstitucional, com interpretação

⁸⁵ Uma questão ainda muito mal resolvida no direito brasileiro, que não é objeto de exame neste trabalho mas que está umbilicalmente a ele ligado, é a questão do sigilo da fonte, prevista no inciso XIV mencionado no § 1º do artigo 220. A questão emergiu com muita força, em razão do caso *The Intercept*, envolvendo o jornalista Glenn Greenwald, que recebeu material dos telefones dos investigadores da Operação Lava Jato. A matéria foi levada ao STF, via ADPF 601, na qual o Ministro Relator deferiu a liminar, para o fim de “determinar que as autoridades públicas e seus órgãos de apuração administrativa ou criminal abstenham-se de praticar atos que visem à responsabilização do jornalista Glenn Greenwald pela recepção, obtenção ou transmissão de informações publicadas em veículos de mídia, ante a proteção do sigilo constitucional da fonte jornalística”. Poderíamos aqui, objetar um elenco de questões processuais contra a cognoscibilidade desse instrumento, para essa finalidade específica. Contudo, o que chama a atenção é a amplitude e como, a partir de um caso concreto, contido em processo objetivo, a situação pode ser perigosamente generalizada para encobrir maus feitos pela imprensa. Nos EUA, por exemplo, a imprensa não está imune de sanções quando se trata de informar sobre casos de interesse público, como pontua, especialmente como ficou decidido em *Cohen v. Cowles Media Co.* (501 U.S. 663 1991), pois a imprensa não pode simplesmente arrombar um escritório ou habitação, violando garantias fundamentais, para obter uma determinada informação (RYTTER, 2014)..

conforme, o artigo 12⁸⁶ do Código Civil ou, do mesmo diploma, o seu artigo 189, que estabelece a responsabilidade extracontratual para quem quer que, por ação ou omissão voluntária, causa prejuízo a outrem, comete ato ilícito, para deles excluir os danos decorrentes do uso da palavra.

É com essas premissas legislativas, que se legitima o dever indenizante mesmo quando o ato ilícito é baseado na divulgação de fatos “verdadeiros”, mas que servem de sustentação para a “construção de uma notícia”, o que vai ao encontro da “mal-information” já delineada anteriormente. É que o “fato real não pode ser divulgado em conexão com manchete que diz respeito a outro fato, também real, mas eu nenhuma relação guarda com o primeiro” (SCHREIBER, 2014, p. 85).

Ou, em outra latitude, por que o STF ainda não invalidou o enunciado número 221, da súmula de jurisprudência dominante do STJ, que é o intérprete maior do ordenamento infraconstitucional, aí compreendido do Código Civil acima mencionado, que estabelece que “São civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação”, e é aplicado por aquele tribunal desde 1999, quando aprovado?

Evidentemente, tratam-se de enunciados linguísticos, seja com conteúdo de lei, seja decorrente da interpretação de um alto tribunal judiciário, que impõem limites a uma liberdade fundamental, no caso, a de expressão e de manifestação do pensamento. Isto é, o indivíduo é livre para exprimir o seu pensamento, desde que não invada a esfera subjetiva de direitos privados ou, evidentemente, não fira direitos públicos subjetivos. Essa é a lógica e a razão de existir de qualquer sistema jurídico-social.

Dito de modo mais claro: essas regras legais e o enunciado interpretativo acima mencionados, não foram nulificados porque eles são constitucionais e, ao limitar de algum modo o exercício de uma liberdade pública, estão afirmando a força normativa da CF/88, assim compreendida em seu todo normativo.

⁸⁶ Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

É nesse sentido, que em vários outros julgamentos, o STF validou normas que estabeleceram balizas para o exercício da liberdade de expressão. Houvesse uma interdição legislativa total, não se justificaria, por exemplo, a validação da lei que regulou o direito de resposta, em que pese houvesse previsão desse instituto na abrogada Lei de Imprensa, não recepcionada “em bloco”, mas cujos temas nela tratados não estão infensos ao discricionário Poder de inovação da ordem jurídica, cometido pelo CF ao Supremo Tribunal.

Ocorre que, desde o julgamento da ADPF 130, o despertar do STF para o fato de que o “buraco é mais embaixo”, somente ocorreu a partir do momento em que o próprio tribunal passou a ser alvo do ódio latente que é subproduto dessa polarização social. E essa ofensiva ocorreu, preponderantemente, em razão das posições contramajoritárias do STF, levando ao aumento dos aumentaram ataques virtuais⁸⁷ contra seus componentes⁸⁸, em linhas gerais, acusando os Ministros de formarem a “ditadura do Judiciário”, como por exemplo, a agenda das ditas minorias⁸⁹, que contrariam o pensamento que predomina em boa parcela da sociedade brasileira, de tradição judaico-cristã⁹⁰..

⁸⁷ Esses acontecimentos da infosfera. Por exemplo, COELHO (2022).

⁸⁸ Outro exemplo de ataque a um membro do STF, construído com base em notícia fraudulenta, ocorreu recentemente, quando ao Ministro Roberto Barroso foi imputada a pecha de bater em mulheres, por um pré-candidato ao Senado da República, o que motivou o ofendido a mover uma ação penal privada no próprio STF. Nesse episódio, o pré-candidato afirmava que seu discurso estaria autorizado, inclusive, porque “não existe tipo penal chamado *fake news*” (UOL, 2022).

⁸⁹ Por exemplo, o Supremo Tribunal Federal ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, decidiu criminalizar a chamada “homofobia”, na conformidade da Lei nº 7.716 de 5 de janeiro de 1989. Não é o escopo desse trabalho debater o julgamento em questão. No entanto, em nossa opinião esse julgamento ultrapassou a fronteira do axioma garantista previsto no artigo 5º inciso XXXIX da Constituição, a nos dizer que “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”. Neste caso, foi debatida também a questão atinente à liberdade de expressão e citado, expressamente, o precitado caso Ellwanger. Interessante notar, que aqui também, restou vencido o Ministro Marco Aurélio. De nossa parte, além do equívoco quanto à limitação da jurisdição constitucional para colmatar a lacuna legislativa, que admitimos existente e concordamos que há mandato de criminalização, entendemos que, tal como já enfatizado anteriormente sobre a importância dos votos vencidos, o tribunal da história julgará o erro ou acerto do STF. Entendemos, também, que o inconformismo existente na sociedade com esse tipo de postura “ativista”, ainda se fará sentir nos desdobramentos da história.

⁹⁰ Há outra matéria na agenda do Supremo, que certamente suscitará um debate acalorado. Trata-se da ADPF 442, que debate a (des)criminalização do aborto. A 1ª Turma do STF, no entanto, no HC 124.306 concedeu a ordem em voto condutor do Ministro Roberto Barroso, afirmando nos fundamentos que o aborto no primeiro trimestre não é crime. Vale ressaltar que a Ministra Rosa Weber participou daquele julgamento e acompanhou o Relator. Ela é a Relatora da ADPF 442. Há, nesse processo objetivo, potencial para reacender movimentos fortes movimentos refratários à Suprema Corte.

Diante dos impasses e da falta de uma resposta institucional, pelas vias ordinárias e ortodoxas, o STF decidiu, por Portaria de seu Presidente (aqui já citada), instaurar um inquérito que viria a ficar conhecido como “Inquérito das Fake News” (Inq. nº 4781),⁹¹ cuja relatoria coube ao Ministro Alexandre de Moraes.⁹²

A instauração desse inquérito, um ato administrativo único, passou a contar com uma intensa atividade instrutória e múltiplos comandos, inclusive medidas sob reserva de jurisdição, como prisões e buscas e apreensões, vindo então a ser objeto de impugnação pelo Partido Rede Sustentabilidade através da ADPF 572. Embora o mote da discussão em torno do possível descumprimento do preceito fundamental fosse a violação do princípio acusatório⁹³, o grande destaque do Acórdão é a ampla discussão em torno do fenômeno das *fake news*, fazendo com que ele seja o verdadeiro *leading case* na matéria desinformação.

É bem verdade que no julgamento foi tangenciada a questão processual penal ventilada na petição inicial do partido arguente, mas de fato as discussões mais aprofundadas se deram exatamente em torno do fenômeno da *dis-information* e, pensamos, esse é o grande legado jurisprudencial desse processo de controle concentrado. Nesse sentido, podemos afirmar sem medo de errar, que na atual quadra da história, não se pode interpretar a liberdade de expressão, de opinião e de imprensa sem levar em consideração essa ADPF. Diríamos, nesse sentido, que boa parte das premissas fixadas na ADPF 130 foram objeto de *overruling*, devendo aquele julgamento ser lido em conjunto com a ADPF 572, como se um julgamento único fossem, porque essa última, inclusive, confirmou, novamente, a tese da reserva legal qualificada dos ministros “vencidos” anteriormente.

Os limites à liberdade de expressão estão em constante conformação e, penso, **demandarão ainda reflexão do Poder Legislativo** e do Poder Judiciário e, especialmente, dessa Corte, no tocante ao que se denomina

⁹¹ Enfatizamos novamente que aqui não se pretende discutir a juridicidade do inquérito, e a respeito do qual já manifestamos nossa opinião.

⁹² Relembre-se aqui, que esse mesmo Ministro tem se manifestado em Reclamações constitucionais legitimando a remoção de conteúdos ofensivos veiculados pela imprensa. Também está com vista de dois processos (uma ADPF e um RERG) importantes em torno do Marco Civil da internet.

⁹³ Referido inquérito chegou a ser arquivado pela então Procuradora-Geral da República Raquel Elias Ferreira Dodge, exatamente com fundamento no princípio acusatório (<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/raquel-dodge-arquiva-inquerito-aberto-de-oficio-pelo-supremo-tribunal-federal>).

atualmente de “*fake news*”. Como observou o *Justice Kennedy*, no caso *Packingham v. North Carolina*, as mídias sociais são as “novas praças públicas”.

Nesse contexto de confusão informacional em que a manifestação se automatiza, não há mais propriamente sujeitos de direito, mas algoritmos ecoando inadvertidamente uma informação sem respaldo na lógica do hipertexto:

O hipertexto desconstrói a escrita linear e a sugestão dessa de que as ideias são organizadas de modo homogêneo, pois torna explícita coexistência de diversas estruturas. Entramos numa forma de comunicação em rede. Na verdade, nem mesmo rede, mas formas de nós em expansão, para todos os lados. (BRASIL, 2020)

Esses trechos foram extraídos do voto condutor, seguido por maioria (vencido o Ministro Marco Aurelio).⁹⁴ Assim, se muito foi dito a partir da interpretação das razões de decidir da ADPF 130, é evidente que se o STF reconheceu, assim, que o tema “*fake news*” vai merecer reflexão do Poder Legislativo, a conclusão inexorável é a de que a própria Suprema Corte reconhece a juridicidade de haver regulação da matéria por interposição legislativa. Em processos subjetivos, essa questão já vinha inclusive sendo abordada. Em sede de Recl. o Ministro Barroso já havia dito expressamente que o “[...] confronto entre liberdade de expressão e o direito à honra de vítimas de grupos ou agentes especializados na divulgação sistemática de notícias falsas injuriosas configura uma situação recente, que não foi apreciada, sequer de passagem, na ADPF 130” (BRASIL, 2021, não paginado).

Antes, porém, é sempre bom lembrar que STF já havia entendido, no caso *Ellwanger*, que é possível a limitação à liberdade de pensamento, a liberdade de publicação, essa liberdade não pode ser objeto de abuso por parte do emissor da opinião, condenando assim o chamado *hate speech*.

Outro caso que merece ser posto em evidência, é o da AP 1044, porque nele se discutia a liberdade de expressão sob uma forma qualificada de proteção, porque o réu era Deputado Federal, ou seja, a ele se aplicava o chamado estatuto do congressista, previsto no artigo 53 da CF/88, conferindo-lhe imunidade, civil e penal, pelas opiniões, palavras e votos que proferir, ou seja, um exclusão do legislação ordinária aplicável à generalidade dos cidadãos. O objeto daquele processo de natureza penal, era, exatamente, o uso do *Youtube* para proferir impropérios contra

⁹⁴ Aliás, é atribuído ao Ministro a autoria do nome pejorativo “inquérito do fim do mundo” (NEVES, 2022).

os Ministros do STF, fato pelo qual o parlamentar, inclusive, chegou a ter a prisão decretada. Ao julgar o mérito da ação, o STF, de forma unânime, afastou a referida imunidade, por entender que a “liberdade de expressão não permite a propagação de discursos de ódio e ideias contrárias à ordem constitucional e ao Estado de Direito” e que a imunidade conferida aos membros do Congresso não pode “como verdadeiro escudo protetivo para a prática de atividades ilícitas” (BRASIL, 2022, não paginado).

Também no âmbito da justiça eleitoral, a tônica tem sido a necessidade de intervenção estatal, como forma de regular as relações travadas no nicho específico que consubstancia a circulação das ideias, inclusive por meio da *internet*.

Nos termos do art. 57-B, §1º, da Lei 9.504/97, é permitida a publicação na internet de conteúdo eleitoral que seja gerado ou editado por candidatos, partidos ou coligações, desde que os respectivos endereços eletrônicos, blogs, redes sociais, sítios de mensagens instantâneas e aplicações de internet assemelhados sejam informados à Justiça Eleitoral no RRC ou DRAP, viabilizando um controle com maior grau de eficiência acerca de eventuais irregularidades praticadas no ambiente virtual. Inteligência do art. 57-B, I a IV e respectivo §1º e art. 24, VIII, da Resolução TSE 23.609/2019. 3. Os mencionados preceitos normativos devem ser interpretados conjuntamente com o disposto no art. 5º, VII, da Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), considerando-se “aplicações de internet o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet”, o que inclui, sem qualquer margem de dúvida, os aplicativos de redes sociais como Facebook, Instagram e Twitter. 4. As regras eleitorais que exigem comunicação prévia à Justiça Eleitoral do endereço eletrônico de sites, blogs, redes sociais, pelos candidatos, não ofendem a liberdade de expressão, pois não possuem “a finalidade de controlar ou mesmo aniquilar a força do pensamento crítico, indispensável ao regime democrático” (ADI 4451, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, DJe de 6/3/2019). Pelo contrário, viabilizam seu exercício, assegurando-se o interesse constitucional de se resguardar eleições livres e legítimas (BRASIL, 2021)

Não se pode perder de vista, quando estamos tratando desses casos, o fator temporal. Desde a instauração do Inquérito das *fake news*, ocorrida em 2019, passando pela ADPF 572, procedido em 2020, até a AP 1044, julgada em 2022, são acontecimentos ocorridos em um intervalo de três anos, ao passo que a ADPF 130 já ecoa há mais de uma década. Certamente, haverá de agora em diante um endurecimento na linha interpretativa do STF com os abusos que vêm sendo praticados.

4.2 O PORQUÊ DE REGULAR

Toda a base conceitual erigida em torno da liberdade de expressão, é pressuposto para uma nação democrática. Todavia, como visto, qualquer intenção de conferir um grau absoluto a essa liberdade, descambará para a completa anarquia e violação de direitos fundamentais de viés individual (direitos da personalidade), tanto que na tradição jurídica de democracias desenvolvidas, como o próprio EUA e a Alemanha, esse grau de dureza não chegou a ser atribuído em momento nenhum da trajetória constitucional desses países. Com essa lógica, torna-se forçoso reconhecer que “Nem mesmo constituições bem-projetadas são capazes, por si mesmas, de garantir a democracia” (LEVTSKY e ZIBLATT, 2018, p. 115).

Ao longo do percurso histórico da liberdade de se exprimir, de opinar, de circular ideias, assegurada a todo indivíduo como direito humano fundamental, tanto em documentos adotados nas relações internacionais entre os países como no plano interno (inclusive no Brasil) é uma dimensão da democracia em si. Não se pode conceber regime democrático em que a liberdade de criticar seja esterilizada. A questão é o paradoxo que isso tem estabelecido. O câncer, grosso modo, é a patologia das células de um corpo, resultando da reprodução anômala influenciada por fatores externos ou internos ao próprio ser vivo (BRASIL, 2020). Se concebermos o sistema jurídico constitucional como um sistema único, um ente dotado de funções orgânicas, a democracia é um componente indissociável do Estado (Democrático) de Direito. Segundo Verdú *apud* Coelho (2018, p. 37) essa concepção o Estado só pode ser de direito se for democrático e somente pode ser democrático se for de direito.

O Estado de Direito, em qualquer de suas espécies: Estado liberal de Direito, Estado social de Direito, Estado democrático de Direito, é uma conquista. Quero dizer que cada um deles se estabeleceu, ou tentou estabelecer-se, lutando contra estruturas de poder contrárias, a saber: Estado liberal de Direito, frente ao Antigo Regime; Estado social de Direito contra o individualismo e o abstencionismo do Estado liberal; Estado democrático de Direito que luta com as estruturas sócio-políticas do anterior; resquícios individualistas, neocapitalismo opressor, sistema estabelecido privilegiado

Seguindo essas premissas, a liberdade de expressão, nessa quadra da história, parece que tem internamente causado a patologia no próprio corpo que ela habita, a

democracia, porque esse direito fundamental tem servido para sustentar a disseminação e o acolhimento de informações falsas ou mesmo para reescrever fatos tido por incontroversos na história constitucional do país.

Se Estado de Direito só é democrático se observar essas concepções, dentre as quais a concepção *liberal* na qual, como visto, está inserido o contexto da liberdade de expressão, mas que não exclui o estado prestador, porque essas dimensões são autorreferentes e se complementam (não são excludentes), como visto acima, é evidente que deve haver um certo equilíbrio entre essas diferentes visões do Estado. E o sistema de regras e princípios de um texto constitucional, sobretudo um texto que se pretenda efetivamente normativo,⁹⁵ depende do transplante do mundo do dever ser (*Sollen*) para o mundo do ser (*Sein*). É nesse sentido, que Hesse (1991, p. 17) afirma pondera que “A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social”. A normatividade da Constituição, portanto, segundo Bobbio (2022, p. 63), depende de fatores reais, da efetiva implementação de suas regras na sociedade.

Também os direitos do homem são, indubitavelmente, um fenômeno social. Ou, pelo menos, são também um fenômeno social: e, entre os vários pontos de vista de onde podem ser examinados (filosófico, jurídico, econômico, etc.), há lugar para o sociológico, precisamente o da sociologia jurídica

Há, em certo ponto e em certa medida, uma imbricação do jurídico com o sociológico. Novamente com amparo em Bobbio (2007, p. 35), o fenômeno do direito não pode ser interpretado fora da realidade social, porque, afinal, o sistema é assim concebido, efetivamente, para regular a vida em sociedade. Não se pode conceber uma democracia, sem um sistema jurídico que regule a sociedade (democrática).

O que caracteriza o direito como instrumento de controle social é, por um lado, o uso de meios coercitivos (a chamada “coação” como elemento distintivo do ordenamento jurídico em relação aos outros ordenamentos normativos) e, por outro lado, o uso dos meios coercitivos em função repressiva (entendo por “repressão” o oposto de “prevenção”). Pois bem, ampliando-se a dimensão e o uso dos meios de comunicação de massa (cujas importância, aliás, não pretendo exagerar de modo catastrófico), amplia-se, na sociedade contemporânea, um controle social de tipo diverso daquele tradicionalmente representado pelo direito, um controle não de tipo

⁹⁵ Sobre o sistema de regras e princípios e de Constituição dotada de força normativa, v. n.r. 51 quando contrapomos a concepção de Hesse e de Lassale sobre os textos constitucionais.

coativo, mas, sim, persuasivo, cuja eficácia, em última instância, é confiada não à força física, como ocorre em qualquer ordenamento jurídico, mas ao condicionamento psicológico. No limite, pode-se supor um tipo de sociedade em que o condicionamento psicológico dos indivíduos seja tão amplo e eficaz a ponto de tornar supérflua aquela forma de controle considerada, em geral, mais intensa, que é, precisamente, o controle mediante o uso de meios coativos, isto é, o direito. Uma sociedade sem direito não é somente a sociedade livre suposta por Marx, mas também aquela conformista imaginada por Orwell: o direito é necessários onde os homens são, tal como acontece nas sociedades históricas, nem todos livres nem todos conformistas, isto é, uma sociedade em que os homens precisam de normas (e, portanto, não são livres) e nem sempre conseguem observá-las (e, portanto, não são conformista)

O direito então, segundo essa concepção, existe para o balizamento entre a tendência inata ao ser humano de não observar regras. A vida em sociedade precisa de regras, para que exista liberdade. Ou seja, segundo essa concepção, o fato de existir regra já é signo-presuntivo de que nenhum homem (ou mulher) é ou será totalmente livre sob o primado do direito, porque isso redundaria em uma sociedade anárquica. Então, a norma-regra da liberdade de expressão e de opinião, o tão só fato de ser ela necessária, paradoxalmente, já dá uma conotação de uma não-liberdade e, a sua existência, tendencialmente deve partir da premissa de que ela será, em certa medida, descumprida, ainda que num sentido de abuso desse direito fundamental, já que não existe regra (explícita) para o seu não cumprimento. O abuso do direito é derivado da teoria geral, e está previsto expressamente no Código Civil no art. 187⁹⁶ como ato ilícito. Embora documento de permeado pela visão oitocentista, tratando-se de um estatuto legal privatista, na atualidade ele pode ser interpretado como um instrumento das relações em sociedade. De fato, esse instituto, mesmo ainda na vigência do revogado Código Civil de 1916 (art. 160 inciso I), editado sob a influência da visão bonapartista, e cujo grande engenheiro foi Clóvis Beviláqua⁹⁷, conforme esclarece Martins-Costa (2008, p. 60), era por ele interpretado, com o amparo da doutrina de Salleilles, como uma forma de permitir a “socialização do direito” como “linha média” entre os interesses do indivíduo e da sociedade.

⁹⁶ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

⁹⁷ Autor do Projeto do CC/1916. A coleção dos documentos legislativos referentes ao projeto foi autorizada pelo Decreto-Legislativo nº 3.095 de 12 de janeiro de 1916 e estão disponíveis na Biblioteca eletrônica da Câmara dos Deputados. Disponível em <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/14356?show=full>. Acesso em: 2 mai. 2022.

Isto porque não é nem sequer pensável a *comunicação* (entendida como meio de entendimento e coordenação humana) – ensina-nos Baptista Machado –, senão havendo a observância de regras éticas elementares, **como a veracidade e a lealdade**, a que correspondem os conceitos complementares de credibilidade e responsabilidade (grifo nosso)

Neste ponto, retomando o caso de Siegfried Ellwanger, que foi emblemático exatamente pela negativa da existência mesma do próprio holocausto, o que demonstra que Arendt não estava exagerando quando afirmava que até um fato tão axiomático quanto a invasão da Bélgica pelos alemães, como fato que eclodiu a primeira guerra não estava imune à uma reescrita (op. cit.). Fica então a pergunta: O que difere esse brasileiro, nascido em Candelária (interior do Rio Grande do Sul) no final dos anos 20 (e, portanto, distante, teoricamente, da influência do nacional socialismo) e falecido somente em 2010, já em pleno século XXI com amplo acesso à informação em torno dos horrores da Segunda Guerra, viesse mesmo a negá-los⁹⁸, dos alemães que viveram a realidade daquele período histórico e deram sustentação às brutalidades do *Führer*? A rigor, como esclarece Abboud (2021, p. 41), nada.

O racionalismo excessivo da modernidade, que permitiu que o mal se tornasse uma questão burocrática, não explica tudo. Algo mais levou os réus de Nuremberg, de Frankfurt e de Jerusalém a se declararem inocentes, mesmo quando expostos contra do mundo que sobreviveu à 2ª Guerra Mundial.

Poderíamos dizer que todos enlouqueceram, ou que estavam temporariamente endoidecidos, sob o domínio de não se sabe qual força inconsciente. É o torpor permanente. Na estrutura, é a erupção da exceção que se perpetua normalizando a degeneração. Mas contentar-se como isso não é permitido sob a jurisdição da história. Os fatos demonstram que, na tão excepcional Alemanha nazista, havia tantos loucos quanto hoje há entre nós. Não só os partidários de Hitler negaram até o fim a pecha de criminosos, como, a seu ver, falharam no desempenho de uma tarefa ("Aufgabe") essencial ao triunfo do seu povo.

Considerá-los irracionais é um privilégio ilusório, do qual não podemos mais usufruir. É atribuir os horrores da degeneração a obra do acaso. Como se o acaso tivesse promovido um concerto entre alucinados. Ao menos a degeneração da ordem jurídica não pode ser atribuída ao imponderável. Havia planejamento na formação das ideias destrutivas. Não se tratou de macabra epifania coletiva.

Para homens e mulheres de carne e osso, a ideologia nazista representava o sentido da vida, na acepção mais radical do termo. Na visão de Michael Burlaigh o pensamento totalitário nazista pode ser visto como uma religião secular, uma revolta contra a modernidade e um ataque à razão. O nacional-socialismo prometeu aos alemães uma redenção de uma crise ontológica nacional. Essa redenção somente pode ser compreendida como religião secular.

⁹⁸ Informações sobre Siegfried Ellwanger disponíveis em https://pt.wikipedia.org/wiki/Siegfried_Ellwanger_Castan.

Ignorá-lo é apenas uma das maneiras de coloca-los à margem da condição humana, privando-nos concluir que, sob as mesmas circunstâncias, nós talvez não resistíssemos à grita das massas.

Portanto, é preciso ter cuidado para que essa nova “grita das massas” que emerge com tanta força da realidade virtual algoritmizada das redes sociais, seja contida, evitando a contaminação do consciente coletivo, reacendendo ideias totalitárias, que já deveriam estar sepultadas. As pessoas que viveram na Alemanha em meados da primeira metade do século passado, não são ontologicamente diferentes das que hoje habitam o globo terrestre. Portanto, o risco não é meramente hipotético, e já havia sido identificado por Stuart Mill (2017, p. 26), como a possibilidade de que as maiorias venham a subverter a ordem jurídica e potencializando danos ao próprio tecido social.

Além do mais, a vontade do povo significa, na prática, a vontade da parte mais numerosa ou mais ativa do povo: **a maioria, ou aqueles que conseguem fazer-se aceitar como a maioria; consequentemente, o povo pode desejar oprimir uma parte do povo;** e são tão necessárias precauções contra isto como contra quaisquer outros abusos de poder.

Na atual quadra da história, com o iniludível transbordamento do mundo real para o mundo virtual, a linha entre o que é falso e o que é verdadeiro se tornou mais tênue, borrada. A facilidade com que as informações circulam na era da Tecnologia da Informação da Comunicação (TIC's), catalisa as ideias de recorte autoritário. Como vimos, a interpretação em torno da liberdade de expressão, ao menos na realidade jurídico-Constitucional brasileira, pode ser segmentada em antes e depois da ADPF 130, com a colocação a liberdade de expressão numa “posição preferencial”, julgamento cujas premissas remanescem, como vimos, na visão tradicional da mídia, analógica.

A sociedade hodierna, contudo, vive sob a constante vigilância de empresas de tecnologia do Vale do Silício. Elas, agora, são detentoras da supremacia da informação e a forma tradicional do Estado (liberal) não consegue assegurar a liberdade, porque agora já não basta que o Estado não intervenha (abstencionismo), mas que garanta, minimamente, essa liberdade. A pergunta feita por Bobbio em “O Futuro” (2020, p. 54-55), mas que recaía sobre a figura do monarca, deve ser atualizada para o contexto 4.0. *Quis custodiet ipsos custodes? [Quem vigia os vigilantes]*. Se “[...] não conseguir encontrar uma resposta adequada para esta

pergunta, a democracia, como advento do governo visível, está perdida” (ibid.). Portanto, como vigiar os cães de guarda dos dados pessoais?

Nessa perspectiva, retomada a pergunta central trazida na parte introdutória deste estudo, o próprio Bobbio, ainda em 1984, recusava a ideia de haver uma crise dos sistemas baseados em governos representativos. Ele preferia falar em transformação do que em crise, porque crise remeteria a “colapso iminente”. Naquele ano, contudo, o Brasil estava vivendo o movimento “Diretas Já”⁹⁹, e ainda sequer iniciara concretamente a fase redemocratizada, que se principiaria em 1988. As transformações antes cogitadas, de fato vieram a ocorrer, e conduziram, sim, à instalação de uma crise, como todas as evidências demonstram. A *modernidade líquida* retratada em Bauman coloca em primeiro plano o declínio dos Estados-Nação do modelo pós-westphaliano¹⁰⁰. Desse modo, Bauman e Bordoni (2015, p. 158) observam que a capacidade do poder político em oferecer respostas, se esgotou.

Um resultado disso é aperto fiscal, lançando mão de desregulamentação-devolução de prerrogativas institucionais, que são cada vez mais delegadas aos indivíduos: tudo isso para garantir a existência e a manutenção do aparato estatal e de seus privilégios, que se tornaram cada vez menos extensivos. Nessa etapa, o Estado em crise, em vez de ser provedor e garantidor de bem-estar público, tornou-se “um parasita” da população, preocupado apenas com a própria sobrevivência, exigindo cada vez mais e dando cada vez menos em troca.

O fato é que essa abdicação ou, melhor dizendo, a incapacidade do Estado para lidar com esse “admirável mundo novo” da tecnologia, tem sido nociva para a democracia. Não basta mais não interferir na liberdade do cidadão para assegurar a sua liberdade de expressão de acordo com o ideal liberal clássico aqui antes

⁹⁹ No ano de 1980, foi editada a Emenda à Constituição nº15, que restabeleceu a eleição direta para os governadores. Em 1982, ocorreram eleições gerais, sendo que a oposição ganhou a disputa em nove unidades da federação, dentre eles SP, RJ e MG, com ampliação da representação no Congresso. No ano subsequente, iniciou-se um movimento popular pelas eleições presidenciais diretas, daí o nome “diretas já”. Em 1983, o Deputado Dante de Oliveira propôs emenda, reinstituindo esse modelo. A aprovação da emenda, contudo, não era tarefa simples em razão do *quorum* introduzido pela EC nº 22/82. Porém, diante da mobilização popular, com políticos da oposição e artistas envolvidos, com comícios no RJ e SP, ela logrou aprovação (SOUZA NETO e SARMENTO, 2012, p. 153).

¹⁰⁰ A Paz de Westfalia é como ficou conhecida a série de acordos adotados em 1648, e que puseram fim à Guerra dos Trinta Anos, bem como à pretensão do Sacro Império Romano-Germânico de dominar pela cristandade, e ainda introduziu princípios no sistema internacional, como a soberania dos Estados além da igualdade jurídica (ibid. p. 88).

abordado. É preciso lembrar que os direitos fundamentais possuem caráter ambivalente, daí porque como delimitam Mendes, Coelho e Branco (2007, p. 255), os direitos de abstenção podem ser, também, direitos de prestação.

A distinção entre direitos de defesa e direitos a prestação não se faz sem alguns matizes. É possível extrair direitos a prestação de direitos de defesa e direitos de defesa dos direitos à prestação. O último caso já foi exemplificado com a proibição de medidas legislativas contrárias a direitos a prestação proclamados pelo constituinte. Vale referir, também, que direitos essencialmente de defesa apresentam aspectos, ainda que subsidiários, de direito a prestação. O direito à vida traz como consectários o direito a que o Estado proteja a vida contra ofensas de terceiros, não se exaurindo na pretensão de que o Estado não suprima esse bem dos seus súditos

Essa simples postura de abstenção do Estado em relação à liberdade de opinião e de manifestação do pensamento, como se ele fosse um convidado de pedra na sala de estar da democracia, se revela anacrônica e insuficiente, porque dentro da lógica do capitalismo de vigilância e da propagação das notícias fraudulentas, a liberdade tem retirado a liberdade e levando consigo as escolhas livres, ocasionado, nesse sentido, um paradoxo fluxo contínuo de corrosão interna do tecido da célula da democracia.

É certo que as profundas transformações afetam aquela solidez simbólica de que gozava a fórmula Estado (Liberal) de Direito, confrontado com a sua corrupção -no sentido de perda de sua capacidade de fazer valer seu sistema de controles interno, até mesmo em face de suas instituições de garantia -, com o seu redesenho -com a substituição das regras (jurídicas) às normas (técnicas), ou, até mesmo a supremacia das primeiras -, com a sua subversão -em razão da securitização²⁷ social em nome da emergência do combate ao terror e, em algum sentido, com a moralização, social em nome do combate à corrupção =, sendo desfigurado -por meio da vigilância baseada em social medias e em uma era da quantificação -, desconstituído em seu desenho de Estado (Liberal) Social -sob o signo da Revolução 4.0, as transformações do mundo do trabalho, a robótica, a inteligência artificial(IA), a internet das coisas(IC) etc - confrontado-com a separação entre poder e política (BOLZAN DE MORAIS, 2018)

Então, que “democracia está se afundando nas *fake news*” (MOROZOV, 2018), parece já ser um ponto esclarecido. Todavia, a questão aqui abordada, relativamente ao crescente movimento dos discursos de ódio disseminados, na maioria das vezes livre e impunemente pelas redes, dos ataques às instituições clássicas e que dão sustentáculo empírico à abstração da qual se reveste o Estado enquanto ser não entificado, mas que vem a externar a sua vontade nas pessoas

que exercem as funções, parece-nos, na linha do que anteriormente expusemos na seção 2.2, que a raiz do problema não necessariamente se encontra nas *fake news*, que é mais um sintoma do que a doença. É preciso, então, como pontuado por Morozov (*ibid.*), focar no que deu condição de possibilidade, para que esse fenômeno emergisse da forma viral como se observa no atual contexto, de escala global.

O problema não são as fake news, e sim a velocidade e a facilidade de sua disseminação, e isso acontece principalmente porque o capitalismo digital de hoje faz com que seja altamente rentável – veja o Google e o Facebook – produzir e compartilhar narrativas falsas que atraem cliques. [...] assim como as alterações climáticas são o subproduto natural do capitalismo fóssil, as fake news são o subproduto do capitalismo digital.

Na medida em que o Estado (Liberal) se depara com a sua impotência para lidar com essa realidade, é preciso obter uma solução, sob pena da derrocada completa da promessa constitucional, que não pode ser “inconsequente” (Lowenstein). É dizer, o sistema constitucional não legitima a circulação de informações falsas, e isso é um ponto inegociável. É por isso que existe uma sensível diferença entre as afirmações sobre fatos, das de opinião, sendo que o “Tribunal Constitucional Federal não considera a afirmação fatual manifesta ou conscientemente falsa como estando abrangida pela proteção do art. 5º, n. 1, frase 1º”; é que a “[...] informação falsa não é um bem digno de proteção”. (PIEROTH; SCHLINK, 2018, não paginado).

Mas a CF também não preconiza um capitalismo selvagem, predatório, como parece ser o de vigilância, baseado na prospecção de dados. A livre iniciativa prevista no art. 170, se exerce com base no princípio da proteção do consumidor (inciso IV) e agora, com o novíssimo direito fundamental – se é que já não estava implícito – agora expresso no inciso LXXIX do artigo 5º da Constituição, que assegura a proteção de dados, inclusive nos meios digitais contra, o que permite mecanismos refreadores da mineração de informações, inclusive para o viés político. Portanto, há valores outros dentro da própria realidade constitucional, dotada, na linha de Luhman (2018, p. 288), de completude autopoietica, que recomendam a cura da patologia do estado de “crise” aqui referenciado, evitando assim que esses abusos de um direito fundamental de alta envergadura como é a liberdade de expressão destrua por completo a própria democracia.

O sistema, que é autopoieticamente individualizado desde sempre e desde sempre existente de modo autônomo, é constituído no tempo por uma diferença com relação ao ambiente (caso contrário, ele não existe). Trata-se então somente da questão de como essas diferenças de antes/depois e ambiente/sistema, que possibilitam o sistema, são reintroduzidas no sistema e nele são utilizadas para o desdobramento lógico de sua autorreferência.

Um dado relevante na era da desinformação, é a sua prodigalidade para levar ao acirramento entre os poderes, os distúrbios mencionados no sistema de freios e contrapesos. E no epicentro disso tudo, existe o debate acerca do *ativismo* do Poder Judiciário em matérias de alta relevância e conflituosidade social, notadamente por seu órgão de cúpula.

Cabe referir, como anotam Powers e Rothman (2002, não paginado), que em 1962, Alexander Bickel chamou a Corte Suprema dos EUA de o “poder menos perigoso”, devido “as inevitáveis limitações por ele mesmo aceitas”. Passados quarenta anos, essa abordagem foi revisitada, justamente diante do papel ativista assumido pela Corte, a partir das consequências das decisões por ela tomadas, em matérias como ações afirmativas e direitos de presos.

Após casos marcantes, as reformas institucionais prosseguem frequentemente num clima de escândalo. A descoberta de violações constitucionais tem geralmente significado que os remédios moldados pelos tribunais são mais extremos, e as consequências involuntárias mais duradouras e generalizadas. Como resultado, outros actores governamentais podem ser privados da oportunidade de abordar problemas após o debate público e as deliberações de representantes responsáveis¹⁰¹

Abstraindo-se a atividade constitucional cometida a cada um dos poderes, que por si mesmas têm gerado desconfortos entre as instituições, porque em que dentro da porosidade das suas funções atípicas acaba, naturalmente, por gerar a sensação de invasão de suas competências reciprocamente consideradas, não são mais velados os ataques de poder-a-poder, com excessos e erros cometidos de todos os lados. Esse fenômeno não passou despercebido por Bolzan de Moraes (2012, não paginado), para quem as divisões orgânicas especializadas, estão sendo objeto de

¹⁰¹ No original: “Following lowing landmark cases, institutional reforms frequently proceed in a climate of scandal. The discovery of constitutional violations has usually meant that remedies dies fashioned by the courts are more extreme, and the unintended consequences more lasting and pervasive. As a result, other governmental actors may be deprived prived of the opportunity to address problems after public debate and the deliberations tions of accountable representatives”.

ocupação de um setor por outro, como, “[...] e.g. Comissões Parlamentares de Inquérito, atividade legislativa pelo Executivo, como no caso das Medidas Provisórias, substituindo a regulação construída no debate parlamentar por aquela elaborada para interagir conjunturalmente com a volatilidade dos humores da “instituição” mercado”.

O que se percebe, no atual contexto, é que representantes das três instituições têm proferido ataques virulentos uns contra os outros, e isso somente contribui para o ambiente de acentuada polarização. Portanto, se se pretende falar de regulação da liberdade de expressão, definitivamente o Poder Judiciário não é o melhor espaço para que se trave esse tipo de discussão, porque isso somente irá retroalimentar o discurso da ditadura judiciária.

Além disso, há que se considerar que este ambiente de crise proporciona e repercute na própria funcionalidade do Estado, organizado na tradição liberal de forma tripartite e segmentada. Tal estruturação se percebe, agora, confrontado com seu próprio modelo, bem como com uma disputa intestina, como percebemos sob a nomenclatura de crise funcional, explicitamente sentida no contexto da centralidade assumida pela função jurisdicional, em particular em seu âmbito de controle de constitucionalidade. (BOLZAN DE MORAIS, 2012)

A fórmula da *tribunalização*, para utilizar a expressão de Bolzan de Moraes (ibid.), que tem assumido o papel de “superego da sociedade”, vem dando claros sinais de fadiga. Como anotou Maus (2000, p. 191), ao fazer referência ao Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, mas cujas reflexões são de todo cabíveis à realidade brasileira, a ascensão desse ramo, como faz como que ele seja “Assediado ilimitadamente pelas oposições do momento, e em especial sobrecarregado de queixas constitucionais (*Verfassungsbeschwerde*), o TFC procede à sua auto-reprodução e gerencia uma “mais-valia” que de longe supera suas vastas competências constitucionais”.

O STF até aqui, e de maneira semelhante, ao menos nos últimos anos, assumiu o papel de protagonista do arbitramento no que tange ao problema das notícias fraudulentas e de tantos outros temas relevantes, o que conduziu inegavelmente a

um desgaste de sua capacidade institucional¹⁰². A medida extremada da instauração do inquérito das *fake news*, se acertada ou não, está tomada. A questão, contudo, como afirma Leite Sampaio (2002, p. 338), é saber a hora de parar, evitando assim rupturas indesejáveis.

Em momentos tormentosos da vida político-constitucional, em que o primado do pluralismo político é destronado por uma situação de deslocamento da legitimidade da Corte perante a opinião pública ou pela alta concentração de poder, assentada, por exemplo, em um amplo acordo entre as forças políticas no Parlamento e o Presidente da República ou em torno deste apenas, quando, autoritariamente, houver uma “revogação da autorização para arbitragem”, **para que não lhe cortem os dedos, a Corte há de deixar que levem os anéis na tentativa de salvaguarda da própria existência e tentativa de garantir a integridade o mais possível da ordem constitucional**. Em momentos, assim, vizinhos à ruptura, quando as intimidações não param e o golpe sobre sua autoridade parece iminente, o Tribunal deve “retirar-se e decidir não decidir”. O produto dessa autocontenção é uma questão política e a decisão, política, estratégica (grifo nosso)

A partir do momento em que o Tribunal Constitucional sai da sua função típica preponderante de julgar casos abstrato de controle concentrado, e instaura um inquérito penal que se transformou um *panóptico* do *panóptico* que são as redes sociais, ele se coloca num terreno movediço ao qual não está habituado, especialmente quando se tem presente que o resultado das urnas pode levar à dobra da aposta. Essa escalada de poder não é boa para a democracia, bastando lembrar, com Foucault, que “[...] a Revolução Francesa era uma revolta anti-judiciária. A primeira coisa que ela explodiu foi o aparelho judiciário” (FOUCAULT, 2010, p. 61).

O trabalho da Suprema Corte no tema da desinformação está feito. Existem *landmarks* seguras a serem seguidas e é hora da retomada do protagonismo pelo parlamento. Se o sistema político vai se comportar da forma esperada, aí só o tempo dirá. Mas o tensionamento pelo Judiciário poderá não conduzir a bons resultados e, aquilo que se buscou evitar até aqui, pode vir a se concretizar se não houver essa sensibilidade política do STF nessa questão que é, eminentemente, política.

¹⁰² Já citamos aqui, a reação do Poder Legislativo, com apoio de forças políticas de todos os seguimentos, que está gestando uma PEC visando conferir poderes ao Congresso Nacional para sustar decisões judiciais.

Assim, resta a essa altura muito claro que o STF deu um passo em falso com ADPF 130 que quase o leva ao tombamento, uma vez que os desdobramentos históricos supervenientes demonstram de forma cristalina a completa falência da “autorregulação social” dos meios de comunicação, inclusive, segundo a ementa do Acórdão, aqueles existentes na *internet*. Foi uma medida utópica da Corte, especialmente porque os *media* têm se revelado insaciavelmente tendenciosos à manutenção do *status quo*. Por exemplo, em pronunciamento recente, a Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo anunciou que vai levar à Corte Interamericana de Direitos Humanos o caso do jornalista Rubens Valente, condenado a pagar R\$ 310.000,00 ao Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal (ABRAJI, 2018, não paginado). Não há nenhuma intenção de parte dessa classe de profissionais, em aceitar as balizas até aqui muito claras, que ressalvam a responsabilidade civil e penal pela violação aos direitos da personalidade. Foi assim também com a lei do direito de resposta, questionada no STF por entidades ligadas ao jornalismo, apesar da expressa previsão na CF sobre esse direito fundamental.

A tese da reserva legal qualificada está mais pujante do que nunca, tornando premente a criação de mecanismo de controle sobre as redes e sobre a circulação de informações de uma maneira geral.

As liberdades de expressão e de informação fidedigna são, portanto, complementares. Combater a desinformação é garantir o direito à informação, ao conhecimento, ao pensamento livre, dos quais depende o exercício pleno da liberdade de expressão.

A desinformação turva o pensamento, nos coloca no círculo vicioso do engano, sequestra a razão. Nas palavras de Eugênio Bucci, é “a liberdade de opinião degradada em farsa”, como enuncia em seu recente e brilhante livro *Existe democracia sem verdade factual?* (BRASIL, 2021, não paginado).

É preciso que o Estado esteja aparelhado para o combate às *fake news*. Só que o Estado, na função judicante, não é a arena mais adequada *prima facie* para tal atividade, e a razão é muito simples, não há capacidade institucional para dar respostas na velocidade que a vida *online* exige. Por outro lado, a criação de um mecanismo de regulação, é uma válvula de escape para a sobrevida do judiciário, ao mesmo tempo que tem potencial para, através da autorregulação, mitigar a molecularização dos conflitos junto a esse mesmo poder, junto aos juízos e tribunais ordinários, os quais são frequentemente para resolver os conflitos das redes. Nesse

sentido, diante do ambiente de acirramento ora vivenciado, quanto mais houver a intervenção do Judiciário nessa matéria, mais o conflito entre as instituições se intensificará.

A visão de John Hart Ely sobre o papel do Judiciário revela-se pertinente, nesse ponto, pois para ele descaberia ao tribunal judiciário ficar invalidando decisões do legislativo com base em critérios substantivos, para atribuir sentido à cláusulas constitucionais dotadas de vagueza. Nessa ordem de ideias, ao se referir à constituição dos EUA, Ely entende se tratar de uma norma que tem por finalidade principal, servir de procedimento, visando antes viabilizar o autogoverno do povo, geração a geração. Assim, decisões fundamentais da sociedade deveriam ser tomadas por agentes eleitos e não por juízes, que não deveriam assim ser compreendidos como guardiões de direitos naturais, de princípios morais, das tradições ou de consensos sociais (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 223).

4.3 AUTORREGULAÇÃO REGULADA

Se pelo pacto social o corpo político ganha vida, esse *modus vivendi* em sociedade precisa de leis ou, em outras palavras, de regulação, para a sua própria sobrevivência. “É preciso, pois, convenções e leis para unir os direitos aos deveres e reconduzir a justiça ao seu objeto” (ROUSSEAU, 2007, p. 42).

Portanto, um Poder Legislativo se constitui, exatamente para assegurar o *status quo*, porque a simples formação do aparato estatal que emerge com o contrato formado, é inapta para a estabilidade desse corpo mesmo. Como afirmava Heidegger (1998, p. 9), “Caminhos, não obras” (*Wege, nicht Werke*).

Esse exercício se legitima através do próprio texto da CF/88, que comete ao Congresso Nacional, i.e., competência para dispor sobre telecomunicações e radiodifusão (artigo 48 inciso XII). Logo, em vista do que tivemos a oportunidade de expor, não há interdição legislativa quando se trata de *regulamentar* a liberdade de expressão, porque isso representa um reforço dela mesma. Como vimos, a diferença entre o remédio e o veneno, é a dose, de modo que o excesso de liberdade está

sacrificando o direito mesmo. Tal como afirmado na ADPF 572, aqui multicitada, “[...] combater a desinformação é garantir o direito à informação, ao conhecimento, ao pensamento livre, dos quais depende o exercício pleno da liberdade de expressão” (BRASIL, 2021, não paginado).

Portanto, não se pode conceber que o estabelecimento de balizas claras para os *media* em geral, seja algo avesso às liberdades garantidas no artigo 5º e, em especial no bloco do artigo 220 da CF/88 que trata dos meios de comunicação social, onde as pessoas podem exprimir seu pensamento, mas que haja mecanismos eficazes para a coibição de abuso e, sobretudo, para que o capitalismo de mineração de dados seja contido e deixem de ser, meramente, poderes selvagens, porque tal como identificou Ferrajoli (2011, p. 37) na Itália, “*Grazie alla sinergia sempre più stretta tra poteres econômico, potere político e potere mediático, uma parte essenziale della sfera pubblica è stata in questo modo fatta oggetto di appropriazione privata*”. Essa ideia, remete, justamente ao poder de fato no qual se consubstanciaram as *big techs*, atores com pouco ou nenhum controle estatal. A implementação de parâmetros, como pondera Leite Sampaio (2002, p. 722-723), não pode ser considerada uma afronta à liberdade de expressão e uma possível e indevida restrição mercado de ideias.

A regulamentação consistiria no preenchimento ou desenvolvimento legislativo do conteúdo do direito, classificando-o, precisando-lhe o sentido, sempre para ampliá-lo, nunca para diminuí-lo. A concretização seria dirigida à exequibilidade da norma constitucional definidora de direito, não exequíveis por si mesmas

Os meios de comunicação social, tanto os tradicionais (rádio, televisão e meio impresso), como aqueles estabelecidos na *internet*, para nós, estão todos submetidos ao Capítulo V do Título VII da CF/88¹⁰³, conforme artigo 220 e subsequentes. Especialmente, no que diz respeito aos meios disponibilizados na *internet*, a Emenda Constitucional nº 36 de 28 de maio de 2002, ao dispor que os “meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço, deverão observar os princípios enunciados no art. 221,

¹⁰³ O art. 193 abre o título, aplicando-se, portanto, aos *media*, dispõe que “[a] ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”. Não se pode realizar esses objetivos por meio das desinformações. São realidades antagônicas. Sociedade entorpecida por mentiras, é estado de mal-estar.

na forma de lei específica, que também garantirá a prioridade de profissionais brasileiros na execução de produções nacionais”. Essa expressa previsão, parece-nos afastar qualquer possibilidade de não submeter os *sites* jornalísticos, as redes sociais e tudo mais quanto circule por meio da *rede das redes*, às específicas previsões inseridas no ecossistema jurídico que regula essas atividades. Especialmente, vale citar que há uma ordem de precedência entre as suas finalidades, que conquanto seja plenamente compatível que elas visem o lucro (afinal, o sistema é capitalista), elas (as mídias eletrônicas) deve, preferencialmente, ter finalidade *informativa*, conforme artigo 221 inciso I da CF/88, ou seja, finalidade essa que é a antítese da desinformação.

Logo, ao contrário do que os atores do mercado de ideias (empresas, blogueiros, jornalistas, editores etc.) possam imaginar, eles não são como cavalos selvagens que cavalgam livremente nos verdes pastos da democracia, indo para qualquer direção; estão mais para cavalos de turfe, que galopam dentro das raias demarcadas e, se descumprirem as regras da corrida, serão desclassificados. É assim que funciona para qualquer pessoa, natural ou jurídica, não havendo nenhuma razão plausível para ser diferente em relação a esse nicho específico.

Ao analisar o futuro das redes sociais e futuro dos estados, Eric Schmidt e Eric Cohen, ex-executivos do Google, reconhecem o esforço que existe para regular a *internet*, ressaltando que há diferentes tipos de provedores, sendo um com diversas empresas privadas realizando esse serviço e outros cujo provedor é exclusivamente público (ISP ou *internet service provider*), sendo mais fácil a filtragem dentro desse último modelo. Num ou noutro modelo, “O impulso de inserir leis do mundo físico no virtual é universal entre as nações, desde as mais democráticas até as mais autoritárias” (SCHMIDT; COHEN, 2011, p. 111). Nesse sentido, eles ressaltam haver três tipos de controle, a ostensiva, a discreta e a aceitável em termos políticos e culturais. No primeiro caso, o exemplo é a China, onde a rede é hermetizada e qualquer manifestação contrária ao governo é simplesmente excluída. Na via intermediária, o exemplo é a Turquia, cujas políticas de censura são obscuras. No terceiro caso, democracias como Coreia do Sul e Alemanha, nas quais o controle se dá dentro dos padrões constitucionais, por exemplo, no país asiático não são toleradas manifestações de apoio à vizinha Coreia do Norte, sabidamente uma

ditadura e, no caso do país europeu, discursos de ódio, notadamente de apoio ao holocausto, são repelidos. Os autores acreditam, ainda, que essa tendência de regulamentação, considerada a particularidade do ordenamento jurídico de cada Estado e das cosmovisões diferenciadas do *establishment* político peculiar a cada um deles, que se relacionam no plano internacional com soberania uns em relação aos outros, conduzirá cada vez mais a uma arquitetura da *internet* afeiçoada a essas particulares visões de mundo.

O que começou como uma abrangente rede global se parecerá cada vez mais com o mundo real, cheio de divisões internas e interesses divergentes. Surgirá na internet um tipo de requisição de visto. Isso poderá ser feito de forma rápida e eletrônica, com o objetivo de conter o fluxo de informações em ambas as direções, requerendo que usuários se registrem e concordem com certas condições para poder acessar a rede de outro país. (SCHMIDT; COHEN, 2011, p. 122).

O caso alemão, é particularmente interessante para o objeto de nosso estudo. Contudo, examinemos primeiro a situação norte-americana. Nos EUA, há uma forte discussão em torno da *Section 230* da do *Communications Decency Act*, o qual estabelece que seção 230 estabelece que "*nenhum provedor ou usuário de um serviço de computador interativo será tratado como editor ou orador de qualquer informação fornecida por outro provedor de conteúdo de informação*"¹⁰⁴. Ocorre que, especialmente em torno das eleições presidenciais, um forte debate em torno das limitações das redes sociais tem se intensificado naquele país. Merece menção, no ponto, evento ocorrido nos EUA pós eleições presidenciais que redundou na derrota do então Presidente Donald Trump, na qual houve a invasão do Capitólio (DARAME, 2022), levando à suspensão permanente da conta do ex-presidente daquele país (DEUTSCHE WELLE, 2021). Outro evento que comprovadamente provocou profunda reflexão, foi o fato de que os russos utilizaram-se do impulsionamento via rede social, para diretamente influenciar as eleições norte-americanas, numa clara interferência externa na democracia daquele país, algo de gravidade suficiente para, mesmo lá, no berço do *free speech*, respeitados teóricos da democracia norte-americana defenderem a regulação das redes sociais. Assim, defendendo alteração na *Federal Communication Commission - FCC*, criada originalmente para regular as

¹⁰⁴ Para uma análise pormenorizada em torno da Seção 230, ver <https://perma.cc/Q36Q-366E>.

mídias tradicionais, e de modo independente da Presidência da República, Sunstein passou manifestou-se abertamente sobre a necessidade de regulação.

Esses pontos justificam uma conclusão firme: se as autoridades federais vão regular as mídias sociais, elas devem ser independentes do presidente. O caminho mais simples seria dar nova autoridade à FCC em vez de a uma agência totalmente nova, embora a última opção também mereça consideração.

Nesse contexto, deve haver uma presunção contra mandatos e proibições, e a ferramenta regulatória mais importante pode ser modesta: a transparência. Por exemplo, os reguladores podem ser autorizados a obrigar os provedores de mídia social a fornecer relatórios públicos periódicos, oferecendo um relato exatamente do que estão fazendo para proteger a privacidade do consumidor ou reduzir as ameaças aos processos democráticos.

Os reguladores também devem ter o poder de examinar os esforços existentes para garantir que sejam suficientes – e exigir medidas corretivas se não forem.

Estas propostas pretendem ser um convite à discussão, não um plano. Mas está cada vez mais claro que, em vista de seu papel complexo na sociedade e de seu enorme poder, as plataformas de mídia social podem comprometer os objetivos democráticos e econômicos. Agora é a hora de perguntar: O que vamos fazer sobre isso? (SUNSTEIN, 2022, não paginado)

Ainda na experiência norte-americana, houve um caso analisado pela Suprema Corte dos EUA, no qual foi apreciada a possibilidade de regulação, no caso *Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 520 U.S. 180 1997).

O julgamento estabeleceu que o Congresso será autorizado a regulamentar tecnologias particulares de maneiras particulares, desde que a regulamentação não seja um subterfúgio transparente para um desejo legislativo de promover pontos de vista particulares. Significa que o Congresso pode dar benefícios especiais a fontes especiais ou impor encargos especiais a indústrias não favorecidas. (tradução nossa) (SUNSTEIN, 1995, p. 261)¹⁰⁵

A tendência regulatória parece ser realmente um caminho sem volta, essencial para o bom funcionamento das engrenagens democráticas. Nesse contexto, exsurge necessária uma alternativa conciliatória, para que do ponto de vista procedimental essa polarização possa ir se arrefecendo, mediante mecanismo que permitam uma auto-acomodação de interesses (dentro da ideia de completude autopoietica). A

¹⁰⁵ No original: “This holding is also quite important. It means that Congress will be permitted to regulate particular technologies in particular ways, so long as the regulation is not transparently a subterfuge for a legislative desire to promote particular points of view. It means that Congress can give special benefits to special sources or impose special burdens on disfavored industries”.

muticonflituosidade existente na vida da colmeia humana *onlife* não é passível de apaziguamento exclusivamente através do Estado, cuja capacidade institucional para oferecer respostas na velocidade e no volume com se verifica na *internet*, não é factível. Assim, essa nova sociedade conectada, como uma sistema fluido que funciona por meio das chamadas câmaras de eco aqui já retratadas, ou os chamados *silos* de reprodução da desinformação, encontra nos próprios usuários fatores de autolimitação e auto contingenciamento, afinal, se estamos falando de uma sociedade que hoje convive entre extremos, entre um extremo e outro, hão de existir os moderados e, evidentemente, para todo *like* haverá um *dislike*. Cabe às plataformas, então, num primeiro momento, oferecer repostas satisfatórias e compatíveis com a velocidade do mundo conectado, tempo esse que invariavelmente, especialmente no Brasil, não é o tempo da *internet*, tampouco o Judiciário tem se revelado um caminho seguro (juridicamente falando) para funcionar como “árbitro” primeiro desses conflitos¹⁰⁶. Então, dentro dessa ideia de autocompletude autorreferente, instituem-se procedimentos para “(auto)regulação e (auto)controle a fundamentação de algum dos possíveis conteúdos das normas jurídicas que seja adequado a exigências sociais de racionalidade, participação democrática, pluralismo de valores, eficiência econômica etc.” (GUERRA FILHO, 2009, p. 220).

Na perspectiva que estamos aqui empreendendo, então, essa procedimentalização dentro da própria rede é evidentemente acaba por se tornar não um limitador, mas um reforço através da regulação, no sentido a que aludiu Leite Sampaio, porque permite que dentro do lógica do debate na esfera pública, prevaleça a veiculação de informação, o que ao fim e ao cabo, e a pretensão do mercado de ideias, isto é, os “procedimentos jurídicos é que haverão de ser estruturados atendendo já a essas exigências, pois não é mais possível, nas sociedades hipercomplexas de hoje em dia, que o Direito se limite a consagrá-las formalmente, nem se pode pretender que ele as realize plenamente” (GUERRA FILHO, 2009, p. 220). A crítica que se faz a

¹⁰⁶ Referimo-nos aqui às oscilações solipsistas ocorridas a partir da ADPF 130, sempre sujeitas a um decisionismo do varejo das reclamações constitucionais. Ressalvamos, contudo, que pelo próprio sistema constitucional da inafastabilidade da jurisdição, o Judiciário sempre poderá ser acionado. Contudo, como se vê no caso da NetzDG, é possível até mesmo mecanismo de arbitragem e, sendo a arbitragem um mecanismo também adotado no Brasil, se adaptado esse modelo, evidentemente a intervenção judicial restaria afastada por conta do artigo 485 inciso VII do CPC/15.

essa análise empreendida por esse autor, é que ele aponta na direção da relação da teoria sistêmica *luhmaniana* para a correlação entre Legislativo e Judiciário. No entanto, no atual contexto, até mesmo pela lógica da justiça multiportas adotada pelo CPC/15¹⁰⁷, não se pode mais conceber essa tradicional função, como o único meio de acesso à justiça, notadamente quando se cogita, na realidade da revolução 4.0, em outros meios de solução dos conflitos sociais estabelecidos. Por exemplo, na atualidade se fala *online courts* e *online dispute resolutions*, cujo crescimento é “[...] aliado ao oferecimento de métodos consensuais em fases precoces do conflito no espaço virtual dos próprios tribunais deu mais independência às partes para resolverem seus conflitos sem assistência jurídica” (FUX, 2021, p. 433).

Com essa premissa, a arquitetura das redes deve ser moldada, tanto quanto possível, de uma forma que os embates travados sejam resolvidos no ambiente virtual e que os provedores que exercem essa atividade e dela auferem elevados lucros, a exerçam com maior responsividade, eliminando ameaças a pessoas, instituições e discursos de ódio.

Nesta ordem de ideias, a função do Direito reside na sua eficiência seletiva, na seleção de expectativas comportamentais que possam ser generalizadas em todas as dimensões. O Direito é assim “a estrutura de um sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas comportamentais normativas”. O Direito, para Luhmann, é uma estrutura dinâmica devido à permanente evolução provocada pela sua necessidade de constantemente agir como uma das estruturas sociais redutoras da complexidade das possibilidades do ser no mundo (Husserl). (ROCHA, 2013)

Aplicado essa teoria dos sistemas autorreferentes, revestidos de aptidão para produzirem normas dentro do sistema social, ao mesmo tempo sem que o Estado abra mão do seu viés implementador e garantidor dos direitos fundamentais, dentro da ótica ambivalente antes já referido, Hoffman-Rien (2020, p. 155) aponta no sentido de que a liberdade exige uma postura ao mesmo tempo absenteísta e prestacional, desenvolveu-se a ideia de autorregulação (os *players* do *marketplace* se auto-regrando) regulada (o Estado dispondo de balizas).

¹⁰⁷ O § 2º do artigo 3º, por exemplo, prevê que Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. Portanto, é desejável que a sociedade, tanto quanto possível, caminhe no sentido do consenso.

[...] autorregulação social regulada pelo Estado (ou autorregulação) – em suma: de autorregulação/regulação regulada⁵ – quando as autoridades públicas contam com os serviços de regulação prestados pelos membros da sociedade em (relativa) autonomia para a solução de problemas, mas trabalham de forma reguladora para garantir que o bem comum seja (também) observado ou especificamente perseguido. A ação do Poder Público visando à contenção legal da autorregulação pode ocorrer de diversas formas, por exemplo, na forma de diretrizes comportamentais ou incentivos, por meio da criação de estruturas – como as de natureza corporativa – ou viabilizando e apoiando sistemas funcionais sociais, como o mercado.

Como notou Morozov, combater as *fake news* é lutar contra o sintoma e não contra a doença. É que esse fenômeno, somente se tornou possível em razão do estabelecimento do chamado capitalismo de dados. Aqui a questão é, também, de concentração do poder informacional nas mãos das grandes empresas de tecnologia da informação, que se consubstanciam em verdadeiros oligopólios, o que se revela demasiado pernicioso para o tecido da célula democrática. Sob a falsa premissa de censura, questiona-se a regulação, ignorando-se, no entanto, que essa convergência desse novo modal para um seletivo grupo, traz forte tendência de reduzir o espectro protetivo constitucional em torno do pluralismo, de modo que a regulação é, sem dúvida, um tributo ao pensamento crítico, como já observara Santos (2021, p. 58-59).

Muitos, ainda, tentam caracterizar os críticos da concentração de meios como inimigos da liberdade de expressão. No caso dos meios de comunicação, as consequências vão além dos prejuízos que a economia sobre, atingindo diretamente o processo político democrático, já que pode dar a alguém um desproporcional poder de fala. A ausência de regras sobre limites de concentração permite, em tese, que alguém possa concentrar todos os meios de comunicação, o que seria, inevitavelmente, deletério para a democracia

O fortalecimento de uma sociedade plural, no ambiente das redes, não deve ocorrer, assim, num ambiente completamente desregulado. A ausência de qualquer baliza, ao contrário do que possa parecer, não contribui para o fortalecimento da democracia. Os usuários das redes e os próprios provedores teriam a responsabilidade de proceduralizar um ambiente em que a circulação de ideias não torne algo corrosivo para a democracia.

Analisando a questão dos sistemas sociais, Frydman (2018, p. 88-89) nos esclarece que para Luhman, as regras jurídicas têm como objetivo adaptar “o comportamento

ao desenvolvimento do sistema”. Diversamente, entendendo que o direito deva manter a função de mediador, ou uma “correia de transmissão”, Habermas defende que entre os “cidadãos, de uma parte, e, de outra, o mercado e a administração se encontram espaços públicos institucionais, o parlamento e os tribunais, onde se diz e se elabora o Direito em uma forma e linguagem que lhe permite, ao mesmo tempo, impor-se aos sistemas sociais e à sociedade civil”. Já em Teubner (discípulo de Luhman), em um modelo próximo de Habermas, a sociedade global é fragmentada em setores, regulados por instâncias e normas específicas, de ordem técnica”.

Dentro dessa ótica, o ponto de equilíbrio entre assegurar que a liberdade de expressão seja fruída e, ao mesmo tempo, garantir que o Estado possa mediar os possíveis excessos, o conceito de “autorregulação regulada ou heterorregulação autônoma do Estado renuncia ao monopólio dos mecanismos de regulação, adotando um sistema normativo misto, com a coexistência das normas emanadas dos poderes legislativo e executivo, às normas internacionais e as regras estabelecidas pelos próprios setores regulados” (VERÍSSIMO, 2018, p. 110), parece dotar o sistema social de mecanismos aptos a ir conformando a liberdade fundamental mesma. Desse modo, alcança-se “[..] uma parte significativa da democracia dos cidadãos (*Burgerdemokratie*) com o desenvolvimento interpretativo das normas constitucionais” (HÄBERLE, 2002, p. 39).

Essa sistemática de autorregulação regulada, foi implementada na Alemanha, uma vez que o *Bundestag* (Parlamento Alemão) editou a *Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG* (ALEMANHA, 2017), também conhecida como *Facebook Act* ou *Network Enforcement Act*.. É verdade que há uma discussão, naquele país, em torno de de uma suposta indevida restrição da liberdade de expressão, o que decorre de “uma aliança composta pela indústria da Internet e por defensores engajados da livre expressão reagiram fortemente contra a lei e conclamaram reações contra um massivo dano à liberdade de expressão” (EIFERT, 2020, p. 161).

Porém, isso não afasta o fato de que se trata de um diploma bem completo, e detalhado, merecendo ser destacado que ele se aplicará a redes sociais com mais de 5 (cinco) milhões de usuários. Efetivamente ela estabelece regras procedurais e constitui uma autoridade para autorregulação, nos seguintes termos:

(6) Uma instituição será reconhecida como uma instituição de autorregulação regulamentada na acepção desta Lei

1. é garantida a independência e competência dos seus auditores,
2. Equipamentos adequados e testes rápidos são garantidos em sete dias,
3. existem regras de procedimento que regulam o âmbito e procedimento do exame, bem como as obrigações de submissão das redes sociais conectadas e prevêm a possibilidade de revisão de decisões a pedido do reclamante e a pedido do usuário para quem o conteúdo reclamado foi armazenado, e

4. o estabelecimento é apoiado por vários fornecedores de redes sociais ou instituições que asseguram equipamentos adequados. Também deve estar aberto a outros provedores, principalmente redes sociais, para participar.

Relevante notar, que a lei, no § 4, criou um regulamento sancionatório e, dentro desse sistema punitivo, baseado no elemento subjetivo (dolo ou culpa), trouxe a mão do Estado, permitindo, efetivamente, a regulação dessa atividade de autorregulação das redes, estabelecendo caber a Ministérios que especifica, dentre eles o da Justiça e da Defesa do Consumidor, emitir “princípios administrativos gerais sobre o exercício da discricionariedade da autoridade de multa ao iniciar o processo de multa e ao determinar a multa”. Ela também cria uma regra de extraterritorialidade, o que é relevante se considerarmos a operação das grandes empresas de tecnologia em escala global, dispondo que *“A infração administrativa também pode ser punida se não for cometida na Alemanha”* (§ 4, 3).

Analisando agora, o caso brasileiro, podemos verificar que há pelo menos uma experiência de autorregulação, especificamente no campo da liberdade de expressão, que é o caso do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária/Conar (2022). Curioso notar, que esse conselho, constituído sob forma de associação, nos moldes do artigo 44 inciso I do CC/02, editou um Código de Autorregulamentação ao qual as associadas, no ato de adesão, aderem. Esse “órgão” surgiu exatamente para evitar a censura, segundo explicação constante de seu sítio eletrônico, pois “nasceu de uma ameaça ao setor: no final dos anos 70, o governo federal pensava em sancionar uma lei criando uma espécie de censura prévia à propaganda”. Tratou-se, portanto, de uma medida reagente ao governo autoritário de então, o que demonstra que a regulação via autorregulação, não pode ser considerada de viés censor. Interessante notar, que o Conar possui câmaras

julgadoras, que inclusive julgam matérias relativas à desinformação, aferindo a veracidade¹⁰⁸.

Cabe referir, que tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 2.630/2020, que institui Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet, mais conhecido como PL das *fake news*. O referido projeto já foi aprovado no Senado e conta com relatório substitutivo do Deputado Orlando Silva (BRASIL, 2022). Em alguns pontos, o projeto emula a NETzDG, por exemplo, quando exige número mínimo de usuários nas redes (10 milhões). O projeto também se esforça no sentido de criar deveres e da autorregulação pela procedimentalização para a remoção de conteúdos. No entanto, merece crítica o fato de que a parte sancionatória é delegada ao Poder Judiciário com exclusividade, ou seja, carece de ação e devido processo legal (artigo 31), o que, considerada a notória morosidade do aparato brasileiro, e da assimetria de um litígio dessa natureza, que invariavelmente contará com uma grande empresa de tecnologia no polo passivo, torna pouco crível a efetividade desse sistema. Mas, a cereja no bolo, é o artigo 34 do projeto, que ao tratar da autorregulação prevê que “Os provedores poderão criar instituição de autorregulação voltada à transparência e à responsabilidade no uso da internet” e que a “[...] instituição de autorregulação terá natureza de associação nos termos do Código Civil”. O que está sendo gestado, nesse projeto, é algo muito diverso da NETzDG e também se afasta da discussão travada nos EUA, como antes assinalado. Essa associação, além de facultativa, tem uma forte tendência a se tornar um clube de *big techs*, especialmente se considerarmos o *lobby* hoje existente na América do Norte, em torno da manutenção da Section 230 (KARBAL, 2020, não paginado). A potencial ausência fática de sanções para as gigantes do Vale do Silício, praticamente esvazia a ideia de autorregulação regulada, que em essência nada mais são do que regras de *compliance* (*to comply with* ou estar de acordo com), ou seja, a adequação ao *fair play* democrático, avesso à disseminação de

¹⁰⁸É interessante notar, nesse ponto, que há litígios estabelecidos inclusive entre empresas concorrentes, que reclamam de propagandas inverídicas veiculadas, gerando assim um desequilíbrio de mercado, como por exemplo na Representação nº 178/2018, em que a Nestlé questionou o índice de lactose de produtos, e afirmação derivada, presentes em campanha da concorrente Piracanjuba, por considerar que podem induzir o consumidor ao entendimento que só a anunciante oferece tal diferencial. A Nestlé alega que o claim também contraria recomendação das autoridades sanitárias. O Conar entendeu “pela recomendação de sustação da campanha, a partir do entendimento de que o claim leva o consumidor a acreditar que os demais produtos não são isentos de lactose, deixando implícito que as outras marcas que oferecem produtos com as mesmas características são inferiores”.

notícias fraudulentas. Em assim sendo, “a ideia fundamental da regulação responsiva é a de que reguladores devem estar atentos e se pautar pela conduta daqueles que pretendem regular, ao decidirem por uma resposta mais ou menos intervencionista” (VERÍSSIMO, 2018, p. 136-237). Essa ideia repousa sobre a figura de uma “pirâmide regulatória” (de Ayres e Braithwaite), que tem em sua base a persuasão e no cume a revogação da licença (ou seja, a cassação do direito de operar).

Figura 2 – Pirâmide regulatória de Ayres e Braithwaite



Ayres & Braithwaite enforcement pyramid (source: Ayres & Braithwaite, 1992, p. 35)

Fonte: AYRES; Braithwaite (1992).

Parece uma obviedade, mas a imagem demonstra claramente que se se tira a perspectiva de que o cume não será atingido, com a sanção capital da cassação da licença, impedindo a operação de uma empresa que não adote políticas de conformidade com as diretrizes estabelecidas pelo parlamento, a base persuasiva deixa de existir, e o sistema como um todo sucumbe. É o que parece ocorrer com o PL das *fake news*.

Apesar dessa constatação, o Brasil parece já ter dado passos importantes no caminho da regulação das redes sociais e do combate às desinformações. Um deles já foi aqui bem analisado, que é o julgamento da ADPF 572.

Nesse sentido, parece-nos que uma lei regulatória deveria seguir o caminho da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, a Lei Geral de Proteção de Dados, que institui

uma Autoridade Nacional de Proteção de Dados, que, *de lege ferenda*, seria desejável uma norma de integração no projeto das *fake news*, para delegar competência para essa ANPD nos moldes em que foi procedido pela lei alemã (que situou a regulação no plano de ministérios executivos). Em relação a ela, contudo, a ANPD tem a vantagem de ser uma autarquia, e assim atua com certa independência em relação ao Poder Executivo, similarmente ao que já ocorre com relação às agências reguladoras¹⁰⁹. Embora cronologicamente posterior à referida lei, cabe ainda mencionar que a Emenda Constitucional nº 115 de 10 de fevereiro de 2022, passou a prever o direito à proteção de dados pessoais de forma expressa na CF/88 e, mais do que isso, criou a competência para a união fiscalizar a proteção de dados. Somado a esses comandos jurídicos, temos o Marco Civil da *Internet*¹¹⁰, de tal modo que é possível conceber, hoje, a *coletivização* da proteção de dados, que emerge como um verdadeiro direito difuso. Portanto, considerada a imbricação da desinformação com o fenômeno do *superavit comportamental* e a prospecção de dados (*data mining*), é possível afirmar que já há normas a serem seguidas por esse capitalismo de vigilância, o que em última análise, pode contribuir na mitigação do fenômeno da desinformação.

Cabe por fim realçar, ao analisar a Medida Provisória 954/2020, editada no contexto da *pandemia* e que permitia ao IBGE obter dados dos usuários junto às empresas de telefonia para adoção de medidas de combate à disseminação do covid-19, o STF entendeu ser inconstitucional sua edição, por violar o direito fundamental à proteção de dados (BRASIL, 2020). Naquela oportunidade, restou afirmado da fundamentação, que esse bloco legislativo aqui mencionado – LGPD e Marco Civil da Internet – apesar de “infraconstitucional, apresentam uma verdadeira natureza “pré” ou “proto-constitucional uma vez que estabelecem verdadeiros blocos de construção intelectual para a interpretação das constituições”¹¹¹.

Assim, pode-se considerar essa ADI como um *leading case* no que tange à interpretação do direito à proteção de dados, que antecede até mesmo à Emenda

¹⁰⁹ Para uma abordagem a respeito do que estamos aqui tratando, ver Bechara (2020).

¹¹⁰ Sobre o Marco Civil, é digno de nota o fato de que houve a tentativa executiva de, por meio da Medida Provisória nº 1.068/2021, de regulamentar o uso das redes sociais. A MP, todavia, foi rejeitada pelo Congresso Nacional.

¹¹¹ Excerto do voto do Ministro Gilmar Mendes.

Constitucional nº 115/2022. O silogismo em torno do que ficou decidido, permite inferir que se ao Estado, mesmo num contexto de *pandemia*, não é assegurada a prerrogativa de obter dados das companhias telefônicas para o georreferenciamento populacional, visando evitar aglomerações de indivíduos e consequente maior disseminação da covid, de igual modo não poderiam as empresas de tecnologia, por exemplo, fazer uso desses mesmos dados para fins de *microtargeting* eleitoral. Apesar disso, como assinalou Hart, não importa se o padrão de comportamento advém do “precedente ou [d]a legislação, esses padrões, por muito facilmente que funcionem na grande massa de casos comuns, se mostrarão imprecisos em algum ponto, quando sua aplicação for posta em dúvida” (HART, 2009, p. 166).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As liberdades de expressão, de manifestação do pensamento, de informação e de opinião, são conquistas da humanidade, incorporadas na Constituição dos EUA pela Primeira Emenda, depois incluídas na Declaração Universal de 1791 e que foram sendo incorporadas nos ordenamentos jurídicos internos dos diversos países democráticos, aí incluído o Brasil, que a previu em todas as constituições até hoje vigentes, ainda que em períodos não necessariamente democráticos.

No plano internacional, essa liberdade, apesar de indissociável e indispensável em todo regime democrático, incompatível com o silenciamento do cidadão, que tem direito ao escrutínio dos governantes, nunca foi erigida ao grau absoluto, especialmente nos EUA e na Alemanha, países nos quais as respectivas Cortes Supremas sempre ressalvaram questões de igual quilate constitucional, como os direitos da personalidade.

A liberdade de expressão, no Brasil, especialmente a partir da ADPF 130, sempre esteve sujeita à coibição de abusos, sujeitando-se à responsabilidade *a posteriori*, civil e penalmente. A partir da ampliação do uso das TIC's, e do poder das grandes empresas de tecnologia do Vale do Silício, verificou-se uma patologia com a exponencial circulação de notícias fraudulentas, potencializadas que são pelas câmaras de eco, gerando riscos para a democracia. Essas notícias, contudo, não são a doença, mas sim o sintoma de algo mais complexo e latente, que é o novo modelo de capitalismo, baseado na prospecção e tratamento de dados, visando o aumento exponencial dos lucros.

O STF, como corte constitucional, que naturalmente exerce um papel político na sociedade, adotou ao longo das últimas duas décadas uma agenda ativista e, por consequência, hoje está inserido no epicentro das insatisfações populares. Como forma de uma autoproclamada autopreservação, instaurou o chamado inquérito das *fake news*, que foi julgado constitucional na ADPF 572, que a despeito dos seus efeitos concretos sobre essa investigação específica, pode ser considerada um *leading case* na matéria desinformação.

Respondendo à pergunta da introdução, sim, os Estados do modelo westfaliano estão em crise. O conceito liberal, no contexto da revolução 4.0, tem se provado débil para lidar com os desafios da degeneração da democracia e da vontade do indivíduo (desposseção) ocasionada pelo capitalismo de vigilância (Zuboff).

Nesse sentido, o modelo clássico de Estado não tem aptidão, por si só, para dar as respostas necessárias, sobretudo na velocidade necessária, dentro da lógica das redes. Torna-se premente, recorrendo à teoria dos sistemas, adotar medida que permita uma solução autorreferente, por meio da qual os próprios *players* ou *stakeholders* possam se controlar reciprocamente no ambiente das redes e, mediante esse debate público, com a responsividade dos provedores, coibir os abusos da liberdade de expressão, que restaria reforçada como direito fundamental que é. Já há experiências de nações democráticas, adotando o modelo de autorregulação, como na Alemanha, em que editada a NetzDG, que pode servir de modelo para o Brasil.

No entanto, o PL n.º 2.630/2020, caminha no sentido de uma regulação fraca ou de uma *fake* regulação, porque a delega, de maneira facultativa, às *big techs*, que “podem”, assim, constituírem uma associação para tal finalidade, nos moldes do Código Civil, o que as deixa completamente livres de qualquer atuação do Estado.

Propõe-se, assim, que seja adotado um modelo de regulação forte, por agentes independentes, de forma análoga à ANPD, sob forma de autarquia, tal como proposto por Sunstein no contexto da realidade social norte-americana, na qual tem sido travado um amplo debate em torno da revisão da Section 230, que estabelece uma espécie de irresponsabilidade das plataformas em decorrência do conteúdo nelas veiculado.

Assim, em conclusão, é possível afirmar: i) é dever do Estado combater a desinformação como forma de assegurar a liberdade de expressão e o próprio regime democrático. Portanto, é constitucional a regulação dos meios de comunicação social, observada a reserva legal qualificada estabelecida no artigo 220 da CF/1988; ii) para isso, é recomendável a edição de uma lei regulamentando a comunicação social, aí incluídas as redes sociais nesse conceito, até porque o art.

222 §3º da CF/88 assim prevê; iii) esse mecanismo legal deve adotar o formato de autorregulação regulada, sempre ressalvada a cláusula de inafastabilidade de jurisdição; iv) deve haver a previsão procedural, para que as plataformas removam conteúdos desinformativos, podendo o Estado aplicar sanções administrativas, sem as quais se tornará ineficaz qualquer tentativa de regulação.

REFERÊNCIAS

A ORIGEM. Direção: Christopher Nolan. Produção: Legendary Pictures Sincopy Films. Estados Unidos: Warner Bros Entertainment, 2010. Amazon Prime Video.

ABBOUD, Georges; Nery JÚNIOR, Nelson; CAMPOS, Ricardo. **Fake news e regulação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. E-book Kindle.

ABBOUD, Georges. **Direito constitucional pós-moderno**. São Paulo: Thomson Reuters. 2021. E-book.

ABRAJI leva caso de Rubens Valente à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. São Paulo: Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo, 2018. Disponível em: <https://www.abraji.org.br/noticias/abraji-leva-caso-de-rubens-valente-a-comissao-interamericana-de-direitos-humanos> . Acesso em: 2 jul. 2022.

ACKERMAN, Bruce. **The Holmes Lectures: The Living Constitution**. 2007. 77 f. Tese de Doutorado. Yale Law School. Disponível em https://www.ivr.uzh.ch/institutsmitglieder/diggelmann/lehre/usconstitutionallaw/Ackermann_The_Living_Constitution.pdf Acesso em: 3 jun. 2022. Acesso em: 03 jun. 2022.

ÁGUA em excesso pode matar: novo estudo sugere que forçar o consumo de água pode levar a uma condição chamada hiponatremia. Ela pode causar letargia, náusea, convulsões e até a morte. Revista Veja, São Paulo, 21 out., 2016. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/saude/agua-em-excesso-pode-matar/#:~:text=Ao%20for%C3%A7ar%20a%20ingest%C3%A3o%20do,e%20at%C3%A9%20mesmo%20a%20morte>. Acesso em:

ALECRIM, Giulia; MOLTERNO, Danilo; TORTELLA, Tiago. **Monark é desligado do Flow Podcast após defender existência de partido nazista**. São Paulo: CNN Brasil, 2022. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/monark-e-desligado-do-flow-podcast-apos-defender-existencia-de-partido-nazista/> . Acesso em:

ALEMANHA. **Lei Fundamental para a República Federal da Alemanha**. 1949. [S.l.: s.n.]. Disponível em: https://www.bundestag.de/parlament/aufgaben/rechtsgrundlagen/grundgesetz/gg_01-245122. Acesso em: 19 mar. 2022.

ALEMANHA. **Código Civil**. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/> Acesso em: 6 maio de 2022.

ALEMANHA. **Netzwerkdurchsetzungsgesetz**. Disponível em <https://www.gesetze-im-internet.de/netzdg/BJNR335210017.html> Acesso em: 29 jun. 2022.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia de Bolso, 2013. p. 439. E-book Kindle.

ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. São Paulo: Editora Perspectiva, 2011. Coleção Debates. E-book Kindle.

ASH, Timothy Garton. **Free Speech**: ten principles for a connected world. [S.I.] Atlantic Books, 2016. E-book Kindle.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. **Estado de crise**. Rio de Janeiro: Zahar, 2016. E-book Kindle.

BECHARA, Marcelo. **Regulação 3.0**. São Paulo: Teletime, 2020. Disponível em <https://teletime.com.br/15/12/2020/regulacao-3-0/> Acesso em: 30 jun. 2022.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. São Paulo: Gen LTC. E-book Kindle.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Barueri: Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. 17. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: 2020.

BOETTCHER, Maicon. **Revolução industrial**: um pouco de história da Indústria 1.0 até a Indústria 4.0 online. Disponível em: <https://pt.linkedin.com/pulse/revolu%C3%A7%C3%A3o-industrial-um-pouco-de-hist%C3%B3ria-da-10-at%C3%A9-boettcher> acesso em: 2 mar. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Eleições 2018**: justiça eleitoral conclui totalização dos votos do segundo turno: comparecerem às urnas 115,9 milhões de eleitores, o que corresponde a 78,70% do total de 147.306.294 cidadãos que estavam aptos a votar. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2018. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Outubro/eleicoes-2018-justica-eleitoral-conclui-totalizacao-dos-votos-do-segundo-turno>. Acesso em: 2 jul. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.695 de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília: Presidência da República, 2014. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm Acesso em: 2 mai. 2022.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília: presidência da República, 2002. Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm Acesso em: 26 jun. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Discurso proferido por Ulysses Guimarães na Assembleia Nacional Constituinte em 5 de outubro de 1988**. Brasília: Câmara dos Deputados, 1987. Disponível em <https://www.camara.leg.br/radio/programas/277285-integra-do-discurso-presidente-da-assembleia-nacional-constituente-dr-ulysses-guimaraes-10-23/> . Acesso em: 2 abr. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Relator apresenta nova versão do projeto sobre fake News; conheça o texto**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2022. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/863031-relator-apresenta-nova-versao-do-projeto-sobre-fake-news-conheca-o-texto/> . Acesso em: 2 jul. 2022.

BRASIL. **Constituição Política do Imperio do Brazil de 25 de março de 1824**. Brasília: Presidência da República, 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 29 mar. 2022.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brazil de 1891**. Brasília: Presidência da República, 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 29 mar. 2022.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº115 de 10 de fevereiro de 2022**. Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. Brasília: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm#art1 . Acesso em: 30 jun. 2022.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brazil de 1934**. Brasília: Presidência da República, 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm . Acesso em: 29 mar 2022.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brazil de 1937**. Brasília: Presidência da República, 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 29 mar. 2022.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brazil de 1946**. Brasília: Presidência da República, 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em: 29 mar. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brazil de 1967**. Brasília: Presidência, 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm . Acesso em: 29 mar. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1969**. Brasília: Presidência da República, 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm. Acesso em: 29 mar. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 29 mar. 2022.

BRASIL. Instituto Nacional de Câncer (INCA). **O que é câncer?** Brasília: Ministério da Saúde, 2020. Disponível em <https://www.inca.gov.br/> acesso em: 2 maio 2022.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral n. 13351. Acórdão de 07/05/2019. Eleições 2016. Recurso especial eleitoral. Representação. Propaganda eleitoral extemporânea. Procedência parcial na origem. Condenação em multa no mínimo legal. Veiculação de mensagens no aplicativo whatsapp contendo pedido de votos. Ambiente restrito. Conversa circunscrita aos usuários do grupo. Igualdade de oportunidade entre os candidatos e liberdade de expressão. Conflito entre bens jurídicos. "viralização". Fragilidade da tese. Ausência de dados concretos. Posição preferencial da liberdade comunicativa ou de expressão e opinião. Provimento. Recorrente: Dayana Rodrigues Moreira dos Santos. Recorrido: Ministério Público Eleitoral. Relatora: Min. Rosa Weber, 7 de maio de 2019. Disponível em: <https://sadbpush.tse.jus.br/sadbPush/ExibirDadosProcessoJurisprudencia.do?nproc=13351&sgcla=RESPE&comboTribunal=tse&dataDecisao=07/05/2019>. Acesso em 27 jun. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Lista Tríplice nº 060050365. Acórdão de 16/05/2021. Tribunal Regional Eleitoral do Maranhão (TER/MA). Lista tríplice para a escolha de juiz efetivo da classe jurista. Ausência do requisito da idoneidade moral. Divulgação de discursos de ódio e vilipêndio à honra das instituições democráticas e autoridades públicas. Retorno da lista para a substituição do indicado Roberto Charles de Menezes Dias. Relator(a) Min. Edson Fachin, Relator(a) designado(a) Min. Alexandre de Moraes, 16 de março de 2021. Disponível em: <https://inter03.tse.jus.br/sjur-pesquisa/pesquisa/actionBRSSearchServers.do?tribunal=TSE&livre=060050365>. Acesso em: 27 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 379.269 – MS. Habeas Corpus. Recebimento da denúncia. Violação do art. 306 do código de trânsito e dos arts. 330 e 331 do código penal. Princípio da consunção. Impossibilidade. Manutenção da tipificação do crime de desacato no ordenamento jurídico. Direitos Humanos. Pacto de São José da Costa Rica (PSJCR). Direito à liberdade de expressão que não se revela absoluto. Controle de convencionalidade. Inexistência de decisão proferida pela corte (IDH). Atos expedidos pela comissão interamericana de direitos humanos (CIDH). Ausência de força vinculante. Teste tripartite. Vetores de Hermenêutica dos direitos tutelados na Convenção Americana de Direitos Humanos. Possibilidade de restrição. Preenchimento das Condições antevistas no art. 13.2. Do PSJCR. Soberania do Estado. Teoria da margem de apreciação

nacional (margin of appreciation). Incolumidade do crime de desacato pelo Ordenamento jurídico pátrio, nos termos em que Entalhado no art. 331 do código penal. Inaplicabilidade, in casu, do princípio da consunção tão logo quando do recebimento da denúncia. Writ não conhecido. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 24 de maio de 2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201603035423&dt_publicacao=30/06/2017 Acesso em 25 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 221, Segunda Seção, 12 de maio de 1999. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_16_capSumula221.pdf. Acesso em: 25 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 1044. Ação penal originária. Deputado federal. Não incidência de liberdade de expressão ou de imunidade parlamentar (art. 53, caput, da constituição federal) nas hipóteses de propagação de discursos de ódio, ideias contrárias à ordem constitucional e ao estado de direito. Inexistência de abolitio criminis. Demonstração inequívoca da materialidade e da autoria delitivas. Condenação pelos delitos previstos no art. 18 da lei 7.170/83 (ultratatividade benéfica) – continuidade normativo-típica com o art. 359-I do código penal – e art. 344 do código penal. Preliminares afastadas. Ação penal julgada parcialmente procedente. Suspensão dos direitos políticos enquanto durarem os efeitos da condenação (art. 15, iii, da cf/88). Perda do mandato parlamentar (art. 55, vi e § 2º, da cf/88 e art. 92 do código penal). Autor: Ministério Público Federal. Réu: Daniel Lúcio da Silveira. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Revisor: Min. Nunes Marques, 20 de abril de 2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur466281/false> Acesso em: 28 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Habeas Corpus 82424. Habeas Corpus. Publicação de livros: anti-semitismo. Racismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Liberdade de expressão. Limites. Ordem denegada. Relator: Min. Maurício Corrêa, 17 de setembro de 2003. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>. Acesso em: 28 jun. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial Eleitoral n. 060055780 – Quedas do Iguaçu - PR. Eleições 2020. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial Eleitoral. Representação. Propaganda eleitoral irregular na internet – art. 57-b, §1º, da Lei 9.504/97. Irregularidade configurada. Desprovisionamento. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 9 de setembro de 2021. Disponível em: <https://inter03.tse.jus.br/sjur-pesquisa/pesquisa/actionBRSSearchServers.do?tribunal=TSE&livre=060055780>. Acesso em: 28 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130 – Distrito Federal. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). LEI DE IMPRENSA. ADEQUAÇÃO DA AÇÃO. REGIME CONSTITUCIONAL DA "LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA", EXPRESSÃO SINÔNIMA DE LIBERDADE DE IMPRENSA... Relator: Min. Carlos Britto, 30 de abril de 2009. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>
Acesso em: 7 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 511.961 São Paulo. Jornalismo. Exigência de diploma de curso superior, registrado pelo Ministério da Educação, para o exercício da profissão de jornalista. Liberdades de profissão, de expressão e de informação. Constituição de 1988 (art. 5º, IX e XIII, e art. 220, caput E § 1º). Não recepção do art. 4º, inciso V, do decreto-lei n. 972, de 1969. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>. Acesso em: 26 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 43.190 Distrito Federal. Reclamação. ADPF nº 130. Liberdades de expressão e de imprensa. Supressão de nome de agente político em matéria jornalística por meio de decisão liminar não exauriente de mérito. Incompatibilidade substantiva. Censura prévia judicial. Precedentes. Juízo de procedência. Relator(a): Min. Rosa Weber, 18 de setembro de 2020. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1135162883/reclamacao-rcl-43190-df-0102252-9420201000000/inteiro-teor-1135162927>. Acesso em: 26 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Reclamação 28.747 Paraná. Agravo Interno na reclamação. Direito constitucional. Determinação de retirada de conteúdo da internet. Decisão proferida em sede de tutela antecipada. Configuração de censura prévia. Violação à ADPF 130. Agravo interno provido. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Relator do Acórdão: Min. Luiz Fux, 5 de junho de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748634834>. Acesso em: 26 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração no Recurso Ordinário com Agravo 591.647 São Paulo. Recurso Extraordinário com Agravo (Lei n. 12.322/2010). Embargos de Declaração recebidos como recurso de agravo. Queixa crime. Condenação penal imposta a jornalista. Delito de injúria delito de injúria (CP, art. 140) – reconhecimento, no caso, pelo colégio Recursal, da ocorrência de abuso no exercício da Liberdade de opinião – decisão do colégio recursal que se apoiou, para tanto, em elementos de prova (inclusive no que concerne à autoria do fato delituoso). Produzidos no processo penal de conhecimento – Pretendida revisão do acórdão recorrido dependente de exame de matéria fático-probatória, insuscetível de análise em recurso extraordinário (súmula 279/stf) – Recurso de agravo improvido. Relator: Min. Celso de Mello, 15 de setembro de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9412755>. Acesso em: 3 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Interno em Reclamação 42155. Direito penal e processual penal. Agravo interno em reclamação. Violação à ADPF 130. Inocorrência. Fundamentos da decisão agravada não impugnados. Inviabilidade do recurso. Relator(a): Min. Roberto Barroso, 8 de fevereiro de 2021. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur440399/false> Acesso em: 28 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Medida Cautelar na Reclamação 15.243 Rio de Janeiro. Reclamação – ADPF 130/DF – efeito vinculante e eficácia geral do julgamento nela proferido – alegação de ofensa a essa decisão plenária do Supremo Tribunal Federal – possibilidade, em tese, da utilização, no caso, do instrumento constitucional da reclamação – a questão do direito de crítica no contexto do jornalismo digital – densidade jurídica da pretensão cautelar em razão de o direito de crítica compreender-se na liberdade constitucional de manifestação do pensamento – decisão ora recorrida que se apoiou, ao conceder o provimento cautelar, na doutrina e em precedentes do próprio Supremo Tribunal Federal – jurisprudência comparada (Tribunal Europeu de Direitos Humanos e Tribunal Constitucional Espanhol) – o significado e a importância da declaração de chapultepec (11/03/1994) – matéria jornalística e responsabilidade civil: temas versados na ADPF 130/DF, cujo julgamento foi invocado como parâmetro de confronto – presença cumulativa, na espécie, dos requisitos concernentes à plausibilidade jurídica e ao “periculum in mora” – situação que legitima, plenamente, a concessão de provimento cautelar – recurso de agravo improvido. Relator: Min. Celso de Mello, 18 de novembro de 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7375422> . Acesso em: 22 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.418 Distrito Federal. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 13.188, de 11 de novembro de 2015. Direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social. Rito especial para o exercício desse direito. Impugnação genérica de parcela da lei. Conhecimento parcial do pedido. Artigos 2º, § 3º; 4º; 5º, § 1º; e 6º, incisos I e II. Constitucionalidade. Artigo 10 da Lei nº 13.188/15. Exigência de decisão colegiada para se analisar pedido de efeito suspensivo. Ofensa ao art. 92 da Constituição Federal. Organicidade do Poder Judiciário. Poder geral de cautela. Inconstitucionalidade da expressão “em juízo colegiado prévio”. Interpretação conforme à Constituição. Procedência parcial da ação. Relator: Min. Dias Tofoli, 11 de março de 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755954924> . Acesso em 23 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.136 Distrito Federal. Ação direta de inconstitucionalidade. §1º do art. 28 da Lei n. 12.663/2012 (“Lei Geral da Copa”). Violação da liberdade de expressão. Inexistência. Aplicação do princípio da proporcionalidade. Juízo de ponderação do legislador para limitar manifestações que tenderiam a gerar maiores conflitos e atentar contra a segurança dos participantes de evento de grande porte. Medida cautelar indeferida. Ação julgada improcedente. Relator: Min. Gilmar Mendes, 1º de julho de 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7088799> . Acesso em: 23 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187 Distrito Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Admissibilidade. Observância do princípio da subsidiariedade (Lei n. 9.882/99, art. 4º, § 1º). Jurisprudência. Possibilidade de ajuizamento da ADPF quando configurada lesão a preceito fundamental provocada por interpretação judicial (ADPF 33/PA e ADPF 144/DF, v.g.). ADPF como instrumento viabilizador da interpretação conforme à Constituição. Controvérsia constitucional relevante motivada pela inexistência de múltiplas expressões semiológicas propiciadas pelo caráter polissêmico do ato estatal impugnado (CP, art. 287). Magistério da doutrina. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. ADPF conhecida. Relator: Min. Celso de Mello, 15 de junho de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195>. Acesso em: 22 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade 4.815 Distrito Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. arts. 20 e 21 da lei n. 10.406/2002 (código civil). preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada. requisitos legais observados. mérito: aparente conflito entre princípios constitucionais: liberdade de expressão, de informação, artística e cultural, independente de censura ou autorização prévia (art. 5º incs. iv, ix, xiv; 220, §§ 1º e 2º) e inviolabilidade 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. Relator: Min. Cármen Lúcia, 10 de junho de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 25 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 496. Direito constitucional e penal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Crime de desacato. Art. 331 do CP. Conformidade com a convenção americana de direitos humanos. Recepção pela Constituição de 1988. Relator: Min. Roberto Barroso, 22 de junho de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753910283>. Acesso em: 23 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 1.037.396 São Paulo. Direito Constitucional. Proteção aos direitos da personalidade. Liberdade de expressão e de manifestação. Violação dos arts. 5º, incisos IV, IX, XIV; e 220, caput, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal. Prática de ato ilícito por terceiro. Dever de fiscalização e de exclusão de conteúdo pelo prestador de serviços. Reserva de jurisdição. Responsabilidade civil de provedor de internet, websites e gestores de aplicativos de redes sociais. Constitucionalidade ou não do art. 19 do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14) e possibilidade de se condicionar a retirada de perfil falso ou tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente somente após ordem judicial específica. Repercussão geral reconhecida. Relator: Min. Dias Toffoli, 1º de março de 2018. Disponível em: <https://stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incid>

ente=5160549&numeroProcesso=1037396&classeProcesso=RE&numeroTema=987
Acesso em: 23 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo ARE 660861. Google. Redes sociais. Sites de relacionamento. Publicação de mensagens na internet. Conteúdo ofensivo. Responsabilidade civil do provedor. Danos morais. Indenização. Colisão entre liberdade de expressão e de informação vs. Direito à privacidade, à intimidade, à honra e à imagem. Repercussão geral reconhecida pelo plenário virtual desta Corte. Relator: Min. Luiz Fux, 22 de março de 2012. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral4181/false>. Acesso em: 23 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 572. Distrito Federal. Arguição de descumprimento de preceito Fundamental. ADPF. Portaria GP nº 69 de 2019. Preliminares superadas. Julgamento de medida Cautelar convertido no mérito. Processo Suficientemente instruído. Incitamento ao fechamento do STF. Ameaça de morte e prisão de seus membros. Desobediência. Pedido improcedente nas específicas e Próprias circunstâncias de fato exclusivamente envolvidas com a portaria impugnada. Limites. Peça Informativa. Acompanhamento pelo ministério público. Súmula vinculante nº 14. Objeto limitado a manifestações que denotem risco efetivo à Independência do poder judiciário. Proteção da Liberdade de expressão e de imprensa. Relator: Min. Edson Fachin. Requerente: Rede Sustentabilidade, 18 de junho de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754371407>. Acesso em: 28 jun. 2022.)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6387. Ementa medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Referendo. Medida provisória nº 954/2020. Emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo coronavírus (covid-19). Compartilhamento de dados dos usuários do serviço telefônico fixo comutado e do serviço móvel pessoal, pelas empresas prestadoras, com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Relatora: Min Rosa Weber, 7 de maio de 2020. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%206387%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 30 jun. 2022.

BUCCI, Eugênio. **Existe democracia sem verdade Factual?** Barueri: Estação das Letras e Cores, 2019. E-book Kindle.

BURKE, Peter. **A fabricação do rei**. Rio de Janeiro: Zahar. E-book Kindle, 2018.

CAMPOS, Vinivar. **Umberto Eco**: redes sociais deram voz a legião de imbecis. [S. l.: s. n.], 2016. 1 vídeo (4 min). Disponível em: https://www.youtube.com/results?search_query=umberto+eco+redes+sociais. Acesso em: 2 jul. 2022.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. E-book Kindle.

CHOMSKY, Noam. **Mídia: política, propaganda e manipulação**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. E-book Kindle.

CITTADINO, Gisele . **Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos de filosofia constitucional contemporânea**. [S.l.]: Meraki, 2020. E-book Kindle.

COELHO, Gabriela. Justiça condena bolsonaristas à prisão por protestos na casa de Alexandre de Moraes. **CNN Brasil**, São Paulo, 31 maio 2022. Disponível em <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/justica-condena-bolsonaristas-a-prisao-por-protestos-na-casa-de-alexandre-de-moraes/> Acesso em: 28 jun. 2022.

COELHO, Inocência Mártires. Konrad Hesse/ Peter Häberle: um retorno aos fatores reais de poder. **Direito Público**, Porto Alegre, ano 2, n.7 , p.21-33, jan./mar.2005.

COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. **Liberdade de expressão na internet: desafios regulatórios e parâmetros de interpretação**. 2016. 208 f. Tese (Doutorado em Direitos e Garantias Fundamentais) - Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais, Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2016. Disponível em: <http://site.fdv.br/wp-content/uploads/2018/06/claudio-de-oliveira-santos-colnago.pdf>). Acesso em: 2 maio 2022.

CONJUR. Desertores da democracia atuam contra a Constituição, diz Edson Fachin. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 18 jun. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-18/desertores-democracia-atuam-constituicao-fachin>. Acesso em: 2 jul. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. **Conar**. São Paulo: Conar, 2022. Disponível em: <http://www.conar.org.br/>. Acesso em: 2 jul. 2022.

D'ANCONA, Matthew. Pós-verdade. **A nova guerra contra os fatos em tempos de fake news**. Barueri: Faro Editorial, 2018.

DARAME, Braime. **Invasão do Capitólio: um ano depois, polarização continua**. Disponível em <https://www.dw.com/pt-002/invas%C3%A3o-do-capit%C3%B3lio-um-ano-depois-polariza%C3%A7%C3%A3o-continua/a-60335798> Acesso em: 20 abr. 2022.

DEMOCRACIA. *In*: MICHAELIS. **Dicionário brasileiro da língua portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos, 2022. Disponível em <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/democracia/> Acesso em: 2 mar. 2022.

DEUTSCHE WELLE. **Twitter bane conta de Donald Trump permanentemente**. Disponível em <https://www.dw.com/pt-br/twitter-bane-counta-de-donald-trump-permanentemente/a-56177474> Acesso em: 2. Jul. 2022.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

DWORKIN, Ronald. Is there a right to pornography. **Oxford J. Legal Stud**, v. 1, p. 177, 1981.

ESPANHA. **Constituição Espanhola**. [S.l.: s.n.], 1978. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constituição dos Estados Unidos**. Disponível em [https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amdt_1_\(1791\)](https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amdt_1_(1791)). Acesso em: 27 mar. 2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Abrams v. United States, 250 U.S. 616 (1919)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/250/616/#tab-opinion-1928349>. Acesso em: 3 abr. de 2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Schenck v. United States, 249 U.S. 47 (1919)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/249/47/#tab-opinion-1928047>. Acesso em: 3 abr. 2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Whitney v. California, 274 U.S. 357 (1927)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/274/357/#tab-opinion-1931857>. Acesso em: 3 de abr. 2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Near v. Minnesota, 283 U.S. 697 (1931)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/283/697/#tab-opinion-1933295>. Acesso em: 3 abr. 2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Miller v. California, 413 U.S. 15 (1973)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/413/15/#tab-opinion-1950401>. Acesso em: 10 abr. 2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/254/#tab-opinion-1944787>. Acesso em: 3 abr. de 2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. 393 (1856)**. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/60/393/#tab-opinion-1964281>. Acesso em: 5 maio 2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC, 520 U.S. 180 (1997)** Disponível em:

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/520/180/#tab-opinion-1960089> Acesso em: 28 jun. 2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Cohen v. Cowles Media Co.**, 501 U.S. 663 (1991). Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/501/663/#tab-opinion-1958859> Acesso em: 23 jun. 2022.

FALSO. In: MICHAELIS. **Dicionário brasileiro da língua portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos, 2022. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/falso/>. Acesso em: 2 mar. 2022.

FELLMAN, Shoshana. **O inconsciente jurídico**: julgamentos e traumas do século XX. São Paulo: Edipro, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Poteri selvaggi**. La crisi della democrazia italiana. Bari: Laterza, 2011

FLOOD, Alisson. Fake news is “very real” word of the year for 2017. **The Guardian**, Londres, 2 nov. 2017. Disponível em: <https://www.theguardian.com/books/2017/nov/02/fake-news-is-very-real-word-of-the-year-for-2017>. Acesso em: 2 jul. 2022.

FLORIDI, Luciano. **The fourth revolution**. [S.l.]: OUP Oxford, 2014. p. 65-66. E-book Kindle.

FLOW Podcast. Disponível em: <https://www.youtube.com/c/flowpodcast> . Acesso em: 2 jul 2022.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. São Paulo: Graal, 2010.

FRANÇA. **Constituição**. [S.l.]: Governo da República, 1978. Disponível em: https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf). Acesso em: 2 jul. 2022.

FREITAS, Juarez; WEDY, Gabriel. O legado dos votos vencidos nas decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos da América. **Revista da Escola da Magistratura do /TRF da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 4, p. 97-134, 2015. Disponível em: https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11491/2/O_legado_dos_votos_vencidos_nas_deciso es_da_Suprema_Corte_dos_Estados_Unidos_da_America.pdf. Acesso em: 8 maio 2022.

FREITAS, Hyndara; POMPEU, Ana. Em sessão do STF, Marco Aurélio chama Moraes de “xerife” e Fux de “autoritário”. **Jota**, Brasília, 11 mar. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/em-sessao-do-stf-marco-aurelio-chama-moraes-de-xerife-e-fux-de-autoritario-11032021>. Acesso em 28 jun. 2022.

FRYDMAN, Benoit. **O fim do estado de direito**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

FUX, Luiz et al (org.). **Tecnologia e justiça multiportas**. São Paulo: Editora Foco, 2021. p. 433. E-book Kindle.

GIACOMINI FILHO, Gino. **Meio ambiente & consumismo**. São Paulo: Editora Senac, 2019. E-book Kindle.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2009.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HÄBERLE, Peter. **Conversas acadêmicas**. São Paulo: Saraiva, 2009.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: uma contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

HÄBERLE, Peter. **Nove ensaios constitucionais e uma aula de jubileu**. São Paulo: Saraiva, 2012.

HEIDDEGER, Martin. **Caminhos de floresta**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1998.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. [S.l.]: Lebooks Editora, 2019. E-book Kindle.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha** (Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland). Tradução de Luís Afonso Heck). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HOBBS, Eric. **Era dos extremos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. E-book Kindle. p. 186.

HOBBS, Eric. **A era das revoluções: 1789-1848**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015. E-book Kindle.

HOFFMAN-RIEN, Wolfgang. **Teoria geral do direito digital**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 155. E-book Kindle.

HAN, Byung-Chul. **Sociedade da transparência**. Rio de Janeiro: Vozes, 2016. E-book Kindle.

KARBAL, Ian. **The giants named in Trump’s executive order lobbied Against similar laws for years**. Disponível em: <https://www.opensecrets.org/news/2020/06/twitter-trump-eo-lobbied-against-similar-law/> . Acesso em: 2 jul. 2022.

KAVANAGH, Jennifer; RICH, Michael D. **Truth Decay**. [S.l.]: RAND Corporation, 2018. E-book Kindle.

LASSALE, Ferdinand. O que é uma constituição? São Paulo: Editora Pillares, 2017. E-book Kindle.

LEVITSKY, Steven; Ziblatt, Daniel. **Como as democracias morrem**. Zahar. Edição do Kindle.

LINCOLN, Abraham. **Discursos de Lincoln**. São Paulo: Penguin-Companhia, 2013. Coleção Grandes Ideias. (E-book Kindle).

LOBO, Edilene; MORAIS, José Luís Bolzan de; NEMER, David. **Democracia nas culturas jurídicas: entre novos e velhos desafios**. Revista Culturas Jurídicas, Rio de Janeiro, v. 17, n. 17, 2020.

LOBO, Edilene; DE MORAIS, José Luis Bolzan; NEMER, David. **Democracia algorítmica: o futuro da democracia e o combate às milícias digitais no Brasil**. Revista Culturas Jurídicas, v. 7, n. 17, 2020.

LONGERICH, Peter. **Joseph Goebbels**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2014. E-book Kindle.

LOVELESS, Matthew. Information and democracy: fake news as an emotional weapon. In: GIUSTI, Serena; PIRAS, Elisa. **Democracy and Fake News: Information Manipulation and Post-Truth Politics**. Routledge, 2020. E-book Kindle.

LUHMAN, Niklas. **Teoria dos sistemas na prática: estrutura social e semântica**. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2018. v. 1. E-book Kindle.

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 8, 2019. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/5041/tutela-inibitoria-e-tutela-de-remocao-do-ilicito> Acesso em: 26 jun. 2022.

MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Atlas, 2008. p. 60.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos estudos CEBRAP**, v. 58, p. 183-202, 2000

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocencio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIGALHAS. **PEC do Centrão anula decisões não unânimes do STF; juristas reagem**. Migalhas, [S. l.], n. 5392, 17 jun. 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/368059/pec-do-centrao-anula-decisoes-nao-unanimes-do-stf-juristas-reagem> <https://www.migalhas.com.br/quentes/368059/pec-do-centrao-anula-decisoes-nao-unanimes-do-stf-juristas-reagem>. Acesso em: 2 jul. 2022.

MILTON, John. **Aeropagitica**. [S.l.]: Mint Editions, 2021. E-book Kindle.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

MORAIS, José Luis Bolzan de; LOBO, Edilene. A democracia corrompida pela surveillance ou uma fake democracy distópica. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (org). **A democracia sequestrada**. São Paulo: Tirant to Blach, 2019.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. E-book Kindle.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **Constitucionalismo e cidadania**: por uma jurisdição constitucional democrática . Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. E-book Kindle.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. O estado de direito “confrontado” pela “revolução da internet”! **Revista eletrônica do curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 13, n. 3, p. 876-903, 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/33021/pdf>. Acesso em: 2 jul. 2022.

MORAIS, José Luis Bolzan de; FESTUGATTO, Adriana Martins Ferreira. **A democracia desinformada**: eleições e fake news. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

MOURA, Maurício; CORBELLINI, Juliano. **A eleição disruptiva**: por que Bolsonaro venceu. Rio de Janeiro: Record, 2019. p. 117-120. E-book Kindle..

MOROZOV, Evgeny. **Big Tech**. [S.I.]: Ubu Editora, 2018. E-book Kindle.

NEVES, Marcio. É um inquérito do fim do mundo, diz ministro Marco Aurélio. **R7 Brasil**, São Paulo, 18 jun. 2022. Disponível em: <https://noticias.r7.com/brasil/e-um-inquerito-do-fim-do-mundo-diz-ministro-marco-aurelio-28062022>. Acesso em 28 jun. 2022.

O'NEIL, Cathy. **Algoritmos de destruição em massa**: como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia. Santo André: Editora Rua do Sabão, 2020.

PF abre procedimento para investigar ataques a Gilmar Mendes. Revista Consultpr Jurídico, São Paulo, 2 fev. 2018. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-fev-02/pf-abre-procedimento-investigar-ataques-gilmar-mendes>. Acesso em: 2 jul. 2022.

PGR abre investigação contra Monark e Kim Kataguiri por fala sobre nazismo. Exame, São Paulo, 9 fev. 2022. Disponível em: <https://exame.com/brasil/pgr-abre-investigacao-contra-monark-e-kim-kataguiri-por-fala-sobre-nazismo/>). Acesso em: 2 jul. 2022

PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard Schlink. **Serie IDP**: direitos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2018. E-book Kindle.

PIOVESAN, F.; MOURA, Lenice S. Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF. In: MOURA, Lenice S. Moreira de (org.). **O novo constitucionalismo na era pós-positivista**: homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Saraiva, 2009.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado**. Salvador: Juspodivm, 2009.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. 7. ed. Lisboa: Assembleia da República, 2005. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/ArquivoDocumentacao/Documents/CRPVIirevisao.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2022.

POWERS, Stephen P.; ROTHMAN, Stanley. **The Least Dangerous Branch?: Consequences of Judicial Activism**. [S.l.]: Praeger, 2002. p. 2817-2819. E-book Kindle.

RELATÓRIO do High Level Group para a Comissão Europeia. Disponível em <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/final-report-high-level-expert-group-fake-news-and-online-disinformation> Acesso em 28 jun. 2022.

RELEMBRE o que levou Daniel Silveira a ser condenado pelo STF. Poder 360, 22 abr. 2022. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/brasil/relembre-o-que-levou-daniel-silveira-a-ser-condenado-pelo-stf/>. Acesso em: 2 jul. 2022.

RYTTER, Jens Elo. Qual liberdade de imprensa? A imprensa concebida como um "Fórum Aberto" ou como um "cão de guarda privilegiado". **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito–PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 9, n. 2, 2014.

ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. E-book Kindle.

ROSA, João Pedro Malar; ROSA, João. "Viramos um país de ofensas", diz Barroso após ser interrompido em Oxford. **CNN Brasil**, São Paulo, 25 jun. 2022. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/viramos-um-pais-de-ofensas-diz-barroso-apos-ser-interrompido-em-oxford/> . Acesso em: 2 jul. 2022.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Porto Alegre: L&PM Editores, 2007. E-book Kindle.

ROSA, João Pedro Malar; ROSA, João. "Viramos um país de ofensas", diz Barroso após ser interrompido em Oxford. **CNN Brasil**, São Paulo, 25 jun. 2022. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/viramos-um-pais-de-ofensas-diz-barroso-apos-ser-interrompido-em-oxford/> . Acesso em: 2 jul. 2022.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANTOS, Gustavo Ferreira. **Fake democracy**: a internet contra a democracia constitucional. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. E-book Kindle.

SARTORI, Giovanni. **Homo videns** (Spanish Edition). [S.l.]: Penguin Random House Grupo Editorial, 2012. E-book Kindle.

SCHMIDT, Eric; COHEN, Jared. **A nova era digital**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2013. E-book Kindle.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 85.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Organização de Leonardo Martins. Alemanha: Konrad-Adenauer Stiftung E.V., 2005.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2018. p. 20. E-book Kindle.

SHAPIRO, Martin. **Freedom of speech**: the Supreme Court and judicial review (Classics of Law & Society). [S.l.]: Quid Pro Books, 2015. E-book Kindle.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Forum, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. São Paulo: Saraiva, 2011. E-book Kindle.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2020. (Coleção de Dicionários Jurídicos). E-book Kindle.

STUART MILL, John. **Sobre a liberdade**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. (Coleção Clássicos para Todos). 2017. E-book Kindle.

SUNSTEIN, Cass R. **A constituição parcial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SUNSTEIN, Cass. **Regulate Facebook and Twitter?** The Case Is Getting Stronger The three problems that justify efforts to rein in social media. Disponível em: <https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2019-02-14/regulating-facebook-twitter-and-instagram> Acesso em: 25 jun. 2022.

SUNSTEIN, Cass R. **Democracy and the problem of free speech**. [S.l.]: Free Press, 1995. E-book Kindle.

TATE, C. Neal. VALLINDER, Torbjörn. **The Global Expansion of Judicial Power**. [S.l.]: NYU Press, 1997. E-book Kindle.

THE NEW YORK TIMES. Postcards from planet Google. **The New York Times**, Nova York, 28 nov. 2002. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2002/11/28/technology/postcards-from-planet-google.html>. Acesso em: 19 jun. 2022.

TOFFOLI, José Antonio Dias. Fake news, desinformação e liberdade de expressão *In*: ABBOD, Georges; NERY JÚNIOR, Nelson; CAMPOS, Ricardo. **Fake news e regulação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. E-book Kindle.

TUSHNET, Mark. **I Dissent: Great Opposing Opinions in Landmark Supreme Court Cases**. [S.l.]: Beacon Press, 2008. E-book Kindle.

UOL. **Ex senador Magno Malta ataca ministro do STF e critica senado durante evento**. [S.l.: s.n.], 2022. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=XuxNz9OXEpU>). Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/queixa-barroso-malta.pdf> Acesso em: 28 jun. 2022.

UOL. **A fake news que selou o destino de Cleópatra e Marco Antonio**. Disponível em <https://aventurasnahistoria.uol.com.br/noticias/reportagem/fake-news-que-selou-o-destino-de-cleopatra-e-marco-antonio.phtml> Acesso em: 28 jun. 2022.

VEJA quais deputados e senadores fazem parte da bancada evangélica. Congresso em foco, Brasília, 15 set. 2020. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/area/congresso-nacional/veja-quais-deputados-e-senadores-fazem-parte-da-bancada-evangelica/>. Acesso em: 2 jul. 2022.).

VERDÚ, Pablo Lucas. La lucha por el Estado de derecho. Bolonia: Real Colegio de España, 1975, p. 131-132 apud COELHO, Inocência Mártires et al. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

VERÍSSIMO, Carla. **Compliance**: incentivo à adoção de medidas anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2018.

VILHENA, L., & BARROS, C. (2021). O Mainstream da mídia, a censura na Internet e o direito à informação: Novos paradigmas a partir do caso Manhattan Community Access Corp. v. Halleck. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 22, n. 1, p. 71-100, jan./abr. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.18759/rdgf.v22i1.1567>. Acesso em: 2 jul. 2022.

WARDLE, Claire; DERA KHSHAN, Hossein. **Information disorder**: toward an interdisciplinary framework for research and policy making. Disponível em: <https://rm.coe.int/information-disorder-toward-an-interdisciplinary-framework-for-research/168076277c>. Acesso em: 28 jun. 2022.

WEINER, M. S. Understanding Trumpism: Politics and Culture in an Age of Globalization. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 21, n. 2, p. 77-96. Disponível em: <https://doi.org/10.18759/rdgf.v21i2.1807>. Acesso em: 2 jul. 2022.

WEIL, Pierre; LELOUP, Jean-Yves; CREMA, Roberto. **Normose**. Rio de Janeiro: Editora Vozes. E-book Kindle.

YOUTUBE. **Umberto Eco**: redes sociais deram voz a legião de imbecis. [S. l.: s. n.], 2016. 1 vídeo (4min42seg.). Disponível em: https://www.youtube.com/results?search_query=umberto+eco+redes+sociais. Acesso em: 2 jul. 2022.

ZANETTI JÚNIOR, Hermes. **O Ministério Público e o novo processo civil**. Salvador: Juspodivm, 2018.

ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.

ZUBOFF, Shoshana. You are now remotely controlled. **New York Times**, Nova York, v. 24, 2020.