

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL
FACULDADE DE DIREITO

MARIANA TOMAZ DA CUNHA

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E LIBERDADE DE INFORMAÇÃO NAS REDES
SOCIAIS: uma análise da reconfiguração dos conflitos entre princípios de direitos
fundamentais

Niterói

2023

MARIANA TOMAZ DA CUNHA

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E LIBERDADE DE INFORMAÇÃO NAS REDES
SOCIAIS: uma análise da reconfiguração dos conflitos entre princípios de direitos
fundamentais

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional.

Linha de Pesquisa: Teoria e História do Direito Constitucional e Direito Constitucional Internacional e Comparado.

Orientador: Prof. Dr. Guilherme Peña de Moraes

Niterói

2023

Ficha catalográfica automática - SDC/BFD
Gerada com informações fornecidas pelo autor

C9721 Cunha, Mariana Tomaz da
Liberdade de Expressão e Liberdade de Informação nas
Redes Sociais : uma análise da reconfiguração dos conflitos
entre princípios de direitos fundamentais / Mariana Tomaz da
Cunha. - 2023.
176 f.

Orientador: Guilherme Peña de Moraes.
Dissertação (mestrado)-Universidade Federal Fluminense,
Faculdade de Direito, Niterói, 2023.

1. Desinformação. 2. Colisão de direitos fundamentais. 3.
Direito subjetivo a ação positiva. 4. Provedores de
aplicação de internet. 5. Produção intelectual. I. Moraes,
Guilherme Peña de, orientador. II. Universidade Federal
Fluminense. Faculdade de Direito. III. Título.

CDD - XXX

MARIANA TOMAZ DA CUNHA

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E LIBERDADE DE INFORMAÇÃO NAS REDES
SOCIAIS: uma análise da reconfiguração dos conflitos entre princípios de direitos
fundamentais

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional.

Aprovada em 15 de dezembro de 2023

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Guilherme Peña de Moraes (Orientador)
Universidade Federal Fluminense (UFF)

Prof. Dr. Pedro Curvello Saavedra Avzaradel
Universidade Federal Fluminense (UFF)

Prof. Dr. Luís Cláudio Martins de Araújo
Universidade Cândido Mendes (UCAM)

Profa. Dra. Priscila Elise Alves Vasconcelos
Universidade Federal de Roraima (UFRR)

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Prof. Dr. Guilherme Peña de Moraes, pela honra de aceitar meu convite para desenvolver este tema. Obrigada pelo profissionalismo, pela troca de ideias e pela atenção a mim dedicada ao longo da persecução deste objetivo, por muito tempo um sonho distante, mas que ora se materializa.

A Francisco Tomaz (*in memoriam*), dono da fé mais inabalável que já tive o privilégio de testemunhar.

Aos meus pais, Belchior e Hozana, que me ensinaram o poder transformador do conhecimento e que acreditaram em mim até quando eu mesma não acreditava. Vocês são minha inspiração diária da pessoa que quero me tornar um dia.

Ao estimado casal Eliana e Rodrigo, que me presentearam com os mais lindos sobrinhos, Manuela e Pedro, pela certeza de poder não só partilhar os momentos de alegria, mas contar com seu apoio nas adversidades.

Ao grande amigo Lucas Mattos, pelo seu entusiasmo contagiante em relação à pesquisa acadêmica, e pela paciência de discutir por horas, ao longo dos últimos dois anos, sobre um único tema. Sua vocação para a docência me motiva e me orgulha profundamente.

Aos servidores da Seção de Pesquisa e Referência aos Magistrados do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Cláudia e José Eduardo, pelo impecável trabalho realizado e pela presteza em providenciar absolutamente qualquer material de pesquisa que lhes seja solicitado. Esta dissertação não teria sido possível sem vocês.

“Liberdade é um nome maravilhoso. É por isso que você está tão ansioso para fazer uso dele. Você acha que, se você chamar o encarceramento de verdadeira liberdade, as pessoas ficarão atraídas pela prisão. E o pior de tudo é que você tem razão”
(Aldous Huxley, 1936)

“Nos regimes de informação, as pessoas não se sentem [...] vigiadas, mas livres. Paradoxalmente, é o sentimento de liberdade que assegura a dominação”
(Byung-Chul Han, 2022)

RESUMO

O presente trabalho pretende analisar a configuração evolutiva da colisão entre os princípios de direitos fundamentais da liberdade de expressão e de informação, em especial considerando a emergência do fenômeno da desinformação no âmbito dos provedores de aplicação de internet. Defende-se que este modelo de negócios, ao transformar sensivelmente o modo como os indivíduos produzem, transmitem e consomem informações, deflagrou uma problemática inexplorada, cuja solução demanda um reequacionamento das ferramentas jurídicas existentes. O estudo se dedica a examinar a estrutura e o conteúdo normativo de ambos os princípios, bem como suas colisões recíprocas, por meio de uma análise qualitativa dos enunciados normativos pertinentes e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entre 2009 e 2022. Sustenta-se que, como subproduto das recentes alterações contextuais, ao suporte fático da liberdade de informação acresceu-se, paulatinamente, um direito dos usuários a uma ação positiva em face do Estado, a ser protegido pela ação normativa. Em seguida, busca-se identificar o conteúdo mínimo desse direito, a ser atribuído ao dispositivo de direito fundamental, a fim de otimizar a proteção ao direito de informação, sem desconsiderar que eventuais restrições à liberdade de expressão decorrentes das medidas adotadas devem sobreviver ao crivo da proporcionalidade.

Palavras-chave: Desinformação. Colisão de direitos fundamentais. Direito subjetivo a ação positiva. Provedores de aplicação de internet.

ABSTRACT

This work aims to analyze the evolutionary configuration of the collision between the fundamental rights of freedom of expression and freedom of information, especially considering the misinformation phenomenon within internet application providers. It is argued that the application providers' business model, by significantly transforming the exchange of information among individuals, has triggered an unexplored problem, whose solution demands a reevaluation of existing rules. The study examines the structure and normative content of both principles, as well as their reciprocal collisions, through a qualitative analysis of related normative standards and jurisprudence from the Brazilian Supreme Federal Court between 2009 and 2022. The paper demonstrates that to the factual support of freedom of information has been added a right of users, enforceable against the state, to be protected by normative measures. Finally, the aim is to identify the minimum content of this right, to be assigned to the fundamental right, with the aim of protecting the right to information as much as possible, without disregarding that any restrictions on freedom of expression resulting from the adopted measures must be compatible with the proportionality test.

Keywords: Misinformation. Collision of fundamental rights. Internet application providers.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 - Zonas de Intersecção entre a proteção do direito subjetivo às liberdades de expressão e de informação.....	59
Figura 2 - Conteúdo produzido por usuário em provedores de aplicação na Internet.....	128
Figura 3 - Vinculação e espaço de discricionariedade do legislador: finalidades e meios.....	147
Figura 4 - Reconfigurando o Equilíbrio: Lei para Proteção de Direitos Fundamentais na Era Digital	159

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ABRA	Associação Brasileira de Radiodifusão
ABTVU	Associação Brasileira de Televisão por assinatura em UHF
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ANCINE	Agência Nacional do Cinema
ANPR	Associação Nacional de Procuradores da República
BNDES	Banco Nacional do Desenvolvimento
BR	Brasil
BverfGE	Decisões do Tribunal Federal Constitucional Alemão
CADH	Convenção Americana sobre Direitos Humanos
CALEA	Lei de Auxílio das Comunicações para a aplicação do Direito
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CP	Código Penal
Covid-19	Doença do Coronavírus
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
DF	Distrito Federal
DSA	Digital Services Act
HC	Habeas Corpus
IP	Protocolo de Internet
MG	Minas Gerais
MPF	Ministério Público Federal
MS	Mato Grosso do Sul
NetzDG	Lei Alemã para a Melhoria da Aplicação da Lei nas Redes Sociais
PGR	Procurador Geral da República
PL	Projeto de Lei
PR	Partido da República
PR	Paraná
Rcl	Reclamação
RE	Recurso Extraordinário
RISTF	Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal

RJ	Rio de Janeiro
SE	Sergipe
SP	São Paulo
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TCF	Tribunal Constitucional Federal
TJ/SP	Tribunal de Justiça de São Paulo
TRF	Tribunal Regional Federal
TSE	Tribunal Superior Eleitoral
ZDF	Emissora "Segunda Televisão Alemã"

LISTA DE SÍMBOLOS

a	Titular do direito
b	Destinatário do direito
C	Circunstâncias
G	Objeto do direito
GPijC	Fórmula do peso de Pi em relação a Pj nas circunstâncias C
h	Ação
I	Intensidade
IPiC	Intensidade da intervenção em Pi sob as circunstâncias C
l	Leve
m	Moderado
N	Normas
P1	Princípio vinculador da liberdade de expressão
P2	Princípio vinculador dos demais direitos fundamentais
Pi	Liberdade de manifestação de pensamento do reclamante
Pj	Liberdade de expressão artística do diretor de cinema alvo de boicote
R	Direito subjetivo
s	Sério
t1	Momento
WPjC	Importância da satisfação de Pj sob as circunstâncias C
x	Titular da liberdade
y	Obstáculo à liberdade
Z	Situação
z	Ação cuja realização ou não-realização é objeto da liberdade

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	13
1	DIREITOS FUNDAMENTAIS: ESTRUTURA, CONTEÚDO E RESTRIÇÕES	18
1.1	Referencial teórico	18
1.2	Objeto e tarefa de uma teoria de direitos fundamentais	20
1.3	O conceito de norma de direito fundamental	22
1.4	A estrutura das normas de direitos fundamentais	24
1.5	Princípios e valores	25
1.5.1	Do Sopesamento	27
1.5.1.1	Exemplo de sopesamento: o Caso Lüth.....	28
1.5.1.2	Sopesamento e a discricionariedade do legislador	33
1.6	Direitos fundamentais como direitos subjetivos	34
1.7	Direitos a algo	35
1.8	Liberdades	36
1.9	Competências	37
1.10	O direito fundamental completo	38
1.11	Restrições a direitos fundamentais	39
1.11.1	Espécies de restrições a direitos fundamentais.....	41
1.12	Suporte fático dos direitos fundamentais	42
1.13	Direitos a prestações estatais positivas	44
1.13.1	Espécies de direitos a prestações	45
1.13.1.1	Direitos à proteção.....	46
1.13.1.2	Direitos à organização e procedimento	48
1.14	Direitos fundamentais e normas de direitos fundamentais no sistema jurídico .	49
2	LEGISLAÇÃO CORRELATA E SOPESAMENTO	52
2.1	A responsabilidade civil dos operadores pelo conteúdo gerado por terceiros na ótica do art. 19 do Marco Civil da Internet	61
2.2	Do Tema 987 do STF	67
2.3	Da inconstitucionalidade da responsabilização na forma do acórdão recorrido	68
2.4	Tema 987 e a responsabilidade dos provedores de aplicações quanto a temas de relevância coletiva	70

3	LIBERDADE DE EXPRESSÃO E LIBERDADE DE INFORMAÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO STF	74
3.1	Liberdade de expressão e de informação	76
3.1.1	Direito Civil	76
3.1.1.1	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130	76
3.1.1.2	Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.566/DF	80
3.1.1.3	Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815/DF	82
3.1.1.4	Recurso Extraordinário 685.493/SP (Tema 562 da Repercussão Geral)	85
3.1.2	Direito eleitoral	87
3.1.2.1	Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.451/DF	88
3.1.3	Comunicação social	90
3.1.3.1	Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.923/DF	90
3.1.3.2	Recurso Extraordinário nº 1.070.522/PE	93
3.1.4	Educação	96
3.1.4.1	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 526/PR	97
3.1.4.2	Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.580/AL	98
3.1.5	Direito de reunião	100
3.1.5.1	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187/DF	100
3.1.5.2	Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.852/MS	103
3.1.5.3	Recurso Extraordinário 806.339/SE (Tema 855)	104
3.1.6	Livre iniciativa	106
3.1.6.1	Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.311/DF	106
3.2	Liberdade de expressão e de informação na internet	108
3.2.1	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 572	109
3.2.2	Cronologia dos fatos	109
3.2.3	Das colisões entre direitos fundamentais	111
3.2.3.1	Recurso Extraordinário 1.010.606/RJ (Tema 786 da Repercussão Geral)	115
3.2.3.2	Ação Direta de Inconstitucionalidade 7.261/DF	118
3.3	Considerações gerais sobre os casos analisados	123
3.4	Considerações específicas sobre os direitos fundamentais	125
3.5	Conteúdo normativo da liberdade de informação: uma leitura atualizada	128
4	O DIREITO À REGULAÇÃO COMO UMA PRESTAÇÃO POSITIVA	133
4.1	O conteúdo mínimo do direito fundamental a uma prestação positiva	134
4.2	Valores subjacentes à liberdade de informação	136

4.3	Notícias falsas, <i>fake news</i> e desinformação.....	137
4.4	A internet, vista de fora.....	138
4.5	As aplicações de internet, vistas por dentro	139
4.6	A regulação deve ser objeto de lei	144
4.6.1	Dos meios à disposição do legislador.....	146
4.6.2	Aumento das exceções ao art. 19 do Marco Civil da Internet.....	148
4.6.3	Imposição de responsabilidade civil objetiva genérica	150
4.6.4	Responsabilidade objetiva condicionada.....	153
4.6.5	“Code is law”	156
	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	160
	REFERÊNCIAS	167

INTRODUÇÃO

Ataques de 08 de janeiro de 2023 às instituições da República organizados por meio das redes sociais; atentados a escolas incitados por usuários dessas mesmas redes; disseminação massiva de informações falsas sobre a eficácia das vacinas contra a Doença do Coronavírus (Covid-19), cujos primeiros casos foram publicamente divulgados em 2019; manipulação de campanhas eleitorais; discursos de ódio contra minorias e apologias ao terrorismo.

É fato que tais circunstâncias ensejam, na sociedade, uma sensação generalizada quanto à necessidade de regulação dos provedores de aplicação na internet, em especial do ambiente de interação entre usuários nas redes sociais.

Em entrevista recente, o presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Luís Roberto Barroso, afirmou não haver mais discussão quanto à necessidade de regulação. Em suas palavras: “[...] A questão é discutir como e quando vamos regular [...]”¹.

Ante a sensação inespecífica quanto à urgência e à imprescindibilidade da regulação, projetos de leis surgem, juristas e políticos se pronunciam. O tema deste trabalho foi escolhido na esteira dessa mesma predisposição: seu propósito era o de estudar a viabilidade de um modelo regulatório-constitucional destinado à contenção de *fake news*.

Por uma dessas casualidades que, imprevistas no início de uma pesquisa, vêm à tona apenas durante o seu desenrolar, foi necessário dar alguns passos atrás ante a constatação de que as tão propaladas *fake news* não eram a patologia a ser debelada, mas apenas um de seus sintomas.

A patologia, em si, consiste no modelo de negócios tal como atualmente explorado pelas assim denominadas *big techs*, cujo caráter inaudito e disruptivo lhes proporciona um território virgem de regulação estatal, ao menos até agora.

São inúmeras as causas potencialmente violadoras de direitos fundamentais originadas ou amplificadas pela atividade das *big techs*: direitos da personalidade (honra, imagem, nome, privacidade), integridade física, segurança e saúde públicas, liberdade de expressão, liberdade de informação e, em última análise, a própria sobrevivência da democracia.

Tais causas de violações a direitos fundamentais ocorrem segundo lógicas distintas e, por vezes, reivindicam soluções específicas. Por exemplo, enquanto o combate ao discurso de ódio requer um aprimoramento dos mecanismos de moderação de conteúdo, a redução da

¹ FÓRUM de Lisboa celebra democracia e aponta caminhos para o novo mundo digital. **Revista Justiça & Cidadania**, ano 24, edição 275, 12 jul. 2023.

discriminação algorítmica² pode demandar a implementação de ações afirmativas ou o aumento da transparência das decisões sobre o funcionamento dos algoritmos.

Sob o guarda-chuva do conceito de “regulação das redes sociais”, portanto, acomodam-se questões de diversos matizes. Contudo, tais questões podem ser relacionadas, em maior ou menor grau, às características específicas da atividade econômica de que ora se trata.

Antes de responder à pergunta “como regular as redes sociais?”, é preciso responder outra: “que objetivo se pretende alcançar com a regulação?”. A primeira, vinculada de forma mais imediata ao desenho de um modelo regulatório, situa-se em província próxima ao direito administrativo. A segunda, de ordem mais geral, diz respeito a ferramentas de direito constitucional. Dita de outro modo: em que medida os direitos fundamentais estão sendo aviltados e quais são as alternativas para resolver as novas situações de colisão entre eles?

Enquanto o problema não for estudado a partir da fonte de onde defluem as violações a direitos, continuarão sendo apresentadas soluções pontuais para distorções pontuais ocasionadas por este modelo de negócios, que traz a reboque consequências desastrosas como as já elencadas.

Partindo-se do pressuposto de que a regulação serve para acautelar direitos fundamentais, é pertinente avaliar a questão sob o prisma da colisão entre estes direitos, no interior das relações jurídicas travadas neste novo contexto fático.

No âmbito deste estudo, por fidelidade temática ao seu objeto original, o recorte escolhido limitou-se aos direitos fundamentais à liberdade de expressão e à liberdade de informação e suas respectivas colisões entre si, situadas na linha tênue e movediça entre o direito à manifestação do pensamento e o direito à formação de um repertório cognitivo livre de intervenções indevidas do Estado ou de terceiros.

É neste contexto que a contenção à desinformação se torna tão desafiadora. A internet é palco onde contracenam direitos fundamentais de alta envergadura – como os direitos à liberdade de expressão, de informação e o direito à privacidade –, os quais devem, necessariamente, ser objeto de sopesamento em eventual regulação.

² O assunto é abordado com profundidade na obra de Cathy O’Neil, intitulada “Algoritmos de destruição em massa: como o *big data* aumenta a desigualdade e ameaça a democracia”. Nela, o autor entende que os parâmetros adotados para a programação de algoritmos empregados por softwares de inteligência artificial para auxiliar a tomada de decisões – desde a contratação de pessoas até a elaboração de políticas públicas –, com frequência, reproduzem vieses e preconceitos humanos, camuflando-os sob a aparente neutralidade da tecnologia. Para mais informações, consultar: 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.

Ademais, é notória a capilaridade das aplicações internet nas diversas atividades do cotidiano. O universo *on-line* está cada vez mais integrado às interações fora da rede, nos mais simples detalhes do cotidiano. Ao menor sinal de dúvida ou divergência quanto a fatos objetivos, a reação imediata de muitos é consultar a informação controversa no *site* de buscas Google. Uma pessoa sem redes sociais (especialmente aquelas com menos de 30 anos de idade) é quase uma pessoa que não existe – é como uma cidade que não está no mapa.

Considerando essa simbiose quase irreversível entre real e virtual, é necessário que eventuais intervenções no funcionamento das aplicações de internet sejam cuidadosamente planejadas: regulá-las pode significar uma intervenção nos aspectos mais elementares da personalidade humana.

Por outro lado, submeter os indivíduos a uma enxurrada de informações, impulsionadas a partir de critérios arbitrários e pouco transparentes, sem que haja uma regulação responsável, pode estar deformando e definhando a esfera pública, não apenas em razão da disseminação de notícias falsas, mas a partir da criação de múltiplas percepções de realidade incompatíveis entre si.

Há quem defenda³ que a solução do problema passa pelo enrijecimento do regime de responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet por conteúdos gerados por terceiros e por elas impulsionados por meio de publicidade de plataforma⁴; há quem equipare os provedores a fornecedores e os usuários a consumidores, aplicando a legislação consumerista às relações jurídicas travadas entre ambos⁵; há quem considere que o STF deve declarar a inconstitucionalidade material do artigo 19 da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet - MCI) ou, ainda, conferir-lhe interpretação conforme a Constituição⁶; tem-se sugerido, ademais, a adoção de uma autorregulação regulada, cujo foco se concentra mais em procedimentos regulatórios e menos na aplicação de sanções⁷.

³ VIEIRA, Alessandro. **Parecer proferido em plenário pelo Projeto de Lei nº 2.630, de 2020, e apensados.** Câmara dos Deputados, Relator Deputado Orlando Silva, 27 abr. 2023, 110 p.

⁴ Nesse sentido caminha o artigo 6º, inciso I, do Substitutivo apresentado em abril de 2023 pelo Relator do Projeto de Lei nº 2630/2020 (“PL das fake news”), Deputado Orlando Silva, em tramitação na Câmara dos Deputados.

⁵ O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (03h26min15s-03h35min20s), ao se manifestar na audiência pública realizada em 28/03/2023 no Supremo Tribunal Federal, convocada no bojo dos Temas 533 e 987 da Repercussão Geral, defendeu a responsabilidade objetiva e solidária dos provedores de aplicações na internet em atividades típicas de relação de consumo, quando verificada falha na prestação do serviço ou abuso da situação de vulnerabilidade do consumidor, em razão de falhas de segurança, publicidade abusiva ou enganosa e comércio eletrônico. Para mais informações, consultar a referência: AUDIÊNCIA Pública – Marco Civil da Internet (tarde). Vídeo. 4h28min54s. Publicado pelo Canal STF. 28 mar. 2023.

⁶ SCHREIBER, Anderson. **Responsabilidade civil das plataformas digitais:** um dilema para o STF. Jota, 04 abr. 2023.

⁷ Nesse sentido, as sugestões ao PL 2630/2020 encaminhadas ao Congresso Nacional pela Secretaria de Comunicação da Presidência da República, em 30 de mar. de 2023 e o Substitutivo apresentado pelo Relator

Este trabalho, em razão de suas próprias limitações técnicas e de escopo, não avoca para si o encargo de exaurir o tema, mas tão somente identificar linhas gerais de atuação do Estado que promovam a máxima efetividade dos princípios de direitos fundamentais em conflito, evitando a imposição de restrições que não sobrevivam ao teste de proporcionalidade proposto por Alexy.

Nessa toada, a dissertação em apreço assumiu os seguintes objetivos: (i) analisar as características inerentes à colisão entre os princípios de direitos fundamentais à liberdade de expressão e à liberdade de informação, em âmbito legislativo e jurisprudencial, desde os anos que antecederam a promulgação do Marco Civil da Internet até os dias atuais; em seguida, (ii) avaliar eventuais mudanças tanto no conteúdo normativo dos princípios quanto na configuração das colisões entre eles.

Para tanto, o primeiro capítulo discorrerá brevemente acerca da estrutura e conteúdo dos direitos fundamentais de modo geral, com esteio na obra “Teoria dos direitos fundamentais”, de Robert Alexy, na versão acrescida de posfácio datado de 2002. Serão abordados os conceitos inscritos na obra que sejam essenciais à compreensão deste trabalho, bem como os posicionamentos adotados pelo autor a respeito de questões marcadas por divergências doutrinárias significativas.

O segundo capítulo tratará do estado da arte, do ponto de vista normativo, dos temas correlatos a esta dissertação, a saber, o conteúdo dos direitos fundamentais implicados e os regimes de responsabilidades vigentes relacionados a publicações de usuários em aplicações de internet.

O terceiro capítulo, a seu turno, analisará o comportamento da jurisprudência do STF diante de colisões entre ambos os princípios, tanto em controle concentrado de constitucionalidade quanto na apreciação de casos concretos, no recorte temporal entre o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 130, ocorrido em abril de 2009, e dezembro de 2022.

A pesquisa traçará pontos de intersecção entre os entendimentos esposados, avaliando as premissas fáticas e jurídicas invocadas pelo STF no julgamento de tais casos, avaliando se houve, e em que medida, alterações na fundamentação aplicável à tutela da liberdade de expressão e da liberdade de informação, bem como no conteúdo e na estrutura desses direitos

do Projeto na Câmara, Deputado Orlando Silva. A inspiração vem de iniciativas adotadas na Europa, como a Lei Alemã para a Melhoria da Aplicação da Lei nas Redes Sociais (*Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken*, abreviada como “NetzDG”), em vigor desde 2018, e o Digital Services Act (DSA), em vigor na União Europeia desde novembro de 2022.

com o transcurso do tempo, considerando-se especialmente o contexto da propagação de desinformação em ambientes mediados por operadores de aplicações na internet.

A partir das conclusões até então obtidas, o quarto capítulo será dedicado a identificar quais atributos do modelo de negócios das *big techs* contribuíram, em maior medida, para materializar uma tal reconfiguração dos direitos e de suas colisões recíprocas. Em suma, o que ajuda a distinguir o simples tráfego virtual de notícias falsas do complexo fenômeno da desinformação cujo surgimento ora se vislumbra.

Por fim, buscam-se traçar os principais componentes do conteúdo mínimo do direito a uma prestação positiva regulatória destinada a promover a acomodação otimizada dos princípios correspondentes à liberdade de expressão e à liberdade de informação.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS: ESTRUTURA, CONTEÚDO E RESTRIÇÕES

Este capítulo inicial destina-se a apresentar os conceitos e as categorias relevantes ao desenvolvimento da pesquisa. Nessa oportunidade, serão abordados, sinteticamente, os fundamentos que lastreiam a teoria construída por Alexy, os quais servirão de ancoragem argumentativa no decorrer deste trabalho.

O raciocínio seguirá a ordem de disposição dos capítulos adotada na própria obra, com eventuais conexões com assuntos tratados em outros momentos do livro. Ao final, serão feitas algumas considerações sobre a obra “Teoria da argumentação jurídica”, também de autoria de Alexy, e essencial para compreender o iter de fundamentação racional que o autor pretende seja aplicado nas decisões quanto ao sopesamento entre princípios.

1.1 Referencial teórico

A escolha do referencial teórico de um trabalho consiste, certamente, na decisão mais relevante que será tomada a seu respeito. Ciente de que não se constroem conhecimentos a partir do vazio, e de que existe um imenso repertório prévio de estudos correlatos a qualquer pesquisa, é preciso buscar um ponto de referência a norteá-la.

Por outro lado, ao mesmo tempo em que a escolha pavimenta o caminho do pesquisador, ela necessariamente também a limita, porquanto implica adotar determinadas premissas e categorias conceituais.

O tema em análise – colisão entre os direitos fundamentais às liberdades de expressão e de informação – pressupõe a vinculação a uma teoria dos direitos fundamentais, a qual, por sua vez, associa-se a uma teoria da Constituição, “e ambas – a teoria dos direitos fundamentais e a teoria da Constituição – a uma indeclinável concepção do Estado, da Constituição e da cidadania”⁸.

Tratar de colisões de direitos fundamentais significa falar sobre sua estrutura, conteúdo normativo, restrições, interpretação. Em todas as teorias, a argumentação configura uma grandeza vital, sem a qual não se pode controlar racionalmente quaisquer de suas conclusões.

Não por acaso, no livro “Teoria dos direitos fundamentais”, Alexy faz diversas alusões a outra de suas obras, “Teoria da argumentação jurídica”, de 1978. Nas oportunidades em que

⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 612.

sua descrição sobre o sopesamento de princípios chega ao nível máximo de detalhamento, o leitor é convidado a prosseguir o raciocínio argumentativo por meio desta última obra.

A clássica obra do autor intitulada “Teoria dos direitos fundamentais”, foi publicada na Alemanha em 1985. Sua 5ª edição alemã, de 2006, foi traduzida para o português por Virgílio Afonso da Silva, pela primeira vez, em 2008. O exemplar utilizado nesta pesquisa pertence à 2ª edição traduzida, datada de 2015 (5ª reimpressão)⁹.

No âmbito doutrinário pátrio, apesar de haver relativamente vasto manancial de obras sobre os direitos fundamentais, é inegável que as mais densas teorias de direitos fundamentais, na tradição romano-germânica, provêm da dogmática alemã.¹⁰

Ademais, existe ampla aceitação, pelos tribunais brasileiros, do emprego do sopesamento, segundo o método de Alexy, para a solução de colisões entre princípios.

Conseqüentemente, existe frequente remissão à obra deste autor, tanto na doutrina brasileira sobre o tema¹¹, quanto na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal¹², para abordar questões referentes à estrutura, ao conteúdo e às restrições aos direitos fundamentais.

Não se descuida, no entanto, que a teoria de Alexy não pode ser automaticamente transposta para a realidade brasileira, requerendo, por vezes, esclarecimentos adicionais. Em primeiro lugar, o autor adverte tratar-se de teoria jurídico-dogmática voltada aos direitos fundamentais da Constituição da Alemanha. Portanto, além de partir do direito positivo alemão, a dimensão normativa da teoria avança para o terreno da *práxis* jurídica, em especial a jurisprudencial, do Tribunal Constitucional Federal daquele país.

Os exemplos que servem de base às suas conclusões consistem, invariavelmente, em disposições de direitos fundamentais da Constituição da República Federal da Alemanha e em precedentes do Tribunal Federal Constitucional Alemão (aqui, abreviado como TCF). Ela se destina, portanto, a operar na realidade do ordenamento daquele país, não se pretendendo uma teoria generalizante ou universal.

⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

¹⁰ Ao sistematizar algumas das mais relevantes teorias sobre direitos fundamentais, Bonavides (*op. cit.*, p. 640-669) credita suas mais importantes classificações a juristas alemães, como Böckenförde, Scheuner, Grabitz, Wilke, Friedrich Müller, Durig, Häberle, Luhmann, Carl Schmitt e Robert Alexy.

¹¹ MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo G. **Curso de direito constitucional**: Série IDP - Linha Doutrina. 15 ed. São Paulo: Saraiva Jur, e-book, 2020. ISBN 9788553618088; MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. 13 ed. São Paulo: Atlas, e-book, 2022. ISBN 9786559772827; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2018.

¹² Em praticamente todos os acórdãos abordados neste trabalho, há votos nos quais os ministros do STF recorrem ao método de Alexy para analisar colisões entre direitos fundamentais. Exemplificativamente: ADPF 130DF, ADI 4451/DF, ADI 4815/DF e RE 1.010.606/RJ.

Tal aspecto não é, de modo algum, adjacente, e não pode ser ignorado. Apesar de o sopesamento descrito por Alexy ser, muitas vezes, aplicado no Brasil como se fosse simples técnica de decisão, ou seja, como ponto de partida na resolução de casos concretos, é oportuno lembrar que se trata de uma teoria cujas premissas estão intrinsecamente relacionadas à linguagem extraída de precedentes do TCF, a partir de seu repositório de decisões (*BverfGE*).

Essa operação de aclimatação será realizada ao longo do texto, com observações que pontualmente se prestarão, na medida do possível, a aparar arestas de assimetria entre o direito alemão, para o qual o referencial teórico foi concebido, e o direito brasileiro.

É necessário que se esclareça, de antemão, que as considerações ora vertidas acerca da teoria não têm - e jamais poderiam ter - a pretensão de verticalizar o tema de forma compatível com o nível de precisão que Alexy deposita em sua obra. Os conceitos, institutos e posicionamentos defendidos pelo autor serão abordados na estrita medida em que sejam necessários para a formulação do raciocínio ora exposto.

1.2 Objeto e tarefa de uma teoria de direitos fundamentais

Inicialmente, Alexy circunscreve o escopo da teoria desenvolvida, situando precisamente onde ela deve ser situada no campo do conhecimento. Contextualmente, os direitos fundamentais podem suscitar estudos e questionamentos de diversas ordens: política, sociológica, filosófica *etc.*

Não é disso que se trata, porém. A teoria se reporta aos direitos fundamentais positivos vigentes na Constituição alemã (*Grundgesetz*) – não a direitos que tenham vigido no passado, ou que estejam vigentes em outros ordenamentos (embora aspectos históricos e o direito comparado sejam ferramentas possíveis para a interpretação dos direitos fundamentais).

A teoria de Alexy é dogmática, em suas três dimensões: (i) analítica; (ii) empírica; e (iii) normativa. A primeira dimensão diz respeito ao detalhamento acerca dos elementos conceituais do direito vigente: construções jurídicas, estrutura do sistema jurídico e fundamentação dos direitos fundamentais, em nome da clareza sistemático-conceitual.

A segunda, por sua vez, está vinculada à cognição do direito positivo válido (legislado e jurisprudencial). Já a terceira, relaciona-se com a elucidação e a crítica da *práxis* jurídica,

sobretudo da práxis jurisprudencial, com o objetivo de fornecer respostas aos questionamentos jurídicos com base no direito positivo vigente¹³.

Sabe-se que os direitos fundamentais, por sua estrutura aberta e de baixa densidade, ensejam acentuadas controvérsias em sua aplicação nos casos concretos. O objetivo da ciência dos direitos fundamentais é dar respostas racionalmente fundamentadas a essas controvérsias. A racionalidade da fundamentação exige que o percurso entre as disposições de direitos fundamentais e os juízos de dever-ser seja acessível a controles intersubjetivos e, portanto, refutável ou sindicável.

A teoria de direitos fundamentais de Alexy parte da concepção de que esses direitos ostentam a forma de princípios.

Ao elencar as principais teorias de direitos fundamentais com grau de abstração relativamente alto, Alexy recorre à sistematização de Böckenförde, que vislumbra cinco principais teorias dogmáticas de direitos fundamentais: a liberal (ou do Estado de direito burguês), a democrático-funcional, a social-estatal, a institucional, e a axiológica. Subjacente a cada teoria, existe uma ideia normativa guia para a interpretação dos direitos fundamentais¹⁴.

Para Alexy, no entanto, todas as cinco teorias também podem ser classificadas como teorias de princípios, pois atribuem finalidades e pesos que garantem certa precedência *prima facie* a determinados valores. Em relação às três primeiras, esses valores seriam a liberdade individual de ação e de decisão, os princípios democráticos e a liberdade fática, respectivamente¹⁵.

Quanto à teoria axiológica, trata-se de “uma teoria sobre algum valor qualquer, mas nada [diz] sobre de que valor se trata”. Portanto, “uma teoria liberal dos direitos fundamentais não é, por exemplo, concorrente da teoria axiológica, mas “expressão de uma teoria axiológica com determinado conteúdo”¹⁶. E, de certa forma, a teoria institucional também estaria carregada de um conteúdo axiológico de base, pois, ao preceituar que os direitos fundamentais são instituições, confere uma precedência *prima facie* às finalidades supraindividuais¹⁷.

¹³ ALEXY, 2015, p. 32-33.

¹⁴ *Ibid.*, p. 561.

¹⁵ *Ibid.*, p. 562.

¹⁶ *Ibid.*, p. 563.

¹⁷ *Ibid.*, p. 565.

Ao contrário das teorias unipolares – aquelas que pretendem reduzir os direitos fundamentais a apenas uma tese básica¹⁸ -, Alexy elabora uma teoria combinada, forjada a partir dos precedentes do Tribunal Constitucional Federal alemão. A intenção, no entanto, ultrapassa a de mera compilação não-vinculante de julgados, uma vez que se preocupa em conferir-lhes um fio condutor coerente do ponto de vista estrutural.

Em suma, a teoria dos direitos fundamentais de Alexy é uma teoria de princípios que contém um conjunto de princípios de direitos fundamentais e os organiza “em uma ordem flexível a partir de precedências *prima facie* a favor dos princípios da liberdade jurídica e da igualdade jurídica”¹⁹.

1.3 O conceito de norma de direito fundamental

Para iniciar uma teorização sobre os direitos fundamentais, além de delimitar os contornos pretendidos para a teoria em si, é preciso eleger um critério para identificação das normas de direitos fundamentais.

Porém, preliminarmente, é feita uma diferenciação entre enunciado normativo e norma. O primeiro consiste na expressão literal do texto, enquanto o segundo é o produto da interpretação semântica do enunciado normativo, que evidencia seus comandos de “dever-ser” por meio de operadores deônticos, cuja apresentação pode se dar através de modalidades básicas (dever, proibição, permissão) ou de modalidades mais complexas (por exemplo, “*a* tem direito a uma prestação *G*” ou, ainda “*a* tem direito a uma prestação *G* em face de *b*”).

Especificamente em relação aos enunciados normativos de direitos fundamentais, Alexy os denomina “disposições de direitos fundamentais”²⁰.

Para identificar as disposições de direitos fundamentais, a obra lança mão de um critério formal²¹, de cunho semântico, a partir do texto positivado na Constituição alemã. Nesse sentido, dispositivos de direitos fundamentais são todos aqueles que estão no catálogo de direitos fundamentais estabelecidos na Constituição alemã (artigos 1º ao 19), bem como as

¹⁸ ALEXY, 2015, p. 41.

¹⁹ *Ibid.*, p. 573.

²⁰ *Ibid.*, p. 66.

²¹ Alexy (SCHMITT, 1973, p. 190 *apud* ALEXY, 2015, p. 66) aponta que Schmitt menciona, como contraponto, o critério substancial de definição de direitos fundamentais de Carl Schmitt, segundo o qual direitos fundamentais “são apenas aqueles direitos que constituem o fundamento do próprio Estado e que, por isso e como tal, são reconhecidos pela Constituição”.

disposições periféricas associadas (que, embora não estejam listadas nos artigos 1º ao 19, podem ensejar reclamação constitucional – artigo 93, parágrafo 1º)²².

Por sua vez, “normas de direitos fundamentais são as normas diretamente expressas por essas disposições”²³.

Na dogmática alemã, os direitos fundamentais são, em essência, direitos subjetivos individuais de resistência contra a intervenção do Estado: a oposição indivíduo/Estado é central para a compreensão desses direitos. Bens jurídicos tutelados apenas pela ordem objetiva são denominados não direitos, mas “interesses coletivos”²⁴.

Segundo Alexy, tanto direitos individuais quanto interesses coletivos podem assumir a forma de princípios, embora apenas os primeiros possam revestir-se do *status* de direitos fundamentais²⁵.

As normas de direitos fundamentais possuem uma dupla abertura: semântica e estrutural. A primeira decorre da própria imprecisão inerente ao significado das palavras; a segunda implica que uma mesma norma de direito fundamental pode ensejar diversas posições jurídicas – mas nem todas originam um direito subjetivo.

O conjunto dessas posições – que compreendem os direitos a algo, liberdades e competências – consubstanciam o direito fundamental completo.

De uma norma de direito fundamental constitucionalmente expressa, é possível derivar uma série de normas de direitos fundamentais atribuídas. Imprescindível saber, portanto, qual seria o limite do processo de desdobramento estrutural de tais normas.

Tal atividade deve ser empreendida por meio de uma relação de refinamento. Entre a norma a ser refinada e a norma que a refina existe uma relação de fundamentação. Saber se uma norma atribuída é uma norma de direito fundamental depende da argumentação referida a direitos fundamentais que a sustente, o que confere controlabilidade ao raciocínio que extraiu, de uma disposição de direito fundamental, uma norma de direito fundamental atribuída.

²² Neste trabalho, optou-se por seguir o modelo adotado pelo tradutor, Virgílio Afonso da Silva, em relação à citação de artigos da Constituição alemã. Consta na nota do tradutor que “[N]os textos jurídicos alemães, os artigos da Constituição costumam ser citados em numeração cardinal, por número de artigo, de parágrafo e, quando for o caso, de frase dentro de um parágrafo (ou de um *caput* de artigo). Nesta tradução, entendi que seria melhor utilizar a forma usual de citação de artigos no Brasil. Nesse sentido, uma citação como ‘art. 5º, §3º, 2º’ significa a segunda frase do terceiro parágrafo do art. 5º da Constituição alemã” (ALEXY, 2015, notas do tradutor, p. 12).

²³ *Ibid.*, p. 69.

²⁴ *Ibid.*, p. 136.

²⁵ A legitimidade para interposição de reclamações constitucionais perante o TCF recai apenas sobre o titular de direito subjetivo individual cuja violação se afirma, em decorrência exclusivamente de ato (ação ou omissão) do poder público. Assim dispõe o art. 93, §1º, 4ª, da Lei Fundamental da Alemanha: “O Tribunal Constitucional Federal decide sobre os recursos de inconstitucionalidade, que podem ser interpostos por todo cidadão com a alegação de ter sido prejudicado pelo poder público nos seus direitos fundamentais ou num dos seus direitos contidos nos Artigos 20 §4º, 33, 38, 101, 103 e 104” (ALEMANHA, 2022, art. 93, §§ 1 e 4º).

Afirma o autor, sobre o assunto, que “[A] discussão sobre direitos fundamentais é, em grande parte, uma discussão sobre que normas devem ser atribuídas às normas diretamente estabelecidas pelo texto constitucional”²⁶. Saber se uma norma pode ser corretamente atribuída a uma disposição de direito fundamental dependerá da elaboração de uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais.

1.4 A estrutura das normas de direitos fundamentais

Para tratar do tema, o autor parte de uma diferenciação teórico-estrutural: a distinção entre regras e princípios, adotada como a base da teoria de direitos fundamentais, sem a qual não é possível resolver problemas relativos a restrições a direitos fundamentais, colisões entre direitos fundamentais e seu papel no sistema jurídico.

Segundo Alexy, a distinção entre regras e princípios não se dá por uma questão de grau de abstração (critério quantitativo), pois este não representa um critério claro, eis que aberto a subjetivismos²⁷.

Ao contrário, essa diferença seria qualitativa (distinção ontológica). Princípios ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas²⁸ em uma situação concreta.

Regras, ao contrário, ou são aplicadas integralmente ou não são aplicadas (seja porque são inválidas/inconstitucionais, seja porque outra lhe terá precedência segundo critérios de solução de antinomias). Aqui, o autor afirma que se trata de critério semelhante ao de Dworkin em “Levando os direitos a sério”, mas com uma distinção importante: a caracterização dos princípios como mandados de otimização²⁹.

Conflitos de regras são resolvidos por meio de cláusulas de exceção ou de exclusão (critérios cronológico, hierárquico e de especialidade). Colisões de princípios não são resolvidas com a mesma lógica de validade, mas a partir de uma lógica de peso. Se dois princípios colidem, um deles terá que ceder no caso concreto – não deve ser declarado inválido nem lhe ser aplicada uma cláusula de exceção.

Mas a atribuição de peso a princípios deve ocorrer sob determinadas condições concretas, e apenas excepcionalmente em caráter abstrato. Com efeito, estabelecer uma

²⁶ ALEXY, 2015, p. 73.

²⁷ *Ibid.*, p. 91.

²⁸ Segundo Alexy (*Ibid.*, p. 95), o âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Caso fossem consideradas apenas as possibilidades fáticas, os princípios seriam mandados não de otimização, mas de maximização.

²⁹ *Ibid.*, p. 90.

relação de precedência abstrata de um princípio sobre o outro, em caráter absoluto, implicaria declarar a inconstitucionalidade das normas constitucionais. Isso porque, enquanto o conflito de regras envolve uma questão de validade, a colisão de princípios é resolvida por critérios de peso.

Não existe precedência absoluta de um princípio sobre outro, mas uma precedência condicionada, criada no caso concreto³⁰. Formula-se, assim, a lei de colisão, que é a resposta dada ao caso concreto com a criação dessa precedência condicionada, a qual deve ser aplicada a todos os casos em condições fáticas e jurídicas idênticas.

Uma vez estabelecida a lei de colisão, ela se torna o suporte fático de uma regra, que vinculará os demais casos. O resultado do sopesamento gera uma norma de direito fundamental atribuída.

Em uma representação gráfica:

Se o princípio P_1 tem precedência em face do princípio P_2 sob as condições C : ($P_1 P_2$) C , e se do princípio P_1 , sob as condições C , decorre uma consequência jurídica R , então, vale uma regra que tem C como suporte fático e R como consequência jurídica: $C \rightarrow R$ ³¹.

Ou, ainda, “As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”³².

Os direitos fundamentais podem ser veiculados através de princípios ou de regras. Os princípios podem servir para afastar a incidência de uma regra no caso concreto (atribuindo-lhe cláusula de exceção), mas isso não significa que ocorreu sopesamento entre princípio e regra: o sopesamento se processará entre o princípio *per si* e o princípio que fundamentou a elaboração da regra.

1.5 Princípios e valores

Para Alexy, princípios e valores apresentam estreita relação entre si: “de um lado, é possível falar tanto de uma colisão e de um sopesamento entre princípios quanto de uma

³⁰ É possível, admite o autor, a existência de uma maior carga argumentativa em favor de alguns princípios. No entanto, uma precedência absoluta *prima facie* contraria o próprio conceito de princípio.

³¹ ALEXY, 2015, p. 99.

³² *Ibid.*, p. 99.

colisão e de um sopesamento entre valores; de outro lado, a realização gradual dos princípios corresponde à realização gradual dos valores”³³.

Desse modo, é possível transformar enunciados sobre princípios em enunciados sobre valores, e vice-versa, sem prejuízo de conteúdo.

A diferença elementar é que os princípios correspondem a conceitos deontológicos e os valores, a conceitos axiológicos. Os primeiros encontram-se no domínio do dever-ser e podem ser reduzidos às modalidades deônticas básicas: dever, proibição e permissão³⁴.

Os valores, por sua vez, baseiam-se no conceito de “bom”, que pode ser avaliado segundo uma multiplicidade de critérios. Quando um objeto é classificado como bom, bonito, liberal ou social, por exemplo, atribuem-se-lhe conceitos axiológicos³⁵.

A relação entre juízos de valor comparativos e os critérios de valoração conduz à definição da relação entre princípio e valor. Alexy assim exemplifica o raciocínio, partindo da colisão entre os princípios da liberdade de imprensa e da segurança nacional expressos no Caso Spiegel³⁶:

Com base no critério de valoração “liberdade de imprensa”, uma situação Z_1 , na qual a liberdade de imprensa é realizada em maior grau que em Z_2 , deve ser valorada como melhor que Z_2 . A medida mais elevada não precisa ser exprimível em números. É possível que Z_1 possa realizar a liberdade de imprensa em maior medida que Z_2 porque Z_1 é caracterizada por circunstâncias que não estão presentes em Z_2 . [...] A partir do critério de valoração “segurança nacional”, pode ser que o contrário ocorra. Como não se pode renunciar a nenhum dos dois critérios de valoração, e como não é possível um cálculo baseado em uma metrificação, resta apenas o sopesamento³⁷.

As relações de precedência, portanto, só podem ser estipuladas em situações minimamente concretas, ou seja, em que esteja posto um conjunto de circunstâncias que as delimitem. Nenhum dos valores (ou princípios) pode ter uma precedência abstrata sobre outro

³³ ALEXY, 2015, p. 144.

³⁴ *Ibid.*, p. 204.

³⁵ *Ibid.*, p. 145.

³⁶ *BVerfGE* 20, 162 (219). *BVerfGE* 20, 162 (219). Este caso se tratava de uma Reclamação Constitucional ajuizada contra decisões contendo ordens de prisão e busca e apreensão do juiz da instrução, confirmadas pelo Tribunal Federal (BGH), com base nas quais alguns escritórios da revista *Der Spiegel* foram alvo de buscas e o diretor da editora Rudolf Augstein foi preso, após a publicação de artigo intitulado “Preparado só até certo ponto para a defesa” (*Bedingt abwehrbereit*). O artigo trazia informações quanto a problemas de estratégia militar da República Federal da Alemanha. As medidas cautelares penais fundamentaram-se na suspeita da prática de crime de traição à pátria, vigente à época (§100, I, StGB). No âmbito do TCF, decidiu-se a colisão entre os princípios da liberdade de imprensa e do interesse coletivo da segurança nacional. A Reclamação foi julgada improcedente pela regra de desempate do §15, II, 4 da Lei do Tribunal Constitucional Federal (*BVerfGG*), uma vez que houve 4 votos pela procedência e 4 votos pela improcedência.

³⁷ ALEXY, *op. cit.*, p. 152.

em todos os casos³⁸. Pelo mesmo motivo, também não é possível estabelecer uma ordem hierarquizada de princípios, sob pena de equipará-los às regras quanto ao seu comportamento em casos de colisão³⁹.

Isso não impede, no entanto, o estabelecimento de uma ordenação flexível, seja por meio de preferências *prima facie* em favor de um determinado princípio, seja por meio de uma rede de decisões concretas sobre preferências⁴⁰ (como ocorre, por exemplo, a partir da análise da jurisprudência de um tribunal).

Importante ressaltar que esse mínimo grau de concretude da situação pode se referir tanto à legislação quanto aos casos objeto de apreciação judicial, ainda que aquela tenha, por natureza, um caráter menos concreto que estes. Nesse sentido, tanto o Judiciário quanto o Legislativo⁴¹ realizam operações de sopesamento no âmbito de suas competências.

1.5.1 Do Sopesamento

“A satisfação de um direito fundamental, frequentemente, implica a não-satisfação parcial de outro direito fundamental”⁴². Sendo assim, a colisão entre direitos fundamentais é uma das circunstâncias mais frequentes com as quais os operadores do direito precisam lidar. Ao associar a sua teoria de direitos fundamentais a uma teoria de princípios, Alexy apresenta o sopesamento como forma de solução de controvérsias desse tipo.

Nas operações de sopesamento, analisam-se, sequencialmente: (i) a adequação, em que se avalia se a medida é apta a produzir o resultado (fim) desejado; (ii) a necessidade, cujo propósito é verificar se existe alguma outra medida menos gravosa para atingir tal resultado; (iii) a proporcionalidade em sentido estrito, para a qual importa saber se a restrição aos direitos envolvidos é justificável à luz do fim atingido.

As duas primeiras dialogam com as possibilidades fáticas de realização do direito. A terceira, por sua vez, compreende as possibilidades jurídicas: é a oportunidade em que se lança mão da técnica do sopesamento, após o qual é possível, inclusive, que nada reste de um determinado direito fundamental.

A máxima da adequação preconiza que qualquer intervenção pretendida em um direito fundamental deve ser adequada para fomentar o princípio com ele colidente.

³⁸ ALEXY, 2015, p. 160.

³⁹ *Ibid.*, p. 161.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 163.

⁴¹ Nas palavras de Alexy (*Ibid.*, p. 328): “[...] o ordenamento jurídico assume o caráter de um sistema abrangente de soluções para colisões de direitos fundamentais”.

⁴² *Ibid.*, p. 449.

Suponha-se que estão em jogo os princípios da liberdade de expressão (P_1) e da honra (P_2) e que uma determinada medida (M) embarça a realização de P_1 e não é adequada para fomentar P_2 , sendo-lhe indiferente em relação a custos e a benefícios. Desse modo, P_1 e P_2 , considerados em conjunto, são realizados em maior grau sem a adoção de M ; conseqüentemente, P_1 e P_2 , considerados em conjunto, proíbem a adoção de M ⁴³.

A adequação tem a natureza de um critério negativo, uma vez que exclui as possibilidades inadequadas. No entanto, não é suficiente para a solução definitiva da colisão entre princípios.

A máxima da necessidade determina que, “entre dois meios aproximadamente adequados, seja escolhido aquele que intervenha de modo menos intenso”⁴⁴, de modo a evitar sacrifícios desnecessários a direitos fundamentais.

Por fim, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito consiste em análise realizada em três etapas: primeiro, o grau de afetação (não-satisfação) de um dos princípios envolvidos (P_1); em seguida, a importância da realização do princípio colidente (P_2); por fim, a relação entre ambas as variáveis anteriores, ou seja, se a importância da realização de P_2 justifica o grau de afetação de P_1 .

As três etapas podem ser sintetizadas na primeira (e mais conhecida) lei do sopesamento, ao estabelecer que “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”⁴⁵.

Anos após a publicação de sua “Teoria dos direitos fundamentais”, ao responder a objeções que lhe foram formuladas, Alexy se dedica à relação existente entre o nível de incerteza empírica das premissas adotadas para a intervenção em um direito fundamental, de um lado, e o grau de afetação desse direito fundamental, de outro.

Nesse contexto, o autor fixa sua segunda lei do sopesamento: “Quanto mais pesada for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia”⁴⁶.

1.5.1.1 Exemplo de sopesamento: o Caso Lüth

O Caso Lüth (BVerfGE 7, 198)⁴⁷, julgado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão em 1958, consistiu em importante precedente para a conformação da dogmática alemã sobre

⁴³ Adaptação do exemplo adotado pelo autor (ALEXY, 2015, p. 589).

⁴⁴ *Ibid.*, p. 590.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 167 e 593.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 615.

os direitos fundamentais, especialmente quanto à liberdade de expressão e quanto à eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Eis a descrição sintetizada dos fatos:

O cidadão alemão Erich Lüth conclamou, no início da década de cinquenta (“à época crítico de cinema e diretor do Clube da Imprensa da Cidade Livre e Hanseática de Hamburgo), todos os distribuidores de filmes cinematográficos, bem como o público em geral, ao boicote do filme lançado à época por Veit Harlan, uma antiga celebridade do filme nazista e co-responsável pelo incitamento à violência praticada contra o povo judeu (principalmente por meio de seu filme “Jud Süß”, de 1941). Harlan e os parceiros comerciais do seu novo filme (produtora e distribuidora) ajuizaram uma ação cominatória contra Lüth, com base no § 826 BGB. O referido dispositivo da lei civil alemã obriga todo aquele que, por ação imoral, causar dano a outrem, a uma prestação negativa (deixar de fazer algo, no caso, a conchamação ao boicote), sob cominação de uma pena pacuniária. Esta ação foi julgada procedente pelo Tribunal Estadual de Hamburgo. Contra ela, ele interpôs um recurso de apelação junto ao Tribunal Superior de Hamburgo e, ao mesmo tempo, sua Reclamação Constitucional, alegando violação do seu direito fundamental à liberdade de expressão do pensamento, garantida pelo Art. 5 I 1 GG. O TCF julgou a Reclamação procedente e revogou a decisão do Tribunal Estadual.⁴⁸

Para exemplificar como o Tribunal procedeu à ponderação dos valores em jogo, os argumentos manifestados nas razões da decisão serão alocados segundo a fórmula de sopesamento proposta por Alexy⁴⁹, ora adaptada para o Caso Lüth.

Considere-se P_i como a liberdade de manifestação do pensamento do reclamante (Lüth) e P_j como a liberdade de expressão artística do diretor de cinema alvo do boicote (Veit Herlan)⁵⁰. Ambos estão previstos no artigo 5º da Constituição da Alemanha, respectivamente, em seu parágrafo 1º, frase 1, e em seu parágrafo 3º, frase 1.

O grau de afetação de P_i pode ser posicionado em uma escala contendo as variáveis “leve”, “moderado” e “sério”. A importância da satisfação de P_j pode ser classificada como pequena, moderada ou forte. Em ambas as escalas, para facilitar, padronizam-se as letras “l” para leve, “m” para moderado e “s” para sério⁵¹.

⁴⁷SCHWABE, Jurgen; MARTINS, Leonardo. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Tradução por Beatriz Henning *et al.* Alemanha: Konrad Adenauer Stiftung E.V; Uruguai: Fundación Konrad Adenauer, 2005, p. 381-384.

⁴⁸*Ibid.*, p. 381-382.

⁴⁹Alexy (2015, p. 593-611) desenvolve o raciocínio que conduz à fórmula do sopesamento em sua obra “Teoria dos direitos fundamentais”, aplicando o método, de forma exemplificativa, ao Caso Titanic [BVerfGE 86, 1].

⁵⁰A produtora e a distribuidora do filme *Unsterbliche Geliebte* (“A amante imortal”), cujo boicote fora exortado por Lüth, foram coautoras da ação originária. No entanto, para facilitar a compreensão, serão mencionadas apenas as pessoas físicas envolvidas, e seus respectivos direitos fundamentais.

⁵¹Equivalentes, respectivamente, aos níveis 1 (grau de afetação *leve*/importância da satisfação *pequena*), 2 (grau de afetação *moderado*/importância da satisfação *moderada*) e 3 (grau de afetação *sério*/importância da satisfação *forte*) da escala.

A primeira grandeza da lei do sopesamento é o grau de afetação do princípio P_i , que equivale à intensidade da intervenção naquele princípio, consideradas as circunstâncias do caso concreto – esta variável reflete, necessariamente, uma grandeza concreta.

Para tanto, é necessário indagar o quão intensamente a proibição de conclamação ao boicote, associada ao pagamento de indenização, interfere na liberdade de manifestação do pensamento de Lüth (P_i). A intensidade da intervenção em P_i sob as circunstâncias “C” será representada por “ $I P_i C$ ”.

A segunda grandeza da lei do sopesamento é a importância da satisfação de P_j , que equivale às consequências da não-intervenção em P_i . Esta variável pode refletir uma combinação entre uma grandeza abstrata (a importância abstrata da liberdade de expressão) e uma grandeza concreta (o grau de não-satisfação de P_j caso a intervenção não se realize).

Para tanto, é necessário indagar o que a abstenção da intervenção na liberdade de expressão de Lüth (P_i) significaria para a proteção da liberdade de expressão artística de Harlan (P_j). A importância da satisfação de P_j sob as circunstâncias “C” será representada por “ $W P_j C$ ”.

Pela argumentação expendida no acórdão, é possível concluir que o Tribunal Federal considerou como séria (s) a intervenção imposta, pelo Tribunal Estadual de Hamburgo, à liberdade de expressão (P_i), porquanto indevida a interpretação que reputou a manifestação de Lüth contrária aos “bons costumes”, apta a gerar indenização por ato ilícito na forma do artigo 826 do Código Civil alemão.

Nesse sentido, a legislação infraconstitucional não deve ser interpretada de modo a negar vigência aos direitos fundamentais; ao contrário, está vinculada a estes. No caso concreto, aduziu o TCF que o Tribunal de origem assim decidira porque o teor da manifestação de Lüth (boicote à atuação de Harlan na produção de filmes), na prática, implicaria seu banimento do mercado cinematográfico e impediria por completo o exercício de sua profissão. Ou seja, o Tribunal de origem havia considerado também como forte (s) a importância da satisfação de P_j .

Ocorre que, com sua conduta, Lüth não estaria provocando, direta e necessariamente, a consequência prejudicial a P_j ora indicada (impedimento do exercício da profissão), mas seria um efeito que este pretendia provocar com o seu discurso nos espectadores em um legítimo debate de ideias – motivado não por qualquer propósito econômico, mas pelo receio de comprometimento da reputação do cinema alemão, especialmente na esfera internacional.

Segundo o TCF, permitir a liberdade de expressão e sancionar a possibilidade de convencimento dos interlocutores em relação à ideia manifestada equivaleria a negar a

liberdade de expressão, o que se traduz em intervenção séria (s). Por outro lado, a abstenção quanto à intervenção em P_i (que corresponde à importância da satisfação de P_j) não deve ser classificada como forte (s), mas sim, como moderada (m).

Classificadas ambas as grandezas como “l”, “m”, ou “s”, resta determinar como será feita a relação entre ambas. Há três grupos de casos possíveis, a seguir demonstrados.

No primeiro grupo de casos, P_i teria inequívoca precedência sobre P_j , sendo a relação de precedência resultante do sopesamento representada por $(P_i P_j) C$, da seguinte forma⁵²:

- (1) $I P_i C: s/ W P_j C: l$
- (2) $I P_i C: s/ W P_j C: m$
- (3) $I P_i C: m/ W P_j C: l$

No segundo grupo de casos, P_j teria inequívoca precedência sobre P_i , sendo a relação de precedência resultante do sopesamento representada por $(P_j P_i) C$ ⁵³:

- (1) $I P_i C: l/ W P_j C: s$
- (2) $I P_i C: m/ W P_j C: s$
- (3) $I P_i C: l/ W P_j C: m$

No terceiro grupo de casos, surge um impasse entre três opções matemática e (*a priori*) juridicamente equivalentes, que geram uma discricionariedade estrutural para sopesar⁵⁴:

- (1) $I P_i C: l/ W P_j C: l$
- (2) $I P_i C: m/ W P_j C: m$
- (3) $I P_i C: s/ W P_j C: s$

A fórmula do peso (G) de P_i em relação a P_j , nas circunstâncias “C”, pode ser assim esquematizada:

$$GP_{i,j}C = \frac{I P_i C}{W P_j C} \quad (4)$$

⁵² ALEXY, 2015, p. 602.

⁵³ *Ibid.*, p. 602.

⁵⁴ A discricionariedade estrutural para sopesar será abordada no item seguinte, relacionado à interação entre sopesamento e discricionariedade do legislador.

Atribuindo-se valores numéricos para cada um dos componentes da escala, é possível obter uma demonstração da interação entre ambas as grandezas e, conseqüentemente, determinar o peso de cada princípio relativamente ao outro no caso concreto.

Alexy confere os valores 2^0 , 2^1 e 2^2 , respectivamente, para “l”, “m” e “s”, a depender da classificação do grau de afetação de P_i como leve, moderado ou sério e do grau de importância de P_j como pequena, moderada ou grande. Segundo Alexy:

Isso corresponde à intuição de que um princípio tem um peso concreto especialmente alto (4) quando a ele se pretende impor uma intervenção profunda (s) por um motivo relativamente pouco importante (l). Também neste ponto fica claro em que sentido o peso concreto é um peso relativo. O peso relativo diminui (2) quando a intervenção profunda (s) ocorre em virtude de uma importância mediana da satisfação do princípio colidente (m). O mesmo resultado (2) ocorre no caso de uma intervenção média (m) para a qual se apresenta uma razão de pouco (sic) importância. Em todos os casos nos quais P_i tem precedência em relação a P_j o valor de P_i é maior que 1. Se ele ficar abaixo de 1, isso significa que é P_j que tem precedência. Os três valores para o caso de uma superação de P_i por P_j são os seguintes: $l/s = 1/4$, $m/s = 1/2$, $l/m = 1/2$. Aqui vale o oposto daquilo que foi dito acerca dos valores nos casos em que P_i tem precedência⁵⁵.

A argumentação específica do sopesamento gravita em torno de enunciados sobre graus de afetação e de importância. Para justificar a classificação das intervenções como leve, moderada e séria, bem como da importância como pequena, moderada, ou forte, o operador do direito pode lançar mão de quaisquer outros argumentos típicos da argumentação jurídica (literal, genética, teleológica, dentre outros cânones de interpretação).

Como adverte Alexy, o objetivo do sopesamento é produzir decisões racionalmente justificáveis, amparadas em um modelo argumentativo. Não se pretende alcançar uma única resposta correta para cada caso, eis que, naturalmente, o resultado pode variar conforme a valoração das premissas normativas empregadas na argumentação⁵⁶.

Ademais, o resultado dessa operação jamais poderá ser dimensionado em uma métrica precisa. Trata-se, antes de um juízo relacional entre duas grandezas, no qual é necessário decidir qual delas há de prevalecer.

⁵⁵ ALEXY, 2015, p. 605-606.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 610-611.

1.5.1.2 Sopesamento e a discricionariedade do legislador

Analisar o espaço de discricionariedade do legislador é um tema sensível porque demonstra até que ponto os direitos fundamentais vinculam a atuação do legislador e, ao mesmo tempo, deixam margem de liberdade para a sua atuação.

Por um lado, se o legislador estiver vinculado apenas às restrições expressamente previstas no texto constitucional e à garantia de um conteúdo essencial dos direitos fundamentais (se se parte da premissa de que este conteúdo existe), tudo o que sobejar estará à sua disposição. Esta conclusão não pode ser admitida, sob pena de conferir ao legislador ampla discricionariedade para praticamente esvaziar o conteúdo dos direitos, ainda que por meio de restrições intensas sem razões fortes o suficiente para justificá-las.

Por outro lado, caso se admitisse uma vinculação extremamente forte, ao legislador restaria tão somente a tarefa de interpretar as restrições já presentes no texto constitucional.

Por isso é que se conclui que ao legislador também incumbe realizar sopesamentos, mediante um jogo de razões e contrarrazões, a justificar a imposição de restrições a direitos fundamentais.

Dentro desse espectro de restrições constitucionalmente possíveis (que sobreviveriam à regra da proporcionalidade), resta ao legislador escolher se quer ou não as realizar.

Este é o seu espaço de discricionariedade, cuja extensão pode variar conforme a dogmática de cada direito fundamental. A depender do grau de vinculação imposto pela Constituição, pode restar-lhe discricionariedade para escolher objetivos, a discricionariedade para escolher meios e a discricionariedade para sopesar.

A discricionariedade epistêmica, de identificação mais complexa, diz respeito a uma competência legislativa para a avaliação de variáveis empíricas⁵⁷.

Ela surge em razão das limitações das possibilidades cognitivas quanto à avaliação das variáveis que compõem a regra da proporcionalidade. Nem sempre é possível indicar, de modo preciso, o grau de efetividade de uma medida para promoção de um direito fundamental, tampouco fazer juízos de prognósticos exatos acerca do seu grau de intervenção em outro direito fundamental, especialmente quando esses juízos dependerem de conhecimentos empíricos sobre os quais não há certeza científica.

⁵⁷ ALEXY, 2015, p. 592.

Nesses casos, resta ao legislador escolher por um ou outro caminho para realizar, segundo seu entendimento, uma otimização entre princípios, observando, ainda, a segunda lei do sopesamento.

1.6 Direitos fundamentais como direitos subjetivos

Um dos principais conceitos inerentes ao estudo do direito é o conceito de “direito subjetivo”, tema que pode desdobrar questões de ordem normativa, empírica e analítica.

Do ponto de vista normativo, saber quando alguém é titular de um direito subjetivo dentro de um determinado sistema jurídico é uma questão de ordem jurídico-dogmática. É possível, por exemplo, que o teor de um texto mencione que a norma “N” obriga o Estado a realizar a ação “h”, mas não esclareça se “a” tem direito subjetivo a esta ação estatal⁵⁸. Para fundamentar se “a” tem ou não esse direito, são necessárias premissas adicionais, uma vez que o material normativo, por si só, não é suficiente.

Essa fundamentação adicional, muitas vezes, relaciona-se a elementos empíricos, especialmente no âmbito de argumentos históricos e teleológicos. Nas palavras de Alexy:

A criação de determinado direito subjetivo *R*, no momento *t*1, para evitar a situação *Z*, considerada como negativa, e o fato de *R* ter evitado, com sucesso, essa situação são fortes argumentos para a manutenção de *R*, desde que *R* continue a ser, no momento *t*2, adequado para evitar *Z* e que *Z* continue a ser avaliado como algo negativo⁵⁹.

No que tange à dimensão analítica, faz-se distinção entre enunciados sobre direitos e enunciados sobre proteção a direitos. Não é inerente ao conceito de direito a respectiva capacidade jurídica (competência) de exigir-lo judicialmente⁶⁰.

A locução “direito subjetivo” é empregada por Alexy como um supraconceito que integra três espécies distintas de posições jurídicas: direitos a algo, liberdades e competências⁶¹. O fato de os direitos subjetivos serem compreendidos como posições implica dizer que eles são categorias relacionais, ou seja, fazem parte de estruturas triádicas que envolvem um titular, um destinatário e um objeto⁶².

⁵⁸ ALEXY, 2015, p. 182.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 184.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 188-189.

⁶¹ *Ibid.*, p. 193.

⁶² O conceito de “direito subjetivo” suscita controvérsias tanto no campo ético-filosófico quanto jurídico dogmático. Para a obra de Alexy, importa a perspectiva jurídico-dogmática, que consiste em saber se, em um determinado sistema jurídico, alguém tem direito a determinado objeto (prestação/abstenção), em face de

1.7 Direitos a algo

O direito a algo é uma relação triádica composta por um titular do direito (“a”), um destinatário do direito (“b”) e o objeto do direito (“G”), que corresponderá sempre a uma ação do destinatário. A estrutura básica dos direitos a algo é a seguinte: “a” tem, em face de “b”, um direito a “G”⁶³.

As características de cada direito podem variar a depender dos elementos que se inserem em cada uma dessas posições. Por exemplo, são distintas as consequências de se posicionar no lugar de “a” uma pessoa física ou uma pessoa jurídica de direito público; no lugar de “b”, o Estado ou um particular; ou, no lugar de “G”, uma ação positiva ou uma ação negativa (abstenção). A relação conversã à de direito a algo corresponde ao dever de (não-) fazer algo⁶⁴.

Por exemplo, do dispositivo constitucional “todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização [...]” (artigo 5º, inciso XVI, da CRFB/88), é possível extrair direitos subjetivos consistentes em relações triádicas entre titular, destinatário e objeto: todos (titular) têm, em face do Estado (destinatário), um direito a que este não embarace suas reuniões pacíficas e sem armas (objeto), em um exemplo de direito a uma abstenção (ação negativa).

Há, ainda, a possibilidade de reconhecer desdobramentos de caráter positivo: todos (titular) têm, em face do Estado (destinatário), o direito a que este zele pela proteção dos manifestantes, diligenciando para que o direito de reunião seja exercido regularmente (objeto)⁶⁵.

outrem. A categoria correlata a “direito subjetivo” é a de “direito objetivo”, que, para Alexy, são as prescrições normativas que não atendem a esse modelo triádico (titular/destinatário/objeto). Por exemplo, a afirmação “o Estado tem o dever de realizar a ação h”, está no âmbito de direito meramente objetivo; por outro lado, a afirmação “o Estado tem o dever de realizar a ação h em face de a” implica dizer que a tem direito subjetivo, em face do Estado, à realização da ação h.

⁶³ ALEXY, *op. cit.*, p. 194.

⁶⁴ Alexy (*Ibid.*, p. 213) faz referência às relações conversas, conforme definidas na teoria das posições jurídicas de Wesley Hohfeld. “Se a tem um direito em face de b, então, b tem o dever correspondente em face de a, e vice-versa. [...] Isso corresponde ao que Hohfeld diz: ‘se X tem um direito contra Y que obrigue o último a ficar longe das terras do primeiro, o correlativo e equivalente é que Y tem o dever em relação a X de ficar fora de sua propriedade’ ”.

⁶⁵ Esse direito a uma ação positiva, derivado do direito de reunião, foi reconhecido pelo STF na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187/DF, julgada procedente para “excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos”, conhecida como a ADPF da “Marcha da Maconha”. Para mais informações, consultar a referência: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 187/DF**. Ministro Relator Celso de Mello, Inteiro Teor do Acórdão, 15 jun. 2011b, 198 p.

Portanto, os direitos a algo são um gênero, do qual são espécies os direitos a ações negativas e os direitos a ações positivas.

Os direitos a ações negativas, por sua vez, compreendem as seguintes subespécies: direitos ao não-embaraço de ações, direitos à não-afetação de características e situações e direitos à não-eliminação de posições jurídicas⁶⁶.

Já os direitos a ações positivas compreendem os direitos a ações positivas normativas e os direitos a ações positivas fáticas (conhecidos como direitos sociais).

1.8 Liberdades

Para Alexy, o conceito de liberdade em si é multifacetado e reivindicaria incursões em uma perspectiva filosófica e abstrata - e, portanto, seria uma empreitada mais ambiciosa. Portanto, o autor estuda a estrutura do conceito de liberdade, ou seja, um desdobramento analítico de seus componentes.

Em geral, segundo o autor, “[Q]uem diz que uma pessoa é livre pressupõe que, para essa pessoa, não existem embaraços, restrições ou resistências de qualquer espécie”⁶⁷. Este é o enunciado comumente invocado quando se trata de conceituar liberdade.

Alexy, porém, entende que o conceito de liberdade não estaria completo sem, pelo menos, a identificação de três elementos: a pessoa que é livre (o titular da liberdade); o obstáculo do qual ela é livre; e o objeto da liberdade. A estrutura básica de qualquer liberdade (jurídica, econômica, social *etc*) seria, portanto, uma relação triádica composta pelas referidas variáveis.

Em sentido jurídico, o objeto da liberdade (seu terceiro elemento), é uma alternativa de ação. Assim seria a forma básica de um enunciado sobre liberdade: “(1) *x* é livre (não-livre) de *y* para fazer *z* ou não fazer *z*”⁶⁸, em que “*x*” simboliza o titular da liberdade, “*y*” o obstáculo à liberdade e “*z*” simboliza a ação cuja realização ou não-realização (alternativa ou possibilidade de ação) é o objeto da liberdade.

Para Alexy, o objeto da liberdade em sentido negativo ou jurídico deve consistir em uma alternativa de ação, e não em uma ação em si (a ação correta ou razoável). Liberdades desse segundo tipo guardam afinidade com uma abordagem filosófica, na qual os

⁶⁶ ALEXY, 2015, p. 196.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 219.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 222.

obstáculos à liberdade são representados por “emoções, impulsos sensoriais ou consciência equivocada”⁶⁹.

Uma vez desaparecidos os obstáculos à liberdade, na concepção positiva, o indivíduo necessariamente realiza a ação correta. Na concepção negativa ou jurídica, ao contrário, uma vez liberto dos obstáculos à liberdade, resta ao indivíduo a faculdade (alternativa) de realizar ou não uma determinada ação (objeto da liberdade). É apenas desta última que a obra se ocupa, porquanto, como dito, sua outra vertente guarda mais afinidade com outras searas de conhecimento.

Em relação aos obstáculos à liberdade, Alexy considera que estes podem ser de ordem não apenas jurídica (por exemplo, uma proibição legal), mas também de diversas outras ordens, como social, política e econômica.

Por exemplo, uma pessoa “a” pode ser impedida de emigrar por diversos motivos: sua emigração pode ser juridicamente proibida, ou ela pode não ter os meios econômicos para sair do país, por exemplo. No primeiro caso, trata-se de uma não-liberdade jurídica; no segundo, de uma não-liberdade econômica⁷⁰.

As liberdades jurídicas podem ser protegidas ou não-protegidas. As liberdades protegidas são constituídas “por um feixe de direitos a algo e também por normas objetivas que garantem ao titular do direito fundamental a possibilidade de realizar a ação permitida”⁷¹.

Já as liberdades não-protegidas são aquelas que não possuem uma proteção normativa equivalente, ou seja, que crie para o titular, efetivamente, um direito a algo equivalente à sua proteção. As liberdades não-protegidas podem ser reduzidas ao conceito de permissões, no sentido de ausência de deveres e obrigações.

1.9 Competências

Segundo Alexy, competências podem ser definidas como capacidades jurídicas conferidas expressamente pelo direito, por meio de normas de competência que, uma vez exercidas, acarretam a alteração de uma situação jurídica.

⁶⁹ ALEXY, 2015, p. 221.

⁷⁰ Interessante notar que, para Alexy (2015, nota de rodapé n. 125, p. 223-224), mesmo no conceito de (não-) liberdade jurídica, podem-se incluir obstáculos de ordem econômica. O conceito de liberdade negativa de Alexy, portanto, é um pouco mais amplo que o conceito de liberdade negativa liberal, em que o obstáculo à liberdade são ações obstaculizadoras de terceiros, sobretudo do Estado. Os que preferem a terminologia liberal podem dizer que a liberdade econômica é condição para o exercício de uma liberdade liberal.

⁷¹ *Ibid.*, p. 233.

Tais normas de competência, portanto, ensejam consequências juridicamente relevantes, de eficácia constitutiva, ao exercício de ações específicas, a exemplo das normas que regem a formação dos contratos e a celebração dos casamentos. A relação inversa à de competência é a relação de sujeição.

As competências podem ser atribuídas aos cidadãos ou ao Estado; os direitos fundamentais são exemplos de normas que criam competências negativas para o Estado, posicionando-o em uma situação de não-competência e os indivíduos, por sua vez, em uma situação de não-sujeição.

Por exemplo, o direito à vida restringe ao Estado a competência para legislar instituindo a pena de morte, ao mesmo tempo em que não sujeita os cidadãos a suportarem esse tipo de penalidade e, por conseguinte, expande a sua margem de liberdade jurídica. Nesse sentido, é esclarecedor o seguinte excerto:

Na medida em que o direito ativamente cria liberdades, ele também cria sempre – direta ou indiretamente – não-liberdades. O exercício de competência leva à imposição de obrigações, não-direitos e não-competências; normas de direito penal que asseguram liberdades excluem a liberdade jurídica de se fazer aquilo que elas proíbem; e a satisfação de direitos a prestações sociais pressupõe que o Estado retire de outros os meios necessários para tanto, o que restringe a sua liberdade fática de ação. É certo que isso em nada altera o fato de as liberdades ativamente criadas serem liberdades, mas suscita a questão acerca da *correta* distribuição das liberdades⁷².

É possível concluir, portanto, que um dos pontos nevrálgicos não apenas do direito, mas também da política, consiste na adequada distribuição das liberdades entre os indivíduos.

1.10 O direito fundamental completo

Outra categoria essencial para o desenvolvimento deste trabalho é a de direito fundamental completo. Segundo Alexy, “[Q]uem fala de um direito fundamental, como do direito à vida ou da liberdade de expressão, normalmente não quer fazer menção a uma posição individual, mas ao direito fundamental completo”⁷³.

Este “é composto de uma estrutura bem definida – das posições individuais dos cidadãos e do Estado –, e entre essas posições há relações claramente definíveis”. As relações

⁷² ALEXY, 2015, p. 247.

⁷³ *Ibid.*, p. 248-249.

entre as posições jurídicas atribuídas a uma disposição de direito fundamental completo podem ser de especificação, de meio-fim e de sopesamento⁷⁴.

A polêmica do tema consiste em identificar o que faz parte do direito fundamental completo, ou seja, “que normas devem ser atribuídas às disposições de direitos fundamentais como normas de direitos fundamentais”⁷⁵.

Se o direito fundamental completo constitui a resultante da interação entre as posições jurídicas individuais (liberdades, direitos e competências) e coletivas (interesses coletivos) que defluem das disposições de direitos fundamentais (normas-regra e normas-princípio), o que se defenderá nos capítulos seguintes é que as significativas mudanças no plano fático deflagraram um movimento que evidencia a necessidade de reequacionar as posições relacionadas aos direitos de liberdade de expressão, de liberdade de informação e do princípio de proteção à ordem democrática, este último vinculado a um interesse coletivo⁷⁶.

1.11 Restrições a direitos fundamentais

Consideram-se restrições a direitos fundamentais as “normas que restringem a realização de princípios de direito fundamental”⁷⁷.

Quando se fala em restrições aos direitos fundamentais, parte-se da premissa de que não há direito absoluto e que, portanto, esses direitos são passíveis de restrição. Segundo o autor ora estudado, trata-se de constatação trivial, sobretudo considerando-se as disposições restritivas constantes da própria Constituição da Alemanha⁷⁸. O problema reside “na definição dos possíveis conteúdo e extensão dessas restrições e na distinção entre restrições e outras coisas como regulamentações, configurações e concretizações”⁷⁹.

⁷⁴ ALEXY, 2015, p. 252.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 253.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 285.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 285.

⁷⁸ Na sistemática engendrada pela Constituição alemã, há essencialmente três tipos de regulação de direitos fundamentais: sem reservas, com reserva qualificada e com reserva simples. No primeiro caso, os direitos são inscritos na Lei Fundamental sem qualquer menção a restrições, enquanto tais, no próprio texto constitucional (embora seja possível falar em sua restringibilidade, em juízos concretos, ante a colisão com direitos de terceiros e outros valores jurídicos); no segundo caso, o texto constitucional exige que a restrição seja realizada por meio de lei (exemplo: artigo 2º, parágrafo 2º, item 3, da Constituição alemã); no último caso, a Constituição exige que a restrição seja feita por lei, mas lhe impõe alguns condicionamentos (exemplo: artigo 11, parágrafo 2º, da Constituição alemã). Os artigos 5º, parágrafo 2º; itens 8, 10, 11, 13; parágrafo 3º, item 14; parágrafo 1º, item 2; artigo 17 a, parágrafos 1º e 2º; artigo 19, parágrafos 1º; artigo 104, parágrafo 1º, todos da Lei Fundamental alemã, dispõem expressamente sobre restrições a princípios de direito fundamental. Para mais informações, consultar a referência: ALEMANHA. Deutscher Bundestag. Tradução por Assis Mendonça Aachen; Revisão por Urbano Carvelli Bonn. **Lei Fundamental da República Federativa da Alemanha**, Departamento de Relações Públicas, versão alemã de 23 maio 1949, jun. 2022.

⁷⁹ ALEXY, *op. cit.*, p. 276.

Existe, assim, considerável dissenso quanto à natureza e à origem desses limites, para cuja explicação surgiram as teorias interna e externa. Decidir por uma ou por outra teoria depende da concepção adotada de direitos fundamentais: se assumem a forma de regras – e, portanto, de posições definitivas – ou de princípios – e, portanto, de posições *prima facie*.

A teoria interna vindica que a fixação de limites aos direitos fundamentais decorre de um processo interno a cada direito, orientado pelas possibilidades a eles inerentes (ou decorrentes da própria Constituição), razão pela qual uma das variações mais conhecidas da teoria interna é a dos “limites imanentes”.

Esta teoria, portanto, restringe o suporte fático dos direitos fundamentais de modo a proclamar a inviabilidade da imposição de limites externos a eles: qualquer aparente limitação externa seria, na verdade, a interpretação do próprio conteúdo do direito.

Sendo as limitações determinadas unicamente “de dentro para fora”, de modo aut centrado, segundo esta teoria, os direitos fundamentais teriam estrutura de normas-regra e não poderiam ser submetidos à técnica da ponderação.

Por outro lado, Alexy adota a teoria externa, segundo a qual existem como categorias apartadas tanto o direito em si (considerado *prima facie*) quanto as restrições extrínsecas a esse direito. O direito *prima facie* seria veiculado por meio de normas-princípio, dotadas de um suporte fático amplo, passíveis de sofrer limitações em cada caso concreto, expressão que pode compreender tanto um caso específico submetido à apreciação do Judiciário quanto uma hipótese menos densa de decisão do legislador sobre a promulgação de norma restritiva.

Enquanto as regras expressam razões definitivas, os princípios veiculam sempre razões *prima facie*.

Uma vez assentada a premissa de que os direitos fundamentais ostentam estrutura de normas-princípio, cujo conteúdo definitivo somente pode ser determinado mediante cotejo com os limites externos ditados pelas condições fáticas e jurídicas verificadas em um dado caso concreto, resta saber quais limites lhes podem ser legitimamente impostos, ou quais seriam os “limites dos limites”.

Comumente se recorre à fórmula de que os limites externos não podem atingir ou suprimir o conteúdo essencial do direito e que uma dada restrição que o viole será, conseqüentemente, eivada de inconstitucionalidade. Tal teorização conduz a um segundo exercício dogmático, qual seja, o de desvendar o conceito do mencionado conteúdo essencial.

No intuito de solver a questão, emergiram também, basicamente, duas teorias. A primeira, dita absoluta, propõe a existência de um conteúdo essencial do direito fundamental, definível *a priori*, que serviria de barreira intransponível, infensa à atuação do legislador ou

do julgador. A segunda, denominada relativa, sustenta a inexistência de enclaves impenetráveis no conteúdo dos direitos fundamentais, os quais podem, inclusive, ser suprimidos em determinadas hipóteses, com lastro constitucional.

O autor adverte que as teorias absolutas têm por desafio estrutural estabelecer, *a priori*, o que pertence a esse conteúdo mínimo e o que dele deve ser extirpado. Em seu entendimento, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais deve ser encarado como relativo, ou seja, somente passível de ser determinado segundo os direitos em colisão existentes em cada caso concreto, a partir da aplicação da regra da proporcionalidade – ou seja, “o conteúdo essencial é aquilo que resta após o sopesamento”⁸⁰.

O que acontece é que, a partir de um certo ponto, a acentuação das restrições sobre um determinado direito fundamental demandará razões tão robustas que, na prática, não haverá mais razões capazes de justificar a proporcionalidade da imposição de tais restrições. Dito de outro modo, “[q]uanto mais um princípio é restringido, mais ele fica resistente”, de modo que “[A] força das razões contrapostas tem que crescer de forma sobreproporcional”⁸¹.

1.11.1 Espécies de restrições a direitos fundamentais

Tanto regras quanto princípios podem impor restrições a direitos fundamentais. Uma regra⁸² restringe um direito fundamental “se, com sua vigência, no lugar de uma liberdade fundamental *prima facie* ou de um direito fundamental *prima facie* surge uma não-liberdade definitiva ou um não-direito definitivo de igual conteúdo”⁸³.

Já um princípio restringe um direito fundamental quando “ele é uma razão para que, no lugar de uma liberdade fundamental *prima facie* ou de um direito fundamental *prima facie*, surja uma não-liberdade definitiva ou um não-direito definitivo de igual conteúdo”⁸⁴.

As restrições também podem ser direta ou indiretamente constitucionais. Restrições diretamente constitucionais são aquelas impostas por normas de hierarquia constitucional, por meio de cláusulas de restrição. As cláusulas de restrição tanto podem ser escritas quanto não-escritas - quando relacionadas a direitos fundamentais de terceiros ou a outros princípios de hierarquia constitucional.

⁸⁰ ALEXY, 2015, p. 297.

⁸¹ *Ibid.*, p. 300.

⁸² Aqui, parte-se da premissa de que a regra é compatível com a Constituição. Para Alexy (*Ibid.*, p. 281), regras inconstitucionais não podem ser consideradas restrições a direitos fundamentais, mas meras intervenções.

⁸³ *Ibid.*, p. 283.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 285.

Por outro lado, as restrições indiretamente constitucionais advêm de normas infraconstitucionais, mas cuja criação foi autorizada pela Constituição, por meio da imposição de cláusulas de reserva legal. As cláusulas de reserva podem ser explícitas (quando a Constituição expressamente autoriza a restrição de um determinado direito fundamental por meio de lei) ou implícitas (quando a Constituição exige que um direito fundamental seja exercido em consonância com as disposições legais pertinentes).

1.12 Suporte fático dos direitos fundamentais

Suporte fático de um direito fundamental pode ser definido como aquilo que a norma de direito fundamental garante *prima facie*, ou seja, antes de se considerarem eventuais restrições⁸⁵.

A associação entre o suporte fático e a cláusula de restrição resulta em uma posição abstrata definitiva⁸⁶, que corresponde à proteção conferida pelo ordenamento jurídico, em nível abstrato, a determinando direito fundamental. Frequentemente, essa proteção é confrontada, na prática, com a necessidade de sopesamento com outros princípios, após o qual será auferida a proteção concreta definitiva desse direito.

Quanto à extensão das normas de direitos fundamentais, Alexy defende que “tudo aquilo que milite em favor de sua proteção” deve ser incluído no suporte fático de tais normas-princípios, adotando uma concepção ampla de suporte fático. Eis as principais regras pertinentes à identificação do suporte fático dos princípios de direitos fundamentais:

(1) Tudo aquilo que apresentar uma característica que – considerada isoladamente – seja suficiente para a subsunção ao suporte fático é considerado como típico, não importa que outras características estiverem presentes [...] (2) No campo semântico dos conceitos de suporte fático devem ser adotadas interpretações amplas.⁸⁷

A expressiva amplitude desse conceito ensejou uma série de objeções. Uma delas é a de que soaria absurdo considerar a existência de um “direito fundamental ao homicídio”, protegido *prima facie* pelo suporte fático do princípio da liberdade geral de ação, que seria

⁸⁵ A rigor, esta é a acepção dada por Alexy (2015, p. 308) ao suporte fático em sentido estrito. O autor ainda o distingue do “suporte fático em sentido amplo”, que seria justamente a associação entre o suporte fático (em sentido estrito) e eventuais cláusulas de restrição. No entanto, o autor adverte que emprega a expressão “suporte fático”, de maneira geral, para se referir ao suporte fático em sentido estrito.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 279.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 322.

definitivamente excluído apenas com a aplicação da restrição correspondente à norma que proíbe o homicídio.

Alexy responde a esta crítica argumentando que a teoria ampla do suporte fático conduz a um modelo em dois âmbitos⁸⁸: o dos casos potenciais e o dos casos reais. O âmbito dos casos meramente potenciais seria aquele cujas razões para proteção do direito seriam facilmente refutáveis e, portanto, praticamente consensuais (por exemplo, o direito fundamental de liberdade protegendo o homicídio); o dos casos reais corresponderia àquilo que é polêmico, em que seriam efetivamente necessárias razões e contrarrazões substanciais para decidir pela (in)existência de determinada proteção definitiva de direito fundamental.

Assim, “o ordenamento jurídico assume o caráter de um sistema abrangente de soluções para colisões de direitos fundamentais”⁸⁹, sendo que a maioria de suas normas contempla casos meramente potenciais.

Um fato importante – e que denota o dinamismo do conteúdo dos direitos fundamentais – é que a classificação como caso real ou potencial nunca pode ser decidida de forma definitiva, eis que, com a evolução da argumentação e da *práxis*, um caso que antes suscitava dúvidas (caso real) pode tornar-se um caso potencial, alcançando um nível de certeza considerável: “[A] possibilidade de se ultrapassar a fronteira de um lado para outro deve permanecer aberta em ambos os sentidos”⁹⁰.

Segundo Alexy, a preferência pela teoria ampla compele o legislador/aplicador do direito a justificar tudo aquilo que constitua uma restrição a um direito. A diferença entre restrição e mera configuração do direito é que as restrições, enquanto tais, precisam ser justificadas por um jogo de razões e contrarrazões racionalmente controlável (sopesamento), ao passo que a configuração de um direito dependeria apenas de um processo interpretativo, supostamente independente de sopesamento.

Outro aspecto digno de nota é que a concepção ampla permite que se dê proteção constitucional diversa a depender do contexto legal e das características específicas de cada direito⁹¹.

Por exemplo, ao se adotar a concepção ampla de suporte fático, o direito definitivo à liberdade de expressão contemplaria comandos normativos distintos a depender da situação concreta, eis que resultado da interação entre o direito *prima facie* e eventual restrição (devidamente justificada pelo sopesamento). Partindo-se de uma concepção estrita, em que as

⁸⁸ ALEXY, 2015, p. 328.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 328.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 329.

⁹¹ *Ibid.*, p. 323.

restrições integram o conteúdo do próprio direito, sua configuração definitiva seria idêntica em qualquer situação, e sua eficácia em cada caso concreto dependeria da aplicação de regras externas ao próprio direito.

O suporte fático dos direitos a prestações negativas pode ser estruturado conforme as seguintes leis:

- (I) Todas as medidas que sejam intervenções em um bem protegido por um direito fundamental são *prima facie* proibidas pelo direito fundamental.
- (II) Todas as medidas que sejam intervenções em um bem protegido por um direito fundamental, e que não sejam justificadas por uma restrição, são definitivamente protegidas pelo direito fundamental.⁹²

Uma posição abstrata definitiva é obtida, portanto, a partir da combinação entre o suporte fático e a cláusula de restrição.

1.13 Direitos a prestações estatais positivas

“Saber se e em que medida se deve atribuir aos dispositivos de direitos fundamentais normas que garantam prestações em sentido amplo é uma das questões mais polêmicas da atual dogmática dos direitos fundamentais”⁹³: Alexy assim sintetiza a problemática envolvendo direitos fundamentais a prestações positivas.

De fato, trata-se de uma análise que se distancia da abordagem tradicional dos direitos fundamentais, concebidos como direitos de defesa dos indivíduos contra intervenções indevidas do Estado.

O fato de a realização de prestações positivas pressupor planejamento e alocações orçamentárias também justifica uma perspectiva autônoma. No texto da Constituição alemã de 1949, por exemplo, há apenas uma menção a prestação positiva – o direito subjetivo da mãe à proteção e à assistência da comunidade, disposta em seu artigo 6º, parágrafo 4º⁹⁴.

⁹² ALEXY, 2015, p. 306.

⁹³ *Ibid.*, p. 433.

⁹⁴ Na Constituição brasileira, esta circunstância não se repete. O texto de 1988, acrescido de suas 131 Emendas Constitucionais, prevê um amplo catálogo de direitos sociais: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados (artigo 6º), direitos dos trabalhadores urbanos e rurais (artigo 7º), cultura (artigo 215), o desporto (artigo 217), a proteção à família, à criança, ao adolescente, ao jovem, ao idoso (artigos 226 a 230) e aos índios (artigo 231). Sem dúvida, a prodigalidade do texto quanto ao tema reestrutura a essência da discussão quanto aos direitos sociais, perquirindo-se menos quanto à sua existência e mais quanto à sua concretização. De todo modo, não quer dizer que o debate quanto à existência tenha perdido a importância, porquanto não se limita a um mero questionamento binário acerca de sua existência/não-existência. A análise da existência também suscita questionamentos de ordem estrutural, visando determinar, por exemplo, seu caráter subjetivo ou objetivo, bem como evidenciar as distinções entre a natureza desses direitos e a dos

O intérprete que pretender fundamentar a existência de outros direitos fundamentais sociais deverá, portanto, atribuí-lo a algum dispositivo que não o preveja expressamente. Foi o que o Tribunal Constitucional Federal alemão fez, por exemplo, na primeira decisão⁹⁵ sobre *numerus clausus* absoluto para admissão de estudantes nas universidades em virtude do exaurimento de toda a capacidade de ensino.

Na ocasião, o Tribunal entendeu que, do direito à livre escolha profissional e dos locais de ensino (artigo 12, parágrafo 1º, 1, GG), do princípio geral da igualdade (artigo 3º, parágrafo 1º, GG) e do princípio do Estado social, deriva um direito à admissão ao curso universitário.

Nesse sentido, ressalta-se que os direitos a prestações podem advir tanto da inclusão de uma nova disposição de direito fundamental ao catálogo normativo, quanto da interpretação de uma disposição de direito fundamental já existente.

1.13.1 Espécies de direitos a prestações

Ao adentrar a seara dos direitos a ações positivas, projetam-se desdobramentos que dizem respeito à estrutura diferenciada desses direitos. Entendidos os direitos a prestações como tudo o que seja “exatamente o oposto do conceito do direito de defesa”⁹⁶, é possível perceber que, sob essa denominação, encontram-se feixes de posições jurídicas de estruturas muito distintas⁹⁷, que ora assumem o caráter de prestações fáticas, ora de prestações normativas.

direitos de defesa. Ademais, é possível atribuir direitos (não escritos) a prestações positivas às normas já existentes, conforme se argumentará ao longo deste trabalho. Ademais, subsiste considerável relevância a análise quanto à estrutura desses direitos e o sopesamento entre estes e outros princípios.

⁹⁵ BverfGE 33, 303. O caso versava sobre a constitucionalidade de leis de Hamburgo e da Baviera, que impunham limitações à admissão de estudantes em universidades. O TCF reputou inconstitucional o parágrafo 17 da Lei Universitária de Hamburgo, de 25 de abril de 1969, segundo a qual haveria um *numerus clausus* absoluto para admissão de calouros no curso de medicina, por ofensa ao artigo 12, I (liberdade de escolha da profissão), e ao artigo 3º, I (igualdade perante a lei), da Lei Fundamental da Alemanha. O Tribunal entendeu que uma tal limitação perpetuaria desigualdades, à medida que a quantidade de candidatos recusados aumentasse sem o aumento da capacidade de absorção e que considerar tal disposição constitucional chancelaria a inércia do Estado quanto ao seu dever positivo de promover o direito fundamental no âmbito do ensino e formação profissionais.

⁹⁶ ALEXY, 2015, p. 442.

⁹⁷ Nesse sentido, Alexy (*Ibid.*, p. 443) exemplifica a dicotomia entre os direitos fundamentais à assistência social e ao meio ambiente. O primeiro relaciona-se, em grande medida, ao direito a uma prestação de caráter fático, sendo que este último é capaz de incorporar ao seu feixe posições jurídicas de defesa, como o direito a que o Estado se abstenha de determinadas intervenções no meio ambiente; à proteção, como o direito a que o Estado proteja o titular contra intervenções de terceiros; a procedimentos, como o direito à participação do titular em decisões relevantes para o meio ambiente; ou a prestações positivas em sentido estrito, como o direito a que o Estado adote providências fáticas benéficas ao meio ambiente.

Uma segunda diferença essencial entre direitos a ações negativas e direitos a ações positivas é a de que, enquanto aqueles “impõem limites ao Estado na persecução de seus objetivos”, estes últimos “impõem, em certa medida, a persecução de alguns objetivos”⁹⁸.

Alexy divide os direitos a prestações estatais positivas (direitos a prestações em sentido amplo) em direitos à proteção, direitos à organização e procedimento e direitos a prestações em sentido estrito (direitos fundamentais sociais). A seguir serão expostos os aspectos gerais das duas primeiras espécies (direitos à proteção e direitos à organização e ao procedimento), cuja abordagem será retomada, de forma mais específica e aprofundada, no último capítulo⁹⁹.

1.13.1.1 Direitos à proteção

Os direitos à proteção são, em essência, os direitos fundamentais do titular, em face do Estado, a que este o proteja contra intervenções de terceiros. Trata-se de um direito a que o Estado proceda à demarcação das esferas de direitos dos sujeitos de mesma hierarquia¹⁰⁰.

Esta proteção pode se dar por meio de prestações normativas – como as normas de direito penal e de responsabilidade civil – ou fáticas.

Sobre o assunto, é interessante observar que os direitos à proteção contra violações de terceiros estão inteiramente em consonância com a compreensão liberal tradicional dos direitos fundamentais, de cunho contratualista. Isso porque “[A] ampla renúncia a direitos à autoproteção efetiva, determinada pela transição (hipotética) de uma situação pré-estatal para uma situação estatal, só pode ser racionalmente fundamentada se o indivíduo receber, por essa renúncia, um direito à proteção estatal efetiva”¹⁰¹.

Os direitos à proteção consistem, aliás, em verdadeiros direitos subjetivos, e não em meros deveres objetivos de proteção incumbidos ao Estado. Apesar de polêmica, a natureza subjetiva desses direitos pode ser justificada a partir da natureza principiológica dos direitos fundamentais.

Da concepção de que os direitos fundamentais têm natureza de princípios, entendidos como mandados de otimização, decorre a necessidade de conferir-lhes a maior eficácia possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Se um mero dever objetivo

⁹⁸ ALEXY, 2015, p. 444.

⁹⁹ Os direitos sociais (direitos a prestações positivas em sentido estrito) não serão objeto de estudo nesta oportunidade, por ter reduzida pertinência temática ao objeto ora desenvolvido.

¹⁰⁰ ALEXY, *op. cit.*, p. 451.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 455.

de proteção significa menos do que um direito subjetivo, “somente a subjetivização dos deveres de proteção faz justiça ao ‘sentido original e permanente dos direitos fundamentais’ como direitos individuais”¹⁰².

A estrutura dos direitos à proteção é substancialmente distinta daquela inerente aos direitos de defesa.

Nos direitos de defesa, toda e qualquer ação que cause destruição, embaraço ou afetação negativa ao direito é, *prima facie*, proibida. Consequentemente, a abstenção de todas as ações de destruição, embaraço ou afetação negativa é condição necessária e suficiente para a satisfação de tal espécie de direitos.

Por outro lado, se mais de uma ação é adequada para a satisfação dos direitos a prestações, nenhuma dessas ações será necessária para atingi-la, e apenas uma delas será suficiente para este mesmo fim¹⁰³.

Delega-se à discricionariedade do legislador a escolha dos meios a serem adotados para a consecução dos fins constitucionalmente exigíveis. Conforme já mencionado anteriormente, essa discricionariedade pode ser estrutural ou epistêmica. A primeira consiste na liberdade conformadora do legislador para escolher objetivos e meios, bem como traçar o sopesamento na colisão de direitos fundamentais para cumprir mandamentos que a Constituição, definitivamente, obriga ou proíbe.

A discricionariedade epistêmica, de identificação mais complexa, diz respeito aos próprios “limites da possibilidade de se reconhecer o que a constituição, de um lado, obriga e proíbe e, de outro, nem obriga nem proíbe, ou seja, o que ela faculta¹⁰⁴”. A questão diz respeito a conhecer a extensão das faculdades do legislador e, por conseguinte, a divisão de competências entre este e o Tribunal Constitucional.

¹⁰² ALEXY, 2015, p. 455.

¹⁰³ Alexy (*Ibid.*, p. 462) ilustra que a proibição de matar (direito de defesa) implica, *prima facie*, toda e qualquer ação que culmine no resultado *morte*. Já a obrigação de salvar pode ser adimplida de diversas formas: seja pelo resgate a nado, seja atirando uma boia, seja pelo envio de um barco. Consequentemente: “[D]a mesma forma que o direito a proteção exige a utilização de ao menos um meio de proteção, o direito de defesa exclui a utilização de todo e qualquer meio de destruição ou afetação negativa. O fundamento da distinção é mais profundo. Ele consiste na constatação de que a abstenção de cada uma das ações de destruição ou afetação negativa é uma condição necessária, e que somente a abstenção de todas as ações de destruição ou afetação negativa comporia uma condição suficiente para a satisfação da proibição de destruição e de afetação negativa e, com isso, para a satisfação do direito de defesa; já para a satisfação do dever de proteção ou de fomento - como para a satisfação dos direitos a prestações em geral - basta a realização de uma única ação adequada de proteção ou de fomento”.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 583.

1.13.1.2 Direitos à organização e procedimento

Alexy extrai os direitos à organização e procedimento da *práxis* jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal, que comumente empregava a fórmula “realização e asseguarção dos direitos fundamentais por meio de organização e procedimento”¹⁰⁵.

Por meio de reiteradas decisões¹⁰⁶, aquele Tribunal construiu o entendimento de que o direito à proteção jurídica efetiva é elemento essencial do próprio direito fundamental.

Os direitos a procedimentos acabam sendo, de certa forma, também direitos à proteção jurídica efetiva. No entanto, Alexy justifica seu tratamento em separado “pelo fato de que, do ponto de vista da teoria dos direitos fundamentais, seu aspecto procedimental é mais interessante que o da proteção”¹⁰⁷.

Suas subespécies são, por sua vez, assim elencadas: direitos de criação de competências de direito privado; direitos a procedimentos em sentido estrito (judiciais e administrativos); direitos à organização; direitos à formação da vontade estatal, dos quais a segunda e a terceira subespécies guardam maior pertinência com o presente estudo.

O direito a procedimentos em sentido estrito corresponde ao dever da criação de normas procedimentais que garantam a satisfação dos princípios “na maior medida possível como uma forma de preencher a margem de discricionariedade por eles deixada”¹⁰⁸. Já o direito à organização em sentido estrito consiste em direitos dirigidos ao legislador para que este crie normas de organização que sejam conformes aos direitos fundamentais.

Nesta oportunidade, deve-se ponderar que a criação de determinado procedimento deve ter o propósito de aumentar a probabilidade de satisfação de um direito fundamental, que, tendo a estrutura de princípio, apresenta-se como mandado de otimização. Não se exige a garantia de um resultado favorável, mas tão somente de um acréscimo na probabilidade de atingi-lo.

Aduz o autor: “Sempre que normas procedimentais puderem aumentar a proteção aos direitos fundamentais, elas serão exigidas *prima facie* pelos princípios de direitos

¹⁰⁵ ALEXY, 2015, p. 472.

¹⁰⁶ Na obra “Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional”, os Schwabe e Martins (2005, p. 744) citam exemplos de decisões quanto ao direito à organização e procedimento associado a direitos fundamentais diversos: “Logo, deriva diretamente do Art. 14 GG a obrigação de assegurar uma efetiva proteção jurídica no momento da intervenção nesse direito fundamental (cf. BVerfGE 24, 367 [401]; 35, 348 [361 s.]; 37, 132 [141, 148]). Isso compreende o direito a uma justa condução do processo (faire Verfahrensführung), que, consoante a jurisprudência da Tribunal Constitucional Federal, faz parte dos elementos essenciais do princípio do Estado de direito (cf. BVerfGE 38, 105 [111]; 40, 95 [99]; 46, 202)”.

¹⁰⁷ ALEXY, *op. cit.*, p. 490.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 488.

fundamentais. Se não houver princípios contrapostos, então há um direito definitivo à sua aplicação”¹⁰⁹.

1.14 Direitos fundamentais e normas de direitos fundamentais no sistema jurídico

Conforme mencionado em diversas oportunidades ao longo deste trabalho, a teoria dos direitos fundamentais de Alexy não prescinde do conhecimento relacionado à teoria da argumentação jurídica. Ao contrário, ambas se complementam.

Com efeito, a correta aplicação das máximas da adequação e da necessidade, bem como da proporcionalidade em sentido estrito (lei do sopesamento) pressupõe a justificação externa das premissas normativas que as embasam, segundo critérios racionais.

Em primeiro lugar, é necessário indagar o que a argumentação jurídica tem de específico em relação à argumentação geral; e, em segundo lugar, o que a argumentação jurídica referida a direitos fundamentais tem de particular em relação à argumentação jurídica.

À primeira incumbência, Alexy dedicou a obra “Teoria da argumentação jurídica”¹¹⁰, na qual defende ser o discurso jurídico uma espécie de discurso prático geral¹¹¹. Naquela oportunidade, o autor concebeu uma teoria da argumentação jurídica a partir das contribuições de juristas dedicados às teorias do discurso e da linguagem, especialmente Jürgen Habermas, Erlangen e Chaim Perelman.

Alexy confere tamanho destaque à argumentação, dentro da ciência do direito, que reconhece a existência de um elo inevitável entre o discurso, a ponderação e os direitos fundamentais, sendo estes três dos cinco¹¹² pilares do constitucionalismo discursivo¹¹³.

Uma das mais sérias objeções à teoria dos direitos fundamentais de Alexy, formulada por Habermas, alegava justamente a ausência de parâmetros racionais para o sopesamento. Os direitos fundamentais ficariam, portanto, relegados a “juízos irracionais”.

Alexy responde a tais críticas em algumas oportunidades¹¹⁴, nas quais demonstra a ausência de incompatibilidade entre o sopesamento, de um lado, e valores como a racionalidade e a objetividade, de outro lado. Com efeito, não basta ao juiz (ou a qualquer

¹⁰⁹ ALEXY, 2015, p. 490.

¹¹⁰ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução por Zilda Hutchinson Schild Silva; Revisão técnica e apresentação por Cláudia Toledo. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 161.

¹¹² ALEXY, Robert. Ponderación, control de constitucionalidad y representación. In: ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto; ALEXY, Robert. *Jueces y ponderación argumentativa*. México: UNAM, 2006.

¹¹³ Segundo Alexy (*Ibid.*), os outros dois pilares são o controle de constitucionalidade e a representação.

¹¹⁴ ALEXY, 2015, p. 574-611; ALEXY, 2006, p. 1-11.

operador do direito) justificar logicamente sua decisão; é preciso também justificá-la racionalmente.

Na fundamentação baseada na lógica, todos os elementos essenciais à conclusão já estão contidos nas próprias premissas: o resultado é fruto de justificação interna. Na fundamentação racional, as premissas (denominadas “proposições normativas”¹¹⁵), por si sós, também devem ser racionalmente justificadas – ou seja, pressupõe-se uma justificação externa.

Isso implica dizer que, individualmente, as proposições normativas são juízos racionais com autônoma pretensão de “correção”¹¹⁶ e representam a conclusão de outro esquema de inferência. É precisamente a investigação dos critérios de correção das proposições normativas o objeto da teoria da argumentação jurídica proposta por Alexy.

A obra “Teoria dos direitos fundamentais”, abordada até o momento, ocupou-se da segunda tarefa acima descrita, identificando as especificidades de uma argumentação voltada aos direitos fundamentais¹¹⁷.

Uma particularidade no que toca à argumentação jurídica, em relação à argumentação prática, é a sua abertura em relação à moral. Isso projeta reflexos, naturalmente, em relação às regras do discurso jurídico, que precisam compatibilizar a abertura do ordenamento à moral e um conjunto de regras e condições racionalmente controláveis.

Para tanto, Alexy associa a teoria do direito e a teoria da moral, dando origem a uma teoria moral procedimental em quatro níveis decrescentes em abstração: o primeiro corresponde ao discurso prático geral; o segundo, ao processo legislativo, *locus* de concretização do discurso prático geral, onde não apenas se argumenta, mas também se decide; o terceiro, ao discurso jurídico, marcado especialmente pela vinculação à lei, aos precedentes e à dogmática (em nível decrescente de autoridade); o quarto, por sua vez, corresponde ao processo judicial, *locus* de concretização do discurso jurídico, no qual, a exemplo do processo legislativo, não apenas se argumenta, mas também se decide.¹¹⁸

¹¹⁵ A teoria da argumentação jurídica de Alexy (2021, p. 41, nota de rodapé 1) debruça-se sobre a correção de enunciados, proposições e orações normativas, assim brevemente definidos: “um enunciado é uma sequência particular de sinais escritos ou sonoros, uma oração é o uso de um enunciado numa situação específica e uma proposição é aquilo que é expresso por um enunciado, o seu significado”. Quando a ausência de discriminação não provoca prejuízo, o autor opta, indistintamente, pelo emprego da expressão “proposição normativa”.

¹¹⁶ Na obra de Alexy (2021, p. 5), a verdade é apresentada ao leitor como “correção”, uma vez superada a noção de verdade como uma absoluta e inquestionável correspondência à realidade. A verdade dos juízos de valor é aquela atingida argumentativamente, refutável e, portanto, provisória.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 543-574.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 549-551.

Eis, em síntese, o modelo geral de interação entre argumentação geral e argumentação jurídica.

No âmbito dos direitos fundamentais, a argumentação guarda algumas particularidades em relação ao discurso jurídico.

Em primeiro lugar, quanto ao atributo “vinculação à lei”, a argumentação sobre direitos fundamentais não tem à sua disposição a legislação ordinária, eis que as suas discussões a precedem. Resta, então, a vinculação somente ao texto da própria Constituição. Considerando o caráter estruturalmente aberto das disposições de direitos fundamentais, têm serventia insuficiente as interpretações semântica, genética e teleológica.

Por outro lado, caso seja possível extrair uma regra do texto literal do enunciado normativo constitucional, é necessário um elevado ônus argumentativo para justificar uma interpretação em sentido contrário.

Em segundo lugar, os precedentes produzidos pelos tribunais constitucionais têm grau de segurança também limitado. O que se pode dizer é que as regras de decisão formam uma rede de normas relativamente abrangente, cuja densidade cresce com o tempo.

De todo modo, ao se extrair uma regra de decisão mais ou menos concreta de um precedente vinculante, ela deve ser aplicada aos casos suficientemente iguais. Nesse sentido, eis as duas principais regras quanto ao emprego de precedentes: “(1) Se é possível utilizar um precedente favorável ou contrário a uma decisão, ele deverá ser utilizado. (2) Aquele que pretende afastar o precedente tem o ônus argumentativo para tanto”¹¹⁹.

Por fim, quanto à dogmática, remete-se a leitura ao início deste trabalho, oportunidade em que se situou a teoria ora abordada no contexto da dogmática dos direitos fundamentais, em cotejo com outras teorias normativas gerais, caracterizando a teoria dos direitos fundamentais de Alexy como uma teoria de princípios que contém um conjunto de princípios de direitos fundamentais e os organiza “em uma ordem flexível a partir de precedências *prima facie* a favor dos princípios da liberdade jurídica e da igualdade jurídica”¹²⁰.

Uma vez delimitados os conceitos e categorias que nortearam a pesquisa, os dois capítulos subsequentes abordarão algumas ferramentas à disposição do intérprete na argumentação voltada aos direitos fundamentais à liberdade de expressão e à liberdade de informação, a saber, os enunciados normativos de direitos fundamentais e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

¹¹⁹ ALEXY, 2015, p. 556.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 573.

2 LEGISLAÇÃO CORRELATA E SOPESAMENTO

A fim de compreender melhor as colisões envolvendo os princípios referentes à liberdade de expressão e à liberdade de informação, é necessária uma inicial incursão sobre o que eles prescrevem. Nesta oportunidade, serão feitas considerações acerca do conteúdo normativo dos princípios atinentes à liberdade de expressão e à liberdade de informação, a começar pelos termos da Constituição Federal de 1988.

As disposições constitucionais sobre o tema aduzem o seguinte, no artigo 5º, incisos IV, V, IX e XIV; e no artigo 220, *caput* e parágrafos:

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;

[...]

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

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.

Considerando, ainda, o disposto no artigo 5º, parágrafo 2º, da CRFB/88¹²¹, é importante aludir à disciplina de tais temas em alguns dos mais relevantes tratados e em documentos internacionais de *soft law*, ainda que não haja divergências substanciais entre as respectivas redações.

Sobre o assunto, reza o artigo 13 (1) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), também conhecida por Pacto de San Jose da Costa Rica¹²²:

ARTIGO 13

Liberdade de Pensamento e de Expressão

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. **Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza**, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei a ser necessárias para assegurar:

- a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou
- b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas¹²³.

Há algumas considerações derivadas dos enunciados normativos ora expostos. A primeira diz respeito às escolhas feitas pelo constituinte originário quanto ao sopesamento entre os direitos à liberdade de expressão e os direitos de personalidade.

A Constituição aduz que são livres a manifestação do pensamento, bem como a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (artigo 5º, incisos IV e IX da CRFB/88)¹²⁴.

¹²¹ Nos termos da CRFB/88 (BRASIL, 1988, art. 5º, §2º): “Art. 5º [...] § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

¹²² Com redações quase idênticas, assim dispõem o artigo 19 (1) do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Art. 19 1. Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões. 2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha. 3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Conseqüentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para: a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas (BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Brasília, 6 jul., 1992a.); “Art. 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” (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. Brasília, 6 nov., 1992b).

¹²³ *Ibid.*, 1992b, grifo nosso.

Por outro lado, caso o exercício desses direitos acarrete danos aos direitos da personalidade de terceiros (intimidade, vida privada, honra e imagem), estará o ofensor sujeito à responsabilidade por danos materiais e morais, assim como ao direito de resposta (artigo 5º, incisos V e X)¹²⁵.

No capítulo constitucional que trata da comunicação social, a fórmula se repete: a manifestação do pensamento e a informação não são passíveis de qualquer forma de censura política, ideológica ou artística; tampouco são passíveis de restrições, ressalvados os dispositivos da própria Constituição, conforme aduz André de Carvalho Ramos:

[a] ‘regra de colisão’ geral da Constituição na hipótese é a seguinte: a liberdade de expressão e comunicação pode ser exercida, mas seu titular que violar direitos referentes à intimidade, honra, imagem e vida privada de outros responderá pelos danos causados. É a ‘liberdade com responsabilização posterior’: não se admite restrição sob qualquer forma (art. 220, caput), mas responsabiliza-se aquele que abusa¹²⁶.

Em segundo lugar, a construção normativa desses princípios gravita em torno de direitos a prestações negativas. A própria opção pelo termo “liberdade” em sua denominação é sugestiva de seu conteúdo: neste ponto, a semântica exerce um papel relevante.

Conforme mencionado no capítulo anterior, para Alexy, as posições jurídicas constituem um gênero, do qual são espécies os direitos a algo, as “liberdades” e as competências. O emprego do termo “liberdade”, para nominar tais direitos, evoca a ideia de uma posição jurídica caracterizada pela não imposição de deveres e proibições - em outras palavras, pela permissão de fazer ou deixar de fazer algo, que são justamente os marcadores habituais das liberdades.

Consequentemente, existe uma tendência a associar sua satisfação a uma postura de autocontenção estatal, que se abstenha de criar embaraços ou restrições ao seu exercício, ressalvadas as previsões legais.

¹²⁴ Nos termos da CRFB/88 (BRASIL, 1988, art. 5º, inciso IV): “Art. 5º [...] IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato [...] VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”.

¹²⁵ Nos termos da CRFB/88 (*Ibid.*, incisos V e X): “Art. 5º [...] V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

¹²⁶ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2022, local. 113. ISBN 9786553622456.

Os assim chamados “direitos de liberdade” foram forjados como antídotos a intervenções estatais que sonem ou suprimem informações relevantes do conhecimento dos indivíduos, prejudicando a adequada percepção da realidade.

No Brasil, o exemplo mais recente se deu com a Constituição de 1988, redigida em franca reação aos abusos cometidos durante a ditadura militar. Naquele contexto, o Estado era concebido como o principal violador das liberdades de comunicação, pouco se cogitando que terceiros pudessem assumir esse papel.

Conforme salientam Tom Ginsburg e Huq Aziz¹²⁷, um dos artifícios mais empregados por governos interessados na erosão¹²⁸ da democracia é o encolhimento da esfera pública. Quanto menor a transparência de informações sobre os gastos e políticas públicas, menor a abertura para debates ou críticas.

A forma mais eficiente e tradicional de fragilizar esse espaço público de deliberação é o controle ou o constrangimento da mídia, seja indiretamente, por meio de retaliações, seja diretamente, por meio da apropriação dos meios de comunicação¹²⁹.

Essa postura de autocontenção como o ideal a ser perseguido deu ensejo ao tradicional conceito de *free marketplace of ideas*¹³⁰, segundo o qual a melhor forma de os cidadãos

¹²⁷ AZIZ, Huq Z.; GINSBURG, Tom. **How to save a constitutional democracy**. Chicago: The University of Chicago Press, 2018.

¹²⁸ Os autores (*Ibid.*) denominam “erosão democrática” o processo lento e gradual de desestabilização da democracia, utilizando as próprias instituições constitucionais para atingir objetivos antidemocráticos. Diferenciam-na do “colapso democrático”, típico das rupturas democráticas súbitas, em geral por meio de golpes de Estado.

¹²⁹ Os autores citam uma série de exemplos históricos em que líderes antidemocráticos procuraram moldar as narrativas da esfera pública discursiva. Na Venezuela de Hugo Chávez e Nicolás Maduro (1998-2017), foram revogadas licenças de mídia, a televisão foi nacionalizada e criminalizada a conduta de desacato a autoridades; na Turquia de Erdoğan (a partir de 2003), jornalistas foram presos e jornais, apreendidos; na Hungria de Viktor Orbán (a partir de 2010), criminalizou-se a “cobertura desequilibrada de notícias”; na Indonésia, em 2018, foi aprovada uma lei que autorizava processos judiciais contra aqueles que ofendesse a honra do parlamento ou de seus membros. Em relação a este último exemplo, ressalte-se que a constitucionalidade do crime de desacato continua sendo objeto de significativa polêmica, dada a controvérsia quanto eventual violação à liberdade de expressão. No Brasil, o STF pacificou o entendimento de que “A norma do art. 331 do Código Penal, que tipifica o crime de desacato, foi recepcionada pela Constituição de 1988” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 496/DF**. Ministro Relator Roberto Barroso, Inteiro Teor do Acórdão, 22 jun. 2020d). Nos Estados Unidos, a Suprema Corte decidiu que “O Estado não deve, com respaldo na Primeira e Décima Quarta Emendas, conceder indenizações a funcionário público por falsidade difamatória relativa à sua conduta oficial, a menos que prove ‘malícia real’ – que a declaração foi feita com conhecimento da sua falsidade ou com desrespeito imprudente se era verdadeira ou falsa” (ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **New York Times Co. v. Sullivan**, 376 U.S. 254, julg. 09 mar. 1964, tradução livre).

¹³⁰ O conceito de *marketplace of ideas* é atribuído ao voto divergente de Oliver W. Holmes, juiz da Suprema Corte americana, no caso *Abrams vs. United States* (250 US 616, 1919), ao consignar que “[...] o bem final desejado é mais bem alcançado pelo livre comércio de ideias – que o melhor teste da verdade é o poder do pensamento a ser aceito na competição do mercado, e que a verdade é o único terreno sobre o qual seus desejos podem ser realizados com segurança” (ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Abrams v. United States**, 250 U.S. 616, julg. 09 nov. 1919, tradução livre).

atingirem o nível de informação desejável para a formação de opiniões esclarecidas é estarem expostos ao maior número possível de informações.

Assim como na lógica de concorrência intrínseca aos mercados, no *free marketplace of ideas*, a informação inverídica ou distorcida seria naturalmente superada pelas informações verdadeiras. Em uma situação ideal, as manifestações do pensamento devem conviver na maior medida possível, para que os membros da coletividade possam formar suas próprias convicções sobre temas fundamentais à convivência social¹³¹.

A correlação estreita entre as liberdades (de expressão e de informação) e os direitos subjetivos que as protegem no texto da Constituição induz à inclusão desses direitos nos chamados “direitos fundamentais de primeira dimensão” ou “direitos a uma prestação negativa”, em alusão à taxonomia inaugurada por Karel Vasak¹³² e que ainda encontra ressonância no estudo do Direito Constitucional.

Tradicionalmente, os direitos fundamentais de primeira dimensão são associados a um conceito negativo de liberdade e os de segunda dimensão, a um conceito positivo de liberdade. Existe até mesmo uma tendência doutrinária a associar o termo “liberdades” ao seu conceito negativo e a um dever de abstenção do Estado. Em tese, quanto mais afastado o Estado se mantiver, maior será a efetividade desses direitos.

Isso ajuda a explicar o porquê de reações tão refratárias às intervenções estatais que projetem reflexos restritivos sobre “os direitos de liberdade”, especialmente o direito à liberdade de expressão na internet¹³³ – o que impõe um acentuado ônus argumentativo ao justificar eventuais limitações, a fim de coibir-lhes o sacrifício inadequado, desnecessário ou desproporcional.

¹³¹ Bernard Williams critica a associação do livre mercado à liberdade de expressão como forma de atingir a verdade. Ao contrário, instituições realmente preocupadas com o aperfeiçoamento da ciência (como os institutos de pesquisa) mais se assemelham a mercados regulados, eis que regidos por sérios requisitos de produção e validação do conhecimento que funcionam como filtros naturais. Neles, não vigora a máxima de que qualquer pode falar o que quiser, quando quiser, sob pena de o que dizem não ser sequer considerado. Nesse sentido, a teoria do marketplace of ideas “evade as enormes diferenças entre um mercado comercial e um mercado de ideias” e “está mais preocupada com a liberdade do que com a verdade” (WILLIAMS, Bernard Arthur Owen. **Truth and truthfulness: an essay in genealogy**. Nova Jersey: Princeton University Press, 22 fev. 2004, p. 217-219).

¹³² BONAVIDES, 2014, p. 577-584.

¹³³ “Governos do Mundo Industrial [...] Em nome do futuro, eu exijo a vocês do passado para nos deixar em paz. Vocês não são bem-vindos entre nós [...] Vocês não têm o direito moral de nos regular, nem possuem qualquer medida coercitiva que nós tenhamos real motivo para temer” (BARLOW, John Perry. **Uma Declaração de Independência do Ciberespaço**. Tradução: Jamilya Venturini; Juliano Cappi. NIC.br, 16 jan. 2018). Essas palavras foram proferidas em 1996 por John Perry Barlow, ativista da liberdade de expressão, no Fórum Econômico e Mundial em Davos, como resposta à Lei de Telecomunicações dos Estados Unidos que continha uma incipiente regulação da internet. Embora já transcorridos mais de 20 anos desde então, ainda é possível observar significativa resistência à regulação estatal nos domínios da internet, proclamada como uma área livre de ingerência estatal (*government-free zone*), cujos usuários devem gozar de plena liberdade.

É absolutamente salutar que assim o seja; afinal, trata-se de importantes conquistas sociais contra o arbítrio do poder público sobre a autonomia privada. No entanto, não se pode perder de vista que até mesmo a uma norma de direito fundamental tipicamente atrelada a prestações negativas - como a relativa à liberdade de expressão – pode atribuir ao Estado, em determinadas circunstâncias fáticas, o dever de realizar prestações positivas, disciplinando a interação entre particulares.

Em terceiro lugar, costuma ser construída uma relação de implicação recíproca necessária entre o direito à liberdade de informação e o direito à liberdade de expressão, mencionados como faces da mesma moeda. Existe uma tendência, nas legislações nacional e internacional, de considerar a liberdade de informação como elemento integrante da liberdade de expressão, sendo ambos muitas vezes compreendidos como uma relação de equivalência ou de gênero e espécie¹³⁴.

A concepção ampla do suporte fático dos direitos fundamentais, trabalhada no primeiro capítulo, ajuda a compreender melhor as razões subjacentes a este fenômeno, já que, conforme já mencionado, ela inclui como bem juridicamente protegido por cada princípio de direito fundamental tudo o que, em uma situação ideal, milita em favor de sua proteção, contendo “um feixe de regras que se referem às diferentes formas desta inclusão”¹³⁵.

Nessa linha de raciocínio, a situação de eficácia otimizada da liberdade de expressão coincidiria com a da liberdade de informação. Possivelmente, isso explica o emprego de ambos os princípios como se fossem gênero e espécie, respectivamente, e não como princípios distintos. Proteger a liberdade de expressão implicaria, necessariamente, coibir todo tipo de atividade censória do Estado e, por conseguinte, proteger a liberdade de informação.

Esse entendimento também é compartilhado, em grande medida, pela jurisprudência do STF, consoante será abordado no próximo capítulo, conforme como ser observado em um trecho do voto do ministro Dias Toffoli, no julgamento do Caso Aída Curi (Tema 786, paradigma RE 1.010.606/RJ), em que consta: “A liberdade de expressão protege não apenas aquele que comunica, mas também a todos que podem dele receber informações ou com ele partilhar os pensamentos”¹³⁶.

¹³⁴ O artigo 13 da CADH aduz que o direito à liberdade de expressão “compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza” (Brasil, 1992b), em redação muito semelhante à do artigo 19 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o qual estatui que o direito à liberdade de expressão “incluía a liberdade de procurar, receber e difundir informações” (Brasil, 1992a).

¹³⁵ ALEXY, 2015, p. 322.

¹³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1.010.606/RJ**. Ministro Relator Dias Toffoli, Inteiro Teor do Acórdão, Tema 786, jul. 11 fev. 2021; public. 20 maio 2021, p. 78.

Inegavelmente, a proteção da liberdade de expressão de “a”, por meio de um direito a uma prestação negativa, projeta reflexos benéficos para “b”, que passam a ter potencial acesso ao que A tem a dizer.

A proteção à liberdade de expressão de “a”, portanto, contribui para a proteção da liberdade de informação de “b”; no entanto, isso não significa dizer que a proteção à liberdade de expressão de “a” equivale à proteção da liberdade de informação de “b”. Por isso mesmo, não é facultado a “b” pleitear o direito à liberdade de expressão de “a” em seu próprio nome (ao menos em regra).

Melhor seria dizer que o direito à liberdade de informação de “b” está situado no “perímetro protetor” da liberdade de expressão de “a”. Esse conceito, desenvolvido por Hart, é mencionado por Alexy na seguinte passagem:

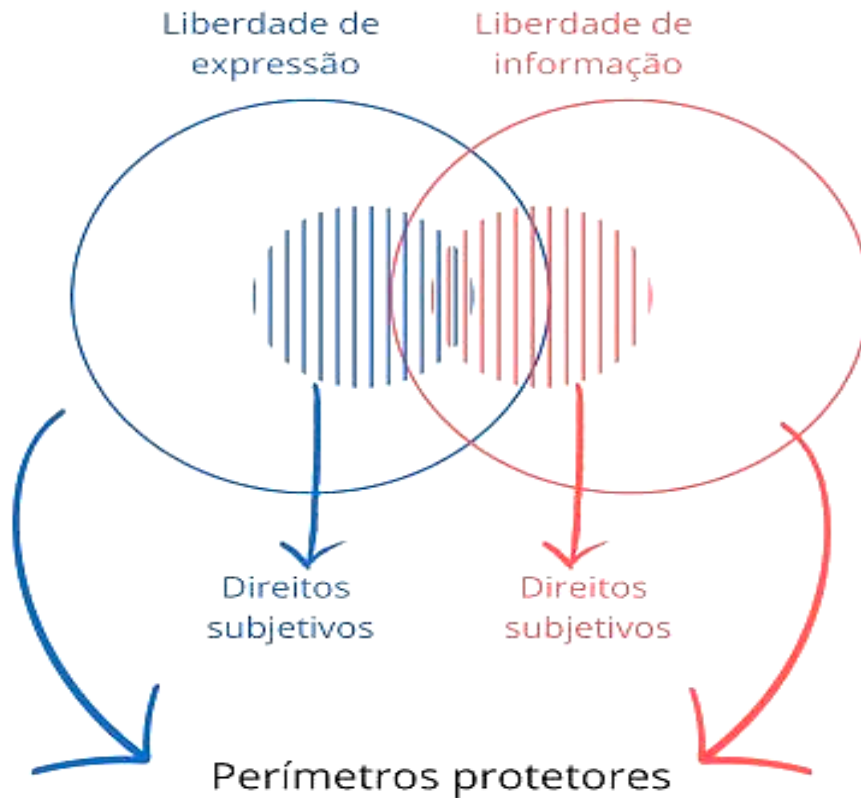
A estrutura da proteção das liberdades é mais simples nas relações entre iguais. Tanto o comerciante a quanto o comerciante b são livres para conquistar c como comprador. No entanto, nenhum deles tem, em face do outro, um direito a que o outro não frustre seus esforços, por meio de múltiplas ações, como, por exemplo, por meio de melhores ofertas. Eles não estão, contudo, desprotegidos no exercício de sua liberdade. Assim, para atrapalhar as ações de a, b não pode matá-lo ou feri-lo ou, ainda, praticar atos de concorrência desleal. Nesse contexto, Hart fala de um "perímetro protetor" que, nos ordenamentos jurídicos, circunda cada liberdade em maior ou menor grau. Um tal perímetro protetor deve ser distinguido da proteção - de igual conteúdo - de uma liberdade. Uma proteção de igual conteúdo ocorreria se a tivesse, em face de b, um direito a que este não o atrapalhasse na conquista de c como comprador. Liberdades que são protegidas exclusivamente por um perímetro protetor são liberdades protegidas indiretamente. Liberdades que são protegidas por uma proteção substancialmente equivalente são liberdades protegidas diretamente. Tanto a proteção indireta quanto a proteção direta podem ocorrer seja por meio de normas que conferem direitos subjetivos (proteção subjetiva), seja por meio de normas que não conferem direitos subjetivos (proteção objetiva). Há, portanto, quatro tipos básicos de liberdade protegida¹³⁷.

Sugere-se abaixo, esquematicamente, uma configuração que representa a correlação entre ambos os princípios sem que sua autonomia seja desnaturada. Existem hipóteses, como o exemplo citado acima, em que, dentro do perímetro protetor da liberdade de expressão de “a”, situa-se a liberdade de informação de “b”, sem que ambos os direitos se confundam.

No entanto, é possível que essa equivalência ocorra em determinadas zonas de intersecção. Basta pensar nas hipóteses em que o direito subjetivo que protege a liberdade de expressão de “a” proteja, ao mesmo tempo, a liberdade de informação do mesmo titular “a” (na modalidade “direito de informar”).

¹³⁷ ALEXY, 2015, p. 234.

Figura 1 - Zonas de Intersecção entre a proteção do direito subjetivo às liberdades de expressão e de informação



Fonte: elaborada pela autora (2023).

Em quarto lugar, é necessário salientar que, embora tais direitos sejam concebidos como essencialmente individuais, eles comportam indiscutível relevância transindividual.

Cass Sunstein colaciona, a esse respeito, uma afirmação de Joseph Raz que sintetiza adequadamente a diferença entre as perspectivas individual e coletiva da liberdade de expressão:

Se eu tivesse que escolher entre viver em uma sociedade que goza de liberdade de expressão, mas não ter, eu mesmo, o direito, ou ter esse direito em uma sociedade que não o tenha, eu não teria qualquer dúvida em decidir que o meu interesse pessoal seria mais bem atendido com a primeira opção¹³⁸.

Para Dworkin, a liberdade de expressão tem, ao mesmo tempo, uma importância instrumental e uma importância constitutiva. A primeira concepção enfatiza que este direito “não é importante porque as pessoas têm o direito moral intrínseco de dizer o que bem

¹³⁸ RAZ, Joseph *apud* SUNSTEIN, Cass R. **#Republic**: divided democracy in the age of social media. Princeton: Princeton University Press, 2017, p. 63.

entenderem, mas porque a permissão de que elas o digam produzirá efeitos benéficos para o conjunto da sociedade”¹³⁹.

Dworkin ressalta que, embora relevante, esta concepção é limitada e não logra explicar em sua inteireza o valor atribuído à liberdade de expressão. Isso porque a perspectiva instrumental vincula-se mais estritamente a uma dimensão política, ou seja, à importância que tem a liberdade de expressão para o bom funcionamento da democracia e para a participação no debate público.

Apenas pela justificação instrumental, argumenta Dworkin, não seria possível fundamentar a razão da proteção concedida a discursos odiosos ou repugnantes - inclusive os racistas, aos quais a Suprema Corte norte-americana tem franqueado a proteção da Primeira Emenda (a exemplo da decisão proferida em *Brandenburg v. Ohio*, na qual o Tribunal considerou não ser possível punir um cidadão que, durante comício da Ku Klux Klan, vociferou que “o negro deve ser devolvido à África, o judeu a Israel”¹⁴⁰).

Portanto, a importância da liberdade de expressão somente poderia ser compreendida a contento a partir de sua justificação constitutiva, que não apenas destaca um viés consequencialista, mas também deposita sua importância no fato de que o Estado deve tratar todos os cidadãos adultos (exceto os incapazes) como agentes morais responsáveis¹⁴¹ e, enquanto tais, dignos de que não lhes seja sonegada uma opinião pelo receio paternalista de que não estejam aptos a ouvi-la.

Segundo Sunstein, “a informação (verdadeira) confere benefícios à sociedade como um todo, não apenas para aqueles que se expressam”¹⁴². Ele qualifica a informação como um verdadeiro “[...] ‘bem público’, no sentido técnico empregado pelos economistas: quando alguém sabe algo, a tendência é que outras pessoas também sejam beneficiadas”¹⁴³.

No que diz respeito a bens públicos, prossegue, “é perigoso confiar inteiramente em escolhas individuais”¹⁴⁴. Comparando a informação com outros interesses coletivos como a proteção do meio ambiente e a defesa nacional, argumenta que:

[...] agindo por conta própria, é improvável que aqueles que jogam lixo ou poluem de outra forma considerem os danos que imponham aos outros. Agindo por conta

¹³⁹ DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade**: a leitura moral da Constituição Norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 318-319.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 325.

¹⁴¹ Para uma abordagem da moralidade intrínseca a qualquer sistema jurídico e da visão do homem como agente responsável e dotado de dignidade, consultar: FULLER, Lon L. **A moralidade do direito**. Tradução: Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022.

¹⁴² RAZ, 2017, p. 63.

¹⁴³ SUNSTEIN, 2017, p. 147.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 147.

própria, é improvável que as pessoas contribuam para a defesa nacional, esperando que outros preencham a lacuna¹⁴⁵.

Mais uma vez, seria intuitivo pensar que a máxima efetividade desse direito, com estrutura de princípio, poderia ser alcançada por meio da disponibilização da maior quantidade possível de informações à disposição dos titulares do direito – em uma manifestação da sedimentada crença liberal na capacidade de autorregulação dos particulares em suas interações recíprocas.

No entanto, conforme será demonstrado oportunamente, no contexto fático que se desenhou nas últimas décadas, não necessariamente se chega a esta conclusão. Devido ao modelo de negócios recentemente desenvolvido pelos operadores de aplicações na internet, associado ao alcance e à profundidade que conquistaram nas esferas individuais e coletivas, constata-se uma erosão parcial no ideal do *free marketplace of ideas*.

2.1 A responsabilidade civil dos operadores pelo conteúdo gerado por terceiros na ótica do art. 19 do Marco Civil da Internet

O tema atinente à responsabilidade civil por danos decorrentes de conteúdos gerados por terceiros em provedores de aplicações de internet¹⁴⁶ é tratado nos artigos 18 a 21 da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), nos seguintes termos:

Art. 18. O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

§ 1º A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.

§ 2º A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal.

§ 3º As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de

¹⁴⁵ SUNSTEIN, 2017, p. 147.

¹⁴⁶ O artigo 5º, inciso VII, do Marco Civil da Internet conceitua “aplicações de internet” como “o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet”. Para mais informações, consultar a referência: BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, 23 abr. 2014.

personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais.

§ 4º O juiz, inclusive no procedimento previsto no §3º, poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Art. 20. Sempre que tiver informações de contato do usuário diretamente responsável pelo conteúdo a que se refere o art. 19, caberá ao provedor de aplicações de internet comunicar-lhe os motivos e informações relativos à indisponibilização de conteúdo, com informações que permitam o contraditório e a ampla defesa em juízo, salvo expressa previsão legal ou expressa determinação judicial fundamentada em contrário.

Parágrafo único. Quando solicitado pelo usuário que disponibilizou o conteúdo tornado indisponível, o provedor de aplicações de internet que exerce essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos substituirá o conteúdo tornado indisponível pela motivação ou pela ordem judicial que deu fundamento à indisponibilização.

Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

Parágrafo único. A notificação prevista no caput deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido.

Para analisar a solução de sopesamento conferida pela lei faz-se, necessário sublinhar alguns aspectos históricos relevantes.

Nos anos que precederam a promulgação do Marco Civil da Internet, três eram os principais entendimentos jurisprudenciais acerca da responsabilização de provedores por conteúdos publicados por terceiros:

(i) a sua não responsabilização pelas condutas de seus usuários; (ii) a aplicação da responsabilidade civil objetiva, ora fundada no conceito de risco da atividade desenvolvida, ora no defeito da prestação do serviço; e (iii) a responsabilidade de natureza subjetiva, aqui também encontrando-se distinções entre aqueles que consideram a responsabilização decorrente da não retirada de conteúdo reputado como lesivo após o provedor tomar ciência do mesmo (usualmente através de notificação da vítima) e os que entendem ser o provedor responsável apenas em caso de não cumprimento de decisão judicial determinando a retirada do material ofensivo¹⁴⁷.

¹⁴⁷ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Responsabilidade civil dos provedores de acesso e de aplicações e internet: evolução jurisprudencial e os impactos da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet). *In*: LEITE, George Salomão, et al. (Org.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 791-816.

Em especial no Superior Tribunal de Justiça (STJ), a tendência era o reconhecimento de responsabilidade subjetiva caso o provedor não removesse o conteúdo após notificação extrajudicial do ofendido (*notice and takedown*), tanto para os direitos autorais quanto para os direitos de personalidade.

Com o advento da Lei nº 12.965/2014, uma das intenções do legislador ao inaugurar um marco regulatório para a internet no Brasil foi a de dissolver as desconfianças da comunidade técnica e da sociedade civil relativas ao cerceamento da liberdade de expressão. Buscou-se, à época, deixar claro que a disciplina do Marco Civil não seria conivente com qualquer forma de censura prévia, por meio de um sólido compromisso com a proteção da liberdade de expressão, conforme pondera Carlos Affonso Pereira de Souza:

Durante o processo que levou à aprovação do Marco Civil, muitas foram as críticas destinadas ao então projeto de lei pelo simples fato de ele buscar estabelecer parâmetros para a regulação do uso da Internet no País. [...] a simples existência de uma lei para tratar de temas relacionados ao desenvolvimento da tecnologia pode ser vista como uma restrição à liberdade pretensamente existente justamente pela ausência de uma lei específica¹⁴⁸.

Não por outro motivo, Souza observa, ainda, que o texto da Lei nº 12.965/2014 faz referências à liberdade de expressão em oportunidades estratégicas como: (i) fundamento da disciplina do uso da internet no Brasil (artigo 2º, *caput*¹⁴⁹); (ii) princípio dessa disciplina (artigo 3º, inciso I¹⁵⁰); (iii) condição para o pleno exercício do direito de acesso à rede (artigo 8º, *caput*¹⁵¹); (iv) princípio norteador do regime de responsabilidades por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros (artigo 19, *caput* e parágrafo 2º¹⁵²).¹⁵³

¹⁴⁸ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. **As cinco faces da proteção à liberdade de expressão no marco civil da internet**. In: DE LUCCA, Newton, *et al.* (Org.). Direito & Internet III – Marco Civil da Internet, Lei 12.965/2014. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 377-408.

¹⁴⁹ Nos termos do Marco Civil da Internet (BRASIL, 2014, art. 2º): “Art. 2º A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como [...]”.

¹⁵⁰ Nos termos do Marco Civil da Internet (*Ibid.*, art. 3º): “Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal [...]”.

¹⁵¹ Nos termos do Marco Civil da Internet (*Ibid.*, art. 3º): “Art. 8º A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet [...]”.

¹⁵² Nos termos do Marco Civil da Internet (*Ibid.*, art. 19): “Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário [...]§ 2º A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal”.

Percebe-se, portanto, que o Marco Civil da Internet adotou solução mais conservadora que a tendência jurisprudencial que precedeu a sua promulgação, a qual incluía entendimentos tanto pela responsabilidade objetiva dos provedores pelo conteúdo publicado por terceiros, de forma análoga à responsabilidade do fornecedor, prevista no Código de Defesa do Consumidor (CDC); quanto pela responsabilização caso o conteúdo não fosse removido após notificação extrajudicial (*notice and takedown*).

Ao analisar a colisão entre os direitos fundamentais envolvidos, o legislador atribuiu maior peso à liberdade de expressão em relação à honra/privacidade/imagem, confiando ao Judiciário a tarefa de decidir, em definitivo, qual direito deveria prevalecer em cada caso concreto.

Voltando à representação gráfica:

Se o princípio P_1 tem precedência em face do princípio P_2 sob as condições C : ($P_1 \mathbf{P} P_2$) C , e se do princípio P_1 , sob as condições C , decorre uma consequência jurídica R , então, vale uma regra que tem C como suporte fático e R como consequência jurídica: $C \rightarrow R$ ¹⁵⁴.

O legislador de 2014, ao disciplinar as obrigações impostas aos provedores de aplicações de internet, estabeleceu uma relação de precedência *prima facie* do princípio veiculador da liberdade de expressão sobre os princípios referentes aos demais direitos fundamentais eventualmente molestados por conteúdos gerados por terceiros. O juízo quanto à relação de precedência definitiva, no entanto, foi reservado ao Judiciário, não apenas pelo próprio artigo 19 da Lei nº 12.965/2014, mas também por força do artigo 5º, inciso XXXV, da CRFB/88¹⁵⁵.

Nos termos da lei, o princípio veiculador da liberdade de expressão (P_1) tem precedência em face do princípio veiculador dos demais direitos fundamentais (P_2) sob as condições “ C ”: ($P_1 \mathbf{P} P_2$) C , sendo “ C ” a situação fática em que haja uma publicação gerada por terceiro em determinada aplicação de internet. A consequência jurídica “ R ” seria, portanto, a manutenção da publicação até ordem judicial específica em sentido contrário.

Ressalte-se que o que aqui se denomina “manutenção da publicação até ordem judicial específica em sentido contrário” equivale à ausência de dever jurídico de remoção do conteúdo, destinado à plataforma onde fora publicado. Nada impede, porém, que essa última o

¹⁵³ SOUZA, 2015, p. 377-408.

¹⁵⁴ ALEXY, 2015, p. 99.

¹⁵⁵ Nos termos da CRFB/88 (BRASIL, 1988, art. 5º, inciso XXXV): “Art. 5º [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

remova de maneira espontânea, por entender que a publicação viola os seus próprios termos de uso.

As exceções legais recaíram sobre as questões envolvendo direitos autorais, que deveriam observar legislação específica (artigo 19, parágrafo 2º), e sobre publicações envolvendo a chamada “pornografia de vingança” (artigo 21), nas quais a lei cria para o provedor o dever de remoção do conteúdo após notificação da vítima.

Nesta última hipótese, o legislador fez um juízo prévio de ponderação em que a intimidade prevaleceria sobre a liberdade de expressão, criando para as plataformas o dever jurídico de removê-las mediante mera notificação extrajudicial.

Aqui, procedeu-se à inversão do juízo de valor adotado como regra geral (precedência do direito à liberdade de expressão e à informação sobre os direitos de personalidade).

Presumiu o legislador que materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado teriam teor informativo ou de manifestação do pensamento menos relevante do que a honra e a imagem daquele que procede à notificação. Ademais, trata-se de conteúdo de fácil identificação objetiva, que deixa pouco espaço para dúvidas quanto à subsunção à descrição normativa.

O sopesamento considerou, ainda, que o direito fundamental à expressão, tutelado sob a forma de norma-princípio, contemplava não só a liberdade de os sujeitos manifestarem seu pensamento ou deixarem de manifestá-lo.

O direito fundamental considerava também o direito à informação, incluindo feixes de posições jurídicas relativas à liberdade de informar e de ser informado – o que se tornara especialmente relevante por promover o pluralismo de ideias em um contexto de expansão da internet enquanto alternativa aos meios de comunicação tradicionais.

Como habitualmente ocorre com o advento de leis de grande magnitude, como são os marcos regulatórios, a constitucionalidade do artigo 19 da Lei nº 12.965/2014 foi questionada em âmbito doutrinário.

Em artigo publicado em 2015, no qual discorrera sobre a inovação legislativa¹⁵⁶, Schreiber apontou deficiências na regulação recém-criada, uma vez que a liberdade de expressão na internet não poderia servir de pretexto para a consagração da irresponsabilidade dos provedores de aplicações, que, antes do advento da referida lei, vinham sendo condenados objetivamente pelos tribunais brasileiros à reparação de danos morais decorrentes de

¹⁵⁶ SCHREIBER, Anderson. Marco Civil da Internet: Avanço ou Retrocesso? A responsabilidade civil por danos derivado do conteúdo gerado por terceiro. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira. **Direito e Internet III**: Marco Civil da Internet, Lei nº 12.965/2014, Tomo II. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 277-305.

publicações de terceiros, seja com base na tese de defeito da prestação do serviço (artigo 14, *caput*, do CDC¹⁵⁷), seja com fulcro na teoria do risco da atividade (artigo 927, parágrafo único, do Código Civil¹⁵⁸).

Sustentou, ademais, a inconstitucionalidade do artigo 19, alegando que o dispositivo afrontaria os princípios da reparação integral do dano e da vedação ao retrocesso na tutela de outros direitos fundamentais que restariam vilipendiados pelo exercício indiscriminado e abusivo da liberdade de expressão, a exemplo da honra, da imagem e da privacidade.

Nessa linha, Schreiber argumentou a necessidade de resgate do entendimento jurisprudencial prévio à promulgação da norma criticada ou, no mínimo, a interpretação conforme a Constituição do artigo 19 para, a exemplo do artigo 21, compreender-se que a responsabilidade civil prescindiria de ordem judicial específica, exigindo-se tão somente a notificação extrajudicial para que restasse configurada.

Em defesa do acerto da solução normativa, Nunes, Teffé e Souza, a seu turno, defenderam que o dispositivo oferecia equilíbrio entre a liberdade de expressão – que seria gravemente prejudicada em caso de pressão legislativa para que as plataformas procedessem ao controle prévio de conteúdo – e os direitos do ofendido – a quem restaria preservado o recurso ao controle jurisdicional para remoção do conteúdo ilícito¹⁵⁹.

André Zonaro Giacchetta¹⁶⁰ endossou essa visão, argumentando que a Lei nº 12.695/2014, orientada pelo valor maior de evitar a censura, posicionou-se em favor da liberdade de expressão e de manifestação sem, entretanto, negligenciar os direitos das vítimas de publicações desabonadoras.

Deixado de lado, por enquanto, qualquer juízo de valor quanto à constitucionalidade do art. 19 do Marco Civil, o que cabe afirmar é que se trata de sopesamento concebido pelo legislador para mediar espécie de colisão diversa daquela surgido com o fenômeno de disseminação de desinformação *on-line*.

¹⁵⁷ “Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos [...]” (BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 11 set. 1990).

¹⁵⁸ “Art. 927 [...]Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Institui o Código Civil. Brasília, 10 jan. 2002).

¹⁵⁹ NUNES, Beatriz Laus Marinho; SOUZA, Carlos Affonso; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Responsabilidade civil de provedores. In: BOTTINO, Celina; LEMOS, Ronaldo; SOUZA, Carlos Affonso (org.). **Marco Civil da Internet: jurisprudência comentada**. 1. Ed. E-book. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

¹⁶⁰ GIACCHETTA, André Zonaro. Atuação e responsabilidade dos provedores diante das fake news e da desinformação. In: RAIS, Diogo (Org.). **Fake news: a conexão entre a desinformação e o direito**. 2. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

A Lei nº 12.965/2014 buscou resolver o conflito entre o direito fundamental à liberdade de expressão, de um lado, e à honra/privacidade/imagem, de outro, no contexto de publicações de usuários em provedores de aplicações na internet, por meio de relações de precedência *prima facie* entre estes e do recurso à responsabilidade civil como forma de restaurar os patrimônios eventualmente vilipendiados.

Como visto, ao cumprir o desiderato de estabelecer um sopesamento legislativo entre os direitos cujas colisões se propôs a resolver, o Marco Civil da Internet manifestou clara preferência pela liberdade de expressão.

2.2 Do Tema 987 do STF

A discussão quanto à constitucionalidade do artigo 19 do MCI teve repercussão geral reconhecida pelo STF no bojo do Recurso Extraordinário (RE) nº 1.037.396/SP (Tema 987)¹⁶¹.

No caso concreto referente ao RE 1.037.396/SP, a autora ingressara com ação de obrigação de fazer, consistente da exclusão de perfil falsamente atribuído à sua pessoa na rede social Facebook. O responsável pelo perfil falso proferia discursos indecorosos e irrogava ofensas contra amigos e familiares da parte autora, que acreditavam provirem dela própria.

A autora alega ter notificado a plataforma solicitando a exclusão do perfil, solicitação esta que, não sendo atendida, obrigou-a a acionar o Judiciário. Dentre os pedidos, além da exclusão do perfil falso, incluía-se a prestação de informações quanto ao IP (*internet protocol*) do computador a partir do qual o perfil havia sido criado, bem como indenização por danos morais.

A sentença julgou parcialmente procedentes os pedidos, determinando que a ré excluísse o perfil falso e informasse o número do IP responsável pela sua criação. A pretensão indenizatória, por outro lado, foi julgada improcedente. Irresignadas, ambas as partes

¹⁶¹ O Tema 987 dispõe, *in verbis*: “Discussão sobre a constitucionalidade do art. 19 da Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) que determina a necessidade de prévia e específica ordem judicial de exclusão de conteúdo para a responsabilização civil de provedor de internet, websites e gestores de aplicativos de redes sociais por danos decorrentes de atos ilícitos praticados por terceiros” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1037396 Repercussão Geral/ SP**. Tribunal Pleno. Ministro Relator Dias Toffoli, julg. 01 mar. 2018; public. 04 abr. 2018). Versando sobre questão semelhante, o Recurso Extraordinário nº 1.057.258/MG (Tema 533: “Dever de empresa hospedeira de sítio na internet fiscalizar o conteúdo publicado e retirá-lo do ar quando considerado ofensivo, sem intervenção do Judiciário”), também teve sua repercussão geral reconhecida e está pendente de julgamento. No entanto, os fatos subjacentes a este recurso paradigma ocorreram antes da promulgação do Marco Civil da Internet, razão pela qual o Tema 533 não será aqui abordado (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 533**. Ministro Relator Luiz Fux, Acórdão, Recurso Extraordinário 1057258 Repercussão Geral, jul. 20 jun. 2017).

interpuseram recurso inominado para a Turma Recursal, que reformou a sentença para julgar procedente o pedido de indenização por danos morais e julgar improcedente a obrigação de fornecer o número de IP solicitado.

O acórdão declarou a inconstitucionalidade incidental do artigo 19 do Marco Civil da Internet, por entender que, em primeiro lugar, a autora, na condição de usuária da rede social, equiparar-se-ia à figura do consumidor, nos termos do artigo 17 do CDC¹⁶². Assim sendo, a ausência de remoção do conteúdo, uma vez notificada a plataforma, ensejaria um fato do serviço, a atrair sua responsabilidade objetiva pela reparação dos danos causados.

Nesse sentido, segundo a Turma Recursal, a Lei nº 12.965/14 teria imposto obrigação excessivamente onerosa ao consumidor ao condicionar a cessação do ilícito à necessidade de ajuizamento de ação judicial¹⁶³.

No entender do órgão colegiado, o dispositivo afrontaria o artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição (“o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”¹⁶⁴), de modo que a omissão da plataforma, mesmo após notificação extrajudicial, configuraria dano moral indenizável.

Foi reconhecida a repercussão geral do tema, tombado sob o número 987, para a solução da controvérsia com a seguinte descrição:

Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 5º, incs. II, IV, IX, XIV e XXXVI, e 220, caput, §§ 1º e 2º, da Constituição da República, a constitucionalidade do art. 19 da Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) que impõe condição para a responsabilização civil de provedor de internet, websites e gestores de aplicativos de redes sociais por danos decorrentes de atos ilícitos de terceiros¹⁶⁵.

Até a data de conclusão desta pesquisa, o Tema 987 ainda não havia sido julgado¹⁶⁶.

2.3 Da inconstitucionalidade da responsabilização na forma do acórdão recorrido

A solução pretendida pela parte autora era a de que mera notificação extrajudicial do usuário que se sentisse lesado por determinada publicação fosse suficiente para criar para a

¹⁶² Nos termos do CDC (BRASIL, 2002, art. 17): “Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”.

¹⁶³ BRASIL, 2018.

¹⁶⁴ BRASIL, 1988.

¹⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário Virtual. **Tema 987**. RE 1037396/SP. Ministro Relator Dias Toffoli, julg. 01 mar. 2018; public. 04 abr. 2018.

¹⁶⁶ *Ibid.*

plataforma o dever de remover o conteúdo impugnado, sob pena de responder objetivamente pela reparação dos danos.

No entanto, conforme se argumenta a seguir, esse raciocínio implicaria a subversão de toda a lógica adotada pela Constituição Federal e pelo MCI.

Como visto, este último diploma conferiu precedência *prima facie* à liberdade de expressão, não criando para os provedores a obrigação de remoção de conteúdo (salvo nos casos de pornografia de vingança), sendo o Judiciário o *locus* adequado para, analisando os casos concretos, decidir sobre a ponderação definitiva entre a liberdade de expressão e os direitos de personalidade.

Caso se adotasse a solução pretendida pela autora (e sufragada pela Turma Recursal), a lógica se inverteria. Ao invés da liberdade de expressão, a precedência na proteção recairia sobre os direitos de personalidade: bastaria que o usuário notificasse à plataforma algum conteúdo que lhe desagradasse, e esta teria o dever de removê-lo.

Sob esse raciocínio, a lei atribuiria um peso maior à honra do usuário prejudicado, que poderia livremente notificar a plataforma e requerer sua remoção, mediante manifestação unilateral de vontade, por qualquer motivo, ainda que superficial ou fútil.

Em casos tais, a tendência do provedor seria não a de realizar uma análise quanto à lesividade do conteúdo, mas a de prontamente removê-lo. Não há razão para que a rede social insista em manter ativo um perfil que fora instada a remover, havendo a possibilidade, ainda, de ser condenada à indenização por danos morais caso o Judiciário entenda de forma diversa.

Portanto, na prática, conferir aos usuários o poder de solicitar a remoção de conteúdo, criando para as plataformas o dever jurídico de atendê-la, transformaria a notificação extrajudicial em uma manifestação de vontade vinculante, e equivaleria a cancelar verdadeira censura privada.

Certamente, é legítimo rediscutir o modelo construído pelo artigo 19, por exemplo, para incluir outras hipóteses de violações a direitos fundamentais dentre as exceções do artigo 21, criando para as plataformas o dever jurídico de remover, com agilidade, outras espécies de conteúdo, independentemente de ordem judicial.

Todavia, não se pode ignorar que é preciso apresentar razões especialmente fortes para justificar a inversão da precedência *prima facie* em favor da liberdade de expressão preconizada pelo artigo 19 do Marco Civil da Internet, em consonância com as diretrizes da Constituição Federal.

A visão ora esposada é a de que o potencial constrangimento dos usuários que se virem prejudicados em sua honra, imagem ou privacidade não é suficiente para garantir

precedência aos direitos de personalidade em nível abstrato, sob pena de se afetar seriamente a liberdade de expressão. Para eventuais excessos, subsiste o controle *a posteriori* pelo Judiciário.

Ademais, a instância adequada para este debate é o Poder Legislativo, no contexto de uma discussão mais abrangente sobre a regulação das atividades desenvolvidas pelos operadores de aplicações na internet, em que serão criados direitos e obrigações com caráter geral e abstrato.

2.4 Tema 987 e a responsabilidade dos provedores de aplicações quanto a temas de relevância coletiva

Nesse ponto, é imprescindível discernir entre o objeto a ser julgado no bojo do Tema 987 e a questão fática que, atualmente, tem justificado debates em diversos países do mundo quanto à necessidade de regulação das atividades de provedores de aplicações de internet. A identificação equivocada do problema pode conduzir a soluções, igualmente, equivocadas.

Não é difícil perceber que existem diferenças entre os casos análogos ao recurso paradigma do Tema 987 e, por exemplo, a divulgação de *hate speech* contra minorias, o planejamento de ataques multitudinários às instituições democráticas ou a disseminação de conteúdo desinformativo a fim de deturpar o resultado de eleições nacionais.

No entanto, a tônica das discussões até então travadas no julgamento do Tema 987 tem sugerido tendência diversa, situando ambas as espécies de conflitos em posição de relativa equivalência. Nos dias 28 e 29 de março de 2023, foi realizada audiência pública no STF, convocada pelos ministros Luiz Fux e Dias Toffoli (relatores dos Temas 533 e 987 da repercussão geral), com o seguinte propósito:

Os Senhores Ministros DIAS TOFFOLI e LUIZ FUX, Relatores, respectivamente, do RE nº 1.037.396/SP e do RE nº 1.057.258/RJ, (...) CONVOCAM AUDIÊNCIA PÚBLICA para ouvir o depoimento de autoridades e expertos sobre i) o regime de responsabilidade de provedores de aplicativos ou de ferramentas de internet por conteúdo gerado pelos usuários, e ii) a **possibilidade de remoção de conteúdos que possam ofender direitos de personalidade, incitar o ódio ou difundir notícias fraudulentas** a partir de notificação extrajudicial¹⁶⁷.

¹⁶⁷ BRASIL, 2018, grifo nosso.

Não se discute que as audiências públicas¹⁶⁸ podem abordar os temas de fundo a partir de um enfoque mais amplo que o necessário para a efetiva solução do caso concreto. Todavia, é preciso cautela para que demasiada amplitude não conduza a uma compreensão distorcida do problema originário, decorrente de dissídio envolvendo uma pessoa física e a rede social Facebook, com o objetivo de remover um perfil falso.

O teor dos discursos de abertura da audiência e das falas de alguns expositores faziam genérica alusão à necessidade de regulação da internet, mencionando questões que variavam desde a propagação massiva de desinformação sobre a pandemia de Covid-19 até o planejamento sistemático de homicídios em escolas, sobretudo entre os que defenderam a inconstitucionalidade do artigo 19 do Marco Civil da Internet¹⁶⁹.

Tais temas dizem respeito a problemáticas incontestavelmente gravíssimas, porém essencialmente diversas daquela vinculada ao Tema 987. O caso concreto que deu ensejo ao RE 1.037.396/SP diz respeito a conflitos entre indivíduos, sob a mediação de provedores de aplicação de conteúdo.

Eis o tipo de colisão entre direitos fundamentais que o artigo 19 se propôs a dissolver. O referido dispositivo pressupõe a ofensa a direito da personalidade de um titular identificado ou identificável, o qual, uma vez tomando conhecimento de conteúdo a si demeritório, teria meios de impugná-lo judicialmente.

No caso de postagens cujos prejudicados são indeterminados ou indetermináveis (a exemplo da desinformação), as ferramentas atualmente disponíveis no ordenamento conferem legitimação extraordinária a determinados entes para que provoquem o Judiciário por meio da ação coletiva cabível (artigo 5º da Lei nº 7.347/85¹⁷⁰). Ademais, nessas hipóteses,

¹⁶⁸ Sobre a convocação de audiências públicas, assim dispõe o artigo 13, inciso XVII, do Regimento Interno do STF: “Art. 13. São atribuições do Presidente: [...] XVII – convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral ou de interesse público relevante”. Ressalta-se que o inciso XVII do artigo 21, que trata das atribuições do relator, apresenta idêntica redação (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno** [recurso eletrônico]. Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisa e Gestão da Informação, 2023, p. 35-36. ISBN: 978-65-990124-7-1).

¹⁶⁹ Os vídeos da audiência pública estão disponíveis no canal do STF no Youtube, conforme as referências: AUDIÊNCIA Pública – Marco Civil da Internet. Vídeo. 2h56min05s. Publicado pelo Canal STF. 29 mar. 2023. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=pEFJYIqflGs>. Acesso em: 13 nov. 2023. AUDIÊNCIA Pública – Marco Civil da Internet (manhã). Vídeo. 2h54min35s. Publicado pelo Canal STF. 28 mar. 2023. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=AwTODpWW-3E>. Acesso em: 13 nov. 2023. AUDIÊNCIA Pública – Marco Civil da Internet (tarde). Vídeo. 4h28min54s. Publicado pelo Canal STF. 28 mar. 2023. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=q-yd8DrGfXke>. Acesso em: 13 nov. 2023.

¹⁷⁰ “Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre

frequentemente se trata de conteúdos em quantidades incontáveis, e não apenas de uma publicação específica. (Devido às características próprias da interação digital, o manejo de ações coletivas é claramente insuficiente à prevenção e à reparação dos danos infligidos a direitos fundamentais nesse contexto; faz-se esta observação quanto à legitimidade processual apenas para demarcar a diferença entre as espécies de conflitos.)

A sistemática de proteção a direitos fundamentais empreendida pelo Marco Civil da Internet não é um fenômeno isolado, mas, antes, é fruto de um contexto. Ao desempenhar seu *munus* público, o legislador delibera sobre problemas contemporâneos. Naturalmente, o resultado será a promulgação de leis carregadas de sopesamentos entre direitos fundamentais para solução de problemas familiares à época.

Do mesmo modo, a Lei nº 13.188/2015, que regulamenta o direito de resposta (artigo 5º, inciso V, da CRFB/88¹⁷¹), apresenta-se como ferramenta jurídica à disposição do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social.

Prescreve o artigo 2º, parágrafo 1º, desta lei:

Art. 2º [...] § 1º Para os efeitos desta Lei, considera-se matéria qualquer reportagem, nota ou notícia divulgada por veículo de comunicação social, independentemente do meio ou da plataforma de distribuição, publicação ou transmissão que utilize, **cujo conteúdo atente, ainda que por equívoco de informação, contra a honra, a intimidade, a reputação, o conceito, o nome, a marca ou a imagem de pessoa física ou jurídica identificada ou passível de identificação**¹⁷².

A redação do dispositivo descreve claramente que a lei se propôs a solucionar a colisão entre os direitos à liberdade de expressão e de informação, de um lado, e os direitos à honra, à intimidade, à reputação, ao conceito, ao nome, à marca ou à imagem de um ofendido identificado ou identificável. Eis o *leitmotiv* da norma¹⁷³.

concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico [...]” (BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Brasília, 24 jul. 1985).

¹⁷¹ Nos termos da CRFB/88 (BRASIL, 1988, art. 5º, inciso V): “Art. 5º [...] V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

¹⁷² BRASIL. **Lei nº 13.188, de 11 de novembro de 2015**. Dispõe sobre o direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social. Brasília, 11 nov. 2015, grifo nosso.

¹⁷³ Ideia condutora semelhante transparece nos artigos 58 e 58-A da Lei nº 9.504/97, ao disciplinar o direito de resposta em âmbito eleitoral. Pressupõe-se a existência de um ofendido identificado ou identificável (candidato, partido ou coligação), atingido, ainda que de forma indireta, por conceito, imagem ou afirmação caluniosa, difamatória, injuriosa ou sabidamente inverídica, difundidos por qualquer veículo de comunicação social. O assunto será retomado no próximo capítulo, por ocasião da análise da ADI 7.261/DF. No mesmo sentido, o artigo 14 do Pacto de San Jose da Costa Rica dispõe: “Artigo 14. Direito de retificação ou resposta. 1. Toda pessoa atingida por informações inexatas ou ofensivas emitidas em seu prejuízo por meios de difusão legalmente regulamentados e que se dirijam ao público em geral, tem direito a fazer, pelo mesmo órgão de

Em razão disso, eventual decisão que concluir pela inconstitucionalidade – ou pela necessidade de interpretação conforme a Constituição – do artigo 19 do Marco Civil, fatalmente, não trará respostas adequadas para a problemática mais abrangente de que ora se cuida.

Com as transformações do contexto fático em que se desenvolvem as atividades dos provedores de aplicações, surgiram dilemas que reivindicam novas soluções jurídicas. A questão se desvincula da esfera individual para adquirir contornos manifestamente coletivos, com diferentes pesos a serem atribuídos aos dispositivos de direitos fundamentais.

Conclui-se, portanto, que a solução legislativa para a colisão de princípios sobre direitos fundamentais titularizados por sujeitos identificados/identificáveis, no bojo de dissídios essencialmente individuais, não se confunde com as razões que ensejam a regulação de tal atividade econômica. A necessidade de um marco regulatório guarda pertinência, prioritariamente, com colisões entre princípios que envolvam algum interesse ou relevância coletiva.

O recurso paradigma do Tema 987 traduz um conflito tipicamente individual entre usuários de um serviço e a plataforma que o disponibiliza, e como tal deve ser tratado.

difusão, sua retificação ou resposta, nas condições que estabeleça a lei. 2. Em nenhum caso a retificação ou a resposta eximirão das outras responsabilidades legais em que se houver incorrido. 3. Para a efetiva proteção da honra e da reputação, toda publicação ou empresa jornalística, cinematográfica, de rádio ou televisão, deve ter uma pessoa responsável que não seja protegida por imunidades nem goze de foro especial” (BRASIL, 1992b).

3 LIBERDADE DE EXPRESSÃO E LIBERDADE DE INFORMAÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Passa-se, neste momento, a analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nos casos envolvendo, concomitantemente, ambos os princípios ora estudados, a fim de verificar como se têm configurado as colisões de direitos fundamentais nos casos apreciados; o peso que a Corte tem atribuído a cada um deles e os fundamentos fáticos e jurídicos subjacentes às suas *ratio decidendi*.

Para tanto, inicialmente, foram selecionados os acórdãos proferidos em controle concentrado de constitucionalidade e em julgamentos de mérito de recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida, no período compreendido entre janeiro/2009 e dezembro/2022, a partir dos seguintes parâmetros de busca inseridos na pesquisa de jurisprudência no *site* do Supremo Tribunal Federal: “liberdade de expressão” OU “liberdade de pensamento” OU “liberdade de imprensa” E “internet~25”.

No interregno escolhido, ocorreram eventos capazes de influenciar a abordagem do tema em debate, como o julgamento da emblemática Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 130/DF, a aprovação do Marco Civil da Internet, em 2014, e o vertiginoso crescimento do papel das redes sociais nas eleições democráticas, particularmente nos pleitos de 2018, 2020 e 2022.

A busca retornou 52 (vinte e dois) acórdãos proferidos em controle concentrado¹⁷⁴, dos quais 23 (vinte e três) foram excluídos por mencionarem os direitos à liberdade de expressão e à liberdade de informação de modo meramente tangencial ou subsidiário, não guardando pertinência relevante com a presente pesquisa.

Quanto aos acórdãos de mérito em recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida, a busca retornou 6 (seis) decisões¹⁷⁵, das quais uma¹⁷⁶ foi excluída pelos mesmos

¹⁷⁴ Em Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 2.566/DF, ADI 4.815/DF, ADI 5.970/DF, ADI 4.451/DF, ADI 2.404/DF, ADI 4.613/DF, ADI 3.481/DF, ADI 5.418/DF, ADI 6437/MT, ADI 5577/DF, ADI 4439/DF, ADI 6281/DF, ADI 3311/DF, ADI 5580/AL, ADI 6586/DF, ADI 4274/DF, ADI 5487/DF, ADI 5631/DF, ADI 5794/DF, ADI 5488/DF, ADI 7261/DF, ADI 6287/DF, ADI 5122/DF, ADI 4923/DF, ADI 5062/DF, ADI 5852/MS, ADI 5491/DF, ADI 5423/DF, ADI 3470/RJ, ADI 5355/DF, ADI 6565/DF, ADI 4874/DF, ADI 3937/SP, ADI 4650/DF, ADI 4638/DF e ADI 4271/DF; em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF 130/DF, ADPF 129/DF, ADPF 548/DF, ADPF 457/GO, ADPF 187/DF, ADPF 572/DF, ADPF 460/PR, ADPF 335/MG, ADPF 526/PR, ADPF 467/MG, ADPF 461/PR, ADPF 46/DF, ADPF 54/DF e ADPF 32/DF; em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão: ADO 26/DF.

¹⁷⁵ RE 1.010.606/RJ (Tema 786), RE 685.493/SP (Tema 562), RE 1.026.923/SP (Tema 1.039), RE 806.339/SE (Tema 855), RE 898.450/SP (Tema 838) e RE 1.070.522/SP (Tema 1.013).

¹⁷⁶ O RE 898.450/SP (Tema 838) versa sobre a constitucionalidade da proibição, contida em edital e concurso público, de ingresso em cargo, emprego ou função pública para candidatos que tenham certo tipo de tatuagem em seu corpo.

motivos da hipótese anterior, e outra¹⁷⁷ foi deslocada para abordagem no tópico subsequente, por ter aparecido em duplicidade.

Os 33 (trinta e três) acórdãos restantes - dos quais 29 (vinte e nove) são de controle concentrado e 4 (quatro) de recursos extraordinários -, foram agrupados conforme os temas correlatos predominantes, resultando em 6 (seis) categorias: (i) Direito Civil; (ii) Direito Eleitoral; (iii) comunicação social; (iv) educação; (v) direito de reunião; e (vi) livre iniciativa.

Em seguida, aplicou-se o parâmetro de busca “liberdade de expressão” OU “liberdade de pensamento” OU “liberdade de imprensa” E “internet~25”, no mesmo período da etapa anterior, com o propósito de avaliar os conflitos entre os direitos fundamentais especificamente no contexto da internet.

Foram encontrados os seguintes resultados: 19 (dezenove) acórdãos proferidos em controle concentrado de constitucionalidade¹⁷⁸, dos quais 15 (quinze) foram excluídos por não tratarem de liberdade de expressão na internet, em que pese o termo “internet” constasse na indexação, e 2 (dois) já haviam sido abordados no item anterior¹⁷⁹; 3 (três) acórdãos de mérito em recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida¹⁸⁰, dos quais um já havia sido tratado em item anterior¹⁸¹ e um tratava das liberdades de expressão e de informação de modo tangencial para os propósitos deste trabalho¹⁸².

A seguir, proceder-se-á à análise qualitativa dos acórdãos, com enfoque nos conflitos de direitos fundamentais ora estudados.

Nas ações de controle concentrado, em que o Tribunal Constitucional atua como legislador negativo, objetiva-se compreender a postura do STF quanto aos sopesamentos constantes dos enunciados normativos, validando-os ou rechaçando-os.

Nas ações subjetivas, o propósito é avaliar como o STF soluciona as colisões envolvendo tais direitos fundamentais, além de quais critérios utiliza para atribuir pesos a cada um deles sob as circunstâncias de cada caso concreto.

¹⁷⁷ O RE 1.010.606/RJ (Tema 786) versa sobre a aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil quando for invocado pela própria vítima ou por seus familiares.

¹⁷⁸ Em Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 6281/DF, ADI 2566/DF, ADI 5577/DF, ADI 5970/DF, ADI 3481/DF, ADI 6437/MT, ADI 7261/DF, ADI 5488/DF, ADI 5631/DF, ADI 5487/DF, ADI 5491/DF, ADI 5423/DF, ADI 3937/SP e ADI 4277/DF. Em Arguição de Descumprimento de Direito Fundamental: ADPF 130/DF, ADPF 572/DF, ADPF 722/DF, ADPF 548/DF, ADPF 548/DF e ADPF 132/RJ.

¹⁷⁹ ADPF 130/DF e ADI 2566/DF.

¹⁸⁰ RE 1010606/RJ (Tema 786), RE 330817/RJ (Tema 593) e RE 1070522/PE (Tema 1013).

¹⁸¹ RE 1070522/PE (Tema 1013).

¹⁸² O RE 330817/RJ (Tema 593) versa sobre a incidência da imunidade tributária objetiva do art. 150, inciso VI, alínea “d”, da Constituição aos livros eletrônicos ou digitais.

3.1 Liberdade de expressão e de informação

Neste tópico, serão analisados os acórdãos encontrados, no site do Supremo Tribunal Federal, a partir dos parâmetros de busca “liberdade de expressão” OU “liberdade de pensamento” OU “liberdade de imprensa” E “internet~25”.

Como mencionado acima, foram encontrados 29 (vinte e nove) acórdãos em controle concentrado e 4 (quatro) acórdãos de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, os quais foram agrupados em 6 (seis) categorias: (i) Direito Civil; (ii) Direito Eleitoral; (iii) comunicação social; (iv) educação; (v) direito de reunião; e (vi) livre iniciativa.

Tendo em vista a inviabilidade de se proceder a uma análise qualitativa verticalizada dos 33 (trinta e três) acórdãos dentro dos limites deste trabalho, e considerando ainda que há decisões cujas circunstâncias jurídicas se assemelham em seus aspectos principais, foram selecionados os acórdãos mais representativos dentro de cada categoria, procurando-se preservar a maior diversidade possível de argumentos e de temas abordados.

3.1.1 Direito Civil

Nesta categoria, serão abordadas a ADPF 130/DF (não-recepção da Lei de Imprensa), julgada em abril de 2009; a ADI nº 4.815/DF (constitucionalidade das biografias não autorizadas), julgada em junho de 2015; a ADI 2.566/DF (inconstitucionalidade da vedação ao proselitismo em rádio comunitária), julgada em maio de 2018, e o RE 685.493 (Tema 562 – colisão entre liberdade de expressão de agente político e honra de terceiro), julgado em maio de 2020.

3.1.1.1 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130

Na ADPF 130, ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista, tencionava-se a declaração de não-recepção integral da Lei de Imprensa – Lei nº 5.250/67. Alternativamente, o pedido compreendia a declaração de não-recepção de parcela de seus dispositivos, bem como a interpretação conforme a Constituição de todos os dispositivos da referida lei.

A liberdade de imprensa, concebida como direito abrangente que comporta a liberdade de expressão e de manifestação do pensamento, é descrita como “irmã siamesa da democracia”.

O julgado em análise, sobretudo na lavra do voto do ministro-relator Ayres Britto, situou a liberdade de imprensa em posição sempre indissociável do princípio democrático, que, por sua vez, é o “valor-teto da Constituição, em rigor de Ciência, porque acima da democracia não há outro valor coletivo senão já situado do lado de fora de toda positividade jurídica brasileira”¹⁸³.

Portanto, a liberdade de imprensa em seu formato mais irrestrito e desvinculado de restrições estatais seria a fórmula mais próxima da concretização dos ideais democráticos.

Eventuais excessos seriam naturalmente coibidos e expurgados do sistema, por meio dos seus próprios mecanismos autorregulatórios, dos contrapontos trazidos a lume por meios de comunicação concorrentes e da reação da própria audiência.

Segundo essa linha de raciocínio, as liberdades de imprensa, de expressão e de manifestação do pensamento constituiriam um bloco de princípios que expressam direitos de personalidade na condição de “sobredireitos”, ou seja, que teriam precedência em relação a um segundo bloco de direitos da personalidade aos quais se refere o *caput* do artigo 220 da CRFB/88, que faz remissão aos incisos IV, V, X, XIII e XIV, também da Constituição Brasileira de 1988.

Segundo voto da lavra do ministro-relator Ayres Britto, os direitos referentes às liberdades de imprensa, de expressão, de informação integrariam a categoria de “sobredireitos”, gozando de precedência absoluta, feita antecipadamente pela Constituição, sobre aqueles concernentes aos demais direitos de personalidade.

Nesse sentido, restaria assegurado ao particular exercê-los sem qualquer tipo de restrição *a priori* (o que configuraria censura) e, caso prejudicados os direitos de terceiros, a solução se daria a partir de mecanismos repressivos como indenização civil ou persecução penal por calúnia, injúria ou difamação.

Como consequência lógica do posicionamento que defendera, o ministro faz a ressalva de que as liberdades de pensamento e de expressão sequer devem ser consideradas normas-princípio, teorizadas com profundidade nas obras de Robert Alexy e Ronald Dworkin. Forte nesses argumentos, o ministro-relator votou pela procedência integral dos pedidos deduzidos na ADPF.

O ministro Menezes Direito, da mesma forma, concluiu pela não-recepção integral da Lei de Imprensa pela CRFB/88. Em seu voto, atribuiu à liberdade de imprensa função

¹⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130/DF**. Ministro Relator Carlos Britto, 30 abr. 2009, p. 40.

dúplice: como um direito e como uma instituição política, situando-a em grau de importância, até mesmo, superior à do voto para a manutenção da ordem democrática.

Segundo argumenta, “[...] a democracia, para subsistir, depende de informação e não apenas do voto [...] Dito de outro modo: os regimes totalitários convivem com o voto, nunca com a liberdade de expressão¹⁸⁴”.

É fato que o ministro não defendeu a precedência absoluta da liberdade de expressão sobre os demais direitos da personalidade, admitindo a possibilidade de mediação do Estado com vistas a assegurar a proteção de ambos os grupos de princípios em conflito. No entanto, sugeriu que o *locus* adequado a essa regulação seria o Judiciário, em especial a Suprema Corte. Desse modo, arremata que “não é possível legislar com conteúdo punitivo, impeditivo do exercício da liberdade de imprensa”¹⁸⁵.

No entendimento do ministro Gilmar Mendes, a redação do artigo 220, parágrafo 1º da CRFB/88 ao dispor que “nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social”, traduz enunciado apenas aparentemente negativo, eis que, em seguida, o próprio dispositivo faz ressalva ao contido nos incisos IV, V, X, XIII e XIV do artigo 5º, também da CRFB/88.

Em outras palavras, tratar-se-ia de uma reserva legal qualificada, de modo que o exercício da liberdade de imprensa haveria de respeitar os direitos de personalidade, tais como a honra, a vida privada, a intimidade e a imagem de terceiros. Desse modo, considerando que tais princípios constituem restrições à liberdade de imprensa legitimadas pela própria Constituição, o ministro Gilmar Mendes votou pela procedência parcial da ação, mantendo-se os dispositivos correspondentes à regulamentação do direito de resposta (artigos 29 a 36 da Lei de Imprensa).

O raciocínio foi traçado, basicamente, em duas etapas. A primeira assentou que a liberdade de imprensa não constitui direito inexpugnável à atuação do legislador, apesar de o texto constitucional assegurar-lhe o gozo de forma “plena”. A segunda diz respeito ao fato de que o direito de resposta, também contemplado pela CRFB/88 (artigo 5º, inciso V, da CRFB¹⁸⁶), reivindicaria a conformação legislativa, de modo a garantir-lhe o regular exercício.

Apesar de os votos comportarem pontuais divergências jurídicas em relação ao caráter *prima facie* e definitivo a ser conferido ao princípio da liberdade de expressão (ou mesmo se ele deve ser considerado um princípio, conforme sustentado pelo ministro-relator), é possível

¹⁸⁴ BRASIL, 2009, p. 91.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 93.

¹⁸⁶ Nos termos da CRFB/88 (BRASIL, 1988, art. 5º, inciso V): “Art. 5º [...] V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

identificar algumas premissas fáticas a eles subjacentes, que foram determinantes para o resultado do julgamento.

Uma das premissas fáticas foi a de que a imprensa é pautada pela lógica da autorregulação “ [...] como mecanismo de permanente ajuste de limites da sua liberdade [...]”¹⁸⁷, que constantemente a aprimora contra abusos. O risco da perda de audiência seria um antídoto natural contra desvios e reafirmaria o compromisso com a fidedignidade das informações.

No julgamento, traçou-se uma estreita relação entre a liberdade de imprensa, o pensamento crítico e, em última análise, a democracia, no sentido de oferecer ao público uma versão dos fatos alternativa à divulgada pelos meios oficiais de comunicação.

A imprensa é qualificada como “ [...] o mais acessado e por isso mesmo o mais influente repositório de notícias do cotidiano [...]”¹⁸⁸, uma “ [...] alternativa à explicação ou versão estatal de tudo que possa repercutir no seio da sociedade [...]”¹⁸⁹. À época, portanto, os meios de comunicação tradicionais exerciam franca predominância na atividade de divulgar informações.

Até então, a internet exercia influência tão reduzida para o assunto que os ministros praticamente não a mencionam. Exceção feita ao voto do ministro Ayres Britto, que excepciona a internet do conceito de imprensa, por falta de previsão constitucional.

Por não guardar qualquer compromisso de fidelidade a um projeto de governo, a imprensa livre seria a antípoda de um pensamento “[...] sectariamente urdido, ou então superficialmente engendrado, quando não maquinadamente elaborado para distorcer fatos e biografias [...]”¹⁹⁰.

Portanto, eventuais excessos no exercício da liberdade de imprensa seriam reparados pelo instrumental jurídico já existente, a saber, os princípios constitucionais que lhe servem de reserva qualificada, o direito à reparação por danos morais e a imputação de sanções penais em caso de crimes contra a honra.

Tais balizas éticas, associadas à proibição de monopólio e oligopólio dos meios de comunicação social (artigo 220, parágrafo 5º, CRFB/88) constituiriam moduladores suficientes a promover uma eficiente autorregulação do setor, que deveria permanecer infenso, na maior medida possível, à ingerência estatal.

¹⁸⁷ BRASIL, 2009, p. 9.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 24.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 3.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 29.

3.1.1.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.566/DF

Trata-se de ação de controle concentrado ajuizada pelo Partido da República (PR) alegando a inconstitucionalidade do artigo 4º, parágrafo 1º, da Lei 9.612/98¹⁹¹, que institui o serviço de radiodifusão comunitária.

A inicial alegava que o dispositivo violaria o artigo 5º, incisos IV, VI, IX e 220 da Constituição Federal, legitimando a prática de censura e infringindo a liberdade de expressão, de manifestação do pensamento, de consciência e de crença. O pedido foi julgado procedente por maioria de votos, vencidos os ministros Alexandre de Moraes e Luiz Fux.

Do ponto de vista da liberdade de expressão, é possível destacar que, caso o preceito normativo se referisse à programação dos serviços de radiodifusão comercial, regido pela Lei 8.666/93 (e/ou pela Lei 14.133/21), e sujeitos ao modelo concorrencial, a proibição consistiria em clara interferência indevida na liberdade de manifestação do pensamento e na liberdade de iniciativa das emissoras.

O elemento distintivo, portanto, é o fato de a radiodifusão comunitária constituir serviço revestido de maior interesse público, regido por legislação específica (Lei 9.612/98). Nesse sentido, devem ser identificados, sobretudo nos votos vencidos, quais argumentos justificariam a diferença de tratamento normativo destinada, especificamente, aos serviços de radiodifusão comunitária.

Os ministros que julgaram a norma constitucional evidenciaram a teleologia da norma, que buscava evitar a captura das rádios comunitárias por grupos políticos ou religiosos locais, que se apoderariam de sua estrutura para promover o discurso sectário e asfixiar a manifestação de grupos dissidentes.

Argumentaram, ainda, que o desenho institucional das rádios comunitárias se distancia do ideal *marketplace of ideas*, eis que operam com exclusividade (artigos 9º, *caput*¹⁹² e 10, *caput* e parágrafo único¹⁹³, ambos da Lei nº 9612/98), geralmente em localidades afastadas

¹⁹¹ “Art. 4º [...] § 1º É vedado o proselitismo de qualquer natureza na programação das emissoras de radiodifusão comunitária” (BRASIL. Lei nº 9.612, de 19 de fevereiro de 1998. Institui o Serviço de Radiodifusão Comunitária e dá outras providências. Brasília, 19 de fevereiro, 1998).

¹⁹² Nos termos da Lei nº 9.612/98 (*Ibid.*, art. 9º): “Art. 9º Para outorga da autorização para execução do Serviço de Radiodifusão Comunitária, as entidades interessadas deverão dirigir petição ao Poder Concedente, indicando a área onde pretendem prestar o serviço”.

¹⁹³ Nos termos da Lei nº 9.612/98 (*Ibid.*, art. 10): “Art. 10. A cada entidade será outorgada apenas uma autorização para exploração do Serviço de Radiodifusão Comunitária. Parágrafo único. É vedada a outorga de autorização para entidades prestadoras de qualquer outra modalidade de Serviço de Radiodifusão ou de serviços de distribuição de sinais de televisão mediante assinatura, bem como à entidade que tenha como integrante de seus quadros de sócios e de administradores pessoas que, nestas condições, participem de outra entidade detentora de outorga para exploração de qualquer dos serviços mencionados”.

dos centros urbanos. Portanto, segundo os votos vencidos, a melhor forma de promover o pluralismo das informações e a liberdade de expressão seria, justamente, a de proibir o discurso proselitista.

Perceba-se que o presente caso não versa exatamente sobre os pesos a serem atribuídos aos princípios colidentes, uma vez que os julgadores estão de acordo quanto às características do estado de coisas a ser perseguido.

Nenhum dos votos proferidos, ainda que com conclusões diametralmente opostas, contestou a relevância da finalidade da norma de evitar discursos autoritários ou sectários, fomentando o pluralismo de ideias.

No entanto, divergiram quanto aos meios eleitos pelo legislador para atingi-lo, ou seja, sobre eventual excesso no exercício de sua discricionariedade: para uns, esta finalidade seria obtida por meio de uma legítima restrição à liberdade de expressão a partir da proibição ao proselitismo; para outros, a restrição em comento ensejaria óbice indevido à consecução desta finalidade.

A questão principal, portanto, é definir se a proibição do proselitismo, enquanto medida destinada a promover o pluralismo de ideias, ensejaria restrição inconstitucional às liberdades de expressão, de informação e religiosa. No caso concreto, a maioria dos ministros respondeu afirmativamente.

Decidiu-se que o regime jurídico de direito público não afasta as vedações constitucionais à censura (artigo 5º, inciso IX, e art. 220, §2º, da CRFB/88). Apesar de o dispositivo não se amoldar à roupagem da censura típica da ditadura militar – em que as obras artísticas eram submetidas ao crivo do Estado antes de serem divulgadas – a vedação, *a priori*, em caráter geral, de um certo tipo de discurso teria efeitos equivalentes a propósitos censórios.

Considerando que a liberdade de expressão goza de posição preferencial no ordenamento jurídico, eventuais restrições vêm acompanhadas de um alto ônus argumentativo. Assim, diante de situação em que a mesma finalidade pode ser atingida com ou sem a imposição de restrições, revelar-se-ia correto privilegiar entendimento que afasta tais constrições ao direito.

Saliente-se que a vedação legal adentra o território movediço que pretende promover o controle qualitativo da programação, ou seja, a intervenção estatal no que diz respeito ao conteúdo de cada informação veiculada. Trata-se de hipótese distinta, portanto, da determinação legal de que sejam reservados percentuais mínimos de programação nacional

pelos serviços de televisão por assinatura (artigo 16 da Lei 12.485/11¹⁹⁴), conforme será analisado adiante, na ADI 4.923/DF.

Do mesmo modo, a identificação do conteúdo para fins de cumprimento do artigo 16 da Lei 12.485/11 – se nacional ou estrangeiro – tem caráter eminentemente objetivo, que enseja pouca margem a controvérsias. Ao contrário, “proselitismo” ostenta característica de conceito jurídico indeterminado, o que dificulta a pronta e incontestada identificação de um dado conteúdo como violador da norma.

A definição do termo, constante no artigo 7º, inciso IV, da Portaria 4.334/15 do Ministério das Comunicações¹⁹⁵, tampouco esclarece o seu significado com a precisão que a hipótese requer. Tal circunstância abre margem de interpretação para classificar um amplo espectro de conteúdos sob o rótulo de proselitismo, o que constringe indevidamente a liberdade de expressão.

Outro argumento, não suscitado nos votos, é o de que a finalidade pretendida pela norma pode ser atendida por medida menos gravosa, de modo que a restrição não sobrevive ao teste da proporcionalidade (na subespécie “necessidade”).

Com efeito, a Lei 9.612/98 estabelece, em seu artigo 11, a vedação de que as entidades autorizadas do serviço de radiodifusão comunitária mantenham vínculos que as subordinem “[...] à gerência, à administração, ao domínio, ao comando ou à orientação de qualquer outra entidade, mediante compromissos ou relações financeiras, religiosas, familiares, político-partidárias ou comerciais”¹⁹⁶.

3.1.1.3 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815/DF

Nesta ação de controle concentrado, o STF julgou procedente o pedido “para dar interpretação conforme à Constituição aos artigos 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua

¹⁹⁴ “Art. 16. Nos canais de espaço qualificado, no mínimo 3h30 (três horas e trinta minutos) semanais dos conteúdos veiculados no horário nobre deverão ser brasileiros e integrar espaço qualificado, e metade deverá ser produzida por produtora brasileira independente” (BRASIL. **Lei nº 12.485, de 12 de setembro de 2011**. Dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado; altera a Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e as Leis nºs 11.437, de 28 de dezembro de 2006, 5.070, de 7 de julho de 1966, 8.977, de 6 de janeiro de 1995, e 9.472, de 16 de julho de 1997; e dá outras providências. Brasília, 12 set. 2011a).

¹⁹⁵ “Art. 7º [...] IV – proselitismo: todo empenho ativista que, por meio da programação da emissora comunitária, objetive conseguir adeptos para uma doutrina, filosofia, religião ou ideologia” (BRASIL. Ministério das Comunicações. **Portaria nº 4.334, de 17 de setembro de 2015**. Dispõe sobre o serviço de radiodifusão comunitária. 21 set. 2015, ed. 180, seção 1, p. 71, local. 3).

¹⁹⁶ BRASIL, 1998.

expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo por igual desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas ou ausentes)”¹⁹⁷.

Em síntese, a problemática enfrentada consistia no fato de que o artigo 20, *caput*, do Código Civil¹⁹⁸, em interpretação literal, permitia concluir que o direito à publicação de obras biográficas estaria subordinado ao prévio consentimento do biografado ou de seus familiares vivos.

Conforme argumentado pela parte autora, essa vinha sendo a interpretação corrente no Judiciário, o que ensejava sérias limitações à edição e circulação de tais obras, cujo conteúdo, na prática, acabava passando por um rígido controle prévio dos particulares envolvidos. Além de interferirem na narrativa dos fatos, as famílias dos biografados, muitas vezes, condicionavam sua anuência ao pagamento de vultosas somas em dinheiro.

Segundo se depreende do voto da maioria dos ministros, a questão a ser decidida dizia respeito à colisão entre os princípios dos direitos fundamentais à liberdade de expressão e de informação, e os princípios dos direitos fundamentais à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem do biografado.

Para a ministra-relatora Cármen Lúcia, não se tratava efetivamente de uma colisão, mas de um conflito aparente das normas inscritas nos incisos V, VI, IX, X e XIV do artigo 5º, e no artigo 220 da CRBF/88. Isso porque o próprio texto constitucional já forneceria a solução ao assegurar, no artigo 5º, inciso X, a reparação por danos morais e materiais como consequência da violação aos direitos da personalidade. Ademais, o artigo 220 proibiria qualquer forma de censura, inclusive a privada, tornando incompatível com a Constituição todo tipo de controle prévio a incidir sobre o conteúdo das obras.

Esta questão técnica não foi debatida com profundidade, pois, ao final, todos os julgadores concordaram quanto ao resultado: a inconstitucionalidade da interpretação que condicione a publicação de biografias à prévia anuência dos interessados.

No entanto, não se pode deixar de ressaltar a inviabilidade de se adotar o raciocínio esposado pela ministra-relatora. Lança-se mão dos critérios de solução dos conflitos aparentes

¹⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815/DF**. Ministra Relatora Cármen Lúcia, Inteiro Teor do Acórdão, 10 jun. 2015, p. 3.

¹⁹⁸ Nos termos do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002, art. 20): “Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais”.

de normas – hierárquico, cronológico e de especialidade – quando duas ou mais normas infraconstitucionais são, à primeira vista, aplicáveis a determinado caso concreto. Não são, portanto, compatíveis com a resolução de conflitos entre normas da própria Constituição.

O que se opera neste caso, no qual a Corte se debruça sobre uma interpretação específica dos artigos 20 e 21 do Código Civil¹⁹⁹, é uma autêntica colisão entre princípios de direitos fundamentais: de um lado, os princípios que inspiram e autorizam a interpretação literal desses dispositivos, referentes aos direitos de personalidade; de outro, os princípios de direitos às liberdades de expressão e de informação.

A questão central a ser decidida consistia, portanto, na apreciação da ponderação feita pelo legislador ao estabelecer uma relação de precedência daqueles em relação a estes últimos, em se tratando de obras biográficas. A ilegitimidade desta ponderação legislativa ensejaria, assim, a inconstitucionalidade da norma.

Nos termos da antecipação ao voto do ministro Barroso, a conclusão alcançada pelo Tribunal pode ser assim sintetizada: “[...] o modo como Código Civil conduziu esta ponderação importa numa subordinação da liberdade de expressão aos direitos de personalidade e, portanto, o Código Civil, em violação, a meu ver, ao princípio da unidade da Constituição, produziu uma hierarquização entre normas de direito fundamental [...]”²⁰⁰.

Esta ponderação, no entender do ministro, teria estabelecido uma hierarquia estanque entre os princípios, em permanente desfavor da liberdade de expressão, razão pela qual seria inconstitucional submeter a publicação de obras biográficas ao consentimento do biografado ou de sua família.

Sobre o tema, é relevante consignar ressalva feita pelo ministro Gilmar Mendes, no sentido de que o art. 220, §1º da CRFB/88²⁰¹ não interdita a edição de leis sobre a matéria, mas tão somente daquelas que embarquem o direito à informação. Isso porque também incumbe ao legislador, além de abster-se de promover ingerências indevidas sobre o direito, o dever de protegê-lo.

Em termos gerais, a conclusão do Tribunal considerou que o cerceamento do direito de retratar a vida de personagens coletivamente relevantes significaria restringir sobremaneira a

¹⁹⁹ Nos termos do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002, art. 21): “Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

²⁰⁰ BRASIL, 2015, p. 3.

²⁰¹ Nos termos da CRFB/88 (BRASIL, 1988, art. 220, §1º): “Art. 220 [...] § 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”.

liberdade de expressão e o direito à divulgação de informações de historiadores e escritores, assim como o direito à obtenção de informação pertencente a cada cidadão.

A necessidade de consentimento equivaleria, portanto, à censura privada, inadmitida pelo art. 220, §1º, da CRFB. Desse modo, a imprescindibilidade de autorização do biografado negaria vigência à eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Em caso de violação, o prejudicado poderia se valer dos mecanismos jurídicos existentes – indenização por danos materiais e morais, direito de resposta, tutela inibitória e quaisquer outras que se fizerem necessárias no caso concreto, determinadas segundo o poder geral de cautela do juiz. A composição dos interesses haverá de ser, sempre, *a posteriori*, o que, segundo os ministros, permitiria que nenhum dos valores envolvidos fosse totalmente sacrificado na quase totalidade dos casos²⁰².

3.1.1.4 Recurso Extraordinário 685.493/SP (Tema 562 da Repercussão Geral)

O presente caso trata da colisão entre os princípios correspondentes aos direitos fundamentais à liberdade de expressão e à honra. A peculiaridade é que, ao contrário do que ordinariamente ocorre, o emissor da mensagem (e, portanto, titular da liberdade de expressão) era um agente público, e seu conteúdo dizia respeito a fatos relativos ao exercício de suas funções – o episódio conhecido como “grampo do BNDES”.

Na origem, a ação fora ajuizada por Carlos Francisco Ribeiro Jereissati, empresário, contra o ex-ministro das Comunicações Luiz Carlos Mendonça de Barros, pleiteando reparação por danos morais em razão de declarações públicas externadas por este, nas quais alegadamente imputava àquele a prática de crimes.

Em 1998, foram divulgadas na revista *Época* conversas telefônicas entre o então ministro das Comunicações (Luiz Carlos Mendonça) e André Lara Resende, na ocasião, presidente do BNDES. A interceptação telefônica havia ocorrido de modo clandestino, porquanto ausente notícia da existência de ordem judicial a autorizá-la. O teor das conversas sugeria a preferência do ministro pela vitória de um dos consórcios que disputariam a licitação de privatização do grupo Tele Norte Leste, certame este do qual o empresário Carlos Francisco, ora autor da ação, viria a participar.

A título de esclarecimento dos fatos perante a mídia e a Polícia Federal, o então ministro das Comunicações afirmava acreditar que o vazamento das fitas cassete contendo as

²⁰² BRASIL, 2015, p. 22.

conversas seria atribuível a Luiz Carlos Mendonça de Barros, seu desafeto político. As declarações não insinuavam que a gravação fora empreendida por Carlos Jereissati, mas apenas o seu vazamento. As suspeitas foram, ainda, proferidas em tom de incerteza.

No juízo de origem, o pedido foi julgado improcedente, entendendo o magistrado que não havia ilícito indenizável decorrente da conduta do ex-ministro. Em apelação, a sentença foi mantida quase em integralidade pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP), que a reformou apenas quanto ao valor dos honorários de sucumbência.

O acórdão do TJ/SP foi reformado pelo STJ em recurso especial, que reconheceu o direito à reparação por danos morais no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), sob o fundamento de que as declarações do réu, lançando suspeitas sobre o autor, teriam abalado sua honra objetiva e prejudicado seus negócios na condição de empresário.

Por fim, o STF deu provimento ao recurso extraordinário interposto por Luiz Carlos Mendonça para reformar o acórdão proferido pelo STJ, resgatando o entendimento outrora adotado pelos juízos de primeira e segunda instâncias.

Da argumentação empreendida no âmbito do STF, inicialmente, assentou-se o entendimento de que ministros de Estado não gozam da prerrogativa de imunidade parlamentar inscrita no artigo 53, *caput*, da CRFB/88²⁰³, sendo incabível a interpretação extensiva.

Por outro lado, não há que se equiparar a liberdade de expressão dos agentes políticos àquela conferida aos agentes privados. O ministro Edson Fachin consignou em seu voto que:

[...] para se averiguar eventual excesso no exercício da liberdade de expressão de alguém e, por conseguinte, autorizar necessária indenização relativa aos danos causados, é preciso, antes, avaliar elementos como: (i) quem foi o emissor da manifestação; (ii) em que ambiente esta foi exteriorizada; e (iii) em qual contexto a proferiu²⁰⁴.

Nesse sentido, ao analisar os limites da liberdade de expressão, conclui-se que tanto o emissor quanto o contexto da mensagem importam. Assim, se é certo que os titulares de cargos públicos têm sua intimidade tutelada em intensidade menor, também é certo que as manifestações proferidas no exercício da função gozam de maior proteção, por força do princípio constitucional da liberdade de expressão.

²⁰³ Nos termos da CRFB/88 (BRASIL, 1988, art. 53, *caput*): “Art. 53. Ao ex-combatente que tenha efetivamente participado de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial, nos termos da Lei nº 5.315, de 12 de setembro de 1967, serão assegurados os seguintes direitos [...]”

²⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Recurso Extraordinário nº 685.498/SP**. Ministro Relator Marco Aurélio, Inteiro Teor do Acórdão, 22 maio 2020f, p. 23.

Constata-se, mais uma vez, que os votos tendem a referir-se à liberdade de informação como um dos conteúdos integrantes da liberdade de expressão.

Na perspectiva defendida por este trabalho, conforme será oportunamente detalhado, ambas constituem princípios de conteúdo e força normativa autônomos. No entanto, neste caso a peculiaridade não produziria efeitos práticos, eis que, de todo modo, a liberdade de informação constituiria peso a militar em favor da liberdade de expressão.

A tese de repercussão geral fixada foi a seguinte: “[A]nte conflito entre a liberdade de expressão de agente político, na defesa da coisa pública, e honra de terceiro, há de prevalecer o interesse coletivo, da sociedade, não cabendo potencializar o individual”²⁰⁵.

Tal como firmada, a tese sugere que o Tribunal concluiu pela existência de uma precedência estanque e imutável sempre que a liberdade de expressão (P₁) de agente político, no exercício de suas funções, colidir com a honra de terceiro (P₂).

Em se tratando do produto do julgamento de um caso concreto, seria recomendável especificar ao máximo as circunstâncias que compõem o suporte fático da regra correspondente à lei de colisão, elencando todas as condições relevantes para o desfecho do caso, a fim de que esta lei de colisão possa ulteriormente servir de suporte argumentativo.

Da leitura dos votos, observa-se que o fato de o agente público não ter imputado ao terceiro, peremptoriamente, a prática de crime, constituiu um dos fatores decisivos.

Assim, buscando extrair do acórdão todos os elementos determinantes ao julgamento, uma possível lei de colisão seria: “ante conflito entre a liberdade de expressão de agente político, na defesa da coisa pública, e honra de terceiro, há de prevalecer o interesse coletivo, não cabendo potencializar o individual, desde que o agente público não impute ao terceiro a prática de crime”²⁰⁶.

3.1.2 Direito eleitoral

Nesta categoria, será abordada a ADI 4.451/DF (inconstitucionalidade de dispositivos legais que proíbem às emissoras de rádio e televisão que utilizem recursos de áudio e vídeo que degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação, bem como que veiculem propaganda política ou manifestem opinião favorável ou contrária a candidato, partido ou coligação), julgada em junho de 2018.

²⁰⁵ BRASIL, 2020f, p. 1.

²⁰⁶ *Ibid.*

Os demais acórdãos deste grupo – ADI 5.970/DF, ADI 5.577/DF, ADI 6.281, ADI 5.487/DF e ADI 5.122/DF – disciplinavam aspectos formais das propagandas eleitorais. Embora houvesse alguma pertinência com as liberdades de expressão e de informação, entendeu-se que a sua relevância era apenas marginal, por não se referir ao conteúdo, propriamente dito, do pensamento ou opinião expressados.

3.1.2.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.451/DF

Nesta ADI, o Plenário do STF, por unanimidade, julgou procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade do artigo 45, incisos II e III, da Lei nº 9.504/97²⁰⁷ e, por arrastamento, a inconstitucionalidade dos parágrafos 4º e 5º do mesmo artigo²⁰⁸.

O direito que o legislador buscou resguardar com a intervenção impugnada havia sido a lisura do pleito eleitoral, ao tentar impedir que os meios de comunicação de rádio e televisão atuassem de maneira parcial a algum dos candidatos. Esta seria, portanto, a colisão de princípios em análise: entre o princípio que confere o direito à liberdade de expressão e o princípio democrático, interesse coletivo que inspirou a elaboração da lei.

Em suma, decidiu-se que este direito já é suficientemente protegido pelos instrumentos jurídicos existentes, em especial a responsabilização civil, o direito de resposta e as vedações da própria lei eleitoral, como o inciso IV do artigo 45²⁰⁹, que veda às emissoras de rádio e televisão “dar tratamento privilegiado a candidato, partido ou coligação”.

Portanto, segundo conclusão do Plenário, as proibições impostas pelos incisos II e III do artigo 45 da Lei nº 9.504/97 não configurariam restrições idôneas ao suporte fático do direito à liberdade de expressão.

Não se justificaria, dessa forma, a criação de regra adicional que interferisse de tal modo na liberdade de expressão – ou, como restou consignado no acórdão que referendou a medida cautelar concedida pelo ministro Ayres Britto, haveria um “[...] dever de omissão que

²⁰⁷ “Art. 45 [...] II - usar trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação, ou produzir ou veicular programa com esse efeito; III - veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes” (BRASIL. **Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997**. Estabelece normas para as eleições. Brasília, 30 set. 1997).

²⁰⁸ Nos termos da Lei nº 9.504,97 (*Ibid.*, art. 45, § 4º): “Art. 45 [...] § 4º Entende-se por trucagem todo e qualquer efeito realizado em áudio ou vídeo que degradar ou ridicularizar candidato, partido político ou coligação, ou que desvirtuar a realidade e beneficiar ou prejudicar qualquer candidato, partido político ou coligação. § 5º Entende-se por montagem toda e qualquer junção de registros de áudio ou vídeo que degradar ou ridicularizar candidato, partido político ou coligação, ou que desvirtuar a realidade e beneficiar ou prejudicar qualquer candidato, partido político ou coligação”.

²⁰⁹ Nos termos da Lei nº 9.504,97 (*Ibid.*, art. 45, inciso IV): “Art. 45 [...] IV - dar tratamento privilegiado a candidato, partido ou coligação”.

inclui a própria atividade legislativa, pois é vedado à lei dispor sobre o núcleo duro das atividades jornalísticas [...]”²¹⁰.

Se, conforme restou consignado no julgamento da ADI nº 4.815, a autorização para biografias constituiria censura prévia particular, dispositivos como os aqui questionados equivaleriam a censura prévia estatal.

O ministro Barroso, à semelhança da argumentação trazida pelo ministro Ayres Britto na ADPF nº 130, defendeu o caráter preferencial da liberdade de expressão, princípio que, segundo seu entendimento, gozaria de precedência *prima facie*.

O ministro Alexandre de Moraes mencionou o direito à informação em sua perspectiva individual, aduzindo que “ele implica o reconhecimento de correspondente liberdade [de expressão] aos agentes envolvidos na comunicação social [...] de não se submeterem a qualquer censura de natureza política, ideológica e artística (art. 220, §2^a, da CRFB/88)”²¹¹.

Mais uma vez, portanto, não houve dúvidas quanto à coexistência da liberdade de expressão e da liberdade de informação como pesos complementares em contraposição ao princípio que inspirou o enunciado normativo limitador de quaisquer formas de manifestação do pensamento.

O ministro Luiz Fux, em que pese tenha votado pela total procedência do pedido, esclareceu em aditamento ao seu voto que as condutas proibidas pelos incisos II e III são essencialmente diversas das *fake news* eleitorais, sendo eles impugnados e declarados inconstitucionais.

A preocupação do ministro, então presidente do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), era a de não parecer contraditório pelo fato de adotar estratégias de combate às *fake news* e, ao mesmo tempo, julgar inconstitucional uma lei que proíba emissoras de rádio e televisão de utilizar recursos de áudio ou vídeo que degradem a imagem de candidato.

Segundo defendeu, a diferença essencial entre ambos os fenômenos é a de que “a imprensa se propõe a degradar e a informar quando o fato é verdadeiro”²¹², de modo que um conteúdo que degrade ou ridicularize candidato, eventualmente veiculado pela imprensa (artigo 45, inciso II, da Lei das Eleições) seria “uma degradação motivada pelo próprio degradado”²¹³. Assim, o ministro parte da premissa de que um fato divulgado pela imprensa tradicional seria verdadeiro, enquanto as *fake news*, por outro lado, seriam falaciosas.

²¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.451/DF**. Ministro Relator Alexandre de Moraes, Inteiro Teor do Acórdão, 21 jun. 2018, p. 4.

²¹¹ BRASIL, 2018, p. 2.

²¹² *Ibid.*, p. 3-4.

²¹³ BRASIL, 2018, p. 5.

Embora esta não seja propriamente a principal diferença a ser apontada, fato é que o Tribunal começa a estabelecer um *discrímén* entre a disseminação de *fake news* e outras formas de expressão do pensamento, sinalizando a necessidade de empregar-lhes leituras jurídicas distintas.

3.1.3 Comunicação social

Nesta categoria, serão abordadas a ADI nº 4.923/DF - relativa ao marco regulatório dos serviços de televisão por assinatura e julgada em novembro de 2017 -; e o RE nº 1.070.522, (Tema 1.013 – constitucionalidade de previsão editalícia de concessão de serviço de rádio que estabeleça percentuais mínimos de programação produzida localmente), julgado em março de 2021.

Os demais acórdãos deste grupo – ADI nº 6.287/DF; ADI nº 2.404/DF; ADPF nº 129/DF; e RE nº 1.026.923 (Tema 1.039) – tratavam de temática assemelhada à dos acórdãos acima mencionados.

3.1.3.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.923/DF

Trata-se ação de controle concentrado de constitucionalidade ajuizada pela Associação Brasileira de Televisão por Assinatura em UHF (ABTVU)²¹⁴ contra dispositivos da Lei nº 12.485/2011, que dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado. O pedido imputava uma série de vícios de inconstitucionalidade formais e materiais aos enunciados normativos trazidos pela lei.

A ação foi julgada parcialmente procedente em 08 de novembro de 2017, apenas para declarar a inconstitucionalidade do artigo 25 da referida lei²¹⁵.

Apesar da considerável amplitude dos pedidos, aqui interessam apenas àqueles que tangenciam as liberdades de expressão e de informação, a cuja análise ora se procede.

²¹⁴ Em razão da semelhança de objetos, a ADI nº 4.923/DF foi julgada em conjunto com a ADI nº 4.747, ajuizada pela Associação NEOTV, com a ADI 4.756, ajuizada pela Associação Brasileira de Radiodifusores (ABRA) e com a ADI 4.679, ajuizada pelo Partido Democratas.

²¹⁵ O artigo da Lei 12.485/2011 (BRASIL, 2011a, art. 25) dispunha, *in verbis*: “Art. 25. Os programadores não poderão ofertar canais que contenham publicidade de serviços e produtos em língua portuguesa, legendada em português ou de qualquer forma direcionada ao público brasileiro, com veiculação contratada no exterior, senão por meio de agência de publicidade nacional. (Vide ADIN nº 4.679). § 1º A Ancine fiscalizará o disposto no caput e oficiará à Anatel e à Secretaria da Receita Federal do Brasil em caso de seu descumprimento. (Vide ADIN nº 4.679). § 2º A Anatel oficiará às distribuidoras sobre os canais de programação em desacordo com o disposto no § 1º, cabendo a elas a cessação da distribuição desses canais após o recebimento da comunicação.

Sobre o assunto, foram impugnados o artigo 5º, *caput* e parágrafos 1º e 6º, incisos I e II; artigo 10; artigo 12, *caput*; artigo 13; artigos 16 a 18; artigos 22 e 31.

O artigo 5º, *caput*, e §1º²¹⁶, impõe restrições à propriedade cruzada entre os setores de telecomunicações e de radiodifusão. Já o artigo 6º, incisos I e II²¹⁷, implica segmentação da cadeia de valor do audiovisual, eis que promove a separação entre as atividades de produção de conteúdo e de transmissão do produto ao consumidor final.

A inicial aduzia que tais dispositivos impunham restrições desproporcionais à livre iniciativa, à livre concorrência e à liberdade de manifestação do pensamento, entre outros valores constitucionais. O STF afastou tais argumentos recorrendo à *mens legislatoris* subjacente aos pareceres das comissões do Congresso Nacional durante a tramitação do Projeto de Lei (PL) nº 29 de 2007, que dispunham sobre a necessidade de restrições pontuais à livre iniciativa a fim de evitar excessiva concentração de poder de mercado, com a formação de monopólios e de oligopólios.

O Tribunal argumentou, ainda, que tais enunciados normativos não limitavam a liberdade de expressão e de informação, mas, ao contrário, promoviam-nas de forma mediata, eis que a formação equilibrada da concorrência enseja, conseqüentemente, mais diversidade e pluralismo na programação.

O STF, portanto, referendou o sopesamento efetuado pelo legislador, afirmando que as restrições impostas à livre iniciativa (P₁) eram justificáveis em favor da realização, dentre outros, da liberdade de expressão (P₂) e da liberdade de informação (P₃).

A parte autora argumentou, ainda, que o direito à livre iniciativa consistiria em um típico direito negativo titularizado pelos particulares, o que implicaria um dever de abstenção do poder público. Ao refutar esta tese, a Corte suscitou que os direitos contrapostos a este – em especial a defesa do consumidor – demandariam um “dever de atuação do Estado, a que

²¹⁶ O artigo 5º da Lei 12.485/2011 (*Ibid.*) dispunha: “Art. 5º O controle ou a titularidade de participação superior a 50% (cinquenta por cento) do capital total e votante de empresas prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo não poderá ser detido, direta, indiretamente ou por meio de empresa sob controle comum, por concessionárias e permissionárias de radiodifusão sonora e de sons e imagens e por produtoras e programadoras com sede no Brasil, ficando vedado a estas explorar diretamente aqueles serviços. § 1º O controle ou a titularidade de participação superior a 30% (trinta por cento) do capital total e votante de concessionárias e permissionárias de radiodifusão sonora e de sons e imagens e de produtoras e programadoras com sede no Brasil não poderá ser detido, direta, indiretamente ou por meio de empresa sob controle comum, por prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo, ficando vedado a estas explorar diretamente aqueles serviços”.

²¹⁷ O artigo 6º, incisos I e II da Lei 12.485/2011 (*Ibid.*) dispunham: “Art. 6º [...] I - adquirir ou financiar a aquisição de direitos de exploração de imagens de eventos de interesse nacional; e II - contratar talentos artísticos nacionais de qualquer natureza, inclusive direitos sobre obras de autores nacionais”.

corresponde um direito positivo ou prestacional do cidadão de ver-se tutelado contra o abuso de terceiros”²¹⁸.

Outro bloco de dispositivos impugnados referia-se à exigência de prévio credenciamento das empresas junto à Agência Nacional do Cinema (ANCINE) para exercício das atividades de programação e empacotamento (artigo 12²¹⁹), ao dever de as empresas credenciadas prestarem informações solicitadas pela agência reguladora para fins de fiscalização do cumprimento das obrigações (artigo 13²²⁰) e à vedação à distribuição de conteúdo empacotado por empresa não credenciada junto à ANCINE.

A alegação da inicial, no que tange à liberdade de expressão, afirmava que tais exigências constituiriam censura prévia, vedada pelo artigo 220, parágrafo 2º, da CRFB/88. Ao refutar a tese, o STF argumentou que se trata de deveres validamente impostos no exercício do poder de polícia (consentimento) como etapa prévia ao exercício de atividades de interesse público.

O Tribunal aduziu ainda que, no processo, a ANCINE não realiza qualquer juízo de valor quanto ao conteúdo empacotado, tratando-se de mera análise do cumprimento de requisitos legais. Ressalta, ademais, que o argumento levantado pelo demandante já fora, inclusive, rejeitado em parecer da Comissão de Ciência, Tecnologia, Comunicação e Informática do Congresso Nacional, durante a tramitação do PL nº 29 de 2007.

Por fim, a irresignação recaiu sobre os artigos 16 a 18 da Lei²²¹, os quais instituíram uma “cota mínima” de programação nacional. Apontava-se a inconstitucionalidade desses

²¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.923/DF**. Ministro Relator Luiz Fux, Inteiro Teor do Acórdão, 8 nov. 2017, p. 62.

²¹⁹ O artigo 12 da Lei 12.485/2011 (BRASIL, 2011a) dispunha: “Art. 12. O exercício das atividades de programação e empacotamento é condicionado a credenciamento perante a Ancine”.

²²⁰ O artigo 5º da Lei 12.485/2011 (*Ibid.*) dispunha: “Art. 13. As programadoras e empacotadoras credenciadas pela Ancine deverão prestar as informações solicitadas pela Agência para efeito de fiscalização do cumprimento das obrigações de programação, empacotamento e publicidade”.

²²¹ Nos termos do artigo 16 da Lei 12.485/2011 (*Ibid.*): “Art. 16. Nos canais de espaço qualificado, no mínimo 3h30 (três horas e trinta minutos) semanais dos conteúdos veiculados no horário nobre deverão ser brasileiros e integrar espaço qualificado, e metade deverá ser produzida por produtora brasileira independente. Art. 17. Em todos os pacotes ofertados ao assinante, a cada 3 (três) canais de espaço qualificado existentes no pacote, ao menos 1 (um) deverá ser canal brasileiro de espaço qualificado. § 1º Da parcela mínima de canais brasileiros de espaço qualificado de que trata o caput, pelo menos 1/3 (um terço) deverá ser programado por programadora brasileira independente. § 2º A empacotadora estará obrigada a cumprir o disposto no caput até o limite de 12 (doze) canais brasileiros de espaço qualificado. § 3º As empacotadoras que ofertarem pacotes distribuídos por tecnologias que possibilitem distribuir, no máximo, pacotes com até 31 (trinta e um) canais de programação estarão obrigadas a cumprir o disposto no caput deste artigo até o limite de 3 (três) canais, bem como serão dispensadas do cumprimento do disposto no art. 18. § 4º Dos canais brasileiros de espaço qualificado a serem veiculados nos pacotes, ao menos 2 (dois) canais deverão veicular, no mínimo, 12 (doze) horas diárias de conteúdo audiovisual brasileiro produzido por produtora brasileira independente, 3 (três) das quais em horário nobre. § 5º A programadora de pelo menos um dos canais de que trata o § 4º não poderá ser controlada, controladora ou coligada a concessionária de serviço de radiodifusão de sons e imagens. Art. 18. Nos pacotes em que houver canal de programação gerado por programadora brasileira que possua

dispositivos por representarem afronta à liberdade dos assinantes, a quem competiria decidir a qual conteúdo desejam assistir, e à das empresas, de manifestar seu pensamento e sua criação artística e de expressão.

Novamente, o STF concluiu pela inexistência de vício nos enunciados impugnados, recorrendo aos seguintes argumentos: (a) as Televisões (TV's) por assinatura também devem se submeter às finalidades inscritas na Constituição para a comunicação social, dentre as quais se encontra “a promoção da cultura nacional e regional e o estímulo à produção independente que objetive sua divulgação” (artigo 221, inciso II, CRFB/88²²²), seja por força do artigo 222, parágrafo 3º, da CRFB/88²²³, seja por uma interpretação evolutiva; (b) a intenção do legislador, exposta na justificativa do PL 70/2007, era justamente a de estimular a cultura nacional e promover a competitividade das empresas brasileiras, que têm reduzida participação no mercado (isonomia material); (c) estando o legislador vinculado às finalidades constitucionalmente descritas, a ele é conferida discricionariedade para dispor acerca dos meios para atingi-las, desde que as restrições causadas a outros direitos fundamentais sobrevivam à regra da proporcionalidade.

3.1.3.2 Recurso Extraordinário nº 1.070.522/PE

Neste caso, a União interpôs recurso extraordinário contra acórdão do Tribunal Regional Federal (TRF) da 5ª Região, que anulou editais de licitação de concessão do serviço de radiodifusão em dois Municípios do Estado de Pernambuco por considerar inválida cláusula que estipulava percentual mínimo de 5% (cinco por cento) dedicado à programação cultural, artística e jornalística produzidos no Município de outorga.

A exigência fora imposta pela Administração por força do artigo 16, parágrafo 1º, alínea “c”, e parágrafo 3º, inciso I, do Decreto 52.795/63²²⁴, que regulamenta a Lei 4.117/62 no que diz respeito aos serviços de radiodifusão.

majoritariamente conteúdos jornalísticos no horário nobre, deverá ser ofertado pelo menos um canal adicional de programação com as mesmas características no mesmo pacote ou na modalidade avulsa de programação, observado o disposto no § 4º do art. 19. Parágrafo único. As programadoras dos canais de que trata o caput deste artigo não poderão deter relação de controle ou coligação entre si”.

²²² Segundo a CRFB/88 (BRASIL, 1988, art. 221, inciso II): “Art. 221 [...] II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação”.

²²³ Segundo a CRFB/88 (*Ibid.*, art. 223, §3º): “Art. 222 [...] § 3º Os meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço, deverão observar os princípios enunciados no art. 221, na forma de lei específica, que também garantirá a prioridade de profissionais brasileiros na execução de produções nacionais”.

²²⁴ “Art. 16. As propostas serão examinadas e julgadas em conformidade com os quesitos e critérios estabelecidos neste artigo. §1º Para a classificação das propostas, serão considerados os seguintes quesitos:

A decisão de segunda instância declarou a inconstitucionalidade formal dos dispositivos, eis que os percentuais mínimos e máximos de reserva à programação regional nos serviços de radiodifusão devem ser estabelecidos em lei, consoante o artigo 221, III, da Constituição²²⁵, ao passo que o Decreto delegou a fixação dos percentuais aos respectivos editais de licitação.

O julgamento do mérito foi precedido de interessantes discussões acerca da (não-) recepção ou (in)constitucionalidade formal dos enunciados normativos pela Constituição de 1988²²⁶.

Superada a questão, restava perquirir a alegação de inconstitucionalidade material da “cota” de programações locais para o serviço de radiodifusão. Segundo a empresa demandante, a imposição editalícia de um mínimo de 5% (cinco por cento) do tempo de programação dedicado exclusivamente a conteúdos produzidos localmente violaria a liberdade econômica das emissoras, a liberdade de escolha dos ouvintes e a liberdade de expressão.

A compatibilidade material é posta nos seguintes termos pelo ministro-relator, Luiz Fux: “cabe agora cotejar (a) a efetividade da proteção ensejada a bens e valores de índole constitucional e (b) o grau de comprometimento aos atributos jurídicos dos particulares – ou seja, o quanto a prestação do serviço público se afasta da livre iniciativa, cenário ideal onde impera a abstenção estatal”²²⁷.

De um lado, figuram os direitos vindicados pelos particulares (livre iniciativa e liberdade de expressão) e a liberdade (faculdade) de escolher qual programação desejam ouvir; de outro lado, figura o direito de acesso à cultura nacional, insculpido no artigo 215 da

[...] c) tempo destinado a programas culturais, artísticos e jornalísticos a serem produzidos e gerados na própria localidade ou no município à qual pertence a localidade objeto da outorga – máximo de trinta pontos; [...] §3º Para cada quesito, o edital de licitação estabelecerá: I – condição mínima necessária a ser atendida” (BRASIL. **Decreto nº 52.795, de 31 de outubro de 1963**. Aprova o Regulamento dos Serviços de Radiodifusão. Brasília, 31 out. 1963).

²²⁵ Segundo a CRFB/88 (BRASIL, 1988, art. 221, inciso III): “Art. 221 [...] III – regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei”.

²²⁶ O assunto não será abordado com profundidade, eis que o tema de relevo para este trabalho, no julgamento, é a alegada incompatibilidade material entre a “cota” de programações locais e a liberdade de expressão. De todo modo, sobre a incompatibilidade formal, o Ministro Relator concluiu que o dispositivo fora recepcionado pela nova ordem constitucional, eis que o juízo quanto à recepção de normas pré-constitucionais alude tão somente a questões de ordem material, não sendo a incompatibilidade formal óbice à sua recepção. No entanto, a Ministra Rosa Weber observou – adequadamente – que não se tratava de dispositivo pré-constitucional, eis que as exigências supratranscritas foram introduzidas pelo Decreto 2.108/96, após a promulgação da CRFB, portanto; a consideração também foi levantada pelo Ministro Gilmar Mendes. Por fundamentos diversos, no entanto, todos os ministros consideraram superada a questão da incompatibilidade formal, passando à análise do mérito.

²²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Recurso Extraordinário nº 1.070.522/PE**. Ministro Relator Luiz Fux, Inteiro Teor do Acórdão, 18 mar. 2021, p. 48.

Constituição²²⁸, dentre cujas diretrizes se encontra a “diversidade das expressões culturais”, a “universalização do acesso aos bens e serviços culturais”, e o “fomento à produção, difusão e circulação de conhecimento e bens culturais” (art. 216-A, parágrafo 1º, incisos I a III, da CRFB/88²²⁹).

Ao final, o Tribunal ratificou a validade da ponderação feita antecipadamente pelo legislador, reputando-a adequada, necessária e proporcional em sentido estrito. Para tanto, valeu-se sobretudo de argumentos empíricos e de precedentes da própria Corte.

Em primeiro lugar, a restrição seria adequada para garantir o direito transindividual de acesso à cultura nacional e cumprir a finalidade de promovê-la, dada a capilaridade dos serviços de rádio nas diversas localidades do Brasil, sobretudo rurais, acessado por 86% (oitenta e seis por cento) da população nacional, em uma média de 4h40min (quatro horas e quarenta minutos) de escuta de rádio por dia²³⁰.

Em segundo lugar, seria necessária. Isso porque, considerada a instabilidade de sinal ou falta de infraestrutura adequada à contratação de outros serviços de telecomunicações, o rádio assume certo protagonismo como um veículo de fomento à regionalização da cultura.

Por fim, a medida seria proporcional em sentido estrito, eis que não constrangeria liberdades de forma exacerbada: não haveria qualquer ingerência sobre o conteúdo das produções locais, tampouco exigência quanto ao horário de sua veiculação – o ouvinte, acaso insatisfeito com o teor da programação em um dado momento, teria sempre a faculdade de escolher outra estação.

Foi mencionada, outrossim, a decisão do STF na ADI 4.923 (já aqui abordada), que considerou válidas as cotas de programação nacional impostas pela Lei nº 12.485/2011 aos serviços de televisão por assinatura, sujeitos, aliás, a regulação menos rígida que à do rádio.

Constou da ementa do julgado, possivelmente por ter sido suscitado no voto no relator²³¹, que o percentual mínimo sequer constituiria restrição, mas apenas interviria na arquitetura conceitual do serviço, criando um *nudge*, ou seja, “uma política pública de difusão da cultura que se beneficia do viés cognitivo dos cidadãos a serem ouvintes e telespectadores

²²⁸ Segundo a CRFB/88 (BRASIL, 1988, art. 215, *caput*): “Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”.

²²⁹ A CRFB/88 estabelece, em seu artigo 216-A (*Ibid.*): “Art. 216-A. § 1º O Sistema Nacional de Cultura fundamenta-se na política nacional de cultura e nas suas diretrizes, estabelecidas no Plano Nacional de Cultura, e rege-se pelos seguintes princípios: I - diversidade das expressões culturais; II - universalização do acesso aos bens e serviços culturais; III - fomento à produção, difusão e circulação de conhecimento e bens culturais [...]”.

²³⁰ Segundo pesquisa da Kantar Ibope Media, realizada em 2018, mencionada pelo Ministro Luiz Fux.

²³¹ BRASIL, 2017, p. 55.

em momentos de lazer”²³². Discorda-se do argumento, apesar de o dissenso não alterar a conclusão do precedente.

Ainda que diminuta, a norma ora analisada impõe obrigação às emissoras de rádio licitantes, o que diminui a realização de princípios de direitos fundamentais, como a livre iniciativa e a liberdade de expressão. Ademais, partindo-se de uma concepção ampla do suporte fático, bem como de uma teoria externa quanto à natureza das limitações a direitos fundamentais, toda e qualquer norma que contenha deveres ou proibições deve ser considerada uma restrição e, como tal, racionalmente justificada.

Além disso, ainda que não se adote uma concepção ampla do suporte fático como premissa, haveria certa contradição argumentativa entre afirmar que as cotas de programação local não constituem restrições e, ao mesmo tempo, justificar a proporcionalidade em sentido estrito da medida.

Como já abordado, uma das diferenças entre restrição e mera configuração do direito é que as primeiras precisam ser justificáveis por meio de argumentos racionais. Portanto, em lugar de defender a inexistência de restrição a direito fundamental, seria possível afirmar que a restrição impõe um grau de afetação tão reduzido que mais se assemelha a uma mera conformação do direito.

3.1.4 Educação

Nesta categoria, serão abordadas a ADPF nº 526/PR, relativa à proibição da ideologia de gênero nas escolas, julgada em maio de 2020; bem como a ADI nº 5.580/AL, relativa ao movimento Escola sem Partido, julgada em agosto de 2020.

Os demais acórdãos deste grupo tratavam de temática assemelhada à da ADPF nº 526/PR, sendo eles a ADPF nº 457; a ADPF nº 460; a ADPF nº 461 e a ADPF nº 467. Quanto à ADI nº 4.439/DF, que versava sobre o ensino religioso nas escolas, considerou-se que as liberdades de expressão e de informação exerceram influência marginal no julgamento, cujo protagonismo foi ocupado pela liberdade de crença (artigo 5º, inciso VI, CRFB/88²³³).

²³² *Ibid.*, p. 7.

²³³ Nos termos na CRFB/88 (BRASIL, 1988, art. 5º, inciso VI): “Art. 5º [...] VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”.

3.1.4.1 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 526/PR

Trata-se de ação de controle concentrado suscitando a inconstitucionalidade do artigo 162, parágrafo 5º, da Lei Orgânica do Município de Foz do Iguaçu/PR²³⁴. Este é um tema recorrente nas legislações municipais, algumas das quais foram sucessivamente submetidas à apreciação do Supremo Tribunal Federal por meio de ADPF²³⁵.

Além da inconstitucionalidade formal por vício de competência (usurpação de competência privativa da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional), reconheceu-se a inconstitucionalidade material da norma por violar as liberdades de expressão e de cátedra, uma vez que a restrição legal invadiu indevidamente o conteúdo do pensamento a ser manifestado.

Assim se pronunciou o ministro Alexandre de Moraes:

No caso da norma municipal impugnada, está presente o traço marcante da censura prévia, com seu caráter preventivo e abstrato. O dispositivo objetiva interditar o conteúdo que se pretende supostamente prejudicial num contexto de aprendizagem, atribuindo-lhe repercussões adversas que justificariam a restrição²³⁶.

Importante ressaltar uma diferença entre esta decisão e a proferida na ADI nº 5.580/AL (referente ao movimento “Escola sem Partido”), que será analisada a seguir. Na ADI nº 5.580, a Corte validou como legítima e constitucional a autoproclamada finalidade da norma, qual seja, a de promover o pluralismo e fomentar a abordagem, em sala de aula, de materiais contendo visões de mundo distintas. Os meios eleitos pelo legislador, contudo, foram reputados inconstitucionais.

No presente caso, subjaz à norma uma finalidade de cunho puramente moral ou religioso, que proscreve o enfoque de temas relacionados à diversidade e à orientação sexual, e “acaba cristalizando uma cosmovisão tradicional de gênero e sexualidade que ignora o pluralismo da sociedade moderna”²³⁷. Assim, o objetivo da norma não atenderia aos ditames constitucionais e, com mais razão, os meios escolhidos pelo legislador.

²³⁴ “Art. 162. [...] § 5º Ficam vedadas em todas as dependências das instituições da rede municipal de ensino a adoção, divulgação, realização ou organização de políticas de ensino, currículo escolar, disciplina obrigatória, complementar ou facultativa, ou ainda atividades culturais que tendam a aplicar a ideologia de gênero, o termo ‘gênero’ ou ‘orientação sexual’ [FOZ DO IGUAÇU (PR). Câmara Municipal. Lei Orgânica Municipal, Foz do Iguaçu, 20 nov. 2018].

²³⁵ Por exemplo, as ADPF’s 457, 460, 461 e 467.

²³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 526/PR**. Ministra Relatoria Cármen Lúcia, Inteiro Teor do Acórdão, 11 maio 2020e, p. 33.

²³⁷ BRASIL, 2020e, p. 45-46.

3.1.4.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.580/AL

A ação foi proposta com o intuito de ver declarada a inconstitucionalidade da Lei nº 7.800/16, do Estado de Alagoas (AL), que instituía o Programa Escola Livre, baseada nas diretrizes do movimento Escola sem Partido.

A norma determinava a adoção medidas no âmbito do ensino estadual destinadas a promover a neutralidade política, ideológica e religiosa do Estado (artigo 1º, inciso I²³⁸). Eram vedadas a prática de doutrinação política e ideológica, bem como a adoção, pelos docentes, de condutas que induzissem aos alunos opiniões político-partidárias, religiosas ou filosóficas (artigo 2º).

Determinava-se, ainda, que o corpo docente não abusasse da inexperiência ou imaturidade dos alunos para cooptá-los a qualquer tipo de corrente específica de religião, ideologia ou política, apresentando aos alunos, de forma justa, com a mesma profundidade e seriedade, as principais versões, teorias ou opiniões e perspectivas ao tratar de questões políticas, socioculturais ou econômicas, concordando ou não com elas (artigo 3º).

O descumprimento da lei ensejaria aos infratores às penalidades previstas no Código de Ética Funcional dos Servidores Públicos e no Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis do Estado de Alagoas (artigo 7º).

O pedido foi julgado improcedente por maioria de votos, vencido o ministro Marco Aurélio, devido à inconstitucionalidade formal (vício de iniciativa e usurpação da competência privativa da União) e à inconstitucionalidade material.

No tocante a esta última, a Corte entendeu que o dever de neutralidade, pretensamente a serviço das liberdades de pais e alunos, seria inatingível na prática, ocasionando ainda o risco de aplicação seletiva da lei para fins persecutórios.

Aqui se observa fenômeno semelhante ao apontado na ADI nº 2.566/DF, que declarou inconstitucional dispositivo que proibia o proselitismo nas rádios comunitárias. Não se discute a constitucionalidade das finalidades declaradas da lei: promover o pluralismo de ideias, a liberdade de consciência e de crença, assim como a formação de opiniões esclarecidas e informadas, sem qualquer inclinação ou tendência político-partidária, religiosa ou filosófica.

²³⁸ “Art. 1º- Fica criado, no âmbito do sistema estadual de ensino, o Programa “Escola Livre”, atendendo os seguintes princípios: I – neutralidade política, ideológica e religiosa do Estado” (ALAGOAS. Assembleia Legislativa. **Lei Ordinária nº 7.800, de 05 de maio de 2016**. Institui, no âmbito do sistema estadual de ensino o programa "Escola Livre". Alagoas, 5 maio 2016).

No entanto, os meios escolhidos pelo legislador para atingir tal finalidade foram considerados restrições desproporcionais e, portanto, inconstitucionais, à liberdade de ensinar, de aprender e do pluralismo de ideias (artigos 205²³⁹, 206²⁴⁰ e 214²⁴¹, todos da CRFB/88).

Na prática, as medidas viabilizariam a criação de um ambiente acadêmico hostil, em que os professores estariam constantemente sujeitos a penalidades em razão do modo como transmitem o conteúdo programático aos alunos, ocasionando o conhecido *chilling effect* (“efeito silenciador”).

Os meios eleitos pelo legislador, portanto, acarretariam consequência diversa da pretendida com a promulgação da lei.

Nas palavras da ministra Rosa Weber, “Somente se pode falar em neutralidade se esta for compreendida não como a instituição do pensamento único [...], e sim como a preservação das condições necessárias ao florescimento do pluralismo”²⁴².

Daqui se extrai uma conclusão relevante: a ingerência genérica quanto ao conteúdo daquilo que é veiculado - escrito, publicado, lecionado -, tende à inconstitucionalidade por exercer restrição potencialmente inadequada ou desnecessária à liberdade de expressão e a outras liberdades correlatas.

²³⁹ De acordo com a CRFB/88 (BRASIL, 1988, art. 205, *caput*): “Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

²⁴⁰ “Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; V - valorização dos profissionais do ensino, garantido, na forma da lei, plano de carreira para o magistério público, com piso salarial profissional e ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, assegurado regime jurídico único para todas as instituições mantidas pela União; V - valorização dos profissionais do ensino, garantidos, na forma da lei, planos de carreira para o magistério público, com piso salarial profissional e ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos; V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas; VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei; VII - garantia de padrão de qualidade; VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal. IX - garantia do direito à educação e à aprendizagem ao longo da vida. Parágrafo único. A lei disporá sobre as categorias de trabalhadores considerados profissionais da educação básica e sobre a fixação de prazo para a elaboração ou adequação de seus planos de carreira, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” (*Ibid.*).

²⁴¹ De acordo com a CRFB/88 (*Ibid.*, art. 214): “Art. 214. A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas que conduzam a: I - erradicação do analfabetismo; II - universalização do atendimento escolar; III - melhoria da qualidade do ensino; IV - formação para o trabalho; V - promoção humanística, científica e tecnológica do País. VI - estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto”.

²⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.580/AL**. Ministro Relator Roberto Barroso, Inteiro Teor do Acórdão, 24 ago. 2020c, p. 61, grifo nosso.

Por ingerência genérica, entende-se aquela instituída por normas gerais e abstratas, em oposição à ponderação realizada em cada caso concreto, pela via judicial.

Em relação ao teste de proporcionalidade, a interferência de caráter genérico afigura-se potencialmente inadequada, por causar resultado diverso do (e diametralmente oposto ao) pretendido, bem como desnecessária, por haver meios menos gravosos de atingir finalidade semelhante²⁴³.

3.1.5 Direito de reunião

Nesta categoria, serão abordadas a ADPF nº 187/DF, relativa às “marchas da maconha”, julgada em junho de 2011; a ADI nº 5.852/MS, que tratava sobre restrições ao direito de reunião impostas por lei estadual, julgada em agosto de 2020; bem como o RE nº 806.339/SE, *leading case* que deu ensejo ao Tema 855²⁴⁴, julgado em dezembro de 2020.

O acórdão remanescente deste grupo (ADI nº 4.274/DF) tratava de temática assemelhada à da ADPF nº 187/DF.

3.1.5.1 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187/DF

A ação foi proposta pela procuradora-geral da República contra a interpretação adotada em decisões judiciais que consideravam a participação nas manifestações pela descriminalização da maconha (“marchas da maconha”) como condutas típicas caracterizadas como crime no artigo 287 do Código Penal (CP).

O preceito primário do tipo descreve que constitui crime “fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime”²⁴⁵.

Os preceitos fundamentais apontados como violados foram o artigo 5º, incisos IV, IX e XVI, e artigo 220, todos da CRFB/88.

O julgamento foi realizado em 15 junho de 2011, ocasião em que o pedido foi julgado procedente, por unanimidade, “[...] para dar, ao art. 287 do Código Penal, com efeito vinculante, interpretação conforme à Constituição, ‘de forma a excluir qualquer exegese que

²⁴³ Este tema será objeto do capítulo seguinte. O trecho extraído do voto da Ministra Rosa Weber sinaliza a direção em relação à qual caminha este trabalho: ao invés de impor uma regulação baseada no conteúdo das manifestações que são produto da liberdade de expressão, é necessário criar um ambiente adequado à promoção da finalidade que se pretende atingir e à inibição das condutas que se pretende evitar.

²⁴⁴ “A exigência constitucional de aviso prévio relativamente ao direito de reunião é satisfeita com a veiculação de informação que permita ao poder público zelar para que seu exercício se dê de forma pacífica ou para que não frustre outra reunião no mesmo local” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 855**, Brasília, 2022).

²⁴⁵ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, 7 dez. 1940.

possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos’, tudo nos termos do voto do Relator”²⁴⁶.

Segundo a Suprema Corte, a mera participação em manifestação pacífica e devidamente comunicada às autoridades competentes não deve ser criminalizada, visto que se trata de regular exercício dos direitos de reunião (artigo 5º, inciso XVI²⁴⁷) e da liberdade de expressão (artigo 5º, incisos IV e IX).

Portanto, questionar uma política criminal proibicionista, almejando sua substituição, faz parte do debate público e da formação da consciência democrática, não devendo ser confundido com a incitação à prática ilícita (consumo de entorpecentes).

Do julgado, depreendem-se algumas posições jurídicas (direitos, liberdades e competências) que podem ser atribuídas ao direito fundamental à liberdade de expressão.

O primeiro deles é o direito subjetivo dos manifestantes ao não-embaraço de ações correspondentes à expressão de pensamento ou opinião em defesa da legalização das drogas, que se trata de um direito a uma ação negativa do Estado. O mesmo raciocínio se aplica à liberdade de reunião.

Em alguns trechos do acórdão, o Tribunal também sugere que compete ao Estado velar pela proteção à liberdade de reunião, ou seja, pela existência de um direito a uma ação positiva. É o que se extrai desta citação do ministro-relator à obra “Curso de Direito Constitucional”, do ministro Gilmar Mendes, em coautoria com Paulo Gustavo Gonet Branco e Inocência Mártires Coelho:

O direito de reunião engendra pretensão de respeito, não somente ao direito de estar com outros numa mesma coletividade organizada, mas também de convocar a manifestação, de prepará-la e de organizá-la. O direito de reunião exige respeito a todo processo prévio ao evento e de execução da manifestação. O Estado não há de interferir nesse exercício - tem-se, aqui, o ângulo de direito a uma abstenção dos Poderes Públicos (direito negativo). O direito de reunião possui, de outra parte, um aspecto de **direito a prestação do Estado**. O Estado deve proteger os manifestantes, assegurando os meios necessários para que o direito à reunião seja fruído regularmente. Essa proteção deve ser exercida também em face de grupos opositores ao que se reúne, para prevenir que perturbem a manifestação²⁴⁸. (grifo nosso)

²⁴⁶ BRASIL, 2011b, p. 3.

²⁴⁷ Segundo a CRFB/88 (BRASIL, 1988, art. 5º, inciso XVI): “Art. 5º [...] XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente”.

²⁴⁸ BRASIL, 2011, p. 80, grifo nosso *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva; IDP, 2009, p. 443, item 3.1.4.

A mesma ideia está presente quando, ao dissertar sobre a função contramajoritária da jurisdição constitucional, os votos fazem alusão ao dever de “proteção da minoria contra os excessos da maioria”²⁴⁹.

Eis a descrição, igualmente, de um dever de proteção²⁵⁰ imputável ao Estado na figura do Judiciário, que pode ou não corresponder a um direito – uma vez que, conforme visto, a todo direito subjetivo corresponde um dever, mas a recíproca não necessariamente é verdadeira.

O ministro Celso de Mello apresenta, ainda, a liberdade de reunião como direito-meio (ou instrumental) para o exercício da liberdade de expressão (direito-fim)²⁵¹. Aduziu, ainda, que tais liberdades clássicas constituem pressupostos para o direito de participação dos cidadãos na vida política do Estado, existindo entre aquelas e este um nítido vínculo relacional²⁵².

Nessa oportunidade, o ministro defende que tais direitos passam a compor um “núcleo complexo e indissociável de liberdades e prerrogativas ético-jurídicas”²⁵³, de modo que o desrespeito à liberdade de reunião acarreta, por consequência, uma intervenção indevida na liberdade de expressão e, em última análise, no direito à participação política dos cidadãos.

Desse argumento é possível concluir que ao menos as posições jurídicas concernentes à liberdade de reunião (direitos, liberdades e competências) podem ser atribuídas à disposição de direito fundamental da liberdade de expressão, sendo, portanto, parte integrante do “direito fundamental completo” à liberdade de expressão²⁵⁴, existindo, entre esta norma e aquelas posições, uma relação de meio-fim²⁵⁵.

No contexto do acórdão, prolatado em 2011, a praça pública é idealizada como “o espaço, por excelência, do debate, da persuasão racional, do discurso argumentativo, da transmissão de idéias, da veiculação de opiniões”, consoante pontua o voto do ministro Celso de Mello²⁵⁶.

²⁴⁹ BRASIL, 2011, p. 84 *apud* MENDES; COELHO, 2009.

²⁵⁰ Sobre o dever de proteção em âmbito jurisdicional, Celso de Mello assevera que “[D]esse modo, e para que o regime democrático não se reduza a uma categoria político-jurídica meramente conceitual ou simplesmente formal, torna-se necessário assegurar, às minorias, notadamente em sede jurisdicional, quando tal se impuser, a plenitude de meios que lhes permitam exercer, de modo efetivo, os direitos fundamentais, que a todos, sem distinção, são assegurados” (BRASIL, 2011b, p. 90).

²⁵¹ *Ibid.*, p. 99.

²⁵² *Ibid.*, p. 74.

²⁵³ *Ibid.*, p. 74.

²⁵⁴ *Ibid.*, p. 249.

²⁵⁵ *Ibid.*, p. 251.

²⁵⁶ BRASIL, 2011b, 75.

A metáfora é compartilhada pela ministra Carmen Lúcia, para quem a “praça” simboliza o *locus* essencialmente democrático, que realiza os valores fundamentais da Constituição Federal, cujos direitos correlatos “podem e devem ser plenamente exercidos e assegurados, quer pelo Estado-juiz, quer pelo Estado executivo”²⁵⁷.

O ministro Luiz Fux fez menção a outro relevante valor subjacente ao direito de reunião, consistente na faculdade (liberdade, ausência de proibição e permissão) de os titulares do direito “organizar[em] a agenda social e a seleção das ideias de interesse da sociedade civil”²⁵⁸.

Esta decisão não trata propriamente de um sopesamento de normas em conflito, mas de interpretação constitucional, cuja conclusão foi a de que o enunciado normativo do artigo 287 do CP não incide sobre o fato sob apreciação (marchas pela descriminalização da maconha).

3.1.5.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.852/MS

A ação foi ajuizada por entidade sindical contra o Decreto Estadual nº 14.827/2017, expedido pelo governador do Estado de Mato Grosso do Sul, que impunha limitações às manifestações realizadas na área do “Parque dos Poderes”, onde está localizado o centro político-administrativo do Estado.

As vedações impostas pela norma incluíam, dentre outras, a utilização de quaisquer aparelhos amplificadores de som, a afixação de placas ou cartazes, o abandono de lixo ou detritos e a prática de atos capazes de acarretar perturbação à atividade laboral dos servidores e autoridades públicas.

O pedido foi julgado procedente, por maioria, para declarar a inconstitucionalidade integral do Decreto Estadual nº 14.827/2017, vencidos os ministros Dias Toffoli, Alexandre de Moraes, Marco Aurélio, e Ricardo Lewandowski.

Mais uma vez, salientou-se a importância do direito de reunião para o funcionamento da democracia, de modo que sua restrição impõe ônus argumentativo elevado. Não é permitido ao legislador, a pretexto de regulamentá-lo, impor-lhe limitações que, na prática, inviabilizem-no.

Consoante já exposto em tópicos anteriores, sobre a diferença entre configuração de um direito e restrição desse mesmo direito, Alexy assevera que o conceito de configuração

²⁵⁷ *Ibid.*, p. 261.

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 131.

deve ser interpretado restritivamente, o que corresponde a uma maior amplitude do conceito de restrição. A consequência prática é a de que a mera configuração não necessita de justificativa, ao passo que a restrição precisa ser justificada por meio de sopesamento.

Nesse sentido, estatui o autor que, “[C]omo contraposto à restrição, o conceito de configuração não pode dizer respeito a normas mandatórias ou proibitivas [...], visto que normas que expressam deveres ou proibições têm, por definição, um caráter restritivo”²⁵⁹.

Neste caso de controle concentrado de constitucionalidade, a Corte, por maioria, não validou o sopesamento levado a efeito pela norma estadual. Reputou-se indevida, portanto, a relação de precedência condicionada estabelecida pelo decreto, que, ao privilegiar a ordem e a segurança públicas em detrimento da liberdade de reunião, impôs a esta última restrições consideradas desnecessárias e, portanto, desproporcionais em sentido amplo.

3.1.5.3 Recurso Extraordinário 806.339/SE (Tema 855)

A questão discutida nestes autos dizia respeito ao direito fundamental à liberdade de reunião e, conseqüentemente, projetava impactos sobre a liberdade de expressão. Debatiam-se os limites da exigência constitucional de aviso prévio relativamente ao exercício do direito de reunião.

Tratava-se, na origem, de interdito proibitório ajuizado pela União contra duas entidades sindicais e o Partido Socialista dos Trabalhadores Unificado (PSTU) objetivando a cessação de esbulho decorrente de manifestação de caráter político realizada em trecho da Rodovia BR-101 no Município de Propriá/SE.

A sentença julgou procedente o pedido, confirmando a liminar anteriormente deferida, e entendendo pela extrapolação dos limites impostos no artigo 5º, inciso XVI, da CRFB/88, eis que a manifestação não foi precedida de aviso à autoridade competente. A decisão foi mantida pelo TRF da 5ª Região. As entidades réis interpuseram recurso extraordinário a fim de afastar o pagamento da multa cominatória e dos honorários.

Identificou-se colisão entre o artigo 5º, inciso XV (liberdade de locomoção) e inciso XVI (direito de reunião), ambos da CRFB/88, uma vez que a manifestação interrompeu o tráfego de veículos da rodovia.

O voto vencido, proferido pelo ministro-relator, considerou que a simples ausência de aviso tornaria ilícita a reunião, o que sugeriria uma interpretação literal da locução “sendo

²⁵⁹ ALEXY, 2015, p. 335.

apenas exigido prévio aviso à autoridade competente” do artigo 5º, inciso XVI, parte final da CRFB/88.

Esta havia sido a premissa da sentença de primeiro grau, mantida em segunda instância, com a qual concordaram os ministros Marco Aurélio, Alexandre de Moraes, Luiz Fux, Nunes Marques e Gilmar Mendes.

Em contrapartida, os que votaram pelo provimento do recurso adotaram interpretação teleológica em relação à exigência de prévio aviso – no sentido de que esta não pode ser confundida com um pedido de autorização (hipótese rejeitada pelo próprio artigo 5º, inciso XVI, da CRFB/88), mas deve ter apenas o propósito de possibilitar que o poder público lance mão do planejamento pertinente a assegurar os direitos dos manifestantes e de terceiros (integridade física, liberdade de locomoção, segurança), bem como o de não frustrar outra reunião previamente convocada para o mesmo horário e local.

Em sendo exigência incluída no texto constitucional para assegurar o direito dos manifestantes e de terceiros, não poderia ser entendida de maneira a restringir o direito fundamental à liberdade de reunião.

Ressaltou-se, novamente, a liberdade de reunião como “forma coletiva de exercício do direito à livre manifestação do pensamento”²⁶⁰, e que “quaisquer exceções ou limitações eventualmente admitidas ao seu livre exercício devem, por esta razão, ser interpretadas restritivamente”²⁶¹.

O ministro Dias Toffoli destacou ainda que, segundo as recomendações exaradas pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU em interpretação ao direito de reunião (artigo 21 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos²⁶²), “os governos têm obrigações positivas sob o Pacto de facilitar assembleias pacíficas e proteger os participantes de possíveis abusos por parte de outros membros do público”²⁶³.

A lei de colisão corresponde à tese fixada, em apertada maioria de 6 a 5: “[A] exigência constitucional de aviso prévio relativamente ao direito de reunião é satisfeita com a veiculação de informação que permita ao poder público zelar para que seu exercício se dê de forma pacífica ou para que não frustre outra reunião no mesmo local”²⁶⁴.

²⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Recurso Extraordinário nº 806.339/SE**. Ministro Relator Marco Aurélio; Ministro Relator do Acórdão Edson Fachin, Inteiro Teor do Acórdão. 15 dez., 2020g, p. 104.

²⁶¹ *Ibid.*, p. 46.

²⁶² “O direito de reunião pacífica será reconhecido. O exercício desse direito estará sujeito apenas às restrições previstas em lei e que se façam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas” (BRASIL, 1992a).

²⁶³ BRASIL, 2020g, p. 110.

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 2.

Em outras palavras, a maioria dos ministros entendeu que, se considerados em colisão os princípios atinentes à liberdade de reunião (P₁), e à liberdade de locomoção de terceiros (P₂), aquele terá mais peso que este caso exercido na forma de manifestação pacífica e sem armas, da qual o poder público tenha tido ciência inequívoca, ainda que de forma indireta por meio de redes sociais.

Portanto, a interpretação pretendida pelo relator – de que o aviso prévio condiciona a validade da manifestação – imporia restrição desnecessária ao direito fundamental à liberdade de reunião, não sobrevivendo ao teste da proporcionalidade.

3.1.6 Livre iniciativa

Nesta categoria, será abordada a ADI nº 3.311/DF, sobre restrições impostas por lei à publicidade de produtos derivados do tabaco, julgada em setembro de 2022.

Em relação aos demais acórdãos deste grupo, a ADI nº 5.631/DF, relativa a restrições à publicidade de produtos de baixo valor nutricional em escolas, tratava de temática assemelhada à da ADI nº 3.311/DF. Quanto à ADI nº 4.874/DF, que versava sobre a proibição da importação de produtos fumígenos contendo aditivos, considerou-se que a liberdade de informação exercia influência marginal no julgamento.

3.1.6.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.311/DF

Esta ação de controle concentrado impugnava o artigo 3º, *caput*, e parágrafos 2º a 5º²⁶⁵, da Lei nº 9.294/1996, com aditamento para incluir as alterações promovidas pela Lei nº

²⁶⁵ “Art. 3º É vedada, em todo o território nacional, a propaganda comercial de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, com exceção apenas da exposição dos referidos produtos nos locais de vendas, desde que acompanhada das cláusulas de advertência a que se referem os §§ 2o, 3o e 4o deste artigo e da respectiva tabela de preços, que deve incluir o preço mínimo de venda no varejo de cigarros classificados no código 2402.20.00 da Tipi, vigente à época, conforme estabelecido pelo Poder Executivo [...] §2º A propaganda conterà, nos meios de comunicação e em função de suas características, advertência, sempre que possível falada e escrita, sobre os malefícios do fumo, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, segundo frases estabelecidas pelo Ministério da Saúde, usadas seqüencialmente, de forma simultânea ou rotativa. §3º As embalagens e os maços de produtos fumígenos, com exceção dos destinados à exportação, e o material de propaganda referido no caput deste artigo conterão a advertência mencionada no § 2º acompanhada de imagens ou figuras que ilustrem o sentido da mensagem. § 4º Nas embalagens, as cláusulas de advertência a que se refere o § 2º deste artigo serão seqüencialmente usadas, de forma simultânea ou rotativa, nesta última hipótese devendo variar no máximo a cada cinco meses, inseridas, de forma legível e ostensivamente destacada, em uma das laterais dos maços, carteiras ou pacotes que sejam habitualmente comercializados diretamente ao consumidor. § 5º Nas embalagens de produtos fumígenos vendidas diretamente ao consumidor, as cláusulas de advertência a que se refere o § 2º deste artigo serão sequencialmente usadas, de forma simultânea ou rotativa, nesta última hipótese devendo variar no máximo a cada 5 (cinco) meses, inseridas, de forma legível

12.546/2011. A lei contestada trata, entre outros temas, de restrições à propaganda de produtos fumígenos, nos termos do artigo 220, parágrafo 4º²⁶⁶, da CRFB/88.

Segundo a inicial, os dispositivos legais vulnerariam, dentre outros direitos fundamentais, o núcleo essencial da liberdade de expressão ao proibir²⁶⁷ a propaganda de produtos fumígenos, incorrendo em verdadeira censura e impedindo que as empresas exercessem a liberdade de comunicação com os consumidores por meio de anúncios publicitários.

Alegava-se que as restrições a serem impostas deveriam estar circunscritas ao disposto no artigo 220, parágrafos 3º e 4º, da CRFB/88, de modo que o legislador teria extrapolado sua competência ao proibir a publicidade e ao determinar que as embalagens dos produtos contivessem contrapropaganda que informasse sobre os riscos do tabagismo.

Ao apreciar a questão, o voto da ministra Relatora Rosa Weber - seguido, por unanimidade, pelos demais membros da Corte -, indica que o artigo 220, parágrafo 4º da Constituição, ao criar cláusula de restrição expressa a esta modalidade de comunicação social (propaganda comercial), apenas densificou a importância dos princípios com ele colidentes, a saber, a saúde (artigo 6º da CRFB/88²⁶⁸), a proteção ao consumidor (artigo 5º, inciso XXXII, da CRFB/88²⁶⁹), à infância e à adolescência (artigo 227 da CRFB/88²⁷⁰).

Na hipótese, o constituinte procedeu a um sopesamento inicial entre os princípios conflitantes, expressando objetivos a serem atingidos, bem como legou ao legislador a discricionariedade de eleger os meios de atingi-los. Os meios, em sendo restrições a direitos

e ostensivamente destacada, em 100% (cem por cento) de sua face posterior e de uma de suas laterais” (BRASIL. **Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996**. Dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumígenos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal. Brasília, 15 jul. 1996).

²⁶⁶ A CRFB/88 (BRASIL, 1988, art. 220, §4º) prevê: “Art. 220 [...] § 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”.

²⁶⁷ À época do ajuizamento da ADI, o *caput* do art. 3º permitia a propaganda de fumígenos apenas através de pôsteres e cartazes, na parte interna dos locais de venda. No decorrer da tramitação, a redação do dispositivo foi alterada pela Lei nº 12.546/2011, que impôs constrição ainda mais severa, proibindo qualquer tipo de propaganda em território nacional.

²⁶⁸ A CRFB/88 (BRASIL, *op. cit.*, art. 6º) prevê: “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Parágrafo único. Todo brasileiro em situação de vulnerabilidade social terá direito a uma renda básica familiar, garantida pelo poder público em programa permanente de transferência de renda, cujas normas e requisitos de acesso serão determinados em lei, observada a legislação fiscal e orçamentária”.

²⁶⁹ “Art. 5º [...] XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (*Ibid.*).

²⁷⁰ O *caput* do artigo 227 da CRFB/88 estabelece que “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (*Ibid.*).

fundamentais, também devem ser racionalmente justificáveis e passar pelo crivo do sopesamento.

No entanto, a lei poderia ter promovido tais restrições ainda que não houvesse autorização constitucional, com a diferença de que, neste caso, haveria maior ônus argumentativo para o legislador.

O voto também procede à análise da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito da medida. Não há conveniência em reproduzir todos os argumentos, mas devem-se apenas fazer duas observações.

Em primeiro lugar, este é a única decisão analisada em que a liberdade de expressão e a liberdade de informação são apresentadas em polos opostos da colisão entre direitos fundamentais: de um lado, a liberdade de expressão enquanto comunicação com propósitos comerciais, e a livre iniciativa; de outro lado, o direito à saúde e à informação de consumidores, além da proteção de crianças e adolescentes.

Ademais, esta decisão se destaca por ser a única em que o Tribunal chancelou restrição séria à liberdade de expressão, eis que incidente não apenas sobre a forma, mas também sobre o conteúdo da mensagem. Esse é um tipo de restrição à liberdade de expressão historicamente rechaçado pelo STF, eis que uma restrição prevista em caráter geral e abstrato - como é próprio da legislação -, está em zona limítrofe com a censura.

Nessa linha, o pedido foi julgado improcedente, por unanimidade de votos.

3.2 Liberdade de expressão e de informação na internet

Neste tópico, serão analisados os acórdãos encontrados a partir do parâmetro de busca “liberdade de expressão” OU “liberdade de pensamento” OU “liberdade de imprensa” E “internet~25”, no mesmo período da etapa anterior – de 2009 a 2022 –, com o propósito de avaliar os conflitos entre os direitos fundamentais especificamente no contexto da internet.

Conforme já mencionado no início deste capítulo, foram encontrados 19 (dezenove) acórdãos proferidos em controle concentrado de constitucionalidade, dos quais 15 (quinze) não tratavam de liberdade de expressão na internet, em que pese o termo “internet” constasse na indexação, e 2 (dois) já haviam sido abordados em item anterior e 2 (dois) acórdãos de mérito em recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida.

Os acórdãos proferidos em controle concentrado que guardam efetiva pertinência com a temática são: (i) a ADPF nº 572/DF, relativa à portaria de instauração do “inquérito das *fake*

news”; (ii) a ADI nº 7.261/DF, referente à Resolução TSE nº 23.714/2022; (iii) a ADI nº 2.566; e (iv) a ADPF nº 130, sendo que as duas últimas já foram abordadas no item anterior.

Quanto aos acórdãos proferidos em recurso extraordinário, foram encontrados o RE nº 1.010.606/RJ, *leading case* do Tema 786 (Caso Aída Curi, que versava sobre o direito ao esquecimento) e o RE nº 1.070.522/PE, do Tema 1.013 (previsão de percentuais mínimos destinados à programação local em edital de licitação para o serviço de radiodifusão), este último já abordado no item anterior.

A seguir, proceder-se-á à análise qualitativa dos acórdãos referentes à ADPF nº 572/DF, julgada em junho de 2020; à ADI 7261/DF, julgada em outubro de 2022; e ao RE nº 1.010.606/RJ (Tema 786), julgado em fevereiro de 2021, com enfoque nos conflitos de direitos fundamentais ora estudados.

3.2.1 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 572

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 572/DF foi ajuizada pelo partido político REDE Sustentabilidade contra a Portaria GP nº 69, de 14 de março de 2019, que instaurou²⁷¹ o Inquérito nº 4.781 (conhecido como “inquérito das *fake news*”).

Antes de proceder à análise das colisões entre direitos fundamentais verificadas neste caso, é importante fazer uma breve síntese dos fatos relevantes à sua compreensão. Como os autos do inquérito tramitam em segredo de justiça, as informações sobre ele somente puderam ser obtidas de forma indireta, seja por cópias parciais acostadas na ADPF nº 572, no HC nº 170.285²⁷², ou, ainda, por decisões divulgadas de forma avulsa na imprensa.

3.2.2 Cronologia dos fatos

Em 14 de março de 2019 foi publicada a Portaria GP nº 69, de lavra do então presidente do STF, ministro Dias Toffoli²⁷³.

²⁷¹ Conforme foi salientado nos votos de vários ministros, o objeto da ADPF nº 572 recaía tão somente sobre a portaria de instauração do inquérito. Não foi suscitada a inconstitucionalidade do artigo 43 do Regimento Interno do STF, que lhe serviu de fundamento normativo, tampouco se discutiam os atos praticados durante a condução do inquérito (por exemplo, a decisão que determinou a retirada de notícias da revista *Crusoé* e do blog *O Antagonista*, bem como a decisão que determinou a prisão do então deputado federal Daniel Silveira). No entanto, como tais temas foram abordados nos votos, ainda que em *obiter dictum*, aqui serão também mencionados.

²⁷² *Habeas corpus* coletivo ajuizado pela ANPR (Associação Nacional dos Procuradores da República), em favor dos Procuradores da República vinculados à operação lava-jato, a fim de trancar o Inquérito nº 4.781/DF.

²⁷³ Eis o teor do ato impugnado: “O PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no uso de suas atribuições que lhe confere o Regimento Interno, CONSIDERANDO que velar pela intangibilidade das

Em 23 de março de 2019, deu-se o ajuizamento da ADPF nº 572/DF, questionando a constitucionalidade da portaria de instauração do inquérito, por violação aos preceitos fundamentais insculpidos nos artigos 2º²⁷⁴; 5º, incisos II, XXXVII, LIII e LV²⁷⁵; e 129, inciso I²⁷⁶, todos da Constituição Federal de 1988.

No dia 11 de abril do mesmo ano, foi divulgada reportagem, na revista *on-line* “Crusoé” e no *site* “O Antagonista”, intitulada “O amigo do amigo de meu pai”²⁷⁷, cujos assinantes informavam ter tido acesso a um documento juntado a um dos processos da operação Lava Jato em Curitiba.

O documento se referia à resposta do réu Marcelo Odebrecht a questionamentos feitos pela Polícia Federal, em que o empreiteiro esclarecia o significado de codinomes empregados nos *e-mails* trocados entre executivos da empresa no contexto dos esquemas de corrupção descobertos pela operação. Segundo Odebrecht, “o amigo do amigo de meu pai”, mencionado nos *e-mails*, fazia referência a Dias Toffoli, que, à época, ocupava o cargo de advogado-geral da União. A reportagem afirmava, ainda, que o referido documento havia sido encaminhado à Procuradoria-Geral da República (PGR).

Em um primeiro momento, a PGR emitiu nota afirmando não ter recebido ainda qualquer informação nesse sentido. Com base nisso, em 13 de abril de 2019, o relator designado para a condução do Inquérito nº 4.781/DF, ministro Alexandre de Moraes, determinou aos *sites* a remoção da notícia, asseverando que a publicação continha afirmação falsa em relação ao presidente do STF e que se tratava de um “típico exemplo de *fake news*”.

Em 18 de abril de 2019, porém, o ministro-relator revogou a decisão, ante a confirmação posterior da procuradora-geral da República no sentido de que o documento

prerrogativas do Supremo Tribunal Federal e dos seus membros é atribuição regimental do Presidente da Corte (RISTF, art. 13, I); CONSIDERANDO a existência de notícias fraudulentas (*fake news*), denúncias caluniosas, ameaças e infrações revestidas de *animus calumniandi, diffamandi e injuriandi*, que atingem a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros e familiares, RESOLVE, nos termos do art. 43 e seguintes do Regimento Interno, instaurar inquérito para apuração dos fatos e infrações correspondentes, em toda a sua dimensão, Designo para a condução do feito o eminente Ministro Alexandre de Moraes, que poderá requerer à Presidência a estrutura material e de pessoal necessária para a respectiva condução” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 572/DF**. Ministro Relator Edson Fachin, Inteiro Teor do Acórdão, 18 jun. 2020a, p. 5-6).

²⁷⁴ O *caput* do artigo prevê: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL, 1988).

²⁷⁵ “Art. 5º [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei [...] XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção [...] LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente [...] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (*Ibid.*).

²⁷⁶ “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei” (*Ibid.*).

²⁷⁷ RANGEL, Rodrigo; COUTINHO, Mateus. “O amigo do amigo do meu pai”. **Revista Crusoé** [eletrônica], São Paulo, ed. 050, 11 abr. 2019.

realmente existia e que teria sido, de fato, enviado pela 13ª Vara Federal de Curitiba e recebido pela sede do Ministério Público Federal (MPF), em Brasília.

Mais de um ano depois, em 26 de maio de 2020, foi proferida decisão no Inquérito nº 4.781/DF²⁷⁸ direcionando as investigações para um grupo de pessoas possivelmente relacionadas à associação criminosa denominada “Gabinete do Ódio”, dedicada à disseminação de notícias falsas, ataques ofensivos às autoridades e às instituições, dentre as quais o STF, com conteúdo de ódio e subversão da normalidade democrática.

Em seguida, o partido político REDE Sustentabilidade, autor da ADPF nº 572/DF, requereu a extinção da ação sem resolução de mérito.

O pedido foi indeferido pelo ministro-relator, em aplicação analógica do artigo 5º da Lei nº 9.868/99²⁷⁹, e, em junho de 2020, os pedidos da ADPF foram julgados improcedentes.

O Inquérito nº 4.781/DF continua em tramitação, tendo seu prazo de duração sido prorrogado sucessivas vezes. Nesse ínterim, foram proferidas em seu bojo decisões determinando a prisão do então deputado federal Daniel Silveira, bem como a inclusão do então presidente da República Jair Bolsonaro no rol de investigados.

3.2.3 Das colisões entre direitos fundamentais

A Portaria GP nº 69, de 14 de março de 2019 apontava como objeto do inquérito apenas a apuração, em toda a sua dimensão, de fatos e infrações referentes a “notícias fraudulentas (*fake news*), denúncias caluniosas, ameaças e infrações revestidas de *animus calumniandi, diffamandi e injuriandi*, que atingem a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros e familiares”²⁸⁰.

O ministro Alexandre de Mores, relator designado pela portaria, destacou no despacho inicial de 19 de março de 2019 que o objeto das investigações compreendia também “o vazamento de informações e documentos sigilosos, com o intuito de atribuir e/ou insinuar a prática de atos ilícitos por membros da Suprema Corte, por parte daqueles que têm o dever legal de preservar o sigilo; e a verificação da existência de esquemas de financiamento e

²⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito nº 4.781/DF**. Ministro Relator Alexandre de Moraes, decisão, 17 fev. 2021.

²⁷⁹ “Art. 5º Proposta a ação direta, não se admitirá desistência” (BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, 10 nov. 1999).

²⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Portaria GP nº 69, de 14 de março de 2019**. Gabinete da Presidência, 2019.

divulgação em massa nas redes sociais, com o intuito de lesar ou expor a perigo de lesão a independência do Poder Judiciário e ao Estado de Direito”²⁸¹.

Em razão do sigilo do procedimento, não se sabe especificamente o conteúdo do material que teria servido de justa causa à sua instauração²⁸².

O mais próximo que se pode chegar de uma possível motivação para a deflagração do inquérito é a decisão proferida logo em seus primeiros dias de tramitação, em que foi determinada a remoção de reportagem publicada nos *sites* jornalísticos Crusoé e O Antagonista, intitulada “O amigo do amigo de meu pai”.

Na referida decisão, o único argumento relevante suscitado para a remoção do conteúdo foi o fato de a informação veiculada ser potencialmente falsa; após comprovada sua veracidade, a decisão foi revogada.

Tal episódio reflete um conflito entre os direitos fundamentais à liberdade de expressão/informação e o direito à honra de agente público, pouco se diferenciando dos inúmeros casos já apreciados pela Suprema Corte²⁸³ sobre idêntica temática. Em casos com tais contornos, a jurisprudência pacífica do Tribunal conferia primazia à liberdade de expressão, sobretudo em se tratando de matéria jornalística envolvendo assunto de interesse público.

A decisão também vai de encontro ao amplo conteúdo normativo tradicionalmente conferido pela Corte à liberdade de expressão, que “não se direciona somente a proteger as opiniões supostamente verdadeiras, admiráveis ou convencionais, mas também aquelas que são duvidosas, exageradas, condenáveis, satíricas, humorísticas” e que protege, inclusive, “as declarações errôneas”²⁸⁴.

Consoante já discutido anteriormente, a veracidade do conteúdo veiculado não tem sido validada pelo STF como critério legítimo a restringir o direito à liberdade de expressão. Inclusive, na ADPF nº 130, o Tribunal declarou integralmente não recepcionada pela Constituição Federal de 1988 a antiga Lei de Imprensa, cujo artigo 16 criminalizava justamente a publicação de notícias falsas ou fatos verdadeiros truncados ou deturpados que provocassem perturbação da ordem pública.

Ao longo do tempo, o inquérito transformou radicalmente suas feições. Em quase cinco anos de tramitação, remanesce pouco esclarecida a justa causa que lastreou sua

²⁸¹ *Ibid.*, p. 29.

²⁸² Consoante a petição inicial da ADPF 572, à época da instauração do inquérito, os veículos de comunicação especulavam que se trataria de uma forma de retaliar a Operação Lava Jato.

²⁸³ Cf. RE nº 685.493/SP; Rcl nº 28.747 AgR/PR; AI nº 505.595-AgR/RJ.

²⁸⁴ Cf. ADI nº 4451/DF.

instauração, o que sugere ter se tratado de procedimento inespecífico em relação aos fatos e pessoas investigadas – o que permitia considerável amplitude quanto às medidas cautelares adotadas e aos seus eventuais destinatários.

Em maio de 2020, no entanto, o objeto das investigações passou a ser a existência de supostos grupos organizados, com financiamento público e privado, para a disseminação de notícias falsas com o intuito de desacreditar e intimidar os membros da Suprema Corte.

O descolamento e a falta de congruência entre as duas etapas da investigação ficam claros a partir da simples comparação entre os objetos das duas decisões – de um lado, a censura de uma notícia de dois *sites* jornalísticos que envolviam o nome do presidente do STF; de outro, a investigação de esquemas de propagação de desinformação, ameaças e incitação ao fechamento do STF, com participação de servidores públicos e de empresários.

Verifica-se que, a partir de maio de 2020, o objeto do inquérito passa a ter fatos e investigados mais bem delimitados, embora completamente diferentes daqueles que potencialmente ensejaram sua instauração, a julgar pela decisão proferida logo no início de sua tramitação.

Se, naquela decisão, a restrição à liberdade de expressão era de difícil justificação (dada a natureza dos direitos em colisão), em relação aos fatos investigados a partir de 2020, tornaram-se mais facilmente defensáveis as razões para a imposição de restrições à liberdade de expressão – ou, ainda, o argumento que tais atos de caráter agressivo e antidemocrático não estão compreendidos nos lindes deste direito, caso se parta da premissa de uma teoria interna das restrições a direitos fundamentais.

De fato, as condutas sob investigação a partir de 2020 são revestidas de indiscutível gravidade, porquanto potencialmente lesivas não apenas à honra e à segurança dos ministros do STF, mas também da própria ordem democrática – o que é passível de justificar a adoção de providências para coibi-las. No entanto, tal circunstância não responde satisfatoriamente à questão sobre a constitucionalidade do modo como tais providências foram adotadas.

Se é certo que os fatos investigados a partir de maio de 2020 merecem apuração, não menos certo é que isso não convalida os vícios de instauração do inquérito no bojo do qual isso tem ocorrido.

Com efeito, trata-se de desdobramento de um inquérito cuja deflagração foi, no mínimo, questionável, do ponto de vista dos princípios inscritos no artigo 2º (separação dos poderes); artigo 5º, incisos II (legalidade), XXXVII (vedação aos tribunais de exceção), LIII (juiz natural) e LV (devido processo legal); e artigo 129, inciso I (titularidade da ação penal

pública pelo Ministério Público e consagração de um sistema processual penal de caráter acusatório), todos da CRFB/88.

É muito difícil – senão impossível – conceber que os episódios envolvendo a remoção de notícia de *sites* jornalísticos e a repressão a grupos financiados de desinformação nas redes sociais façam parte do mesmo objeto de investigação sem admitir que, na origem, o Inquérito nº 4.781/DF era excessivamente amplo, vago e inespecífico, sendo este, aliás, um dos principais fundamentos suscitados pela REDE Sustentabilidade ao ajuizar a ADPF nº 572.

Nesse sentido, o próprio partido político autor da ADPF nº 572 requereu a extinção da ação sem julgamento de mérito após a reviravolta ocorrida em maio de 2020, com a delimitação do objeto das investigações em torno de pessoas específicas e de fatos determinados, especialmente ligados a um possível esquema de financiamento da divulgação de *fake news* com o emprego de verbas públicas.

Na ocasião, o peticionante afirmou que o fazia “não por concordarmos com a forma pela qual o Inquérito foi instaurado pela Portaria GP nº 69, de 2019, mas por entendermos que estamos diante de um momento singular de nossa história [...] em que um mal maior deve ser combatido”²⁸⁵.

Tamanha é a disparidade fática entre o episódio da revista *Crusoé* e a existência do alegado Gabinete do Ódio que, ao julgar o mérito da ADPF nº 572, a Corte expressamente excluiu do escopo do inquérito “**matérias jornalísticas** e postagens, compartilhamentos ou outras manifestações (inclusive pessoais) na internet, feitas anonimamente ou não, desde que não integrem esquemas de financiamento e divulgação em massa nas redes sociais” (grifo nosso)²⁸⁶.

A principal colisão de princípios, portanto, não se dá propriamente entre a liberdade de expressão e a ordem democrática, no sentido de que esta será potencialmente abalada pelo esquema organizado de disseminação de desinformação e ataques sistemáticos ao STF); mas entre esta e os princípios acima elencados (artigos 2º; 5º, incisos II, XXXVII, LIII e LV; e 129, inciso I, todos da CRFB/88), os quais, por sua vez, também representam importantes pilares do Estado Democrático de Direito.

Até a data de conclusão deste trabalho, o Inquérito nº 4.781/DF continuava em tramitação, tendo seu prazo de duração sido sucessivamente prorrogado por mais de quatro

²⁸⁵ BRASIL, 2020a, p. 3.

²⁸⁶ BRASIL, 2020a, p. 3, grifo nosso.

anos, o que, *a priori*, também infringe o princípio da razoável duração do processo (artigo 5º, inciso LXXVIII, CRFB/88²⁸⁷).

3.2.3.1 Recurso Extraordinário 1.010.606/RJ (Tema 786 da Repercussão Geral)

O caso tratou de ação ajuizada pelos familiares de Aída Curi contra a emissora Globo Comunicação e Participações S.A., pleiteando indenização por danos materiais e morais decorrentes da exibição da imagem de sua falecida irmã, assassinada em 1958, no programa televisivo Linha Direta: Justiça.

Como causa de pedir, alegavam violação à dignidade da pessoa humana e aos direitos de personalidade (imagem, honra, vida privada e intimidade), os quais teriam sido atingidos pelo exercício ilícito e abusivo da liberdade de expressão e de imprensa por parte da ré, ao divulgar fatos ocorridos há mais de cinquenta anos, dos quais não restaria nenhum interesse jornalístico ou informativo. Suscitaram, assim, a proteção de seu direito ao esquecimento, já reconhecido em uma série de casos emblemáticos da jurisprudência internacional²⁸⁸ e pátria²⁸⁹.

A pretensão dos autores não foi acolhida nas instâncias ordinárias, tampouco no Superior Tribunal de Justiça, razão pela qual interpuseram apelo extraordinário.

No julgamento realizado pelo STF, inicialmente, destacou-se a necessidade de conceituar o que se deve entender por “direito ao esquecimento”, instituto que já havia sido

²⁸⁷ “Art. 5º [...] LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (BRASIL, 1988).

²⁸⁸ Como exemplo, cito o caso Lebach, submetido ao Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (BverfGE 35, 202), cuja situação fática remontava a um crime ocorrido em 1969, quando quatro soldados alemães foram assassinados em um lugarejo na Alemanha, chamado Lebach. No julgamento, dois réus foram condenados à prisão perpétua, e o terceiro, considerado partícipe, a seis anos de reclusão. Quando o terceiro condenado estava prestes a sair da prisão, tendo cumprido integralmente a pena, tomou conhecimento de que um canal de televisão alemão (*Zweites Deutsches Fernsehen – ZDF*) produziu um documentário detalhado sobre todo o crime, a ser exibido na noite da soltura, no qual os três condenados eram representados com nome e foto. O terceiro condenado apresentou Reclamação Constitucional ao TCF, que a julgou procedente, entendendo que a divulgação de notícia sobre crime grave, não revestida de interesse atual devido ao transcurso de tempo, e que põe em risco a ressocialização do autor, viola o direito ao livre desenvolvimento da personalidade (artigo 2º, parágrafo 1º, da Constituição alemã), o qual deve prevalecer, no caso concreto, sobre o direito à liberdade de informar por meio da radiodifusão (artigo 5º, parágrafos 1º e 2º, da Constituição alemã).

²⁸⁹ No REsp nº 1.334.097/RJ (caso da Chacina da Candelária), o Superior Tribunal de Justiça reconheceu o abuso no direito à liberdade de informar cometido pela Globo Comunicação e Participações S.A., decorrente da veiculação do programa Linha Direta – Justiça, no qual mencionava o nome e a imagem do autor como um dos suspeitos do crime, em que pese este ter sido absolvido pelo tribunal do júri. A Corte Cidadã entendeu que não haveria prejuízo ao propósito informativo do programa caso tivessem sido usados nomes e atores fictícios. A decisão foi impugnada por Recurso Extraordinário, por alegada ofensa ao decidido no Tema 786.

mencionado em diversos precedentes, revestidos de características fáticas muito díspares entre si.

A delimitação dos contornos do direito ao esquecimento foi empreendida, com precisão, no voto do ministro-relator Dias Toffoli, que apresentava duas preocupações analíticas: (a) identificar os pontos comuns que caracterizassem o alegado direito ao esquecimento; e (b) ao mesmo tempo, estremá-lo das demais categorias já existentes no ordenamento jurídico. Salientam-se as duas principais, nesta oportunidade.

Em primeiro plano, para se falar em direito ao esquecimento, é preciso que a informação veiculada seja verdadeira e lícitamente obtida – isso porque o direito já dispõe de mecanismos para coibir informações ilícitas, como o direito de resposta, a indenização por danos morais e o oferecimento de queixa-crime pela prática de calúnia.

Ademais, é necessário o transcurso de lapso temporal suficiente - não necessariamente quantificado em dias, meses e anos -, para a perda do interesse coletivo na informação, em especial, no seu caráter informativo.

O direito ao esquecimento não existiria, portanto, como categoria autônoma, mas seria um exemplo específico de colisão entre os direitos fundamentais à liberdade de expressão e de informação, de um lado, e à intimidade, honra e privacidade, de outro, marcado pela existência de circunstâncias específicas como a passagem de lapso temporal expressivo e a licitude na obtenção da informação.

A tese, fixada por maioria, compreende duas conclusões relevantes.

A primeira refere-se à incompatibilidade da ideia de direito ao esquecimento com a Constituição Federal. Não haveria falar, de forma abstrata, em um direito fundamental subjetivo do titular em ver expurgada informação a seu respeito dos meios de comunicação; o mero transcurso do tempo não converte uma divulgação lícita em ilícita.

Tal fato decorre da posição preferencial que a liberdade de expressão e a liberdade de informação desempenham no Estado Democrático de Direito. É dizer, *a priori*, em caso de colisão entre tais direitos e os direitos da personalidade (vida privada, honra, nome e imagem), deve ser conferida precedência àqueles, ainda que transcorrido expressivo lapso temporal entre o fato e a publicização.

No entanto, a ponderação de princípios pode conduzir a desfecho diverso a partir da análise do caso concreto – e esta é a segunda conclusão do *decisum*. Embora não seja capaz de conferir aos titulares abstrato e incontestado direito ao esquecimento, o fator “tempo” não é completamente irrelevante.

Com efeito, o transcurso do tempo pode ensejar a atribuição de um peso menor à liberdade de informação, caso demonstrada a perda da relevância pública, social e histórica do conteúdo, tendo restado, por exemplo, propósito meramente sensacionalista na divulgação.

Ao mesmo tempo, os direitos da personalidade podem adquirir maior densidade, a depender da forma de exposição de seus atributos, do grau de acessibilidade ao público do conteúdo - se veiculado em uma única publicação ou se disponível por tempo indeterminado na internet -, bem como da possibilidade de anonimização dos envolvidos sem que se desnature a essência da informação²⁹⁰.

No caso Aída Curi, a maioria dos ministros entendeu que remanescia interesse histórico na divulgação dos fatos – sobretudo para retratar a violência contra a mulher e questionar a efetividade das medidas tomadas, nas últimas décadas, para coibi-la.

Entendeu-se, ainda, não ter havido exibição desonrosa da falecida jovem ou de seus familiares, sendo, de todo modo, impossível desvincular o nome da vítima da narrativa do evento criminoso. Conferiu-se, portanto, precedência à liberdade de expressão e à liberdade de informação para veicular conteúdos verídicos e obtidos lícitamente.

Ao final, o recurso foi desprovido por maioria, vencidos os ministros Nunes Marques, Edson Fachin e Gilmar Mendes. Fixou-se, também por maioria, a seguinte tese:

É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais – especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral – e das expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível²⁹¹.

No presente caso, de colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade, a Corte seguiu seu posicionamento tradicional em privilegiar, *a priori*, o primeiro em detrimento deste último ao assentar que o mero transcurso do tempo não converte

²⁹⁰ Esses critérios de ponderação constaram da tese sugerida pelo ministro Gilmar Mendes, em voto vencido: “1. Na hipótese de conflito entre normas de igual hierarquia constitucional (direito à liberdade de imprensa e de informação em oposição aos direitos da proteção à imagem, honra e vida privada, além da dignidade da pessoa humana), deve-se adotar a técnica da concordância prática, demandando análise pontual sobre qual direito fundamental deve prevalecer, para fins de direito de resposta e/ou indenização, sem prejuízo de outros instrumentos a serem aprovados pelo Parlamento; e 2. Devem ser considerados como fatores preponderantes desse balizamento: o decurso do tempo entre o fato e a publicização; a existência de interesse histórico, social e público atual; o grau de acessibilidade ao público; e a possibilidade de divulgação anonimizada dos fatos sem que se desnature a essência da informação” (BRASIL, 2021, p. 290).

²⁹¹ BRASIL, 2021, p. 3.

manifestação lícita em ilícita. No entanto, não excluiu a possibilidade de que o magistrado, diante das circunstâncias do caso concreto, reconheça eventual abuso de direito.

3.2.3.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade 7.261/DF

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pelo procurador-geral da República contra os artigos 2º, *caput*²⁹² e parágrafos 1º e 2º; 3º, *caput*²⁹³; 4º²⁹⁴; 5º²⁹⁵; 6º²⁹⁶; e 8º²⁹⁷, todos da Resolução nº 23.714/2022, do Tribunal Superior Eleitoral (TSE).

A cautelar foi indeferida pelo ministro-relator, Edson Fachin. Em agravo interno, o Plenário do STF referendou, por maioria, a decisão que indeferira a cautelar, vencidos o

²⁹² “Art. 2º É vedada, nos termos do Código Eleitoral, a divulgação ou compartilhamento de fatos sabidamente inverídicos ou gravemente descontextualizados que atinjam a integridade do processo eleitoral, inclusive os processos de votação, apuração e totalização de votos. § 1º Verificada a hipótese prevista no caput, o Tribunal Superior Eleitoral, em decisão fundamentada, determinará às plataformas a imediata remoção da URL, URI ou URN, sob pena de multa de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) a R\$ 150.000,00 (cem e cinquenta mil reais) por hora de descumprimento, a contar do término da segunda hora após o recebimento da notificação. § 2º Entre a antevéspera e os três dias seguintes à realização do pleito, a multa do § 1º incidirá a partir do término da primeira hora após o recebimento da notificação.” (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução nº 23.714, de 20 de outubro de 2022**. Dispõe sobre o enfrentamento à desinformação que atinja a integridade do processo eleitoral. Brasília, 20 out. 2022).

²⁹³ “Art. 3º A Presidência do Tribunal Superior Eleitoral poderá determinar a extensão de decisão colegiada proferida pelo Plenário do Tribunal sobre desinformação, para outras situações com idênticos conteúdos, sob pena de aplicação da multa prevista no art. 2º, inclusive nos casos de sucessivas replicações pelo provedor de conteúdo ou de aplicações” (*Ibid.*).

²⁹⁴ “Art. 4º A produção sistemática de desinformação, caracterizada pela publicação contumaz de informações falsas ou descontextualizadas sobre o processo eleitoral, autoriza a determinação de suspensão temporária de perfis, contas ou canais mantidos em mídias sociais, observados, quanto aos requisitos, prazos e consequências, o disposto no art. 2º. Parágrafo único. A determinação a que se refere o caput compreenderá a suspensão de registro de novos perfis, contas ou canais pelos responsáveis ou sob seu controle, bem assim a utilização de perfis, contas ou canais contingenciais previamente registrados, sob pena de configuração do crime previsto no art. 347 da Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral” (*Ibid.*).

²⁹⁵ “Art. 5º Havendo descumprimento reiterado de determinações baseadas nesta Resolução, o Presidente do Tribunal Superior Eleitoral poderá determinar a suspensão do acesso aos serviços da plataforma implicada, em número de horas proporcional à gravidade da infração, observado o limite máximo de vinte e quatro horas. Parágrafo único. Na hipótese do caput, a cada descumprimento subsequente será duplicado o período de suspensão” (*Ibid.*).

²⁹⁶ “Art. 6º É vedada, desde quarenta e oito horas antes até vinte e quatro horas depois da eleição, a veiculação paga, inclusive por monetização, direta ou indireta, de propaganda eleitoral na Internet, em sítio eleitoral, em blog, em sítio interativo ou social, ou em outros meios eletrônicos de comunicação da candidata ou do candidato, ou no sítio do partido, federação ou coligação (art. 7º da Lei n. 12.034, de 29 de setembro de 2009). § 1º Verificado descumprimento da vedação a que se refere o caput, o Tribunal Superior Eleitoral, em decisão fundamentada, determinará às plataformas a imediata remoção da URL, URI ou URN, sob pena de multa de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) a R\$ 150.000,00 (cem e cinquenta mil reais) por hora de descumprimento, a contar do término da primeira hora após o recebimento da notificação. § 2º O descumprimento do disposto no caput configura realização de gasto ilícito de recursos eleitorais, apto a determinar a desaprovação das contas pertinentes, sem prejuízo da apuração do crime previsto no art. 39, § 5º, inciso IV, da Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997” (*Ibid.*).

²⁹⁷ “Art. 8º Fica revogado o art. 9º-A da Resolução TSE nº 23.610, de 2019” (*Ibid.*).

ministro Nunes Marques e, em parte, o ministro André Mendonça. Até a data de conclusão deste trabalho, o mérito ainda não havia sido apreciado.

Segundo a inicial, a norma impugnada violaria a liberdade de manifestação do pensamento, o princípio da proporcionalidade, a inércia e a imparcialidade do magistrado, a garantia do duplo grau de jurisdição, o princípio da colegialidade e o sistema acusatório, usurpando a competência do Ministério Público Eleitoral como fiscal da ordem jurídica.

O ato normativo impugnado, conforme aqui se defende, apresenta, de fato, vícios de inconstitucionalidade. Para além de violações à literalidade de dispositivos constitucionais, há hipóteses de clara ruptura com a jurisprudência recente da própria Corte, já abordada em itens anteriores.

De início, pela imbricação dos temas, é necessário pontuar que não se pretende realizar qualquer juízo de valor político sobre as medidas adotadas pelo Tribunal Superior Eleitoral no combate à desinformação, tratando-se de mera análise jurídica quanto à constitucionalidade da resolução, sobretudo em relação ao parâmetro “liberdade de expressão”. No entanto, do ponto de vista estritamente constitucional, a validade da norma não se sustenta.

A despeito das limitações inerentes ao poder regulamentar²⁹⁸, a Resolução TSE nº 23.714/2022 impôs direitos e obrigações sem respaldo legal, extrapolando o conteúdo da lei que pretendia regulamentar.

Com efeito, os artigos 57-A a 57-I da Lei nº 9.504/97 disciplinam o tema da propaganda eleitoral na internet. Quanto ao teor das manifestações, o artigo 57-D dispõe:

Art. 57-D. É livre a manifestação do pensamento, vedado o anonimato durante a campanha eleitoral, por meio da rede mundial de computadores - internet, assegurado o direito de resposta, nos termos das alíneas *a*, *b* e *c* do inciso IV do § 3º do art. 58 e do 58-A, e por outros meios de comunicação interpessoal mediante mensagem eletrônica. § 1º (Vetado) § 2º A violação do disposto neste artigo

²⁹⁸ No campo do Direito Eleitoral, o poder regulamentar do TSE está inscrito no art. 105 da Lei nº 9.504/97 e no art. 23, inciso IX, do Código Eleitoral (Lei nº 4.737/65), que têm a seguinte redação: “Art. 105. Até o dia 5 de março do ano da eleição, o Tribunal Superior Eleitoral, atendendo ao caráter regulamentar e sem restringir direitos ou estabelecer sanções distintas das previstas nesta Lei, poderá expedir todas as instruções necessárias para sua fiel execução, ouvidos, previamente, em audiência pública, os delegados ou representantes dos partidos políticos. (...) § 3º Serão aplicáveis ao pleito eleitoral imediatamente seguinte apenas as resoluções publicadas até a data referida no caput.” (BRASIL. **Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997**. Estabelece normas para as eleições. Brasília, 30 set. 1997); “Art. 23. Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior: (...) IX – expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código” (BRASIL. **Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965**. Institui o Código Eleitoral. Brasília, 15 jul. 1965); Quanto à propaganda eleitoral nas eleições, o art. 57-J da Lei nº 9.504/97 traz a seguinte previsão: “Art. 57-J. O Tribunal Superior Eleitoral regulamentará o disposto nos arts. 57-A a 57-I desta Lei de acordo com o cenário e as ferramentas tecnológicas existentes em cada momento eleitoral e promoverá, para os veículos, partidos e demais entidades interessadas, a formulação e a ampla divulgação de regras de boas práticas relativas a campanhas eleitorais na internet” (BRASIL, 1997).

sujeitará o responsável pela divulgação da propaganda e, quando comprovado seu prévio conhecimento, o beneficiário à multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais). § 3º Sem prejuízo das sanções civis e criminais aplicáveis ao responsável, a Justiça Eleitoral poderá determinar, por solicitação do ofendido, a retirada de publicações que contenham agressões ou ataques a candidatos em sítios da internet, inclusive redes sociais²⁹⁹.

Possivelmente, um dos pontos mais questionáveis da resolução é a proibição da conduta de divulgar ou compartilhar fatos “sabidamente inverídicos ou gravemente descontextualizados” que tenham o potencial de prejudicar o processo eleitoral, nos termos do artigo 2º. Ante a indeterminação da linguagem, caberá ao Plenário do TSE decidir o que deve ou não ser considerado inverídico ou descontextualizado.

Ao cancelar a constitucionalidade da medida, o STF ultrapassou a nítida fronteira que havia sido traçada em consistente jurisprudência de autocontenção quanto ao conteúdo do que é manifestado com lastro na liberdade de expressão, em especial nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4.451/DF; nº 5.580/AL; e nº 2.566/DF, aqui anteriormente analisadas.

Embora já consideradas constitucionais disposições legislativas que imponham contingenciamentos ao modo como o direito é exercido - como decidido, por exemplo, na ADI nº 4.923/DF, que validou as cotas de programação nacional para os serviços de televisão por assinatura -, o Tribunal sempre guardou deferência ao teor das opiniões e pensamentos manifestados, ressalvada a responsabilização *a posteriori* pela via indenizatória, pelo direito de retificação ou de resposta e pelas sanções penais eventualmente cabíveis.

O artigo 2º da resolução permite ao TSE, ainda, determinar às plataformas a retirada de conteúdo sem a provocação de qualquer interessado ou do Ministério Público, o que vai de encontro à inércia da jurisdição e à imparcialidade do juiz, mesmo sem que haja qualquer previsão nas leis eleitorais para atuação de ofício em hipótese semelhante.

Ademais, a eficácia de decisão nesse sentido pode sofrer extensão pelo presidente do TSE, que pode determinar a remoção de URLs, URIs ou URNs³⁰⁰ que contenham publicação com idêntico conteúdo.

As multas aplicáveis em caso de descumprimento variam entre R\$ 100.000,00 (cem mil reais) e R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), em montantes que superam os previstos em lei como sanções para propaganda irregular na internet, a saber, R\$ 5.000,00

²⁹⁹ *Ibid.*

³⁰⁰ Os termos URL, URI e URN provêm do inglês *Uniform Resource Locator*, *Uniform Resource Name* e *Uniform Resource Identifier* (Localizador Uniforme de Recursos, Nome Uniforme de Recurso e Identificador Uniforme de Recursos) e fazem menção ao conjunto de caracteres utilizados para identificar um determinado endereço na internet.

(cinco mil reais) a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), nos termos dos artigos 57-D, 57-E, §2º e 57-H da Lei 9.504/97.

A resolução também autoriza a suspensão temporária de perfis, contas ou canais mantidos em mídias sociais em caso de “produção sistemática de desinformação, caracterizada pela publicação contumaz de informações falsas ou descontextualizadas sobre o processo eleitoral”, conforme estabelece o artigo 4º.

Nesta hipótese, a atuação do Tribunal não se limitará à supressão de conteúdo – o que, por si só, é problemático sob a ótica constitucional -, mas, presumindo a ilicitude das publicações futuras do titular da conta responsável por desinformação contumaz, determina a sua suspensão, sem previsão de lapso temporal. A medida em muito se assemelha à censura prévia, vedada pelo artigo 220, parágrafo 2º, da CRFB/88, e veementemente rechaçada na jurisprudência do STF, especialmente a partir do julgamento da ADPF nº 130.

Caso descumpridas reiteradamente as ordens judiciais, a resolução confere ainda ao TSE o poder de determinar a suspensão do acesso aos serviços da plataforma implicada. Questão semelhante constitui objeto da ADI nº 5527/DF, em trâmite há mais de sete anos, que pretende seja declarado inconstitucional o artigo 12, inciso III, do Marco Civil da Internet³⁰¹.

Por fim, cabe fazer uma observação não suscitada no julgamento. O artigo 8º da Resolução TSE nº 23.714/22 revogou o artigo 9º-A da Resolução TSE nº 23.10/19, que regulamenta a propaganda eleitoral, utilização e geração do horário gratuito e condutas ilícitas em campanha eleitoral.

Os artigos 9º e 9º-A são os dois dispositivos da Resolução TSE nº 23.10/19 que compõem seção intitulada “Da Desinformação na Propaganda Eleitoral”, com a seguinte redação:

Seção II
Da Desinformação na Propaganda Eleitoral

Art. 9º A utilização, na propaganda eleitoral, de qualquer modalidade de conteúdo, inclusive veiculado por terceiras(os), pressupõe que a candidata, o candidato, o partido, a federação ou a coligação tenha verificado a presença de elementos que permitam concluir, com razoável segurança, pela fidedignidade da informação, sujeitando-se as pessoas responsáveis ao disposto no art. 58 da Lei nº 9.504/1997, sem prejuízo de eventual responsabilidade penal.

Art. 9º-A. É vedada a divulgação ou compartilhamento de fatos sabidamente inverídicos ou gravemente descontextualizados que atinjam a integridade do

³⁰¹ O artigo 12, inciso III, da Lei 12.965/14, prevê a sanção correspondente à suspensão temporária das atividades dos provedores que descumprirem os arts. 10 e 11 da lei, que dizem respeito às obrigações relativas à proteção: (a) aos registros de conexão e de acesso às aplicações de internet; (b) aos dados pessoais e (c) às comunicações privadas.

processo eleitoral, inclusive os processos de votação, apuração e totalização de votos, devendo o juízo eleitoral, a requerimento do Ministério Público, determinar a cessação do ilícito, sem prejuízo da apuração de responsabilidade penal, abuso de poder e uso indevido dos meios de comunicação.

Apesar de ter revogado o artigo 9º-A, a Resolução TSE nº 23.714/22 optou pela manutenção do artigo 9º. A diferença entre ambos é a de que, enquanto este último presume que o conteúdo potencialmente ofensivo diga respeito a candidato, partido ou coligação, aquele presume que a desinformação seja relacionada não a um específico sujeito de direitos, mas ao processo eleitoral, de forma geral.

Desse modo, a Resolução nº 23.714/22 optou por manter a normatização “convencional” para as hipóteses em que o ofendido seja identificado ou identificável – direito de resposta, nos termos do artigo 58 da Lei nº 9.504/97³⁰², além de eventual responsabilidade penal - e instituir uma disciplina mais incisiva, avocando para si o poder de remoção imediata das publicações ilícitas, para os casos em que a ofensa atingisse bens jurídicos de titularidade difusa.

Tal fato corrobora as considerações feitas no segundo capítulo, em que se delineou uma divisão estrutural entre as espécies de conflitos entre direitos fundamentais, a depender das espécies de direitos envolvidos, bem como de sua respectiva titularidade.

Em diversos trechos do julgamento, transpareceu a intenção de que a norma debelasse circunstância dita excepcional e severamente prejudicial à democracia, para a qual não haveria solução disponível no ordenamento. No voto do relator, argumentou-se que seria imprescindível a preservação da normalidade das eleições e da democracia, “mesmo com remédios amargos e limítrofes”³⁰³.

A ministra Rosa Weber, por sua vez, aduziu que o objetivo da resolução era diminuir os impactos de notícias fraudulentas na formação da vontade dos eleitores, “tudo dentro de um contexto excepcional e transitório [...], apenas para possibilitar a remoção célere desse tipo de conteúdo”³⁰⁴.

³⁰² O *caput* do artigo determina que: “A partir da escolha de candidatos em convenção, é assegurado o direito de resposta a candidato, partido ou coligação atingidos, ainda que de forma indireta, por conceito, imagem ou afirmação caluniosa, difamatória, injuriosa ou sabidamente inverídica, difundidos por qualquer veículo de comunicação social” (BRASIL, 1997).

³⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade de 7.261/DF**. Ministro Relator Edson Fachin, Inteiro Teor do Acórdão, 26 out. 2022, p. 10.

³⁰⁴ *Ibid.*, p. 91.

Ao final, conclui ser “legítima a restrição pontual e excepcional da liberdade de expressão na seara eleitoral, especialmente com a finalidade de compatibilizá-la com outras disposições constitucionais”³⁰⁵.

3.3 Considerações gerais sobre os casos analisados

É possível extrair alguns pontos de intersecção e de divergência entre os entendimentos esposados nos julgamentos aqui colacionados, os quais permitem algumas conclusões preliminares acerca de como o tema vem sendo enfrentado pelo STF.

A análise do primeiro grupo de casos³⁰⁶ permite constatar que existia, desde a ADPF nº 130, uma “densa e bem estabelecida rede de regras de decisão”³⁰⁷ que repelia a criação de cláusulas de restrição à liberdade de expressão, o que tornava “supérfluo um amplo sopesamento entre princípios - (...) com o envelhecer da jurisprudência constitucional, o recurso à ordem de valores fica cada vez mais raro”³⁰⁸.

As menções feitas pelos ministros às decisões tomadas em idênticos precedentes se davam muito mais pela retórica que pela necessidade argumentativa. A jurisprudência do STF era assente no sentido de que a liberdade de expressão ocupa posição preferencial no ordenamento jurídico brasileiro, eis que ostenta caráter instrumental para o exercício de outras liberdades.

Por esta razão, a Corte adotava comportamento irredutível ao demarcar a amplitude de sua proteção, a abranger não apenas “as opiniões supostamente verdadeiras, admiráveis ou convencionais, mas também aquelas que são duvidosas, exageradas, condenáveis, satíricas, humorísticas” e até mesmo “as declarações errôneas”³⁰⁹.

Eventuais restrições à liberdade de expressão foram toleradas apenas quando promovidas no cumprimento de objetivos de interesse público expressamente previstos na Constituição³¹⁰ e, ainda assim, desde que se tratasse de restrição imposta sobre aspectos

³⁰⁵ *Ibid.*, p. 93.

³⁰⁶ Aqui, entende-se por primeiro grupo de casos os resultados do parâmetro “liberdade de expressão” OU “liberdade de pensamento” OU “liberdade de imprensa” E “internet~25”, dividido em seis subgrupos temáticos: direito civil, direito eleitoral, comunicação social, direito de reunião, educação e livre iniciativa.

³⁰⁷ A expressão é empregada na obra de Alexy para designar o conjunto de decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão, o qual ganha cada vez mais densidade à medida que novas decisões lhe são acrescentadas. Quanto mais densa e coesa, menor o ônus argumentativo daquele que pretenda decidir no mesmo sentido (ALEXY, 2015, p. 558).

³⁰⁸ *Ibid.*, p. 558.

³⁰⁹ Voto de Alexandre de Moraes na ADI nº 4.451/DF (BRASIL, 2018, p. 18).

³¹⁰ A única exceção ficou a cargo da publicidade de produtos derivados do tabaco em que a Corte reputou constitucional uma regulação que disciplina não apenas o modo de veiculação das propagandas, mas o seu

formais referentes ao exercício da liberdade de expressão - por exemplo, a previsão legal de percentuais mínimos de programação nacional, julgada constitucional na ADI 4923/DF.

Na tradicional jurisprudência do STF, não se verifica tolerância quanto à ingerência sobre o conteúdo do pensamento ou opinião a ser manifestado. Ainda que a lei impugnada tenha sido promulgada para cumprir objetivos constitucionalmente válidos e legítimos, se o meio escolhido pelo legislador implicasse qualquer controle de conteúdo, a restrição era considerada inconstitucional³¹¹.

Quando em colisão com o direito à honra, as decisões costumavam atribuir peso superior à liberdade de expressão. Em todos os casos do primeiro grupo, a vedação constitucional à censura constituiu fundamento para que se condenasse qualquer restrição à veiculação do conteúdo impugnado, ainda que inverídico.

Inclusive, o Tribunal flexibilizou o rigor quanto aos requisitos de admissibilidade das reclamações constitucionais que suscitavam o desrespeito ao decidido na ADPF nº 130, aplicando, excepcionalmente, a teoria dos motivos determinantes³¹², rejeitada pela sua própria jurisprudência, ao considerar desnecessária a equiparação estrita ao paradigma³¹³.

Tem havido, no entanto, notória inflexão no posicionamento do STF ao lidar com as relações jurídicas travadas no contexto das aplicações de internet. No segundo grupo de casos³¹⁴, a Corte Constitucional empregou soluções e argumentos diametralmente opostos aos que historicamente costumava adotar, muitas vezes fundamentados na excepcionalidade ou ineditismo das circunstâncias.

Tanto a ADPF nº 572, que validou a portaria de instauração do Inquérito das *fake news* quanto a ADI nº 7261, que declarou a constitucionalidade da Resolução TSE nº 23.714/2022,

próprio teor (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.311/DF. Ministra Relatora Rosa Weber, Inteiro Teor do Acórdão, 14 set. 2022, 106 p.).

³¹¹ A única exceção ficou a cargo da publicidade de produtos derivados do tabaco em que a Corte reputou constitucional uma regulação que disciplina não apenas o modo de veiculação das propagandas, mas o seu próprio teor (BRASIL, 2022).

³¹² Sobre o assunto, o ministro Barroso assim manifestou-se no julgamento da Reclamação Constitucional nº 28747: “[...] as reclamações deferidas pelo Supremo, em matéria de liberdade de expressão, refogem ao padrão tradicional de exigência de equiparação estreita com o paradigma, mas há uma grande quantidade de precedentes e acho que o Supremo fez bem em flexibilizar esse critério, porque o país precisava de uma intervenção do Supremo em favor da liberdade de expressão para derrotar uma cultura autoritária que começava a se projetar no Judiciário. [...] Eu acho que em matéria de liberdade de expressão, nas situações mais relevantes, o Supremo tem sim um papel didático, um papel propedêutico, na superação de uma cultura autoritária. Nós precisamos derrotar uma cultura censória no País” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Ag. Reg. Na Reclamação nº 28.747/PR**. Ministro Relator Alexandre de Moraes, Inteiro Teor do Acórdão, 5 jun. 2018, p. 25).

³¹³ Nesse mesmo sentido: Ag. Reg. Na Reclamação nº 19.548/ES; Ag. Reg. Na Reclamação nº 16.074/SP; Ag. Reg. Na Reclamação nº 39.670/SP e Ag. Reg. Na Reclamação nº 35.039/DF.

³¹⁴ Aqui, entende-se por segundo grupo de casos os resultados do parâmetro “liberdade de expressão” OU “liberdade de pensamento” OU “liberdade de imprensa” E “internet~25”.

caminharam de encontro à jurisprudência que conferia sólida proteção às liberdades de manifestação do pensamento, independentemente do seu conteúdo.

Não se trata, porém, de um tributo do acaso: provocado quanto a quaisquer questões fáticas que projetem controvérsias jurídicas, o Judiciário é convocado a solucioná-las, ainda que não disponha de ferramentas jurídicas adequadas. Nesse contexto, têm-se construído soluções heterodoxas de improviso para um problema fática e juridicamente inédito, avançando, inevitavelmente, sobre garantias já há muito consagradas pelo Estado Democrático de Direito.

3.4 Considerações específicas sobre os direitos fundamentais

Para além de uma perspectiva mais abrangente, orientada pelo desfecho dos julgamentos, é necessário proceder a uma breve análise quanto às características dos direitos fundamentais à liberdade de expressão e à liberdade de informação ao longo do tempo, especialmente em relação ao seu conteúdo normativo, estrutura e colisões.

Em primeiro lugar, é nítida a tendência jurisprudencial no sentido de que haveria, necessariamente, complementariedade entre liberdade de expressão e liberdade de informação. Em quase todas as situações de colisão de princípios sob análise, os pesos atribuídos a cada uma delas são apresentados como premissas favoráveis a uma mesma posição argumentativa.

Predomina, nos acórdãos, uma abordagem de ambos os princípios sob uma ótica liberal clássica: a liberdade de informação (artigo 5º, XIV, CRFB/88) é mencionada como uma norma-princípio que milita em favor da liberdade de expressão. Em muitos trechos, é possível observar que os votos fazem alusão àquela quase como um componente do peso a ser atribuído a esta em eventual colisão de princípios, de forma semelhante à observada na redação de tratados internacionais de direitos humanos³¹⁵.

Ambas estariam, pois, situadas no mesmo polo, e os conflitos mais prováveis ocorreriam entre liberdade de expressão/acesso à informação, de um lado, e outros princípios de direitos individuais, de outro – especialmente direitos da personalidade (honra, intimidade, vida privada)³¹⁶.

³¹⁵ Cf. Segundo capítulo.

³¹⁶ O caráter antagônico entre estes dois grupos de princípios resta evidenciado em diversos trechos dos acórdãos, dentre os quais o seguinte excerto do voto do ministro Gilmar Mendes na ADPF nº 130: “Como se vê, há uma inevitável tensão na relação entre a liberdade de expressão e de comunicação, de um lado, e os

Entendimento diverso foi manifestado apenas na ADI nº 3311/DF, em que o direito à informação dos consumidores foi apresentado como contraposto ao exercício da liberdade de expressão comercial nas propagandas de produtos derivados de tabaco.

Em outras palavras, a maioria dos julgados presume que uma liberdade de expressão mais abrangente estará sempre a serviço do aprimoramento da liberdade de informação, e vice-versa.

Nessa linha, a liberdade de informação é primordialmente vinculada a um direito individual de abstenção do Estado contra restrições não amparadas por uma justificativa racional – o que gera ao particular um direito subjetivo a uma prestação negativa.

No entanto, o papel atribuído ao Estado não se resume a uma posição de inércia. Há frequentes menções a deveres positivos, visando tanto à proteção dos titulares de direitos fundamentais contra violações de terceiros³¹⁷, quanto à criação de normas de organização e procedimento para viabilizar o exercício de direitos fundamentais³¹⁸.

Por fim, restou patente que boa parte da densidade atribuída à liberdade de expressão (e à liberdade de informação) é fundamentada pela manifesta confiança na existência, efetividade e suficiência do controle *a posteriori*, empreendido sobretudo pelo Judiciário.

Ocorre que, como já explorado no capítulo antecedente, diversas situações fáticas remanesçam desguarnecidas, sobretudo as que envolvem interesses coletivos - isso porque o Marco Civil da Internet também foi, ele próprio, concebido sob a lógica de dissídios individuais.

direitos de personalidade constitucionalmente protegidos, de outro, a qual pode gerar uma situação conflituosa, a chamada *colisão de direitos fundamentais* [...]” (BRASIL, 2009, p. 172, grifos no original).

³¹⁷ Como obrigações a prestações positivas de proteção, mencionam-se: o direito a “uma prestação positiva por parte das autoridades públicas, a fim de que elas auxiliem o exercício de tão importante direito mediante organização do trânsito e ainda, se necessário, deslocamento de efetivo policial para o local do encontro” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.852/MS. Ministro Relator Dias Toffoli, Inteiro Teor do Acórdão, 24 ago. 2020b, p. 17); a “obrigação de agir positivamente para garantir a segurança dos participantes e demais pessoas presentes” (BRASIL, 2020g); o dever do Estado de, “por meio de suas instituições, absorver a tensão e desfazê-la para estabelecer um modo de convivência institucional que nem destrua a liberdade de imprensa nem avilte a dignidade do ser do homem” (BRASIL, 2009).

³¹⁸ Como obrigações a prestações positivas de organização e procedimento, citam-se: o direito a normas que “se destinam a regular o processo de escolha daqueles a quem serão distribuídas as frequências [dos serviços de radiodifusão]” (REZENDE, Renato Monteiro de. **Direitos Prestacionais de Comunicação**. Dissertação [Mestrado em Direito], Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2010); o dever do Estado de “regular o exercício de atividades expressivas com vistas a fomentar a inclusão do maior número possível de grupos sociais e pontos de vista distintos no mercado de ideias (CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013, p. 2.041); o dever de criação de normas de organização e procedimento do direito de resposta como garantia dos indivíduos contra o abuso de poder de imprensa e o dever do legislador de “equacionar [...] as dimensões da liberdade de imprensa e os demais valores fundamentais carentes de proteção” (BRASIL, 2020).

Naquela oportunidade, verificou-se que os enunciados normativos correlatos ao tema costumam diluir a liberdade de informação dentro do conteúdo normativo da liberdade de expressão. No presente capítulo, constatou-se que a jurisprudência do STF não apenas reproduz essa tendência, como também subscreve outra: a de estabelecer uma relação necessária entre a liberdade de informação e a liberdade de imprensa.

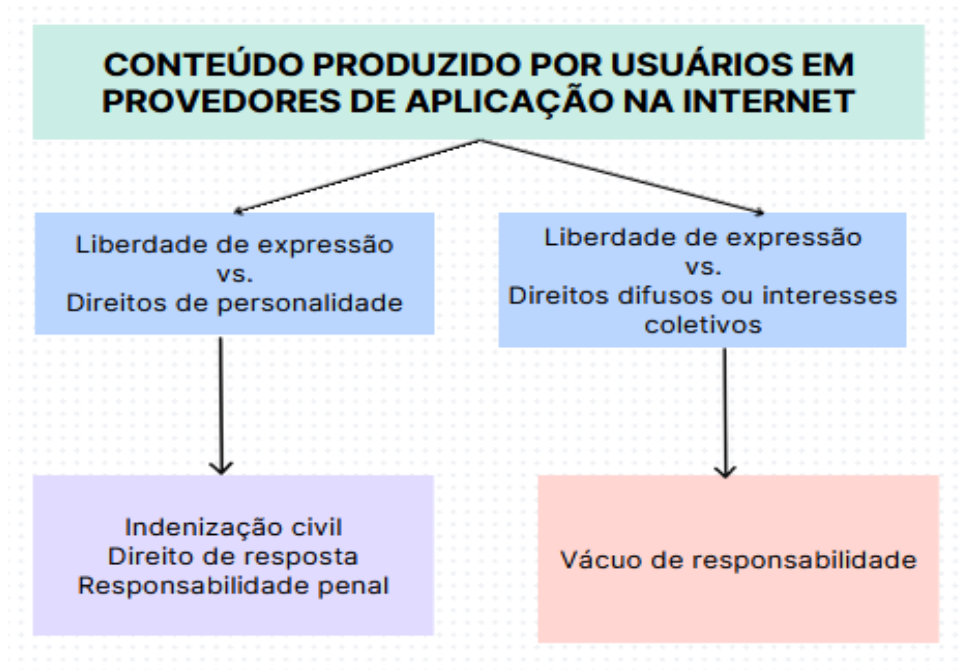
Em ordem decrescente de amplitude, o Tribunal assim elenca os conteúdos normativos de tais direitos fundamentais: liberdade de expressão, que compreenderia a liberdade de imprensa e que, por sua vez, compreenderia a liberdade de informação.

Se se admite que a violação do direito à informação deriva não apenas do Estado, mas também, cada vez mais, de entes privados – entes privados estes que não se restringem à imprensa tradicional - também é preciso revisitar a concepção de que liberdade de informação seria um componente fracionário da liberdade de imprensa. Isso implica estruturar mecanismos para viabilizar a proteção dos indivíduos quanto a potenciais violações daquele direito perpetradas, especificamente, no âmbito das aplicações de internet.

O quarto capítulo versará, mais precisamente, sobre as características gerais das aplicações de internet que as diferenciam dos demais meios de comunicação social e obstam a simples transposição do regime de responsabilidade destes para disciplinar a responsabilização daquelas.

Por ora, é suficiente ratificar as considerações feitas no segundo capítulo, no sentido de que as relações jurídicas constituídas neste modelo de negócios podem ensejar violações à liberdade de informação sobre as quais paira um hiato de responsabilidade civil, conforme representado a seguir:

Figura 2 - Conteúdo produzido por usuário em provedores de aplicação na Internet



Fonte: elaborada pela autora (2023).

3.5 Conteúdo normativo da liberdade de informação: uma leitura atualizada

As transformações ocorridas nas relações sociais, ao reverberarem nas relações jurídicas, ensejam, inevitavelmente, transformações nos enunciados normativos que as disciplinam, bem como nas normas deles extraídas.

A depender da espécie de norma, e do tipo de relação jurídica à qual ela se aplica, essas mudanças contextuais dependerão de processo legislativo formal para produzirem efeitos jurídicos. Por exemplo, no direito penal, regido pelo princípio da legalidade estrita, é oneroso fundamentar a criminalização de condutas não expressamente previstas no tipo penal³¹⁹.

Em se tratando de direitos fundamentais, dada a sua abertura semântica e estrutural, é frequente que seu conteúdo normativo seja conformado, ao longo do tempo, às circunstâncias que configuram as relações jurídicas entre indivíduos que são, ao mesmo tempo, titulares e destinatários desses direitos.

³¹⁹ Exemplo desta situação excepcional ocorreu no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26, na qual o STF entendeu ter havido omissão inconstitucional do Congresso Nacional ao não promover a criminalização da homofobia e da transfobia. Por essa razão, a maioria dos ministros entendeu pelo enquadramento de tais condutas nos tipos penais inscritos na Lei nº 7.716/1989 (Lei do Racismo), enquanto não sobrevier legislação nesse sentido.

Certamente, a compreensão do direito de propriedade do artigo 179, inciso XXII, da Constituição Imperial de 1824³²⁰ não é a mesma do artigo 5º, inciso XXII, da CRFB/88³²¹, que, por sua vez, não equivale à concepção de propriedade havida em 2023.

Eis o fenômeno que ora se argumenta em relação à liberdade de informação: a necessidade de se proceder a uma leitura atualizada de suas prescrições normativas, mediante o acréscimo de feixes de posições jurídicas ao direito fundamental completo³²².

Essa constatação, contudo, requer uma fundamentação adequada. Não havendo critérios objetivos que permitam identificar essa metamorfose normativa dos direitos fundamentais – como, por exemplo, a promulgação de uma lei em sentido formal –, é imprescindível uma clara definição de quais sejam esses critérios.

Por meio deles, deve ser possível responder a partir de quando se considera ter havido mudança no conteúdo normativo de um direito fundamental e até que ponto se podem atribuir os feixes de posições jurídicas diretamente ao dispositivo de direito fundamental, estabelecendo-se fronteiras entre as exigências constitucionais (que vinculam o legislador) e a margem de livre conformação do legislador.

A mudança do conteúdo normativo de uma norma-princípio corresponde à mudança quanto àquilo que está compreendido em seu suporte fático - cuja acepção ampla inclui tudo o que, em uma situação ideal, milite em favor de sua proteção.

Sugere-se, assim, que o dever do Estado de proteger os titulares de um determinado direito fundamental contra intervenções de terceiros surge a partir de quando se verificam novas possibilidades de que terceiros violem esse mesmo direito sem que haja ferramentas adequadas no ordenamento jurídico para coibir tais violações.

Na estrita medida em que o funcionamento dos provedores de aplicações na internet pavimenta um espaço irresponsabilidade ante a desinformação, cria-se também um espaço de não-liberdade de informação. Em sendo este um direito fundamental, assumindo a forma de princípio, cabe ao Estado zelar pela otimização dos seus efeitos, dentro das circunstâncias fáticas e jurídicas existentes.

³²⁰ “Art. 179 [...] XXII. E'garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indenmisado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnização” (BRASIL. Conselho de Estado. **Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824**. Manda observar a Constituição Política do Imperio, offerecida e jurada por Sua Magestade o Imperador. Rio de Janeiro, 22 abr. 1824).

³²¹ O inciso XXII do artigo 5º da CRFB/88 (BRASIL, 1988) estabelece “Art. 5º [...] XXII - é garantido o direito de propriedade”.

³²² Cf. Primeiro capítulo.

Em relação às circunstâncias fáticas, neste caso, é crucial a observância ao funcionamento do modelo de negócios a ser regulado; no que tange às circunstâncias jurídicas, trata-se de proceder ao sopesamento entre o direito fundamental que se deseja proteger e os direitos fundamentais que serão potencialmente afetados pelas medidas de proteção.

Nas hipóteses ora estudadas, é patente que há princípios contrapostos. Diante da argumentação expendida, é possível extrair uma conclusão lógica: em caso de omissão do Estado em promover qualquer medida legislativa de regulação (preservação do *status quo*), os direitos à liberdade de informação e à proteção da ordem democrática continuarão a ser sistematicamente violados, porquanto mantidas as condições ideais de divulgação predatória de desinformação.

No outro extremo do espectro, em caso de eventual implementação de um sistema de heterorregulação, com as tradicionais normas de comando e controle e moderação de conteúdo a cargo do Estado, ambos os direitos individuais e o interesse coletivo ora considerados sofreriam intervenção seriíssima e injustificável, porquanto se configuraria a inaceitável censura.

A insuficiência das ferramentas jurídicas e a dificuldade de equacioná-las decorre de uma situação paradoxal.

De um lado, a imposição de limitação prévia ao conteúdo de pensamentos e opiniões protegidos *prima facie* pela liberdade de expressão, por meio de normas gerais e abstratas, situa-se em zona limítrofe com a censura prévia, vedada pela Constituição, exigindo um regime de controle *a posteriori*. De outro lado, o dinamismo e a efemeridade do tráfego de conteúdo no contexto da desinformação apontam para a inadequação do regime de responsabilização posterior para proteger direitos fundamentais, exigindo-se um controle preventivo, e não repressivo.

Portanto, é possível argumentar a atribuição, ao feixe de posições jurídicas inerentes ao direito fundamental à liberdade de informação, o dever do Estado, em face da coletividade³²³ e dos usuários efetivos e potenciais, a uma ação positiva no sentido de criar

³²³ A dicotomia direito individual/interesse coletivo, para fins de aplicação da teoria de Alexy, não equivale à dicotomia direito individual/direito coletivo do direito brasileiro. Ao tratar dos direitos prestacionais à organização e procedimento, Alexy aduz que “ [...] embora uma organização requerida por um direito fundamental sempre sirva, em última análise, ao indivíduo, isso é assim frequentemente porque ela serve a ele como membro de uma comunidade de indivíduos, o que excluiria o reconhecimento de um direito individual”. O autor apresenta objeção aos autores que negam a possibilidade de indivíduos serem considerados titulares de bens jurídicos indivisíveis e coletivos, argumentando que o fato de os indivíduos não serem afetados isoladamente, mas em conjunto com outros indivíduos, não exclui a possibilidade de violação de direitos subjetivos individuais (ALEXY, 2015, p. 497). Nesse sentido, para o autor, é possível

normas de proteção que vinculem os provedores de aplicação de conteúdo a adotar mecanismos que propiciem um ambiente de interação digital menos vulnerável à violação ao direito à informação.

Este dever proteção, por sua vez, redundará na criação de normas de organização e procedimento a regular as relações jurídicas travadas nas aplicações de internet, as quais devem ser cumpridas pelos provedores e implementadas em observância aos direitos fundamentais dos usuários.

Alexy exemplifica a conexão entre o direito fundamental e o direito às normas de organização e procedimento desse mesmo direito por meio da distinção entre “o direito a uma regulação, por meio da legislação ordinária, da competência para votar, dirigido ao legislador, e a própria competência para votar”³²⁴.

No contexto ora trabalhado, criam-se, em suma, três espécies de posições jurídicas distintas: o direito (enquanto relação conversa do dever) da coletividade de usuários efetivos e potenciais, em face do Estado, a uma ação positiva no sentido de criar normas de proteção que vinculem os provedores de aplicação de conteúdo a adotar mecanismos que propiciem um ambiente de interação digital menos vulnerável à violação ao direito à informação; o dever dos provedores, em relação ao Estado, de observar as normas de organização e procedimento a serem criadas; e o dever dos provedores, em relação à coletividade de usuários, efetivos ou potenciais, de tornar tais mecanismos efetivos de modo tal que resguarde seus direitos fundamentais, em manifestação de sua eficácia horizontal.

Uma vez suscitada a existência desse direito a uma prestação positiva de proteção³²⁵ e delineados seus aspectos essenciais, procurou-se responder “a partir de quando” se verifica uma transformação nas condutas prescritas e vedadas por um determinado princípio. No capítulo subsequente, objetiva-se responder “até que ponto” os feixes de posições jurídicas

considerar o direito ao meio ambiente como direito fundamental, o que, na dogmática alemã, implica a titularidade em caráter individual (ALEXY, 2015, p. 444). Na dogmática brasileira, por outro lado, o direito fundamental ao meio ambiente, disposto no artigo. 225 da Constituição Federal de 1988, é considerado um direito coletivo lato sensu, da espécie direito difuso, cujos titulares são pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato, nos termos do artigo 81, parágrafo único, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor.

³²⁴ *Ibid.*, p. 498.

³²⁵ Ressalta-se que a análise ora empreendida não se confunde com a vedação da proteção insuficiente, relacionada à infringência da regra da proporcionalidade em sentido oposto ao da proibição do excesso, em abordagem inaugurada por Claus-Wilhelm Canaris. Poucos estudos, no Brasil, contemplam a aplicabilidade da regra da proporcionalidade como proibição da proteção insuficiente, e a jurisprudência do STF oscila quanto aos parâmetros de aplicação, de modo que a tese mais se assemelha a um recurso retórico que propriamente a uma categoria bem definida. Há escassas referências ao tema na jurisprudência do próprio Tribunal Constitucional Federal alemão, cuja tentativa de criar uma categoria paralela à proibição do excesso, com base na obra de Canaris, não teria logrado êxito (SCHWABE; MARTINS, 2005, nota de rodapé nº 187, p. 112).

derivam diretamente de mandamento constitucional e, conseqüentemente, quando se inicia o terreno de discricionariedade do legislador para a conformação do tema.

4 O DIREITO À REGULAÇÃO COMO UMA PRESTAÇÃO POSITIVA

Até aqui, este trabalho discorreu sobre a reconfiguração da colisão entre direitos fundamentais com o advento da atividade econômica ora em análise, a justificar seu reequacionamento por meio de algum grau de intervenção regulatória pelo Estado³²⁶.

Argumentou-se ter havido uma transformação no conteúdo normativo da liberdade de informação, para incluir o direito da coletividade de usuários, em face do Estado, a uma prestação positiva, consistente em elaborar normas de proteção contra violações provocadas por terceiros.

No entanto, não é suficiente demonstrar a “existência” de um direito à prestação positiva de organização e procedimento regulatórios como uma das posições que integram o direito à informação; é necessário delimitar, ainda, o seu “conteúdo” mínimo.

Isso porque, caso se interrompesse a análise neste ponto, em tese, qualquer espécie de regulação estatal seria admissível, independentemente do seu teor.

Certamente, afirmar que o direito a alguma regulação pode ser atribuído à norma de direito fundamental à liberdade de informação já constitui um ponto de partida em contraposição à perspectiva libertária de que seria inconstitucional qualquer interferência do Estado nas redes sociais.

No entanto, o raciocínio restaria francamente incompleto; mais importante que responder “a partir de quando” surge este direito, é responder “até onde” se estende esse direito. Esta é a tarefa da qual se incumbe o presente capítulo³²⁷.

³²⁶ Ao tratar do direito positivo à regulação por meio de normas de organização e procedimento, optou-se por evitar o termo “regulação da liberdade de expressão”³²⁶, pois o que se regula, em verdade, é a atividade econômica desenvolvida pelos provedores de aplicação de internet, na forma do artigo 174 da Constituição Federal. Trata-se de observação cujo propósito ultrapassa o mero rigor técnico, mas, antes, lança luzes sobre o real objetivo da atividade legislativa tendente a aperfeiçoar ou complementar o Marco Civil da Internet. Com efeito, a atualização da regulação parte do diagnóstico de externalidades negativas inerentes ao modelo de negócios desenvolvido pelos provedores de aplicações. Ao mesmo tempo em que geram lucros significativos, estes modelos acarretam a socialização de prejuízos evidentes à coletividade, acentuados pelo vazio regulatório do setor. Empregar a expressão “regulação da liberdade de expressão”, portanto, condensaria a ideia de que o esforço regulatório se destinaria, precipuamente, a impor constrangimentos ao referido direito fundamental, sendo que, ao revés, a ocorrência de restrições a este direito é mera consequência reflexa da regulação da atividade dos provedores, empreendida com o objetivo de corrigir distorções dela decorrentes. Sem embargo, não se desconhece que a Suprema Corte americana costuma empregar a expressão “regulation of speech”. Nesse sentido: caso *Ward v. Rock Against Racism* (1989), *Cox v. Louisiana* (1965), *Reed v. Town of Gilbert* (2015).

³²⁷ Reitera-se, por oportuno, que este trabalho não avoca para si a responsabilidade de formatar um modelo pronto e acabado de regulação das atividades desenvolvidas por provedores de aplicação na internet. Este seria o tema de outro estudo, que se ocupasse, especificamente, das ferramentas regulatórias disponíveis e de sua aplicabilidade ao setor objeto de análise. Questões correlatas a um dado estudo – mais afeto ao direito administrativo que ao direito constitucional – consistiriam, por exemplo: (i) na precisa delimitação da amplitude da participação estatal; (ii) na estipulação de critérios de conformidade do setor regulado à política

4.1 O conteúdo mínimo do direito fundamental a uma prestação positiva

Como foi dito no primeiro capítulo, o suporte fático dos direitos fundamentais a prestações negativas tem estrutura distinta dos direitos a prestações negativas. A satisfação destes últimos, *prima facie*, inclui todo e qualquer ato que embarace ou impeça o bem jurídico protegido – consequentemente, a abstenção de todas as condutas que o afetem é condição necessária para a satisfação do direito.

Já a satisfação dos direitos a prestações positivas requer apenas uma ação adequada de proteção ou de fomento. “Se mais de uma ação de proteção ou de fomento é adequada, nenhuma delas é, em si mesma, necessária para a satisfação do dever de proteção ou de fomento: necessário é somente que alguma delas seja adotada”³²⁸

Enquanto os direitos a prestações negativas “impõem limites ao Estado na persecução de seus objetivos”, os direitos a prestações positivas “impõem, em certa medida, a persecução de alguns objetivos”³²⁹. Questão relevante é saber “se e em que medida a persecução de objetivos estatais pode e deve estar vinculada a direitos constitucionais subjetivos dos cidadãos”³³⁰.

Uma forma legítima de prospectar o conteúdo mínimo do direito a uma prestação positiva aponta, portanto, para a definição dos objetivos ou finalidades que se pretende perseguir por meio dele.

A fundamentação dos objetivos de uma norma encontra respaldo na argumentação teleológica, que pode se referir tanto a uma perspectiva subjetiva (compreendida como a “vontade do legislador”)³³¹ quanto a uma perspectiva objetiva, cujos argumentos são entendidos como “aqueles em que quem argumenta se refere não a fins de pessoas realmente existentes no passado ou no presente, mas a fins ‘racionais’ ou ‘prescritos objetivamente no contexto do ordenamento jurídico vigente’”³³².

Considerando as incertezas e imprecisões inerentes à interpretação segundo a vontade do legislador³³³, aqui será abordada tão somente a perspectiva teleológico-objetiva.

regulatória; (iii) nos mecanismos de controle de resultados; bem como (iv) na natureza jurídica de eventual entidade de fiscalização.

³²⁸ ALEXY, 2015, p. 462.

³²⁹ *Ibid.*, p. 444.

³³⁰ *Ibid.*, p. 444.

³³¹ *Id.*, 2021, p. 208.

³³² *Id.*, 2021, p. 212.

³³³ Uma interpretação baseada na vontade do legislador (teleológico-subjetiva) procura situar os fins da norma a partir de argumentos empíricos, relativos à determinação de vontade daqueles que participaram no processo legislativo. A interpretação teleológico-objetiva, a seu turno, maneja a determinação normativa dos fins, ou

A estrutura básica do argumento teleológico, segundo Alexy, é a seguinte³³⁴:

- (1) OZ
 - (2) $\neg R' (= I_W^R) \rightarrow \neg Z$
 - (3) R'
- (5)

Em que “O” é o operador deôntico de obrigação, “Z” representa o fim a ser atingido e “OZ” representa a prescrição normativa de um fato ou de um estado de coisas; e I_W^R representa determinada interpretação de “R” (representada por “R’”).

$R' (= I_W^R) \rightarrow Z$ indica que é necessária esta interpretação de “R” para alcançar “Z” (e, portanto, um meio para “Z”).

O esquema geral em que se baseia o argumento teleológico é³³⁵:

- (1) OZ
 - (2) $\neg M \rightarrow \neg Z$
 - (3) OM
- (6)

A primeira proposição retrata um enunciado normativo (“é obrigatória a persecução de ‘Z’”), a segunda, um enunciado empírico (“a negação da medida ‘M’ implica a negação da finalidade ‘Z’”), e a terceira, um enunciado normativo (“é obrigatória a realização de ‘M’”).

Para o argumento teleológico, importa a primeira proposição, consistente em demonstrar que é obrigatório (“O”) que seja alcançado o fim “Z”³³⁶. Essa obrigatoriedade fundamenta-se a partir da norma (ou conjunto de normas) de cuja interpretação “Z” é extraído.

Em suma, sendo a regra “R” válida, está prescrita a realização de “Z”. De todo modo, “Z” [não] se segue logicamente das normas a que alude na sua fundamentação³³⁷ (no caso, de “R”), a menos que o enunciado normativo prescreva expressamente que um de seus objetivos é a consecução de “Z”. Consequentemente, para fundamentar “Z” a partir de “R”, é preciso recorrer a novos argumentos.

Nessa linha, o presente capítulo pretende fundamentar “Z”, objetivo cuja persecução se torna obrigatória (“O”) por força do princípio da liberdade de informação. A fim de

seja, aqueles que o intérprete atribui ao enunciado normativo. Sobre a insuficiência do argumento genético, Cf. ALEXY, 2021, p. 210; ALEXY, 2015, p. 552-554.

³³⁴ ALEXY, 2021, p. 213.

³³⁵ *Ibid.*, p. 213.

³³⁶ Por “fim a ser alcançado”, Alexy (*Ibid.*, p. 212) afirma que se pode entender um fato ou um estado de coisas.

³³⁷ *Ibid.*, p. 212.

discernir as finalidades atribuídas ao princípio (conteúdo normativo), é pertinente indagar os valores que ele representa (conteúdo axiológico).

No primeiro capítulo, expôs-se a estreita correlação que Alexy atribui entre princípios e valores, chegando a afirmar que “princípios e valores são a mesma coisa, de um lado em uma roupagem deontológica e, de outro, em uma roupagem axiológica”³³⁸.

Seguindo este raciocínio, os tópicos seguintes dedicam-se a identificar que valores estão inscritos no princípio da liberdade de informação, e em que medida os provedores de aplicações de internet rompem com tais valores a ponto de ensejar a criação do dever constitucional de proteção pelo Estado, por meio de normas de organização e procedimento de caráter regulatório.

4.2 Valores subjacentes à liberdade de informação

Os acórdãos do STF analisados no capítulo antecedente são uma fonte importante de fundamentação desses valores, alguns dos quais serão ora elencados. Ressalte-se que a operação é meramente descritiva, eis que consiste na identificação dos valores vinculados pelo STF ao princípio da liberdade de informação, e não em um juízo prescritivo acerca de quais valores “devem ser” atribuídos ao referido princípio.

Consoante explicitado em diversos acórdãos objeto deste estudo, por trás da proteção à liberdade de informação, existe acentuada preocupação em promover o pluralismo³³⁹, enquanto possibilidade de livre circulação de ideias e de acesso a quaisquer informações de interesse público³⁴⁰. Embora tenha surgido como garantia da liberdade individual, tem inequívoca feição coletiva³⁴¹.

O acautelamento desse direito busca evitar que a concentração de poder (proveniente, sobretudo, do Estado, mas também dos meios de comunicação de massa) converta-se em assimetrias de informação, de modo a manipular fatos e direcionar o debate público conforme interesses de ocasião. Uma sociedade regida pela liberdade de informação deve dispor de instrumentos que lhe permitam formar sua própria agenda e a seleção das ideias de interesse da sociedade civil.

Proteger o direito à liberdade de informação significa preservar o espaço de deliberação pública, palco onde devem contracenar argumentos e contra-argumentos

³³⁸ ALEXY, 2021, p. 561.

³³⁹ Cf. ADI 2566.

³⁴⁰ Cf. ADI 4815.

³⁴¹ Cf. ADI 4815.

devotados à persecução do consenso e à “busca da verdade”³⁴². Em suma, trata-se de uma liberdade com papel instrumental ao gozo dos demais direitos fundamentais e ao pleno exercício da democracia³⁴³.

4.3 Notícias falsas, *fake news* e desinformação

Na década de 1970, durante a presidência de Emílio Garrastazu Médici, a imprensa foi proibida de divulgar informações acerca do surto de meningite que se espalhava pelo país, a fim de não comprometer a reputação do governo. “A censura permitiu que os casos aumentassem em proporção geométrica”³⁴⁴ espalhando-se dos bairros mais pobres de São Paulo até regiões mais abastadas, até que, em 1974, tornou-se impossível esconder o problema.

Entre 2020 e 2021, durante a explosão da pandemia do Coronavírus, circulavam pela internet pretensos tratamentos para a Covid-19 sem comprovação científica, bem como supostas descobertas de correlação entre as vacinas recém-aprovadas e o surgimento de outras doenças, como câncer, fibromialgia e Alzheimer. A desinformação massiva contribuiu para o agravamento da crise sanitária, que, lastimavelmente, ocasionou mais de 700.000 (setecentas mil) mortes no Brasil.

Apesar de ambos os casos envolverem a sonegação de informações fidedignas do conhecimento público, é fato que há diferenças juridicamente relevantes entre eles.

Certamente, a mentira sempre fez parte da História, transitando entre todas as classes sociais. Informações inverídicas, distorcidas ou fraudulentas permeiam a política, a economia, a religião e as demais instâncias da existência humana.

No entanto, o fenômeno de que ora se trata não concerne apenas à falsidade do conteúdo das informações às quais as pessoas têm acesso. Existem diferenças estruturais que o individualizam e vinculam ao estágio da informação após o advento das redes sociais.

Quando se começaram a perceber seus efeitos, o primeiro termo que lhe foi atribuído, sobretudo pela imprensa, foi o de *fake news*, as quais “podem ser compreendidas como uma mentira revestida de artifícios que lhe conferem aparência de verdade, caracterizada pela

³⁴² Cf. ADI 4815, voto Min. Barroso.

³⁴³ Cf. ADI 4451/DF.

³⁴⁴ DANDARA, Luana. **Maior surto de meningite do país, na década de 1970, foi marcada por desinformação**. Fundação Oswaldo Cruz – FIOCRUZ, 16 nov. 2022.

difusão em larga e massiva escala, usualmente por meio das redes sociais de qualquer natureza”, para uma indeterminável quantidade de usuários³⁴⁵.

Apesar da imprecisão vocabular, a expressão *fake news* acabou se consagrando pelo uso, mais na sociedade civil que na comunidade científica. Não se desconsidera que, na prática, muitas alusões ao termo têm ocorrido de forma indevida pelos próprios divulgadores de notícias falsas, em tom de crítica aos seus opositores.

A desinformação, por sua vez, vincula-se a fenômeno mais abrangente e pode se dar sob as mais variadas formas, inclusive a disseminação de *fake news*. Por ora, interrompe-se o esforço de conceituá-la, para antes apresentar o contexto fático que lhe deu suporte. Mais adiante, ser-lhe-á sugerida uma definição.

4.4 A internet, vista de fora

O crescimento exponencial do uso da internet nas últimas décadas constitui um dos principais ingredientes para a composição da era informacional no mundo contemporâneo. A conjugação entre o desenvolvimento de aplicações cada vez mais integradas ao cotidiano das pessoas, associada à popularização dos meios de comunicação sem fio³⁴⁶, a partir dos quais se passou a acessar a internet, transformaram a base das comunicações humanas.

Nesse contexto, a hegemonia dos meios de comunicação de massa tradicionais cedeu lugar a novas formas de comunicação descentralizados e horizontais, que Castells intitula “autocomunicação de massa”. “Trata-se comunicação de massa porque alcança potencialmente uma audiência global através de redes p2p [*peer-to-peer*] e conexões de internet.³⁴⁷

A produção de conteúdo, ao invés de condensada por um controle editorial, é atribuída aos próprios usuários, que, além de produzi-lo, podem limitar o seu rol de destinatários e escolher de quais fontes de informações desejam consumi-lo. Tal modelo de comunicações “conta com conteúdo autogerado, emissão autodirigida e recepção autosselecionada”³⁴⁸.

³⁴⁵ CAMILO, Carlos Eduardo Nicoletti Camilo. O fenômeno das fake news e a sua repercussão na responsabilidade civil no sistema jurídico brasileiro. In: RAIS, Diogo (Org.). **Fake news: a conexão entre a desinformação e o direito**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

³⁴⁶ Castells pontua que “[...] estudos na China, na América Latina e na África mostraram que os pobres dão grande prioridade às suas necessidades de comunicação e usam uma proporção substancial dos seus magros orçamentos para satisfazê-las. Nos países desenvolvidos, a taxa de penetração dos contratos de comunicação sem fio varia de 82,4% (nos EUA) a 113% (Itália ou Espanha) e está chegando ao ponto de saturação. Todavia, também em países como a Argentina, há mais contratos de telefonia celular do que pessoas” (CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Rio de Janeiro: Editora Paz&Terra, 2023, p. 19).

³⁴⁷ *Ibid.*, p. 23.

³⁴⁸ *Ibid.*, p. 23.

Em um breve intervalo de tempo, a internet converteu-se de acessória a essencial. Há pouco mais de 20 anos, um artigo escrito por David Pogue para o *New York Times*³⁴⁹ subestimava a capacidade de influência do mundo virtual sobre o real:

Ao contrário da lei existente atualmente, os softwares de internet não são capazes de punir ninguém. Eles não afetam pessoas que não estão online (e apenas uma pequena minoria da população está). E se você não gosta do sistema da Internet, você pode sempre desconectar-se.

Ao longo das últimas décadas, verifica-se que a realidade tomou um curso diferente. Real e virtual tornaram-se cada vez mais interdependentes e quase inseparáveis. Considerando que a comunicação consciente é o que separa os seres humanos dos outros animais³⁵⁰, uma tal revolução nas interações comunicativas, inevitavelmente, terá um alto impacto sobre as relações jurídicas.

4.5 As aplicações de internet, vistas por dentro

Em se tratando de tecnologias inéditas, sua existência fática se antecipará a qualquer modelo de regulação jurídica preexistente. Nesta oportunidade, é necessário que se trace o perfil da atividade econômica desenvolvida pelos provedores de aplicação de internet: suas características, seus elementos, seus mecanismos de funcionamento.

Shoshana Zuboff assevera que o maior desafio apresentado pelo fenômeno ora observado – que ela denominou “capitalismo de vigilância” – é que ele é sem precedentes, o que dificulta sua exata compreensão e, conseqüentemente, a elaboração de uma estratégia regulatória coerente e eficaz³⁵¹.

Como pressuposto à regulação da prestação de serviços pelos provedores de aplicação de internet, a autora sugere, como premissa, o abandono dos referenciais tradicionalmente invocados, como a correção de falhas de mercado e a tutela do direito à privacidade.

Isso se dá justamente porque estes não são os principais valores ameaçados pela ausência de regulação, mas a própria autonomia dos indivíduos e sua organização coletiva em sociedades democráticas. Argumenta a autora:

³⁴⁹ POGUE, David. Don't Just Chat, Do Something. *The New York Times*, 30 jan. 2000.

³⁵⁰ CASTELLS, 2023., p. 18.

³⁵¹ ZUBOFF, Shoshana. *A Era do Capitalismo de Vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder*. Tradução de George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2021, p. 389.

Na ausência de um julgamento lúcido da nova lógica de acumulação, toda tentativa de compreender, prever, regular ou proibir as atividades dos capitalistas de vigilância não será o bastante. Os referenciais básicos através dos quais nossas sociedades têm buscado afirmar controle sobre a audácia do capitalismo de vigilância são a ‘privacidade’ e o ‘monopólio’”. Nem a busca de regulações para a privacidade nem a imposição de restrições às práticas monopolistas foram capazes de interromper as práticas fundamentais de acumulação, desde rotas de suprimento a mercados de futuros comportamentais. Ao contrário, capitalistas de vigilância têm ampliado e elaborado suas arquiteturas de extração por todos os domínios da experiência humana ao mesmo tempo que se especializam nas exigências práticas e políticas do ciclo de despossessão³⁵².

O que se presencia, na prática, é que os controladores de plataformas digitais têm acumulado cada vez mais conhecimento sobre os integrantes da sociedade, em escala exponencial; conhecimento este que, naturalmente, traduz-se em poder.

Sobre o assunto, Zuboff³⁵³ descreve o fenômeno que ela teoriza ser uma nova etapa evolutiva do capitalismo, cuja lógica é baseada no acúmulo de infindáveis quantidades de dados dos usuários dos provedores de aplicação: identidade, preferências, opiniões, estilos de vida, lugares que frequentam e uma série de outros elementos que os individualizam.

O “superávit comportamental” – terminologia utilizada na obra para descrever esse acúmulo gradativo de informações – é a nova fonte de riquezas do capitalismo, ocupando o lugar que um dia pertenceu aos metais preciosos no período mercantilista e aos meios de produção no capitalismo industrial. Esta mercadoria contemporânea é convertida em capital por meio do que a autora denomina “ciclo da despossessão”.

O ciclo da despossessão consiste na gradual e sistemática perda de controle dos titulares acerca de seus próprios dados e informações. Os provedores, de posse de uma quantidade infindável de dados, elaboram predições de comportamento futuro com base em padrões de comportamento passado, de modo a identificar os perfis dos destinatários de conteúdo de forma cada vez mais precisa e acurada. Esses dados, catalogados e organizados, são processados por algoritmos que respondem às necessidades para as quais foram programados.

Quanto mais dados se acumulam, mais os algoritmos são aperfeiçoados. O desempenho dos parâmetros é avaliado em tempo real, por meio das taxas de cliques, em um ciclo contínuo de tentativa e erro que reforça os resultados positivos e descarta os negativos.

A métrica para o impulsionamento de *links* é a taxa de cliques, não mais o conteúdo, porquanto tal critério é mais eficiente do ponto de vista de mercado. Isso gera equivalência

³⁵² ZUBOFF, 2021, p. 158-159.

³⁵³ *Ibid.*, p. 158-159.

fictícia entre conteúdos (sejam estes provenientes de fontes confiáveis ou não) em relação aos quais há uma “indiferença radical”, ou seja, “não importa o que está na tubulação, contanto que ela esteja cheia e fluindo”³⁵⁴.

Sem qualquer medida ou determinação em sentido contrário, a tendência é que os provedores de aplicação na internet – assim como qualquer outra atividade econômica – sejam organizadas de modo a maximizar os lucros, e não a priorizar a convivência harmônica em ambiente virtual. Nessa lógica, os algoritmos são concebidos simplesmente para alavancar o número de visualizações dos conteúdos, guardando pouca pertinência com o interesse coletivo relacionado à confiabilidade da informação.

Esse modelo de negócios traz a reboque uma série de consequências deletérias que vão muito além da corrosão do direito à privacidade: o microdirecionamento de conteúdo (*microtargeting*) potencializa o alcance de *fake news*, além de criar as chamadas *echo chambers* que polarizam os discursos dos indivíduos e os segrega em “bolhas” que não dialogam entre si, apenas para citar alguns exemplos.

A extrema personalização do conteúdo direcionado a cada usuário faz com que cada um tenha acesso a informações diferentes, ou sob perspectivas opostas, muitas vezes sobre o mesmo tema. Isso “torna mais difícil entender por que os outros pensam e agem de determinada maneira”³⁵⁵, já que a maior parte do conteúdo que cada um recebe apenas reforça seus pontos de vista anteriores.

Sobre o processo de aprisionamento dos usuários em suas próprias visões de mundo, Bernard Williams argumenta:

A Internet mostra sinais de criar pela primeira vez o que Marshall McLuhan profetizou como consequência da televisão, uma aldeia global, algo que tem as desvantagens tanto da globalização quanto de uma aldeia. Certamente oferece algumas fontes confiáveis de informação para aqueles que querem e sabem o que estão procurando, mas igualmente apoia esse esteio de todas as aldeias, a fofoca. Ela constrói locais de encontro proliferantes para a troca livre e não estruturada de mensagens que carregam uma variedade de reivindicações, fantasias, e suspeitas, divertidas, supersticiosas, escandalosas ou malignas. As chances de que muitas dessas mensagens sejam verdadeiras são baixas, e a probabilidade de que o próprio sistema ajude qualquer pessoa a escolher as verdadeiras é ainda menor. [...] a natureza global dessas conversas [entre indivíduos na Internet] torna a situação pior do que em uma aldeia, onde pelo menos você pode encontrar e talvez ser forçado a ouvir algumas pessoas que tinham opiniões e sessões diferentes. Como os críticos preocupados com o futuro da discussão democrática apontaram, a Internet facilita que um grande número de extremistas anteriormente isolados se encontre e fale apenas entre si³⁵⁶.

³⁵⁴ ZUBOFF, 2021, p. 575.

³⁵⁵ LANIER, Jaron. **Dez argumentos para você deletar agora suas redes sociais**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2018, p. 46.

³⁵⁶ WILLIAMS, 2002, p. 216.

Para as aplicações de internet em geral, o valor de uma notícia advinda de fonte confiável “equivale” ao de outra que eventualmente não tenha qualquer fundamento. Uma notícia verdadeira tem a mesma formatação e aparência que uma falsa, não sendo possível distinguir visualmente, em uma primeira análise, quais provêm de fontes renomadas de informação e quais foram artificialmente criadas³⁵⁷.

Em síntese, o fenômeno de que ora se cuida - a disseminação de desinformação em escala ampliada - é um subproduto de um problema mais abrangente que diz respeito ao funcionamento do modelo de negócios predominante no presente estágio do capitalismo (“capitalismo de vigilância”).

Esse modelo se baseia na aposta de que a captação e o tratamento dos dados dos usuários podem ser revertidos em predições destinadas a modificar o comportamento dos usuários a favor dos seus próprios interesses.

Os prejuízos ao direito à informação decorrentes desse estado de coisas podem ser compreendidos sob duas perspectivas. A primeira, de escopo mais abrangente, diz respeito à transferência do *locus* onde são tomadas as decisões relevantes para a coletividade: cada vez mais, o espaço de deliberação pública que elabora normas jurídicas e sociais cede espaço ao código ditado pelas redes.

A reconfiguração de um algoritmo é suficiente para determinar quais conteúdos terão maior visibilidade e, portanto, ditar as pautas prioritárias de discussão em uma determinada sociedade. Importante ressaltar ainda que, ao contrário do complexo processo de elaboração das leis, tais decisões podem ser adotadas em poucos segundos, sem a adoção de qualquer mecanismo que lhes confira transparência.

A agenda social deixa de ser um produto das necessidades que naturalmente derivam da convivência coletiva para refletir as prioridades que variam ao sabor dos interesses de terceiros, seja as próprias plataformas, seja os seus clientes de publicidade.

A segunda perspectiva, mais específica e passível de constatação empírica, guarda pertinência com os efeitos concretos exercidos pela desinformação sobre os mais diversos assuntos de relevância coletiva, como saúde, meio ambiente, políticas públicas e economia.

³⁵⁷ ZUBOFF, 2021, p. 569-569.

A questão assume contornos ainda mais preocupantes quando a desinformação tem o potencial de desestabilizar eleições democráticas³⁵⁸.

Consoante aduzem Steven e Ziblasky, “[n]uma democracia, os cidadãos têm direito básico à informação. Sem informações críveis sobre o que nossos líderes eleitos estão fazendo, não podemos exercer de forma efetiva o nosso direito de voto”³⁵⁹.

Essas características, atualmente presentes nesses modelos de negócios, acarretam uma profunda dificuldade de avanço na ação comunicativa e na formação do consenso, que são pressupostos da própria construção da democracia.

Para Byung-Chul Han, a atual crise da verdade não se limita a um simples triunfo da mentira, mas sacramenta o abandono da verdade como um valor a ser perseguido, *status* patológico que o autor caracteriza como um novo niilismo. Perdida a crença na facticidade como um valor, evade-se o denominador comum que viabiliza o diálogo e a deliberação públicos. Para Han:

[...] o novo niilismo não implica que a mentira foi feita verdade ou que a verdade foi difamada como mentira. Em vez disso, a própria diferenciação entre verdade e mentira é que foi perdida. [...] *Fake news* não são uma mentira. Elas atacam a própria facticidade. Desfactizam a realidade³⁶⁰.

O autor exemplifica seu raciocínio a partir do ex-presidente dos Estados Unidos, Donald Trump. Segundo defende, “Donald Trump não é um mentiroso clássico que, conscientemente, distorce as coisas. Ao contrário, é indiferente perante a verdade factual. Quem é cego aos fatos e à realidade, constitui um perigo maior à verdade que o próprio mentiroso”³⁶¹.

Bernard Williams descreve a tensão entre duas forças opostas presentes na sociedade: a devoção à veracidade e a tendência a suspeitar da efetiva existência da verdade³⁶². Na contramão de correntes filosóficas que negam, em maior ou menor medida, a existência da verdade ou de um valor inerente à verdade (que o autor chama de *deniers*), Williams assevera

³⁵⁸ Giuliano Da Empoli traça com clareza a crescente simbiose entre ciência de dados e política, demonstrando o êxito nesta depende cada vez mais do domínio daquela (DA EMPOLI, Giuliano. **Os engenheiros do caos**. Tradução de Arnaldo Bloch. 1. ed. São Paulo: Vestígio, 2019, p. 117)

³⁵⁹ LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2018, p. 188-189.

³⁶⁰ HAN, Byung-Chul. **Infocracia: digitalização e crise da democracia**. Petrópolis: Editora Vozes, 2022, p. 84.

³⁶¹ *Ibid.*, p. 85.

³⁶² WILLIAMS, 2002.

que, “ [...] na medida em que perdemos o senso do valor da verdade, certamente perderemos algo e podemos muito bem perder tudo”³⁶³.

Por todos esses fatores, as redes sociais catalisaram uma profunda fragmentação da esfera de debate público, na qual os processos de ação comunicativa perderam valência.

Desse modo, o enfraquecimento da esfera pública, que Aziz e Ginsburg³⁶⁴ denunciaram como uma das ferramentas de governos autoritários para promover a erosão da democracia, opera sob a lógica do atual modelo de negócios das aplicações de internet. Os caminhos são diferentes, mas o resultado permanece o mesmo.

Nesse contexto, a desinformação pode ser compreendida como a degradação do repertório cognitivo dos membros de uma coletividade, deflagrada por um conjunto de fatores da arquitetura dos provedores de aplicação de internet, cujas resultantes são a distorção e o encolhimento da esfera de deliberação pública.

Este é, portanto, o primeiro elemento do conteúdo mínimo do direito: o objetivo constitucionalmente vinculante de neutralizar ou minimizar os efeitos provocados pela atual estrutura desses modelos de negócios a fim de reequacionar a proteção à liberdade de informação e o direito à liberdade de expressão.

4.6 A regulação deve ser objeto de lei

A segunda observação quanto ao conteúdo da prestação positiva aqui sustentada é que, como já salientado, ela se reveste de caráter normativo. Enquanto instrumento jurídico vocacionado a criar obrigações aos provedores de aplicação de internet, esta prestação deve ser implementada por meio de lei (artigo 5º, inciso II, da CRFB).

A ponderação é aparentemente prosaica, mas a prática tem demonstrado que é necessária. Com efeito, muitos juristas e entidades da sociedade civil têm posicionado o centro de gravidade do problema no artigo 19 do Marco Civil da Internet – que blindaria indevidamente a responsabilidade das plataformas -, razão pela qual defendem que o dispositivo deve ser julgado inconstitucional pelo STF no julgamento dos Temas 533³⁶⁵ e 987 da repercussão geral³⁶⁶.

³⁶³ WILLIAMS, 2002, p. 7.

³⁶⁴ AZIZ; GINSBURG, 2018.

³⁶⁵ Exemplos de manifestações nesse sentido foram apresentadas na audiência pública realizada no STF, nos dias 28 e 29 de março de 2023. Para consultar uma breve síntese dos argumentos dos expositores, ver: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública: mais 15 expositores participam do debate sobre Marco Civil da Internet, 29 mar. 2023a; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública: plataformas e sociedade civil discutem gerenciamento de conteúdo online, 28 mar. 2023b; BRASIL. Supremo Tribunal Federal.

Conforme já argumentado no segundo capítulo, é legítimo rediscutir o modelo construído pelo artigo 19, por exemplo, para incluir outras hipóteses de violações a direitos fundamentais dentre as exceções do artigo 21, criando para as plataformas o dever jurídico de remover, com agilidade, outras espécies de conteúdo, independentemente de ordem judicial. No entanto, ainda que esta providência fosse adotada, ou ainda que expurgado o artigo 19 da ordem jurídica, a problemática de índole coletiva não seria afastada.

Defende-se que qualquer tentativa de solução precisa advir não de soluções pontuais, mas de uma regulação abrangente. E uma regulação abrangente deve ser inaugurada por lei, com ampla participação da sociedade.

A decisão sobre temas relevantes para a sociedade deve ser atribuída à competência do legislador democraticamente legitimado. Alexy atribui a esta assertiva o caráter de um princípio formal, que “não determina nenhum conteúdo, mas apenas diz quem deve definir conteúdos”³⁶⁷.

Isso fica especialmente mais claro quando o tema de especial relevância para a coletividade é cercado de incertezas quanto às premissas de caráter empírico – a fim de, por exemplo, realizar juízos quanto à adequação ou à necessidade de uma determinada medida para atingir determinado fim. Este é, certamente, o caso da regulação de tecnologias disruptivas, sobre cujo funcionamento ainda paira considerável hermetismo.

No entanto, a solução adequada não se dará pela simples superação da jurisprudência protetiva da liberdade de expressão (*overruling*) ou pela declaração de inconstitucionalidade do artigo 19 do Marco Civil da Internet (conforme vem sendo discutido nos Temas 533 e 987 da repercussão geral do STF), tampouco de sustentar uma autorização indefinida para que o Judiciário determinasse a remoção de conteúdos *on-line* (além de outras medidas cautelares criminais), ainda que de ofício e sem a observância do devido processo legal, a exemplo do Inquérito 4781 e da Resolução TSE 23.714/2022.

Não se desconhece a gravidade dos problemas acarretados pela atual configuração das redes sociais; ao contrário, um dos objetivos deste trabalho era o de justamente colocá-los em evidência. No entanto, à medida que avança o tempo sem uma regulação eficiente, são improvisadas soluções ocasionais. Isso ocorre em grande medida, no âmbito do Judiciário,

Expositores da manhã desta terça-feira (28) na audiência pública debatem as regras do Marco Civil da Internet, 28 mar. 2023c.

³⁶⁶ A percepção de que a regulação é uma incumbência do STF transparece em notícias como as seguintes: “Como STF pode regular plataformas digitais após impasse no PL das Fake News”, da BBC, *cf.* SCHREIBER, Mariana. Como STF pode regular plataformas digitais após impasse no PL das Fake News. **BBC News Brasil**, 15 maio 2023; e “Responsabilidade civil das plataformas digitais: um dilema para o STF”, da Coluna do civilista Anderson Schreiber no site jurídico Jota (SCHREIBER, 2023).

³⁶⁷ ALEXY, 2015, p. 615.

que, de um lado, não pode se furtar de resolver os casos sob sua apreciação e, de outro lado, acabam exorbitando de seus poderes e causando abalos ao Estado de Direito.

Até a conclusão deste trabalho, o Projeto de Lei nº 2630/2020 (“PL das *fake news*”), que dispõe sobre o tema em análise, permanecia em tramitação na Câmara dos Deputados.

4.6.1 Dos meios à disposição do legislador

Para determinar a extensão do direito à organização ou procedimento, é necessário delimitar em que medida a criação de posições jurídicas *prima facie* seja imprescindível à sua proteção.

Pressuposta a esta pergunta encontra-se outra, amplamente discutida em direito constitucional, quanto à divisão de competências entre o Legislativo e o Judiciário ou, ainda, à limitação da discricionariedade do legislador.

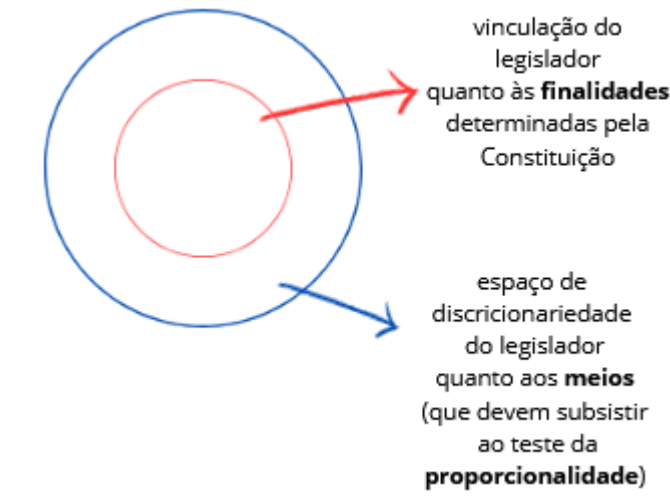
Tomando de empréstimo orientação adotada por Alexy, a resposta a essa questão “diz respeito a saber se, do ponto de vista do direito constitucional, uma determinada proteção é tão importante que a decisão sobre garanti-la ou não garanti-la não possa ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples”³⁶⁸.

Como ocorre com qualquer direito fundamental, ao exercer sua competência de criar normas sobre organização e procedimento com vistas à proteção do direito à informação, a atuação do legislador estará, até certo ponto, vinculada por força dos ditames constitucionais. O que extrapolar o perímetro de proteção constitucionalmente exigido faz parte da seara de discricionariedade do legislador, que pode optar por acautelar o direito fundamental em maior ou menor medida³⁶⁹.

³⁶⁸ ALEXY, 2015, p. 468.

³⁶⁹ Exemplo: mandado de injunção.

Figura 3 - Vinculação e espaço de discricionariedade do legislador: finalidades e meios



Fonte: elaborado pela autora (2023).

Em se tratando de um direito fundamental que assume a forma de princípio, a normatização a ser adotada deve prescrever medidas que o fomentem na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. O respeito às limitações jurídicas diz respeito, justamente, aos direitos fundamentais que potencialmente se contrapõem àquele que, com a regulação, se visa resguardar.

Desse modo, ainda que situada dentro da margem de discricionariedade do legislador, a relação de precedência entre direitos fundamentais, estabelecida em lei, deve obedecer à regra da proporcionalidade em sentido amplo - ou seja, ao impor cláusulas de restrição a outros direitos, tais restrições devem sobreviver aos testes de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

O sopesamento de direitos fundamentais na formação de normas de organização e procedimento é tarefa habitual para o legislador. Em comentário à terceira decisão do TCF sobre a organização da radiodifusão, de 1981³⁷⁰, Alexy aponta que o Tribunal faz menção às posições subjetivas dos titulares de direitos fundamentais implicados naquele caso concreto, e consigna que:

Essa variedade de referências subjetivas é refletida na decisão, quando se afirma que na configuração legislativa da radiodifusão o que está em questão é criar um equilíbrio nas colisões entre posições de direitos fundamentais'; como exemplos são mencionados, de um lado, a 'pretensão decorrente da liberdade de informação, a uma informação abrangente e conforme à verdade e, de outro lado, a liberdade de

³⁷⁰ BVerfGE 57, 295 (321).

manifestação do pensamento daqueles que organizam a programação ou que se expressam nas emissões³⁷¹.

A nota distintiva em relação ao sopesamento inerente às normas de organização e regulação da atividade dos provedores de aplicações de internet é o paradoxo descrito no terceiro capítulo: de um lado, a responsabilização posterior como parâmetro constitucional do esquema protetivo à liberdade de expressão (e de informação), sob pena de se incorrer em censura; de outro lado, a potencial inadequação do regime de responsabilização posterior para proteger direitos fundamentais, dado o dinamismo e a efemeridade do tráfego da desinformação na internet.

A seguir, realizar-se-ão operações hipotéticas de sopesamento entre liberdade de expressão e liberdade de informação em quatro possíveis medidas, situadas no espaço de discricionariedade do legislador.

4.6.2 Aumento das exceções ao art. 19 do Marco Civil da Internet

A responsabilidade dos provedores por conteúdo gerado por terceiros, como regra, ocorre apenas caso descumprida ordem judicial que determine a sua remoção. Esta é, como visto, a disciplina do artigo 19 da Lei nº 12.965/2014.

A única exceção, até o momento, diz respeito a cenas de nudez ou atos sexuais de caráter privado, cuja obrigação de exclusão decorre da notificação do participante ou de seu representante legal.

Cogita-se, a fim de melhor acautelar direitos fundamentais, a alteração do Marco Civil da Internet para que a lei passe a contemplar mais exceções ao artigo 19, de modo que a mera notificação do interessado seja suficiente para criar o dever de remoção, sob pena de responsabilidade civil, como, por exemplo, terrorismo, discurso de ódio, desinformação e *cyberbullying*.

Trata-se de alternativa que, de fato, pode lograr certo êxito. É preciso, no entanto, considerar que a medida implicaria, em algum nível, juízo de valor quanto ao conteúdo das opiniões ou pensamentos que são manifestados *on-line*. Ainda que o dever de remoção seja direcionado ao provedor, a imposição de sanções em caso de eventual descumprimento ensejará a análise de conteúdo por agente público (possivelmente, do Executivo ou do Judiciário).

³⁷¹ ALEXY, 2021, p. 494.

Conforme disposto no terceiro capítulo, o ordenamento jurídico encara com parcimônia as restrições gerais e abstratas à liberdade de expressão que impliquem juízo de valor sobre o conteúdo, justamente por sua proximidade com a censura.

Nesse sentido, é necessário que tal medida legislativa observe certas cautelas, sob pena de ser considerada inconstitucional por criar restrição desproporcional à liberdade de expressão. O rol de exceções ao artigo 19 não deve ser ampliado demasiadamente, e os conteúdos listados devem ostentar um nível razoável de objetividade.

O controle de conteúdo é uma das providências adotadas pela Lei Alemã para a Melhoria da Aplicação da Lei nas Redes Sociais (*Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken*, abreviada como “NetzDG”), em vigor desde 2018. A lei determina que os provedores têm o dever de retirar ou bloquear o acesso a conteúdo “manifesta e evidentemente ilícito” dentro de vinte e quatro horas do recebimento de reclamação.

Os demais conteúdos ilícitos devem ser removidos no prazo de sete dias, que pode ser ampliado em circunstâncias específicas: quando a decisão sobre a ilicitude do conteúdo dependa da inverdade de uma alegação de fato ou dependa evidentemente de outras circunstâncias de natureza fatural; ou quando a rede social remeta a decisão sobre a ilicitude para instituição de regulação autorregulada³⁷².

Além das obrigações de remoção de conteúdo, a lei impõe diversos deveres de caráter procedimental, a orientar o processamento das reclamações. O descumprimento da lei pode

³⁷² A tradução da NetzDG para o português consta na obra: ABBOUD, Georges; CAMPOS, Ricardo; NERY JR. Nelson (Org.) **Fake news e regulação**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. A seguir, transcrevem-se os dispositivos ora mencionados: “Art. 1º [...] § 3 **Tratamento de reclamações sobre conteúdos ilícitos**. (1) O provedor de uma rede social deve dispor de um procedimento contínuo, efetivo e transparente de acordo com os parágrafos 2 e 3 para o tratamento de reclamações sobre conteúdos ilícitos. O provedor deve colocar à disposição dos usuários um procedimento de tratamento, processamento e encaminhamento de reclamações sobre conteúdos ilícitos que seja de fácil reconhecimento, acessível diretamente e de forma ininterrupta. (2) O procedimento deve garantir que o provedor da rede social: 1. Tome conhecimento imediato da reclamação e comprove se o conteúdo indicado na reclamação é ilícito, devendo ser retirado, ou se o acesso a ele deve ser bloqueado, 2. Retire ou bloqueie acesso a um conteúdo que seja manifesta e evidentemente ilícito dentro de 24 horas após o recebimento da reclamação. Isso não se aplica nos casos em que a rede social tenha acordado em conjunto com as autoridades policiais e o Ministério Público (*Strafverfolgungsbehörde*) em adotar um período mais longo para a retirada ou bloqueio do conteúdo evidentemente ilícito, 3. Retire ou bloqueie o acesso de todo conteúdo ilícito rapidamente, em regra dentro de sete dias após o recebimento da reclamação; o prazo de sete dias pode ser ultrapassado quando: a) a decisão sobre a ilicitude do conteúdo dependa da inverdade de uma alegação de fato ou dependa evidentemente de outras circunstâncias de natureza fatural; nestes casos, a rede social pode dar ao usuário a oportunidade de defesa e posicionamento no âmbito da reclamação antes da tomada de decisão; b) a rede social remeta a decisão sobre a ilicitude para instituição de regulação autorregulada, devidamente reconhecida conforme os parágrafos 6 a 8, dentro de um prazo de sete dias contados a partir do recebimento da reclamação e se submeta à decisão; 4. Assegure e salve, para fins de comprovação, o conteúdo eventualmente retirado, e o mantenha, para essa finalidade, por um período de dez semanas dentro do âmbito de validade das Diretivas 2000/31/CE e 2010/13/UE, 5. Informe sem atraso o reclamante e o usuário sobre toda decisão e as fundamente e justifique em relação a eles”.

ensejar a cominação de sanções pecuniárias pelo Gabinete Federal de Justiça da Alemanha (*Bundesamt für Justiz*), autoridade administrativa³⁷³. Entretanto, especificamente caso o descumprimento se refira à omissão na remoção de conteúdo ilícito, a autoridade administrativa deverá, primeiramente, obter uma decisão judicial declarando a ilicitude, que será irrecorrível e vinculante para a Administração³⁷⁴.

A necessidade de decisão judicial que declare previamente a ilicitude da publicação representa barreira relevante a coibir a pulverização da análise quanto à aprovação ou rejeição de conteúdo.

Por outro lado, a lei alemã elenca uma ampla lista de conteúdos considerados ilícitos, correspondentes a vinte condutas típicas do Código Penal alemão. Além do amplo espectro de manifestações vedadas, em alguns casos de vagueza semântica, a avaliação de sua ilicitude (pela plataforma ou até mesmo pela autoridade judicial) pode se situar em zonas de incerteza. É o caso, por exemplo, do delito do parágrafo 126 do Código Penal alemão, que tipifica a conduta de “perturbação da paz pública pela ameaça de cometer crimes”³⁷⁵.

4.6.3 Imposição de responsabilidade civil objetiva genérica

São comuns argumentos no sentido de que deve ser imposta responsabilidade objetiva aos provedores de aplicações de internet, seja por analogia à responsabilidade dos

³⁷³ “Art. 1. § 1. [...] (3) Conteúdos ilícitos considerados no sentido do parágrafo primeiro são aqueles que preenchem os tipos penais dos §§ 86, 86a, 89a, 91, 100a, 111, 126, 129 a 129b, 130, 131, 140, 166, 184b em conexão com 184d, 185 a 187, 201a, 241 ou 269 do Código Alemão de Direito Penal” (ALEMANHA. Ministério da Justiça Federal. **Código Penal Alemão (*Strafgesetzbuch – StGB*)**. Diário Oficial da União I, 13 nov. 1998, p. 3.322).

³⁷⁴ “Art. 1º. [...] § 4º Disposições sobre multas pecuniárias [...] (2) A infração administrativa, nos casos do parágrafo primeiro, números 7 e 8, pode ser sancionada com uma multa pecuniária em valor de até quinhentos mil Euros (500.000,00 EUR) e nos outros casos do parágrafo primeiro com uma multa pecuniária de até 5 (cinco) milhões de Euros. Deve-se aplicar o § 30, parágrafo 2, frase 3 da Lei de Infrações Administrativas (*Gesetze über Ordnungswidrigkeiten*) [...] (5) Caso a autoridade administrativa queira basear sua decisão na ilicitude do conteúdo não retirado ou bloqueado no sentido do § 1, parágrafo 3, ela deverá primeiramente obter uma decisão judicial declarando a ilicitude. O tribunal competente é aquele que decide sobre o recurso contra a multa pecuniária. O pedido para decisão com título prejudicial deve ser encaminhado ao tribunal juntamente com o posicionamento da rede social. O pedido pode ser decidido mesmo sem audiência oral. Não caberá recurso da decisão, que é vinculante para as autoridades administrativas” (*Ibid.*, art. 1º, §4º, 2 e 5).

³⁷⁵ “Seção 126. Perturbação da paz pública pela ameaça de cometer crimes. (1) Aquele que, de uma maneira adequada a causar perturbação da paz pública, ameaça cometer: 1. Violação da paz, conforme designado na seção 125a, frase 2, nºs 1 a 4 [...] incorre em pena de prisão por um período não superior a três anos ou uma multa”. A Seção 125a, por sua vez, dispõe: “Seção 125a. Violação da paz especialmente grave. Em casos especialmente graves sob a Seção 125 (1), a pena é de prisão por um período entre seis meses e dez anos. Um caso especialmente grave geralmente ocorre quanto o infrator: 1. Carrega uma arma de fogo; 2. Carrega uma arma ou outro implemento perigoso; 3. Ao cometer um ato de violência, coloca outro em perigo de morte ou em risco de danos graves à saúde; 4. Saqueia ou causa danos significativos à propriedade de outra pessoa” (*Ibid.*).

fornecedores de produtos e serviços, nos termos dos artigos 12 e seguintes do Código de Defesa do Consumidor, seja pelo risco da atividade, consoante artigo 927, parágrafo único, do Código Civil.

Esta era, aliás, uma tendência jurisprudencial antes da promulgação do Marco Civil da Internet, conforme abordado no segundo capítulo. Uma década depois, o agravamento da crise informacional nas aplicações de internet tem revigorado tais argumentos, como possíveis soluções à problemática.

No entanto, segundo este ponto de vista, não são classificados como problemáticos conteúdos que neguem o aquecimento global ou contenha inverdades sobre a segurança das urnas eletrônicas, por exemplo. Apesar de potencialmente deletérios à coletividade, aumentam as taxas de cliques e o engajamento dos usuários – sobretudo se direcionados aos usuários “certos”, ou seja, àqueles com maior propensão a acreditar neles e compartilhá-los.

A responsabilização civil, a ser apreciada pelo Judiciário, traria a reboque toda a estrutura e o tempo de um processo judicial, cujos atos são praticados em uma velocidade incompatível com a produção e compartilhamento de conteúdo lesivos na internet.

Provavelmente, ao tempo da decisão judicial, a conduta que se alega ilícita já teria produzido danos de extensão incalculável, não passíveis de reparação específica. A indenização, assim, resultaria em mera conversão em perdas e danos.

Embora isso seja comum na *práxis* do processo civil, é preciso lembrar que, pelas especificidades das circunstâncias ora trabalhadas, a proteção dos direitos fundamentais exige que se previna ou minimize ao máximo a perpetração dos danos – e não a condenação das plataformas a indenizações milionárias.

Poder-se-ia objetar, por outro lado, que a previsão de responsabilidade civil em caráter objetivo tornaria os provedores mais cautelosos e interessados em aprimorar os mecanismos de moderação de conteúdo – o que protegeria os direitos fundamentais violados por publicações de terceiros.

De fato, a medida pode suscitar os efeitos positivos pretendidos – ou pode simplesmente ensejar em um replanejamento orçamentário dos provedores, baseado em uma estimativa do valor a ser despendido em indenizações. A moderação seria orientada não pela proteção de direitos fundamentais, mas por um cálculo de custo-benefício a avaliar se o lucro obtido com a manutenção do conteúdo compensaria eventual prejuízo oriundo do pagamento de indenizações civis – “se” e “quando” fossem acionados judicialmente.

Porém, o mais relevante aspecto a ser considerado é o potencial efeito da responsabilidade objetiva sobre a liberdade de expressão dos usuários, ante a possibilidade de que venha a ensejar um excesso na moderação do discurso *on-line*.

Qualquer norma que imponha restrição a direitos fundamentais deve ser justificada racionalmente e sobreviver ao teste da proporcionalidade. Portanto, a imposição de uma restrição séria a um direito fundamental deve ser considerada adequada, necessária e proporcional, em comparação com o grau de importância da satisfação dos direitos colidentes (primeira lei do sopesamento).

Esta é uma questão que envolve prognóstico a ser feito pelo Legislador, em exercício de sua discricionariedade epistêmica, que deve considerar os possíveis desfechos (e seus respectivos graus de probabilidade) durante o processo legislativo.

É importante reiterar que, quanto maior a incerteza empírica quanto às premissas utilizadas para justificar a restrição a direitos fundamentais – a exemplo da regulação de inovações tecnológicas -, menor deve ser a intensidade dessa restrição (segunda lei do sopesamento).

Saliente-se, por fim, a impropriedade da comparação entre os meios de comunicação da mídia tradicional (jornais, rádio e televisão) e as aplicações de internet.

A própria estrutura da mídia tradicional (sem considerar a regulação já existente) é naturalmente equipada com uma série de filtros à desinformação. As matérias são produzidas por profissionais habilitados, regidos pelo Código de Ética dos Jornalistas Brasileiros, que prescreve os deveres de apurar a veracidade das informações divulgadas (artigo 4º), ouvir “o maior número de pessoas e instituições envolvidas em uma cobertura jornalística, principalmente aquelas que são objeto de acusações não suficientemente demonstradas ou verificadas” e “promover a retificação das informações que se revelem falsas ou inexatas” (artigo 12, incisos I e VI).

As atividades de seleção e direção das matérias são centralizadas na pessoa de brasileiro nato ou naturalizado há mais de dez anos (artigo 222, parágrafo 2º, da CRFB/88), o que facilita a pronta identificação da responsabilidade editorial. Ademais, o custo envolvido na produção e veiculação de notícias é elevado e, conseqüentemente, a quantidade de informações é controlada.

Nesse sentido, afigura-se oneroso aos meios de comunicação alocar seus recursos, naturalmente limitados, para simplesmente divulgar notícias fraudulentas ou sem qualquer verificação prévia, as quais podem, ainda, causar abalos à sua idoneidade e reputação.

Esses filtros inerentes às mídias tradicionais transformam-nas em ambientes não propícios ao surgimento de *fake news* e, conseqüentemente, justificam o desenho protetivo da liberdade de comunicação social concebido pelo constituinte, com base na responsabilização *a posteriori* e no direito de resposta. Nesse cenário específico, tais medidas são adequadas, necessárias e proporcionais ao equacionamento de direitos fundamentais.

4.6.4 Responsabilidade objetiva condicionada

A responsabilidade, em caráter genérico, pelo conteúdo gerado por terceiros encontra uma série de variantes que limitam a responsabilização dos provedores a hipóteses específicas.

É o caso do *Digital Services Act* (DSA), em vigor na União Europeia desde novembro de 2022, que atribui responsabilidade aos prestadores de serviços intermediários pelos conteúdos ilegais³⁷⁶ dos quais tiver tomado efetivo conhecimento, por meio de “ [...] investigações realizadas por iniciativa própria ou de notificações que lhe sejam apresentadas por pessoas ou entidades [...] ”³⁷⁷ nos termos do regulamento, desde que “ [...] suficientemente precisas e adequadamente fundamentadas [...] ”³⁷⁸. Não são previstas obrigações gerais de vigilância ou obrigações gerais de que os prestadores tomem medidas proativas em relação a conteúdos ilegais³⁷⁹.

O substitutivo ao Projeto de Lei nº 2630/2020, apresentado em abril de 2023 pelo Deputado Orlando Silva, Relator do PL na Câmara, prevê a responsabilidade civil solidária dos provedores nas seguintes hipóteses:

Art. 6º. Os provedores podem ser responsabilizados civilmente, de forma solidária:
I – pela reparação dos danos causados por conteúdos gerados por terceiros cuja distribuição tenha sido realizada por meio de publicidade de plataforma; e

³⁷⁶ Para os fins do DSA, consideram-se serviços intermediários um dos seguintes serviços da sociedade da informação: “i) um serviço de ‘simple transporte’, que consiste na transmissão, através de uma rede de comunicações, de informações prestadas por um destinatário do serviço ou na concessão de acesso a uma rede de comunicações, ii) um serviço de ‘armazenagem temporária’ que consiste na transmissão, através de uma rede de comunicações, de informações prestadas por um destinatário do serviço, que envolve a armazenagem automática, intermédia e temporária dessas informações efetuada apenas com o objetivo de tornar mais eficaz a transmissão posterior das informações a outros destinatários, a pedido destes, iii) um serviço de ‘alojamento virtual’ que consiste na armazenagem de informações prestadas por um destinatário do serviço e a pedido do mesmo”. Cf. UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. Conselho da União Europeia. **Regulamento (UE) 2022/2065, de 19 de outubro de 2022**. Relativo a um mercado único para os serviços digitais e que altera a Diretiva 2000/31/CE (Regulamento dos Serviços Digitais art. 3º, alínea “g”). Jornal Oficial da União Europeia, 27 out. 2022.

³⁷⁷ UNIÃO EUROPEIA, 2022, considerações iniciais, item (22), p. 6-7.

³⁷⁸ *Ibid.*, p. 6-7.

³⁷⁹ *Ibid.*, item (30), p. 8-9.

II – por danos decorrentes de conteúdos gerados por terceiros quando houver descumprimento das obrigações de dever de cuidado, na duração do protocolo de segurança de que trata a Seção IV³⁸⁰.

A segunda hipótese reclama atenção especial. Segundo o artigo 12 do Substitutivo, denominado “protocolo de segurança” é um procedimento de caráter administrativo, a ser instaurado quando configurada a iminência de riscos descritos no artigo 7º³⁸¹, ou a negligência ou insuficiência da ação do provedor. O prazo inicial do procedimento é de, no máximo, 30 (trinta) dias, devendo sua pertinência ser revista, também, a cada 30 (trinta) dias.

Durante a vigência do protocolo de segurança, os provedores poderão ser responsabilizados civilmente pelos danos decorrentes de conteúdos gerados por terceiros quando demonstrado conhecimento prévio, nos termos do artigo 16, que dispõe sobre o procedimento de notificação que deve ser franqueado aos usuários.

Esse mecanismo de gerenciamento de crises possui manifesta inspiração no artigo 36 do DSA³⁸². No entanto, existem divergências significativas entre ambos os institutos, que potencialmente desconfiguram suas feições originais.

³⁸⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 2.630, de 03 de julho de 2020**. Institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. Altera as Leis nº 10.703 de 2003 e 12.965 de 2014. Alessandro Vieira, Inteiro Teor, 03 jul. 2020, art. 6º.

³⁸¹ Os riscos estão descritos no §2º do art. 7º, e estão relacionados: “I – a difusão de conteúdos ilícitos no âmbito dos serviços de acordo com o *caput* do art. 11; II – à garantia e promoção do direito à liberdade de expressão, de informação e de imprensa e ao pluralismo dos meios de comunicação social; III – relativos à violência contra a mulher, ao racismo, à proteção da saúde pública, a crianças e adolescentes, idosos, e aqueles com consequências negativas graves para o bem-estar físico e mental da pessoa; IV – ao Estado democrático de direito e à higidez do processo eleitoral; e V – os efeitos de discriminação ilegal ou abusiva em decorrência do uso de dados pessoais sensíveis ou de impactos desproporcionais em razão de características pessoais” (*Ibid.*, art. 7º, §2º).

³⁸² “Artigo 36.º Mecanismo de resposta em caso de crise 1. Em caso de crise, a Comissão, agindo com base numa recomendação do Comité, pode adotar uma decisão que exija a um ou mais fornecedores de plataformas em linha de muito grande dimensão ou de motores de pesquisa em linha de muito grande dimensão que tomem uma ou mais das seguintes medidas: a) Avaliar se e, em caso afirmativo, em que medida e como o funcionamento e a utilização dos seus serviços contribuem, ou são suscetíveis de contribuir, para uma ameaça grave a que se refere o n.º 2; b) Identificar e aplicar medidas específicas, eficazes e proporcionadas, como quaisquer das previstas no artigo 35.º, n.º 1, ou no artigo 48.º, n.º 2, para prevenir, eliminar ou limitar tal contribuição para a ameaça grave identificada nos termos da alínea a) do presente número; c) Apresentar à Comissão, até uma determinada data ou em intervalos regulares especificados na decisão, um relatório sobre as avaliações a que se refere a alínea a), sobre o conteúdo exato, a execução e o impacto qualitativo e quantitativo das medidas específicas adotadas nos termos da alínea b) e sobre qualquer outra questão relacionada com tais avaliações ou medidas especificadas na decisão. Ao identificar e aplicar medidas nos termos da alínea b) do presente número, o fornecedor de serviços ou os fornecedores de serviços têm devidamente em conta a gravidade da ameaça grave a que se refere o n.º 2, a urgência das medidas e as implicações reais ou potenciais para os direitos e interesses legítimos de todas as partes em causa, incluindo o facto de que as medidas não respeitem eventualmente os direitos fundamentais consagrados na Carta. 2. Para efeitos do presente artigo, considera-se que ocorreu uma crise se circunstâncias extraordinárias conduziram a uma ameaça grave para a segurança pública ou a saúde pública na União ou em partes significativas do seu território. 3. Ao adotar a decisão a que se refere o n.º 1, a Comissão assegura o cumprimento cumulativo dos seguintes requisitos: a) As ações exigidas pela decisão são estritamente necessárias, justificadas e proporcionadas, tendo em conta, em particular, a gravidade da ameaça grave a que se refere o n.º 2, a urgência das medidas e as implicações reais ou potenciais para os direitos e interesses

Em primeiro lugar, o mecanismo de resposta a crises adotado pela União Europeia deve ser deflagrado apenas caso circunstâncias extraordinárias conduzirem a uma ameaça grave para a segurança pública ou a saúde pública na União ou em partes significativas do seu território (artigo 36, 2). A previsão do Substitutivo brasileiro inclui como possíveis fatos geradores do protocolo de segurança a iminência de configuração dos riscos descritos no artigo 7º - que vão desde riscos à garantia do direito à liberdade de expressão e de informação até crimes contra o Estado Democrático de Direito.

Ademais, a principal consequência indicada pelo Substitutivo advinda da instauração do protocolo é a responsabilização civil solidária dos provedores, não havendo previsão semelhante no DSA. Tal fato, associado à latitude imoderada de suas hipóteses de cabimento, e à possibilidade de sucessivas e ilimitadas prorrogações, podem ampliar seu escopo de forma indiscriminada e conduzir a uma responsabilização objetiva genérica, ora apontada como

legítimos de todas as partes em causa, incluindo o facto de que as medidas não respeitem eventualmente os direitos fundamentais consagrados na Carta; b) A decisão fixa um prazo razoável em que as medidas específicas a que se refere o n.º 1, alínea b), devem ser adotadas, tendo em conta, em particular, a urgência destas medidas e o tempo necessário para as preparar e aplicar; c) As ações exigidas pela decisão são limitadas a um período não superior a três meses. 4. Após adotar a decisão a que se refere o n.º 1, a Comissão toma, sem demora injustificada, as medidas seguintes: a) Comunica a decisão ao ou aos fornecedores destinatários da decisão; b) Torna decisão disponível ao público; e c) Informa o Comité da decisão, convida-o a apresentar os seus pontos de vista sobre a decisão e mantém-no informado de qualquer evolução subsequente relacionada com a decisão. 5. A escolha das medidas específicas que devem ser tomadas nos termos do n.º 1, alínea b), e do n.º 7, segundo parágrafo, é efetuada pelo fornecedor ou pelos fornecedores destinatários da decisão da Comissão. 6. A Comissão pode, por sua iniciativa ou a pedido do fornecedor, entrar num diálogo com o fornecedor para determinar se, à luz das circunstâncias específicas do fornecedor, as medidas previstas ou aplicadas a que se refere o n.º 1, alínea b), são eficazes e proporcionadas para atingir os objetivos pretendidos. Em particular, a Comissão assegura que as medidas adotadas pelo fornecedor de serviços nos termos do n.º 1, alínea b), cumprem os requisitos a que se refere o n.º 3, alíneas a) e c). 7. A Comissão acompanha a aplicação das medidas específicas adotadas nos termos da decisão a que se refere o n.º 1 do presente artigo com base nos relatórios a que se refere a alínea c) do mesmo número e em quaisquer outras informações pertinentes, incluindo as informações que pode solicitar nos termos do artigo 40.º ou do artigo 67.º, tendo em conta a evolução da crise. A Comissão apresenta regularmente ao Comité um relatório sobre esse acompanhamento, pelo menos uma vez por mês. Se a Comissão considerar que as medidas específicas previstas ou aplicadas nos termos do n.º 1, alínea b), não são eficazes ou proporcionadas, pode, após consulta ao Comité, adotar uma decisão exigindo que o fornecedor reveja a identificação ou a aplicação destas medidas específicas. 8. Se for caso disso, tendo em conta a evolução da crise, a Comissão, agindo com base na recomendação do Comité, pode alterar a decisão a que se refere o n.º 1 ou o n.º 7, segundo parágrafo: a) Revogando a decisão e, se for caso disso, exigindo que a plataforma em linha de muito grande dimensão ou o motor de pesquisa em linha de muito grande dimensão cessem a aplicação das medidas identificadas e aplicadas nos termos do n.º 1, alínea b), ou do n.º 7, segundo parágrafo, em particular se os motivos para adotar tais medidas já não existirem; b) Prorrogando o prazo referido no n.º 3, alínea c), por um período não superior a três meses; c) Tendo em conta a experiência adquirida com a aplicação das medidas, em particular o facto de que as medidas não respeitem eventualmente os direitos fundamentais consagrados na Carta. 9. Os requisitos estabelecidos nos n.ºs 1 a 6 são aplicáveis à decisão e à sua alteração a que se refere o presente artigo. 10. A Comissão tem na máxima conta as recomendações do Comité emitidas nos termos do presente artigo. 11. A Comissão apresenta anualmente ao Parlamento Europeu e ao Conselho, após a adoção de decisões nos termos do presente artigo e, em qualquer caso, três meses após o fim da crise, um relatório sobre a aplicação das medidas específicas tomadas em cumprimento de tais decisões” (UNIÃO EUROPEIA, 2022, artigo 36º, p. 66-67).

excessivamente agressiva à liberdade de expressão e de efetividade duvidosa para fomentar os direitos fundamentais com ela colidentes.

4.6.5 “Code is law”³⁸³

Conforme adverte Marcel Leonardi, o primeiro pressuposto para a regulação no âmbito digital é a permeabilidade ao estudo interdisciplinar³⁸⁴. É imprescindível compreender as categorias e fundamentos específicos da internet para estruturar um modelo viável de regulação, o qual não pode ficar subordinado apenas à linguagem jurídica.

Inspirado nos estudos do constitucionalista Lawrence Lessig, o autor faz uma ponderação interessante – e pouco explorada – no sentido de que a arquitetura tecnológica (o “código”) é a lei que regula comportamentos no universo digital.

Com efeito, a estrutura dos algoritmos não é moralmente neutra, mas traz consigo juízos de valor e objetivos a serem perseguidos, a depender do modo como foram concebidos e programados.

Complementa Leonardi:

A falta de transparência da regulação por meio da arquitetura é exponencializada na Internet: a maneira como sistemas informáticos operam é vista como um elemento “natural” da tecnologia, e não como uma escolha consciente de quem os projetou. É por isso que se afirma que, com o avanço cada vez mais significativo da regulação por meio do “código”, o “fator humano” fica cada vez mais de lado e, com ele, ficam também o direito democraticamente estabelecido, as normas sociais, bem como quaisquer outros fatores sociais; cabe ao Direito, portanto, impedir que a regulação na Internet seja efetuada exclusivamente por decisões frias e apriorísticas do código, sem intermediários, juízes nem supervisores.

Ao abordar o tema, o constitucionalista norte-americano Lawrence Lessig defende que qualquer regulação que se pretenda realizar na internet deve considerar sua arquitetura específica. Ao passo que o mundo real é regulado por normas e estatutos, o mundo virtual é regulado, prioritariamente, pelo seu código. As normas de conduta, o certo e o errado, o permitido e o proibido, estão inscritas e presumidas na própria configuração da internet.

Lessig defende que, acima da legislação ou do mercado, a principal defensora da liberdade de expressão na internet vem exatamente de sua arquitetura.

³⁸³ *Code is law* é o título do primeiro capítulo da obra “Code: and other Laws of Cyberspace”, do constitucionalista Lawrence Lessig.

³⁸⁴ LEONARDI, Marcel. **Fundamentos de direito digital**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

Anonimato relativo, distribuição descentralizada, vários pontos de acesso, nenhum sistema simples para identificar conteúdo, ferramentas de criptografia – todos esses recursos e consequências do protocolo da Internet dificultam o controle da fala no ciberespaço. A arquitetura do ciberespaço é a verdadeira proteção da liberdade de expressão lá; é a verdadeira ‘Primeira Emenda no ciberespaço’, e esta Primeira Emenda não é uma portaria local³⁸⁵.

A partir de uma analogia entre a constituição enquanto documento elaborado para a regulação da vida em sociedade, o autor propõe a criação de uma constituição que regule a liberdade na internet: “Mas por ‘constituição’ eu não quero dizer um texto legal. (...) eu quero dizer uma arquitetura – não apenas um texto de lei, mas um estilo de vida – que estrutura e restringe o poder social e jurídico, com o fim de proteger valores fundamentais”.

Naturalmente, conforme já se expendeu ao longo deste trabalho, o modo de perseguir este propósito é um ponto crucial para a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da regulação.

Hipoteticamente, o governo poderia pretender realizar, por si próprio, a moderação de conteúdo por intermédio das plataformas – o que, de certa forma, acontece na China. No entanto, poucos discordariam de que tal medida seria flagrantemente contrária à Constituição de 1988, por violar a liberdade de expressão e promover a censura.

Por outro lado, ao invés de proibir diretamente o comportamento que deseja desencorajar – a propagação de desinformação -, é possível alterar, via regulação, a arquitetura das aplicações de internet a fim de incentivar as plataformas a direcionar seu modo de funcionamento em um sentido que seja mais consentâneo ao interesse público.

Isso é o que Lawrence Lessig intitulou “regulação em dois passos: em um contexto no qual o comportamento é relativamente não regulável, o governo adota medidas para aumentar a regulabilidade”³⁸⁶.

O autor apresenta vários exemplos para sustentar seu ponto de vista. Um deles diz respeito à mudança da arquitetura das redes telefônicas, quando passaram de redes de comutação de circuitos para redes de comutação de pacotes de informação, que trafegam de modo menos rastreável e, portanto, menos previsível que o anterior. Tal fato dificultou a realização de escutas telefônicas pelas autoridades policiais, o que ensejou a aprovação da Lei de Auxílio das Comunicações para a aplicação do Direito (CALEA).

A CALEA exigiu que as redes telefônicas fossem concebidas para preservar a capacidade de as autoridades policiais realizarem escutas telefônicas. Nas palavras de Lessig:

³⁸⁵ LESSIG, Lawrence. **Code**: and other Laws of Cyberspace. Version 2.0. New York: Basic Books, 2006, p. 235.

³⁸⁶ *Ibid.*, p. 62.

“A indústria criou uma arquitetura de rede. Essa arquitetura não servia adequadamente aos interesses do governo. A resposta do governo foi regulamentar o desenho da rede para que ela atendesse melhor aos fins do governo”³⁸⁷.

Ao regular a arquitetura da rede, evita-se o escrutínio direto sobre atos ou condutas isoladas que disseminam informações falsas – o que ensejaria um inevitável juízo de valor sobre a veracidade do conteúdo postado – e passa-se a atuar contra as características da rede que promovem valores contrários àqueles inerentes ao direito fundamental a ser protegido.

Ao invés de obrigar as plataformas a instalar uma infraestrutura censória, aparelhada especificamente para localizar conteúdos inverídicos e removê-los, afigura-se mais compatível com a Constituição impor-lhes a obrigação de adaptar sua estrutura (ou seu “código”, na nomenclatura de Lessig) de modo a mitigar os impactos de seu funcionamento sobre a eficácia de um dado direito fundamental.

A autorregulação, nas plataformas gerenciadoras de redes sociais, tem sido exercida por meio de regulamentos como os termos de uso e a política de privacidade, de atividades de moderação do conteúdo, bem como de órgãos internos como o Comitê de Supervisão do Facebook.

Consoante já destacado em tópicos anteriores, a ideia reitora da moderação de conteúdo promovida por iniciativa das próprias plataformas não tem por objetivo prioritário a eliminação de *fake news* (ou qualquer outra espécie de conteúdo socialmente pernicioso), mas tão somente “achar o ponto de equilíbrio entre a habilidade de atrair para o site usuários e seus superávits e o risco de repeli-los”, de modo que “a corrupção da informação não seja classificada como problemática a não ser que apresente uma ameaça existencial para as operações de oferta (...), seja porque poderia deflagrar o desengajamento do usuário, seja porque poderia atrair escrutínio regulatório”³⁸⁸.

Assim, a remoção de conteúdo das plataformas se dá na estrita medida do necessário para evitar prejuízo à sobrevivência/desenvolvimento da própria atividade econômica, afinal, seria grande a quantidade de usuários que se desvinculariam das redes caso elas não contivessem qualquer política de bloqueio de conteúdos indesejáveis.

No entanto, segundo este ponto de vista, não são classificados como problemáticos conteúdos que neguem o aquecimento global ou contenha inverdades sobre a segurança das urnas eletrônicas, por exemplo. Apesar de potencialmente deletérios à coletividade, aumentam

³⁸⁷ LESSIG, 2006, p. 63.

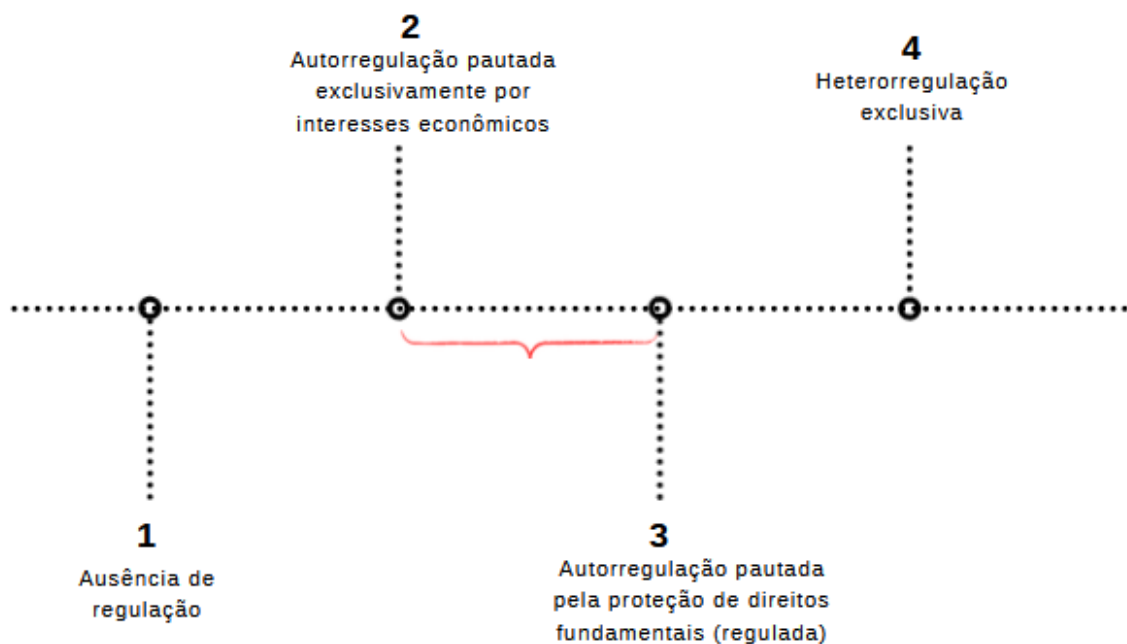
³⁸⁸ ZUBOFF, 2021, p. 569.

as taxas de cliques e o engajamento dos usuários – sobretudo se direcionados aos usuários “certos”, ou seja, àqueles com maior propensão a acreditar neles e compartilhá-los.

O objetivo da lei, ao pretender uma regulação que resguarde os direitos fundamentais ora analisados, deve ser reconfigurar os pesos atribuídos a cada variável (grau de afetação da liberdade de expressão e grau de importância da liberdade de informação), deslocando o ponto ótimo de equilíbrio do sopesamento já feito, em autorregulação, pelos operadores de aplicações - cujo objetivo é a preservação de interesses comerciais - para um ponto de equilíbrio que seja orientado ao interesse público.

Essa ideia pode ser compreendida, esquematicamente, da seguinte forma:

Figura 4 - Reconfigurando o Equilíbrio: Lei para Proteção de Direitos Fundamentais na Era Digital



Fonte: elaborada pela autora (2023).

Pelas limitações deste trabalho, o modelo ora apresentado se restringe à constitucionalidade de *standards* regulatórios (sob a forma de uma autorregulação regulada) aplicável aos provedores de aplicação de internet, considerado apenas a colisão entre os direitos à liberdade de expressão e à liberdade de informação. O tratamento do tema de modo verticalizado envolveria um estudo interdisciplinar com os fundamentos de direito digital, a fim de analisar os limites e possibilidades de uma regulação por código na legislação brasileira, a ser objeto de uma pesquisa subsequente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos fundamentais não são uma obra acabada. Eles condensam valores elementares à própria construção da convivência social e, como tais, hão de ser lapidados continuamente.

Dada a sua abertura semântica e estrutural, é frequente que a compreensão sobre suas prescrições normativas seja conformada, ao longo do tempo, às circunstâncias que configuram as relações jurídicas entre os indivíduos que são, ao mesmo tempo, titulares e destinatários desses direitos.

Como consequência, acrescentam-se alguns feixes de posições jurídicas à estrutura dos “direitos fundamentais completos”, suprimem-se outras e aprimoram-se outras. As interações recíprocas entre os direitos, sob a forma de colisões, também não estão imunes às transformações sociais.

Essa constante possibilidade de se atribuírem normas de direitos fundamentais às disposições de direitos fundamentais existentes, por meio de relações de refinamento, implica que, ao invés de se agruparem direitos fundamentais sob categorias intituladas “dimensões”, mais coerente seria compreender cada um desses direitos, em si mesmos, como capazes de desdobrar normas das mais variadas estruturas e dimensões.

Neste trabalho, objetivou-se analisar a reconfiguração normativa dos direitos fundamentais à liberdade de expressão e à liberdade de informação, ante a recente emergência das aplicações de internet como uma das principais interfaces comunicativas dos indivíduos.

Ao longo dos anos, o Supremo Tribunal Federal desenvolveu uma densa e estável rede de decisões que refletiam a abordagem liberal clássica dos direitos fundamentais à liberdade de expressão e à liberdade de informação, em relação aos quais o Estado deveria adotar postura essencialmente abstencionista.

A análise dos precedentes e das decisões em controle abstrato de constitucionalidade, proferidos entre 2009 e 2022, revela a pressuposição de que haveria uma implicação recíproca necessária entre o direito à liberdade de expressão e o direito à liberdade de informação: o conteúdo normativo deste costumava ser diluído no conteúdo normativo daquele, em uma relação de gênero e espécie.

Nessa linha de raciocínio, a situação de eficácia otimizada de um coincidiria com a eficácia otimizada do outro. Proteger a liberdade de expressão implicaria coibir todo tipo de atividade censória do Estado, o que, por conseguinte, também protegeria a liberdade de informação. Portanto, esta seria a melhor forma de promover o acesso a perspectivas de

pensamento diversificadas - não manipuladas pelo Estado ou pelos detentores dos meios de comunicação.

Esta concepção encontra previsão, explicitamente, na redação de diversos documentos de direito internacional³⁸⁹, bem como está implícita na Constituição Federal de 1988, promulgada ao cabo de vinte e um anos de uma ditadura militar. Seu desenho protetivo dessas liberdades, fundado na vedação à censura e na responsabilização *a posteriori*, induziu interpretações que rechaçavam qualquer tendência de intervenção nos bens jurídicos por elas acautelados.

A Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) também encampou esse raciocínio, ao dispor que a responsabilidade dos provedores de aplicações na internet por conteúdos gerados por terceiros estaria, em regra, condicionada ao descumprimento de ordem judicial que determinasse a remoção da publicação impugnada.

Trata-se de regra mais conservadora que a maioria das correntes jurisprudenciais até então adotadas, que, não raro, atribuíam responsabilidade civil objetiva aos provedores, nos moldes do Código de Defesa do Consumidor ou do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, a partir do mero descumprimento de notificação extrajudicial do usuário.

À época da promulgação do Marco Civil, privilegiou-se a liberdade de expressão ante a desconfiança inerente à primeira iniciativa de regulação da internet. Partia-se da premissa de que os provedores de aplicações eram meros intermediários, que exerciam pouca ingerência sobre as interações *on-line*.

Os conflitos de direitos fundamentais concebidos pela lei eram típicos de dissídios entre sujeitos de direito privado, e diziam respeito, essencialmente, à colisão entre a liberdade de expressão e os direitos de personalidade (honra, imagem, privacidade e nome).

Ao longo da última década, no entanto, os conflitos entre direitos fundamentais ocorridos no âmbito das aplicações de internet adquiriram contornos mais complexos, com repercussões a direitos fundamentais em sua nuance coletiva.

Os modelos de negócios de aplicações de internet revolucionaram os processos comunicativos, criando espaços descentralizados de conteúdo gerado pelos próprios usuários, que, apesar de terem avançado em direção à pluralidade de informações, muito retrocederam em termos de pluralismo.

³⁸⁹ Por exemplo, o artigo 13 do Pacto de San Jose da Costa Rica; o artigo 19 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos; e o artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos. *Cf.* Segundo capítulo.

Criaram-se terrenos férteis à circulação de notícias falsas (*fake news*, em jargão consagrado pelo uso), cujos mecanismos de microdirecionamento individualizam a tal ponto a experiência de cada usuário que tendem a recomendar-lhe apenas conteúdos compatíveis com sua própria visão de mundo.

A insuficiência no controle de comportamentos inautênticos, realizados por *bots*, e o funcionamento pouco transparente dos algoritmos criam uma percepção artificial de prioridades na agenda pública, direcionando holofotes para alguns assuntos e encobrendo a relevância de outros.

Perde-se a referência à própria verdade enquanto um valor a ser perseguido, um denominador comum a partir do qual se constroem as ações comunicativas. A esfera de deliberação pública, antes ameaçada por iniciativas de governos antidemocráticos, vê-se asfixiada pela atual lógica das aplicações de internet. Os caminhos são diferentes, mas o resultado permanece o mesmo.

Defende-se que tais fenômenos engendraram uma transformação no conteúdo normativo da liberdade de informação, com a conseqüente necessidade de uma leitura atualizada das obrigações positivas do Estado quanto à sua proteção contra violações de terceiros.

A mudança do conteúdo normativo de uma norma-princípio corresponde à transformação quanto àquilo que está compreendido em seu suporte fático - cuja aceção ampla inclui tudo o que, em uma situação ideal, milita em favor de sua proteção.

Assim, o dever do Estado de proteger os titulares de um determinado direito fundamental contra intervenções de outrem surge a partir de quando se verificam novas possibilidades de que terceiros violem esse mesmo direito sem que haja ferramentas adequadas no ordenamento jurídico para coibir tais violações.

Em suma, quando a liberdade de expressão converte o universo *on-line* em um espaço de não-liberdade de informação, a atuação positiva do Estado não é apenas bem-vinda, mas mandatória.

A insuficiência das ferramentas jurídicas para debelar as novas violações à liberdade de informação decorre de uma situação paradoxal.

De um lado, a imposição de limitação prévia ao conteúdo de pensamentos e opiniões protegidos *prima facie* pela liberdade de expressão, por meio de normas gerais e abstratas, situa-se em zona limítrofe com a censura prévia, vedada pela Constituição, exigindo um regime de controle *a posteriori*.

De outro lado, o dinamismo e a efemeridade do tráfego de conteúdo no contexto da desinformação apontam para a inadequação do regime de responsabilização posterior para efetivamente proteger o direito fundamental violado, exigindo-se um controle preventivo, e não repressivo.

Portanto, é possível argumentar a atribuição, ao feixe de posições jurídicas inerentes ao direito fundamental à liberdade de informação, o dever do Estado, em face dos usuários efetivos e potenciais, a uma ação positiva no sentido de criar normas de proteção que vinculem os provedores de aplicação de conteúdo a adotar mecanismos que propiciem um ambiente de interação digital menos vulnerável à violação ao direito à informação.

Este dever de proteção, por sua vez, redundará na criação de normas de organização e procedimento a regular as relações jurídicas travadas nas aplicações de internet, as quais devem ser cumpridas pelos provedores e implementadas em observância aos direitos fundamentais dos usuários.

Demonstrada a existência de uma nova posição jurídica, na categoria de direito subjetivo, atribuída ao princípio da liberdade de informação, a análise prossegue quanto ao conteúdo mínimo desse direito.

Considerando as diferenças estruturais entre direitos a prestações negativas e a prestações positivas, uma forma legítima de prospectar o conteúdo mínimo deste último aponta para a definição dos objetivos ou finalidades que se pretende perseguir por meio dele, e em que medida os provedores de aplicações de internet rompem com tais valores a ponto de ensejar a criação do dever constitucional de proteção pelo Estado, por meio de normas de organização e procedimento de caráter regulatório.

Consoante explicitado em diversos acórdãos objeto deste estudo, por trás da proteção à liberdade de informação, existe acentuada preocupação em promover o pluralismo, enquanto possibilidade de livre circulação de ideias e de acesso a quaisquer informações de interesse público.

O acautelamento desse direito busca evitar que a concentração de poder se converta em assimetria de informação, de modo a manipular fatos e direcionar o debate público conforme interesses pouco republicanos. Uma sociedade regida pela liberdade de informação deve dispor de instrumentos que lhe permitam formar sua própria agenda e a seleção das ideias de interesse da sociedade civil.

Proteger o direito à liberdade de informação significa preservar o espaço de deliberação pública, palco onde devem contracenar argumentos e contra-argumentos

devotados à persecução do consenso. Em suma, trata-se de uma liberdade essencial ao gozo dos demais direitos fundamentais e ao pleno exercício da democracia.

A desinformação, por sua vez, vincula-se a fenômeno mais abrangente e pode se dar sob as mais variadas formas, inclusive a disseminação de *fake news*. Nesse contexto, aquela pode ser compreendida como a degradação do repertório cognitivo dos membros de uma coletividade, deflagrada por um conjunto de fatores da arquitetura dos provedores de aplicação de internet, cujas resultantes são a distorção e o encolhimento da esfera de deliberação pública.

Este é, portanto, o primeiro elemento do conteúdo mínimo do direito: o objetivo constitucionalmente vinculante de neutralizar ou minimizar os efeitos provocados pela atual estrutura desses modelos de negócios a fim de reequacionar a proteção à liberdade de informação e o direito à liberdade de expressão.

A segunda observação sobre o conteúdo da prestação positiva aqui sustentada é que ela se reveste de caráter normativo. Enquanto instrumento jurídico vocacionado a criar obrigações aos provedores de aplicação de internet, esta prestação deve ser implementada por meio de lei (artigo 5º, inciso II, da CRFB/88), uma vez que a decisão sobre temas relevantes para a sociedade deve ser atribuída à competência do legislador democraticamente legitimado.

Isso fica especialmente mais claro quando o tema a ser regulado é pródigo em incertezas quanto às premissas de caráter empírico – a fim de, por exemplo, realizar juízos acerca da adequação ou da necessidade de uma hipotética medida para atingir determinado fim. Este é, certamente, o caso da regulação de tecnologias disruptivas, sobre cujo funcionamento ainda paira considerável hermetismo.

Nesse sentido, uma solução adequada não passa pela simples superação da jurisprudência protetiva da liberdade de expressão (*overruling*) ou pela declaração de inconstitucionalidade do artigo 19 do Marco Civil da Internet (conforme vem sendo discutido nos Temas 533 e 987 da repercussão geral do STF), tampouco pela autorização indefinida para que o Judiciário determine, sistematicamente, a remoção de conteúdos *on-line* (além de outras medidas cautelares criminais), ainda que de ofício e sem a observância do devido processo legal, a exemplo do Inquérito 4781 e da Resolução TSE 23.714/2022.

Não se desconhece a gravidade dos problemas acarretados pela atual configuração das redes sociais; ao contrário, um dos objetivos deste trabalho era o de justamente colocá-los em evidência. No entanto, à medida que avança o tempo sem uma regulação eficiente, são improvisadas soluções ocasionais. Em grande medida, isso se verifica no âmbito do

Judiciário, que, de um lado, não pode se furtar de resolver os casos sob sua apreciação e, de outro lado, pode acabar exorbitando de seus poderes, causando abalos ao Estado de Direito.

Para determinar a extensão do direito à organização ou procedimento, é necessário delimitar em que medida a criação de posições jurídicas *prima facie* seja imprescindível à sua proteção.

Como ocorre com qualquer direito fundamental, ao exercer sua competência de criar normas sobre organização e procedimento com vistas à proteção do direito à informação, a atuação do legislador estará, até certo ponto, vinculada por força dos ditames constitucionais.

O que extrapolar o perímetro de proteção constitucionalmente exigido faz parte da seara de discricionariedade do legislador, que pode optar por acautelar o direito fundamental em maior ou menor medida.

Desse modo, ainda que situada dentro da margem de discricionariedade do legislador, a relação de precedência entre direitos fundamentais, estabelecida em lei, deve obedecer à regra da proporcionalidade em sentido amplo - ou seja, ao impor cláusulas de restrição a outros direitos, tais restrições devem sobreviver aos testes de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Seguindo esse raciocínio, realizaram-se hipotéticas operações de sopesamento entre liberdade de expressão e liberdade de informação em quatro possíveis medidas, situadas no espaço de discricionariedade do legislador.

No caso de ampliação das exceções ao artigo 19 do Marco Civil da Internet, de modo semelhante ao prescrito na Lei Alemã para a Melhoria da Aplicação da Lei nas Redes Sociais (*Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken*, abreviada como “NetzDG”), sustenta-se a constitucionalidade da medida, contanto que o rol de novas exceções seja concebido de forma restritiva e diga respeito a situações de fácil identificação objetiva.

Por outro lado, concluiu-se que haveria sacrifício desnecessário da liberdade de expressão, caso se impusesse responsabilidade objetiva genérica aos provedores, nos mesmos moldes do Código de Defesa do Consumidor ou do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil.

Apontaram-se críticas à responsabilidade objetiva nas situações específicas previstas no Substitutivo ao PL 2.630/2020, a ser objeto de tramitação na Câmara dos Deputados, ante a possível banalização do “protocolo de segurança”, mecanismo de gerenciamento de crises inspirado no *Digital Services Act* (DSA), em vigor na União Europeia desde novembro de 2022.

Por fim, abordou-se o tema sob a perspectiva do constitucionalista americano Lawrence Lessig, segundo o qual a arquitetura tecnológica (o “código”) é a lei que regula comportamentos no universo digital.

No ambiente físico, normas jurídicas orientam as condutas humanas: os problemas sociais podem ser atribuídos, em parte, às ações produzidas pelo livre-arbítrio dos membros da coletividade e, em outra parte, a imperfeições formais e materiais no próprio conjunto de normas que a rege.

No mundo virtual, o papel desempenhado pelo direito cede espaço, em grande medida, ao “código” que orienta o funcionamento da interface na qual ocorrem as interações entre os usuários: ele pode estimular ou retrainir o compartilhamento de publicações potencialmente danosas; pode adotar uma política de moderação de conteúdo orientada exclusivamente por interesses econômicos ou também pelo interesse público; pode estimular tanto a segregação dos indivíduos que pensam da mesma forma quanto o diálogo entre aqueles que pensam de formas diferentes.

Portanto, ao conferir concretude ao direito à prestação positiva de regulação das aplicações de internet, ao invés de concentrar seus esforços nos resultados que pretende evitar - distinguindo os conteúdos lícitos dos ilícitos e determinando, sistematicamente, a remoção destes últimos -, caminharia melhor o legislador ao buscar alterar, via regulação, a arquitetura das aplicações de internet a fim de incentivar os provedores a direcionar seu modo de funcionamento em um sentido orientado menos pelos interesses dos agentes econômicos e mais pelo propósito de neutralizar as novas modalidades de violações a direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CAMPOS, Ricardo; NERY JR. Nelson (Org.) **Fake news e regulação**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ALAGOAS. Assembleia Legislativa. **Lei Ordinária nº 7.800, de 05 de maio de 2016**. Institui, no âmbito do sistema estadual de ensino o programa "Escola Livre". Alagoas, 5 maio 2016. Disponível em: <https://sapl.al.al.br/norma/1195>. Acesso em: 17 nov. 2023.

ALEMANHA. Deutscher Bundestag. Tradução por Assis Mendonça Aachen; Revisão por Urbano Carvelli Bonn. **Lei Fundamental da República Federativa da Alemanha**, Departamento de Relações Públicas, versão alemã de 23 maio 1949, jun. 2022. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/informationmaterial/55/64/anr80208000>. Acesso em: 17 nov. 2023.

ALEMANHA. Ministério da Justiça Federal. **Código Penal Alemão (Strafgesetzbuch – StGB)**. Diário Oficial da União I, 13 nov. 1998, p. 3.322. Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html. Acesso em: 23 nov. 2023.

ALEXY, Robert. **Coleção Fora de Série - Teoria Discursiva do Direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018. *E-book*. ISBN 9788530982829. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530982829/>. Acesso em: 10 jan. 2024.

ALEXY, Robert. Ponderación, control de constitucionalidad y representación. *In*: ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto; ALEXY, Robert. **Jueces y ponderación argumentativa**. México: UNAM, 2006.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução por Zilda Hutchinson Schild Silva; Revisão técnica e apresentação por Cláudia Toledo. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

AUDIÊNCIA Pública – Marco Civil da Internet. Vídeo. 2h56min05s. Publicado pelo Canal STF. 29 mar. 2023. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=pEFJYIqflGs>. Acesso em: 13 nov. 2023.

AUDIÊNCIA Pública – Marco Civil da Internet (manhã). Vídeo. 2h54min35s. Publicado pelo Canal STF. 28 mar. 2023. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=AwTODpWW-3E>. Acesso em: 13 nov. 2023.

AUDIÊNCIA Pública – Marco Civil da Internet (tarde). Vídeo. 4h28min54s. Publicado pelo Canal STF. 28 mar. 2023. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=q-yd8DrGfXke>. Acesso em: 13 nov. 2023.

AZIZ, Huq Z.; GINSBURG, Tom. **How to save a constitutional democracy**. Chicago: The University of Chicago Press, 2018.

BARLOW, John Perry. **Uma Declaração de Independência do Ciberespaço**. Tradução: Jamila Venturini; Juliano Cappi. NIC.br, 16 jan. 2018. Disponível em: <https://www.nic.br/publicacao/uma-declaracao-de-independencia-do-ciberespaco/>. Acesso em: 17 nov. 2023.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 2.630, de 03 de julho de 2020**. Institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. Altera as Leis nº 10.703 de 2003 e 12.965 de 2014. Alessandro Vieira, Inteiro Teor, 03 jul. 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2256735>. Acesso em: 29 nov. 2023.

BRASIL. Conselho de Estado. **Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824**. Manda observar a Constituição Política do Imperio, oferecida e jurada por Sua Magestade o Imperador. Rio de Janeiro, 22 abr. 1824. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 17 nov. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 52.795, de 31 de outubro de 1963**. Aprova o Regulamento dos Serviços de Radiodifusão. Brasília, 31 out. 1963. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d52795.htm. Acesso em: 17 nov. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Brasília, 6 jul., 1992a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 13 nov. 2023.

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. Brasília, 6 nov. 1992b, grifo nosso. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 13 nov. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, 7 dez. 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 17 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965**. Institui o Código Eleitoral. Brasília, 15 jul. 1965. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737compilado.htm#:~:text=L4737compilado&text=LEI%20N%C2%BA%204.737%2C%20DE%2015%20DE%20JULHO%20DE%201965.&text=Institui%20o%20C%C3%B3digo%20Eleitoral.,9%20de%20abril%20de%201964. Acesso em: 13 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Institui o Código Civil. Brasília, 10 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 13 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.485, de 12 de setembro de 2011.** Dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado; altera a Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e as Leis nºs 11.437, de 28 de dezembro de 2006, 5.070, de 7 de julho de 1966, 8.977, de 6 de janeiro de 1995, e 9.472, de 16 de julho de 1997; e dá outras providências. Brasília, 12 set. 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112485.htm. Acesso em: 16 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.** Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, 23 abr. 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 13 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.188, de 11 de novembro de 2015.** Dispõe sobre o direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social. Brasília, 11 nov. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113188.htm. Acesso em: 13 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.** Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Brasília, 24 jul. 1985. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Acesso em: 13 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 11 set. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 13 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996.** Dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal. Brasília, 15 jul. 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9294.htm. Acesso em: 18 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997.** Estabelece normas para as eleições. Brasília, 30 set. 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm. Acesso em: 16 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.612, de 19 de fevereiro de 1998.** Institui o Serviço de Radiodifusão Comunitária e dá outras providências. Brasília, 19 de fevereiro, 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9612.htm. Acesso em: 16 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, 10 nov. 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm. Acesso em: 18 nov. 2023.

BRASIL. Ministério das Comunicações. **Portaria nº 4.334, de 17 de setembro de 2015.** Dispõe sobre o serviço de radiodifusão comunitária. 21 set. 2015, ed. 180, seção 1, p. 71,

local. 3. Disponível em: https://www.gov.br/mcom/pt-br/acesso-a-informacao/legislacao/portaria_4334-17set2015.pdf. Acesso em: 16 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 572**. Petição Inicial, REDE Sustentabilidade, Brasília, 29 maio 2020a. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2020/05/peticao-rede-stf.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Audiência Pública**: mais 15 expositores participam do debate sobre Marco Civil da Internet, 29 mar. 2023a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=504828&ori=1>. Acesso em: 23 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Audiência Pública**: plataformas e sociedade civil discutem gerenciamento de conteúdo online, 28 mar. 2023b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=504795&ori=1>. Acesso em: 23 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Expositores da manhã desta terça-feira (28) na audiência pública debatem as regras do Marco Civil da Internet**, 28 mar. 2023c. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=504736&ori=1>. Acesso em: 23 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito nº 4.781/DF**. Ministro Relator Alexandre de Moraes, decisão, 17 fev. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/inq-4781.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário Virtual. **Tema 987**. RE 1037396/SP. Ministro Relator Dias Toffoli, julg. 01 mar. 2018; public. 04 abr. 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/tema.asp?num=987>. Acesso em: 13 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.852/MS**. Ministro Relator Dias Toffoli, Inteiro Teor do Acórdão, 24 ago. 2020b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754492192>. Acesso em: 24 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815/DF**. Ministra Relatora Cármen Lúcia, Inteiro Teor do Acórdão, 10 jun. 2015, 268 p. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 16 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.451/DF**. Ministro Relator Alexandre de Moraes, Inteiro Teor do Acórdão, 21 jun. 2018, 163 p. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749287337>. Acesso em: 16 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.923/DF**. Ministro Relator Luiz Fux, Inteiro Teor do Acórdão, 8 nov. 2017, 292 p.

Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14595775>. Acesso em: 17 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.580/AL**. Ministro Relator Roberto Barroso, Inteiro Teor do Acórdão, 24 ago. 2020c, 76 p.

Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754500974>. Acesso em: 17 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.311/DF**. Ministra Relatora Rosa Weber, Inteiro Teor do Acórdão, 14 set. 2022, 106 p.

Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=763427628>. Acesso em: 18 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 496/DF**. Ministro Relator Roberto Barroso, Inteiro Teor do Acórdão, 22 jun. 2020d. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753910283>. Acesso em: 24 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 526/PR**. Ministra Relatoria Cármen Lúcia, Inteiro Teor do Acórdão, 11 maio 2020e, 57 p. Disponível em:

[https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752833807#:~:text=A DPF%20526%20%2F%20PR,-que%20%C3%A9%20fato&text=Afronta%20a%20laicidade%20do%20Estado,perspectivas%20morais%20de%20fundo%20religioso](https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752833807#:~:text=A%20DPF%20526%20%2F%20PR,-que%20%C3%A9%20fato&text=Afronta%20a%20laicidade%20do%20Estado,perspectivas%20morais%20de%20fundo%20religioso). Acesso em: 17 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Recurso Extraordinário nº 685.498/SP**. Ministro Relator Marco Aurélio, Inteiro Teor do Acórdão, 22 maio 2020f, 71 p. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753486649>. Acesso em: 16 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Recurso Extraordinário nº 1.070.522/PE**. Ministro Relator Luiz Fux, Inteiro Teor do Acórdão, 18 mar. 2021, 177 p. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755966236>. Acesso em: 17 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Recurso Extraordinário nº 806.339/SE**. Ministro Relator Marco Aurélio; Ministro Relator do Acórdão Edson Fachin, Inteiro Teor do Acórdão. 15 dez. 2020g, 125 p. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755376303>. Acesso em: 17 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade de 7.261/DF**. Ministro Relator Edson Fachin, Inteiro Teor

do Acórdão, 26 out. 2022, 97 p. Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=764497663>. Acesso em: 18 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Portaria GP nº 69, de 14 de março de 2019**. Gabinete da Presidência, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/co/comunicado-supremo-tribunal-federal1.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Ag. Reg. Na Reclamação nº 28.747/PR**. Ministro Relator Alexandre de Moraes, Inteiro Teor do Acórdão, 5 jun. 2018, 36 p. Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748634834>. Acesso em: 18 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1037396 Repercussão Geral/SP**. Tribunal Pleno. Ministro Relator Dias Toffoli, julg. 01 mar. 2018; public. 04 abr. 2018. Disponível em:
https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true&origem=AP&classeNumeroIncidente=RE%201037396. Acesso em: 13 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno** [recurso eletrônico]. Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisa e Gestão da Informação, 2023, 298 p. ISBN: 978-65-990124-7-1. Disponível em:
<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 533**. Ministro Relator Luiz Fux, Acórdão, Recurso Extraordinário 1057258 Repercussão Geral, Processo Eletrônico, jul. 20 jun. 2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/tema.asp?num=533>. Acesso em: 13 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 855**, Brasília, 2022. Disponível em:
<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4555912&numeroProcesso=806339&classeProcesso=RE&numeroTema=855>. Acesso em: 17 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 187/DF**. Ministro Relator Celso de Mello, Inteiro Teor do Acórdão, 15 jun. 2011, 198 p. Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195>. Acesso em: 17 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130/DF**. Ministro Relator Carlos Britto, 30 abr. 2009, 334 p. Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Acesso em: 17 nov. 2023.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução nº 23.714, de 20 de outubro de 2022.** Dispõe sobre o enfrentamento à desinformação que atinja a integridade do processo eleitoral. Brasília, 20 out. 2022. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2022/resolucao-no-23-714-de-20-de-outubro-de-2022>. Acesso em: 18 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1.010.606/RJ.** Ministro Relator Dias Toffoli, Inteiro Teor do Acórdão, Tema 786, julg. 11 fev. 2021; public. 20 maio 2021, p. 78. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755910773>. Acesso em: 13 nov. 2023.

CAMILO, Carlos Eduardo Nicoletti Camilo. O fenômeno das fake news e a sua repercussão na responsabilidade civil no sistema jurídico brasileiro. *In*: RAIS, Diogo (Org.). **Fake news: a conexão entre a desinformação e o direito.** 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W. **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede.** Rio de Janeiro: Editora Paz&Terra, 2023.
DA EMPOLI, Giuliano. **Os engenheiros do caos.** Tradução de Arnaldo Bloch. 1. ed. São Paulo: Vestígio, 2019.

DANDARA, Luana. **Maior surto de meningite do país, na década de 1970, foi marcada por desinformação.** Fundação Oswaldo Cruz – FIOCRUZ, 16 nov. 2022. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/maior-surto-de-meningite-do-pais-na-decada-de-1970-foi-marcado-pela-desinformacao>. Acesso em: 29 nov. 2023.

DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição Norte-americana.** Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Abrams v. United States, 250 U.S. 616,** julg. 09 nov. 1919. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/250/616/>. Acesso em: 24 nov. 2023.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254,** julg. 09 mar. 1964. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/254/>. Acesso em: 24 nov. 2023.

FÓRUM de Lisboa celebra democracia e aponta caminhos para o novo mundo digital. **Revista Justiça & Cidadania,** ano 24, edição 275, 12 jul. 2023. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/forum-de-lisboa-celebra-democracia-e-aponta-caminhos-para-o-novo-mundo-digital/>. Acesso em: 29 nov. 2023.

FOZ DO IGUAÇU (PR). Câmara Municipal. **Lei Orgânica Municipal,** Foz do Iguaçu, 20 nov. 2018. Disponível em: <https://www.fozdoiguacu.pr.leg.br/leis/lei-organica-municipal>. Acesso em: 17 nov. 2023.

FULLER, Lon L. **A moralidade do direito.** Tradução: Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022.

GIACCHETTA, André Zonaro. Atuação e responsabilidade dos provedores diante das fake news e da desinformação. In: RAIS, Diogo (Org.). **Fake news: a conexão entre a desinformação e o direito**. 2. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

HAN, Byung-Chul. **Infocracia: digitalização e crise da democracia**. Petrópolis: Editora Vozes, 2022.

LANIER, Jaron. **Dez argumentos para você deletar agora suas redes sociais**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2018.

LEONARDI, Marcel. **Fundamentos de direito digital**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

LESSIG, Lawrence. **Code: and other Laws of Cyberspace**. Version 2.0. New York: Basic Books, 2006.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2018.

MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo G. **Curso de direito constitucional: Série IDP - Linha Doutrina**. 15 ed. São Paulo: Saraiva Jur, e-book, 2020. ISBN 9788553618088.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva; IDP, 2009.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. 13 ed. São Paulo: Atlas, e-book, 2022. ISBN 9786559772827.

NUNES, Beatriz Laus Marinho; SOUZA, Carlos Affonso; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Responsabilidade civil de provedores. In: BOTTINO, Celina; LEMOS, Ronaldo; SOUZA, Carlos Affonso (org.). **Marco Civil da Internet: jurisprudência comentada**. 1. Ed. E-book. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

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.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2018.

POGUE, David. Don't Just Chat, Do Something. **The New York Times**, 30 jan. 2000. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2000/01/30/books/don-t-just-chat-do-something.html>. Acesso em: 06 fev. 2023.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2022. ISBN 9786553622456. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553622456/>. Acesso em: 08 nov. 2023.

RANGEL, Rodrigo; COUTINHO, Mateus. “O amigo do amigo do meu pai”. **Revista Crusoeé** [eletrônica], São Paulo, ed. 050, 11 abr. 2019. Disponível em: <https://crusoe.com.br/edicoes/50/o-amigo-do-amigo-de-meu-pai/>. Acesso em: 18 nov. 2023.

REZENDE, Renato Monteiro de. **Direitos Prestacionais de Comunicação**. Dissertação (Mestrado em Direito), Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2010.

SCHREIBER, Anderson. Marco Civil da Internet: Avanço ou Retrocesso? A responsabilidade civil por danos derivado do conteúdo gerado por terceiro. *In*: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira. **Direito e Internet III: Marco Civil da Internet**, Lei nº 12.965/2014, Tomo II. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

SCHREIBER, Anderson. Responsabilidade civil das plataformas digitais: um dilema para o STF. **Jota**, 04 abr. 2023. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-do-anderson-schreiber/responsabilidade-civil-das-plataformas-digitais-um-dilema-para-o-stf-04042023>. Acesso em: 23 nov. 2023.

SCHREIBER, Mariana. Como STF pode regular plataformas digitais após impasse no PL das Fake News. **BBC News Brasil**, 15 maio 2023. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/articles/c4nw53753pno>. Acesso em: 23 nov. 2023.

SCHWABE, Jurgem; MARTINS, Leonardo. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Tradução por Beatriz Henning *et al.* Alemanha: Konrad Adenauer Stiftung E.V; Uruguai: Fundación Konrad Adenauer, 2005. Disponível em: https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/jurisprudencias-e-pareceres/jurisprudencias/docs-jurisprudencias/50_anos_dejurisprudencia_do_tribunal_constitucional_federal_alemao.pdf. Acesso em: 8 nov. 2023.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. As cinco faces da proteção à liberdade de expressão no marco civil da internet. *In*: DE LUCCA, Newton, et al. (Org.). **Direito & Internet III – Marco Civil da Internet**, Lei 12.965/2014. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Responsabilidade civil dos provedores de acesso e de aplicações e internet: evolução jurisprudencial e os impactos da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet). *In*: LEITE, George Salomão, *et al.* (Org.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

SUNSTEIN, Cass R. **#Republic: divided democracy in the age of social media**. Princeton: Princeton University Press, 2017.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. Conselho da União Europeia. **Regulamento (UE) 2022/2065, de 19 de outubro de 2022**. Relativo a um mercado único para os serviços digitais e que altera a Diretiva 2000/31/CE (Regulamento dos Serviços Digitais art. 3º, alínea “g”). Jornal Oficial da União Europeia, 27 out. 2022. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022R2065>. Acesso em: 29 nov. 2023.

VIEIRA, Alessandro. **Parecer proferido em plenário pelo Projeto de Lei nº 2.630, de 2020, e apensados**. Câmara dos Deputados, Relator Deputado Orlando Silva, 27 abr. 2023,

110 p. Disponível em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2265334&filenome=Tramitacao-PL%202630/2020. Acesso em: 29 nov. 2023.

WILLIAMS, Bernard Arthur Owen. **Truth and truthfulness**: an essay in genealogy. Nova Jersey: Princeton University Press, 2002.

ZUBOFF, Shoshana. **A Era do Capitalismo de Vigilância**: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder. Tradução de George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2021.