

ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO

BERNARDO SPENCER DA FONTOURA TEIXEIRA

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E MODERAÇÃO DE CONTEÚDO NAS REDES SOCIAIS

Porto Alegre
2025

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

BERNARDO SPENCER DA FONTOURA TEIXEIRA

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO E MODERAÇÃO DE CONTEÚDO NAS REDES
SOCIAIS**

Dissertação apresentada como requisito para
a obtenção do grau de Mestre em Direito pelo
Programa de Pós-Graduação em Direito da
Escola de Direito da Pontifícia Universidade
Católica do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Fábio Siebeneichler de Andrade

PORTO ALEGRE
2025

BERNARDO SPENCER DA FONTOURA TEIXEIRA

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO E MODERAÇÃO DE CONTEÚDO NAS REDES
SOCIAIS**

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do grau de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Área de concentração: Fundamentos Constitucionais do Direito Público e Privado.

Aprovada em: ____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Fábio Siebeneichler de Andrade (orientador)

Prof. Dr. Carlos Alberto Molinaro

Prof. Dr. Cristiano Colombo

Prof. Dr. Eugênio Facchini Neto

Prof. Dr. Manoel Gustavo Neubarth Trindade

Aos meus avós, José Jairo Teixeira e Carmen Pereira Teixeira (*in memoriam*).

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Prof. Dr. Fábio Siebeneichler de Andrade, pelas valiosas sugestões ao longo do processo de escrita, que em muito enriqueceram o texto final.

Aos meus pais, pelo apoio.

Ao estimado amigo Douglas Riccardi Guimarães, pelo profícuo intercâmbio de ideias durante o período em que este trabalho foi escrito.

À CAPES, pela bolsa concedida.

A todos os amigos que fiz durante o curso.

A Deus, que colocou essas pessoas no meu caminho.

*[I]f there is any principle of the Constitution that more imperatively calls for attachment than any other it is the principle of free thought—not free thought for those who agree with us but freedom for the thought that we hate. – Oliver Wendell Holmes Jr., voto dissidente em *United States v. Schwimmer*, 279 U.S. 644 (1929).*

RESUMO

A liberdade de expressão constitui um dos alicerces do Estado de Direito. O exercício desse direito fundamental, porém, foi profundamente afetado pelo surgimento e popularização das redes sociais, no âmbito da assim chamada Web 2.0, segunda fase da internet, cuja principal característica é o foco no conteúdo gerado pelo usuário. A presente dissertação busca não apenas descrever essas mudanças, mas também contribuir para a busca de soluções jurídicas adequadas aos desafios impostos por esse novo contexto. No primeiro capítulo, são retrçados os principais argumentos desenvolvidos pela filosofia política para justificar a importância da liberdade de expressão. Analisa-se, também, um conjunto de decisões proferidas pela Suprema Corte norte-americana ao longo do século XX, culminando no reconhecimento de que a liberdade de expressão ocupa uma posição preferencial frente aos demais direitos fundamentais. No segundo capítulo, definem-se os contornos da liberdade de expressão no ordenamento constitucional brasileiro, examinando-se o seu âmbito de proteção e as suas restrições. Ainda, analisam-se alguns julgados emblemáticos do Supremo Tribunal Federal, constatando-se que a tese da posição preferencial foi acolhida de forma mitigada em solo pátrio. No capítulo final, verifica-se que os casos enfrentados por essas cortes tratavam de questões típicas de um modelo de liberdade de expressão que antecede o surgimento da internet, de modo que muitas das soluções encontradas para os respectivos problemas não são diretamente aplicáveis aos dilemas atuais. Descrevem-se, então, as mudanças causadas pelo advento da Web 2.0 e das redes sociais na infraestrutura da liberdade de expressão. Esta se refere aos tipos de mídia disponíveis em uma determinada época para a criação e disseminação de conteúdo. Atualmente, os debates sociais, políticos e culturais mais relevantes se desenrolam no âmbito das redes sociais, permitindo a qualquer indivíduo participar dessas discussões. Estas, por sua vez, desempenham um papel central como pontos de controle na internet, valendo-se de diversos mecanismos de governança privada, destacando-se, entre eles, a moderação do conteúdo produzido por seus usuários, com base em normas elaboradas e aplicadas de forma unilateral e pouco transparente, afetando sobremaneira o exercício da liberdade de expressão. Diante desse cenário, aborda-se o marco teórico do constitucionalismo digital, que busca instituir e preservar um arcabouço legal para a proteção dos direitos fundamentais e o equilíbrio de poderes no ciberespaço. A fim de alcançar esse objetivo, propõe-se um modelo de autorregulação regulada, a partir de uma reforma do Marco Civil da Internet, estruturada em dois eixos: transparência e devido processo legal. A transparência, para que seja significativa, deve abranger o fornecimento de informações individualizadas ao usuário afetado por uma decisão específica e a divulgação periódica de estatísticas. Por outro lado, deve-se assegurar o devido processo legal por meio da implementação de garantias procedimentais que possibilitem ao usuário afetado não apenas ter clareza quanto à medida adotada e os fundamentos que a embasaram, como também o acesso a meios de revisão. Por fim, entende-se que, mesmo na ausência de previsão legal específica, a proporcionalidade das restrições à liberdade de expressão pela atividade de moderação de conteúdo pode ser aferida, no caso concreto, pelo Poder Judiciário.

Palavras-chave: liberdade de expressão; moderação de conteúdo; redes sociais.

ABSTRACT

Freedom of speech is one of the foundations of the Rule of Law. However, the exercise of this constitutional right has been profoundly affected by the emergence and popularization of social media within the so-called Web 2.0, the second phase of the internet, whose main characteristic is its focus on user-generated content. This dissertation seeks not only to describe these changes but also to contribute to the search for appropriate legal answers to the challenges posed by this new context. In the first chapter, the main arguments developed by political philosophy to justify the importance of freedom of speech are retraced. Additionally, a set of decisions issued by the Supreme Court of the United States throughout the 20th century is analyzed, culminating in the recognition that freedom of speech occupies a preferential position over other constitutional rights. In the second chapter, the contours of freedom of speech within the Brazilian constitutional framework are defined, examining both its scope of protection and its restrictions. Subsequently, key rulings by the Supremo Tribunal Federal are analyzed, revealing that the preferential position doctrine has been adopted in a mitigated form in Brazil. In the final chapter, it is observed that the cases addressed by these courts dealt with issues typical of a model of freedom of speech that predates the emergence of the internet. As a result, many of the solutions developed for those specific problems are not directly applicable to contemporary dilemmas. The changes brought about by the advent of Web 2.0 and social media in the infrastructure of freedom of speech are then described. This infrastructure refers to the types of media available at a given time for the creation and dissemination of content. Currently, the most relevant social, political, and cultural debates take place within social media platforms, allowing any individual to participate in these discussions. These platforms, in turn, play a central role as control points on the internet, relying on various mechanisms of private governance—most notably content moderation, which is based on rules unilaterally developed and applied with little transparency, significantly affecting the exercise of freedom of speech. Against this backdrop, the theoretical framework of digital constitutionalism is examined, as it seeks to establish and uphold a legal framework for protecting constitutional rights and ensuring a balance of power in cyberspace. To achieve this goal, this study proposes a regulated self-regulation model, based on a reform of the Marco Civil da Internet, structured around two key pillars: transparency and due process of law. For transparency to be meaningful, it must include the provision of individualized information to users affected by specific decisions, as well as the periodic disclosure of statistical data. On the other hand, due process must be ensured through the implementation of procedural safeguards that allow affected users not only to understand the measures taken and their underlying rationale but also to access mechanisms for review. Finally, even in the absence of specific legal provisions, it is argued that the proportionality of restrictions on freedom of speech imposed through content moderation can be assessed, in specific cases, by the Judiciary.

Keywords: freedom of speech; content moderation; social media.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 FUNDAMENTOS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO	15
1.1 Liberalismo e liberdade de expressão.....	15
1.1.1 Liberdade de expressão e a busca da verdade.....	15
1.1.2 Liberdade de expressão e democracia.....	19
1.1.3 Liberdade de expressão e autonomia.....	22
1.2 Liberdade de Expressão na Suprema Corte Norte-Americana	25
1.2.1 Schenck v. United States.....	30
1.2.2 Abrams v. United States	32
1.2.3 Whitney v. California	37
1.2.4 New York Times Co. v. Sullivan.....	43
1.2.5 Brandenburg v. Ohio.....	48
2 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.....	51
2.1 O direito fundamental à liberdade de expressão.....	51
2.2 A liberdade de expressão na jurisprudência do STF	71
2.2.1 ADPF 130 e a não recepção da Lei de Imprensa.....	71
2.2.2 Recurso Extraordinário n.º 1.010.606 e o direito ao esquecimento.....	75
2.2.3 <i>Habeas Corpus</i> n.º 82.424/RS – Caso Ellwanger	79
3 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA ERA DIGITAL.....	86
3.1 A Web 2.0 e a infraestrutura da liberdade de expressão	86
3.2 Dois modelos de regulamentação do discurso público	95
3.3 Governança privada e moderação de conteúdo.....	103
3.4 Constitucionalismo digital e os desafios da limitação de poderes e da proteção de direitos fundamentais na internet.....	110
3.5 Responsabilidade civil das redes sociais pelo conteúdo de terceiros	119
3.6 Autorregulação regulada	127
CONSIDERAÇÕES FINAIS	137
REFERÊNCIAS	143

INTRODUÇÃO

A liberdade de expressão constitui um direito fundamental reconhecido em quase todos os países dotados de Constituição escrita. Embora os gregos da Antiguidade já a conhecessem, sob o nome de *isegoria*¹, o sentido moderno da liberdade de expressão radica na filosofia política do liberalismo, deitando raízes na Inglaterra do Século XVII.

Inicialmente, seus contornos eram diferentes dos que conhecemos hoje. À época, entendia-se a liberdade de expressão apenas como ausência de restrições prévias. Nesse sentido, tornou-se célebre o ataque de John Milton ao sistema de licenciamento em seu *Areopagitica*², publicado em 1644. No entanto, mesmo após a abolição desse sistema, o *common law* continuou a admitir durante vários séculos o instituto da difamação sediciosa, destinado à punição de críticas ao governo ou a qualquer autoridade pública.³ Somente nos EUA, por meio de um gradual desenvolvimento da jurisprudência da Suprema Corte, ao longo do Século XX, passou-se ao entendimento de que a sanção posterior poderia ser tão perniciosa quanto a restrição prévia⁴, o que levou à consolidação de um ambiente jurídico altamente protetivo da liberdade de expressão, alçada a uma posição preferencial frente às demais liberdades constitucionais.⁵

Diversas são as razões que justificam a existência de um direito fundamental à liberdade de expressão. Alguns autores destacam a sua centralidade para o processo democrático e para o exercício do autogoverno, ao possibilitar o debate público e o

¹ O termo está presente em Heródoto, no Livro V, Seção 78, das Histórias, tratando-se de um conceito fundamental na análise do autor sobre a democracia ateniense. Diferentemente do sentido moderno da liberdade de expressão, o qual diz respeito, precipuamente, à ausência de intervenção estatal, a *isegoria* está relacionada à liberdade de cada cidadão expressar-se na Assembleia. Para uma explicação mais detalhada, cf. FORSDYKE, Sara. **What does Herodotus say about Free Speech?** Disponível em: <https://herodotushelpline.org/what-does-herodotus-say-about-free-speech/>. Acesso em: 19 fev. 2025.

² MILTON, John. **Areopagitica and Other Writings**. London: Penguin Classics, 2016.

³ BLACKSTONE, William; PALEY, Ruth. **Commentaries on the Laws of England**. Oxford: University Press, 2016.

⁴ Trata-se do chamado *chilling effect*, o qual faz com que o indivíduo se autocensure, deixando de se manifestar diante do receio de uma punição posterior. ASKIN, Frank. Chilling Effect. In: VILE, John R; HUDSON, David L., SCHULTZ, David A. (ed.). **Encyclopedia of the First Amendment**. Washington: CQ Press, 2009.

⁵ FACCHINI NETO, Eugênio. A liberdade de expressão na jurisprudência da Suprema Corte Norte-Americana: entre a categorização e o balanceamento. In: SARLET, Ingo Wolfgang; WALDMAN, Ricardo Libel (Orgs). **Direitos humanos e fundamentais na era da informação**. Porto Alegre: Fundação Fênix, 2020. p. 127-174.

escrutínio dos governantes.⁶ Há também os que enfatizam a importância de um livre mercado de ideias como meio para a descoberta da verdade.⁷ E, por fim, há aqueles que apontam o direito de se expressar livremente como elemento essencial da dignidade humana, contribuindo para a formação da personalidade de cada indivíduo.⁸

Muito já se debateu – e ainda se debate – sobre os limites e possibilidades do exercício desse direito. O que exatamente constitui uma expressão? Condutas como queimar uma bandeira nacional em ato de protesto⁹ ou exibir cartazes e símbolos em uma manifestação pública¹⁰ estão incluídas no seu âmbito de proteção? Até que ponto deve ser protegido o discurso sedicioso, que advoga a derrubada do governo por meios violentos?¹¹ O que caracteriza uma incitação?¹² Essas são questões com as quais diversos tribunais ao redor do mundo se viram obrigados a lidar ao longo do último século, fornecendo respostas que variam conforme as circunstâncias de tempo e lugar.

No entanto, a liberdade de expressão sofreu uma profunda transformação nesse primeiro quarto de século. Com efeito, poucos direitos foram tão significativamente afetados pela revolução tecnológica acarretada pelo surgimento e popularização da internet, em especial da assim chamada *Web 2.0*, caracterizada pelo advento de novos meios de produção de conteúdo pelos próprios usuários, através dos blogs e, posteriormente, das redes sociais. A infraestrutura da liberdade de

⁶ MEIKLEJOHN, Alexander. **Free speech and its relation to self-government**. New York: Harper Brothers, 1948.

⁷ MILL, John Stuart. **On Liberty**. New Haven and London: Yale University Press, 2003. A expressão “livre mercado de ideias”, ainda que não tenha sido empregada textualmente na ocasião, tem origem no célebre voto dissidente proferido pelo Justice Oliver Wendell Holmes Jr. no caso *Abrams v. United States* (250 U.S. 616), amplamente baseado na referida obra de Mill.

⁸ DWORKIN, Ronald. **Freedom's law: The moral reading of the American Constitution**. Oxford: University Press, 1997.

⁹ UNITED STATES. Supreme Court. **Texas v. Johnson, 491 U.S. 397 (1989)**. Argued 21 Mar. 1989. Decided 21 June 1989. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/491/397/>. Acesso em: 07 abr. 2024.

¹⁰ UNITED STATES. Supreme Court. **Stromberg v. California, 283 U.S. 359 (1931)**. Argued 15 Apr. 1931. Decided 18 May 1931. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/283/359/>. Acesso em: 07 abr. 2024.

¹¹ UNITED STATES. Supreme Court. **Gitlow v. New York, 268 U.S. 652 (1925)**. Argued 12 Apr. 1923. Decided 23 Nov 1923. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/268/652/>. Acesso em: 07 abr. 2024.

¹² UNITED STATES. Supreme Court. **Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969)**. Argued 27 Feb. 1969. Decided 9 June 1969. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/444/#tab-opinion-1948083>. Acesso em: 21 abr. 2024.

expressão foi radicalmente alterada por esse novo cenário, com consequências imprevistas que demandam novas soluções jurídicas.¹³

Até o início desse século, o cidadão mediano era um mero consumidor de conteúdo, que recebia passivamente aquilo que lhe chegava por meio dos jornais, do rádio e da televisão. Os grandes conglomerados midiáticos eram os responsáveis pela produção e veiculação do seu próprio conteúdo. Hoje, cada pessoa com acesso à internet é, ao mesmo tempo produtor e consumidor de informação. As empresas mais influentes atualmente são aquelas que controlam plataformas como *Facebook*, *Instagram*, *X* e *YouTube*, as quais são voltadas para a publicação e o compartilhamento de conteúdo gerado pelos próprios usuários, formando uma robusta infraestrutura para a disseminação de conhecimento, bem como para a expressão e participação pública.¹⁴

Passou-se, assim, de um modelo diádico da liberdade de expressão para um modelo pluralista. O primeiro é composto por apenas dois polos: de um lado, aqueles que se expressam e os seus editores; do outro, o Estado, que busca impor limites ao tipo de expressão que deve ser permitida. O segundo modelo, por sua vez, se caracteriza pela multipolaridade. Simplificadamente, pode-se imaginar o modelo pluralista como uma estrutura triangular, em cujos vértices estão o Estado e as entidades supranacionais (e.g., a União Europeia); as empresas que operam a infraestrutura digital; e as pessoas que utilizam essa infraestrutura para se comunicar. Diante desse cenário, verifica-se que a habilidade prática de se expressar no ambiente digital é condicionada por três fatores diversos: a relação dos cidadãos com o Estado; a dos usuários com as empresas proprietárias da infraestrutura digital; e as relações de cooperação, cooptação e coerção existentes entre os entes públicos e essas companhias.¹⁵

Nosso foco, no presente trabalho, está voltado para a relação entre os usuários e as plataformas digitais, mais especificamente as redes sociais. Redes sociais são plataformas interativas acessadas através da internet que permitem aos usuários criar um perfil pessoal e, a partir dele, gerar conteúdos (como textos, imagens, vídeos etc.)

¹³ BALKIN, Jack M. The future of free expression in a digital age. **Pepperdine Law Review**, v. 36, n. 2, p. 427-444, 2009.

¹⁴ BALKIN, Jack M. Old-school/new-school speech regulation. **Harvard Law Review**, v. 127, n. 8, p. 2296-2342, June 2014.

¹⁵ BALKIN, Jack M. Free speech in the algorithmic society: big data, private governance, and new school speech regulation. **U.C. Davis Law Review**, v. 51, n. 3, p. 1149-1210, Feb. 2018.

visíveis a terceiros, os quais também funcionam como um elo para o estabelecimento de conexões interpessoais em rede. Além disso, as redes sociais personalizam a ordenação e a visibilidade dos conteúdos para os usuários por meio de algoritmos, proporcionando a cada usuário uma experiência única de visualização durante o uso.¹⁶

As redes sociais exercem o papel crucial de intermediários, sendo responsáveis por conceder aos cidadãos o acesso à esfera pública digital, atuando, assim, como pontos de controle na Internet. Esse controle pode ser exercido de diversas maneiras; a mais importante, para os fins do nosso estudo, é a habilidade que elas possuem de decidir quais conteúdos podem ser publicados, bem como de remover os conteúdos indesejados, exercendo, assim, uma função decisiva na promoção ou restrição da liberdade de expressão online.¹⁷

Isso porque, apesar de, em regra, não exercerem um controle prévio acerca do conteúdo publicado pelos usuários, as redes sociais detêm um certo grau de autonomia na moderação desse conteúdo, com base nos termos de serviço, nas políticas de privacidade e nos padrões da comunidade, que constituem as regras mais visíveis do espaço virtual. A liberdade de expressão dos usuários é, então, afetada de modo considerável pela moderação de conteúdo, na medida em que podem ter suas postagens removidas e até mesmo seus perfis suspensos em caso de violação aos termos de serviço.¹⁸

Dessa forma, as redes sociais desempenham um papel semelhante ao dos órgãos estatais, estabelecendo e aplicando unilateralmente um conjunto de regras sobre o que pode ou não ser dito por seus usuários.¹⁹ Ao elaborar seus códigos de conduta, essas empresas são levadas a se posicionar em relação a alguns dos temas mais controvertidos envolvendo o exercício da liberdade de expressão, formulando critérios objetivos a serem aplicados em escala global acerca de questões como a fronteira entre o discurso de ódio e o discurso político legítimo, a negação de eventos

¹⁶ NITRINI, Rodrigo Vidal. **Liberdade de expressão nas redes sociais**: o problema jurídico da remoção de conteúdo pelas plataformas. Belo Horizonte: Dialética, 2021.

¹⁷ DENARDIS, L.; HACKL, A. M. Internet governance by social media platforms. **Telecommunications Policy**, v. 39, n. 9, p. 761-770, Oct. 2015. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0308596115000592>. Acesso em: 15 nov. 2023.

¹⁸ BLOCH-WEHBA, Hannah. Global platform governance: private power in the shadow of the state. **SMU Law Review**, v. 72, n. 1, p. 27-80, Winter 2019.

¹⁹ SARLET, Ingo; HARTMANN, Ivar. Direitos fundamentais e direito privado: a proteção da liberdade de expressão nas mídias sociais. **Direito Público**, v. 16, n. 90, p. 85-108, nov./dez. 2019.

históricos como o Holocausto etc.²⁰ Dessa forma, acabam impondo restrições à liberdade de expressão em seus territórios de atuação que muitas vezes superam as limitações impostas pelos poderes Judiciário ou Legislativo locais, com pouca ou nenhuma transparência no processo.²¹

Nesse contexto, é questionável se as doutrinas e institutos jurídicos que no passado foram desenvolvidos para solucionar as controvérsias típicas do modelo diádico da liberdade de expressão, em que a principal ameaça ao exercício desse direito advinha do poder estatal, permanecem adequadas frente aos desafios impostos pelo atual modelo pluralista e à necessidade de enfrentar o problema da governança privada sobre o discurso público.²²

Assim, nosso objeto de pesquisa diz respeito à governança privada do discurso público exercida pelas redes sociais por meio da atividade de moderação de conteúdo. Nossos objetivos são: i) averiguar de que forma o surgimento e a popularização das redes sociais, no contexto da assim chamada *Web 2.0*, afetou o exercício do direito fundamental à liberdade de expressão; e ii) analisar qual o papel do Estado, por meio do direito, no enfrentamento dos problemas identificados, a fim de garantir uma proteção adequada à liberdade de expressão.

Nossa hipótese é de que a autorregulação regulada, modelo no qual o poder público se vale dos processos de governança desenvolvidos pelas plataformas de modo relativamente autônomo, mas exerce um controle externo sobre eles, a fim de garantir a persecução de finalidades consentâneas ao bem comum, como a proteção de direitos fundamentais, é a alternativa que melhor atende ao objetivo de equilibrar a livre iniciativa das redes sociais e a liberdade de expressão dos usuários.

Esta dissertação integra a linha de pesquisa “Direito, Ciência, Tecnologia & Inovação”, que, por sua vez, está inserida na área de concentração “Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado” do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. A metodologia que adotamos no trabalho é dedutiva, envolvendo uma abordagem

²⁰ NITRINI, Rodrigo Vidal. **Liberdade de expressão nas redes sociais**: o problema jurídico da remoção de conteúdo pelas plataformas. Belo Horizonte: Dialética, 2021.

²¹ SARLET, Ingo; HARTMANN, Ivar. Direitos fundamentais e direito privado: a proteção da liberdade de expressão nas mídias sociais. **Direito Público**, v. 16, n. 90, p. 85-108, nov./dez. 2019.

²² BARROSO, Luna van Brussel. **Liberdade de expressão e democracia na Era Digital**: o impacto das mídias sociais no mundo contemporâneo. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

qualitativa, descritiva e teórica, com foco na análise de doutrinas jurídicas, decisões judiciais e legislações nacionais e supranacionais.

Partiremos, no primeiro capítulo de uma abordagem teórica inicial, com a exposição das principais justificativas e teorias que sustentam a importância da liberdade de expressão. Ainda nesse capítulo, estudaremos a evolução da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos durante o século XX, mediante a análise das principais decisões que consolidaram uma proteção abrangente da liberdade de expressão, alçada a uma posição preferencial frente aos demais direitos fundamentais.

Em seguida, no segundo capítulo, abordaremos alguns conceitos de uma teoria geral dos direitos fundamentais, a fim de examinar o modo específico como eles se aplicam à liberdade de expressão. Também nesse capítulo, iremos analisar alguns casos emblemáticos julgados pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

Finalmente, no terceiro capítulo, buscaremos expor as principais mudanças causadas pelo surgimento e popularização da internet e das novas formas de comunicação por ela possibilitadas, em especial as redes sociais, na forma como é exercida a liberdade de expressão, com ênfase na governança privada por meio da moderação de conteúdo. A seguir, veremos como o marco teórico do constitucionalismo digital pode contribuir na busca de soluções para os problemas identificados, culminando na formulação de uma proposta de autorregulação regulada, baseada nos valores da transparência e do devido processo, inspirada pelas principais legislações existentes no direito comparado.

1 FUNDAMENTOS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

1.1 Liberalismo e liberdade de expressão

A liberdade de expressão representa, sem dúvidas, um dos pilares fundamentais de uma ordem política que se pretenda democrática e liberal. Não à toa, a maior parte das constituições vigentes atualmente prevê um direito fundamental à liberdade de expressão. No entanto, antes de se consolidar como um princípio jurídico, a liberdade de expressão, em seu sentido moderno, deita raízes na filosofia política do liberalismo, sendo diversas as formas pelas quais se busca justificar sua importância na vasta literatura que compõe essa tradição de pensamento.

Dessa forma, o presente capítulo tem por objetivo, nesta primeira parte, reconstituir alguns dos argumentos liberais em favor da liberdade de expressão, que consideramos serem os mais influentes. São eles: i) o argumento utilitarista, amparado na busca da verdade e na falibilidade humana; ii) o argumento democrático, cuja defesa da liberdade de expressão se baseia na sua conexão com o ideal de autogoverno; e iii) o argumento principiológico, baseado na autonomia moral do ser humano, da qual decorre a liberdade de expor livremente seu pensamento.

Estabelecidas as premissas que sustentam a liberdade de expressão do ponto de vista da filosofia política, passaremos, em segundo momento, a uma análise do seu desenvolvimento enquanto categoria propriamente jurídica. O foco, nesse ponto, será a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, o que entendemos estar justificado por ser este o país no qual o direito fundamental à liberdade de expressão possui o maior âmbito de proteção.

1.1.1 Liberdade de expressão e a busca da verdade

O mais célebre dos argumentos liberais em favor da liberdade de expressão é, provavelmente, aquele articulado pelo filósofo e parlamentar britânico John Stuart Mill, em meados do século XIX, em sua clássica obra *On Liberty*.²³

O objetivo declarado de Mill, nessa obra, é o de determinar o escopo da liberdade civil, i.e., *a natureza os limites do poder que pode ser legitimamente exercido*

²³ MILL, John Stuart. **On liberty**. New Haven, London: Yale University Press, 2003.

*pela sociedade sobre o indivíduo.*²⁴ Acerca da liberdade de expressão, Mill parte da premissa de que um governo constitucional somente exercerá seu poder de coerção se estiver em consonância com os sentimentos populares. Dessa forma, o Estado somente tentará censurar a manifestação de opiniões quando estiver agindo como o *órgão da intolerância geral do público.*²⁵

No entanto, trata-se de um poder ilegítimo, seja ele exercido diretamente pelo povo ou por intermédio do poder estatal, sendo ainda mais nocivo quando exercido em conformidade com a opinião pública do que quando em descompasso com ela. Assim, a humanidade inteira não estaria mais justificada em silenciar um único dissidente do que este, caso tivesse o poder para tanto, estaria justificado em silenciar a toda a humanidade.²⁶

Isso porque, para Mill, a censura constitui um roubo cometido contra toda a raça humana, os vivos e os ainda por nascer. Aqueles que discordam da opinião censurada são, inclusive, mais prejudicados pela censura do que aqueles que com ela concordam, uma vez que, se a opinião for verdadeira, eles são privados da oportunidade de trocar o erro pela verdade; de outro lado, se a opinião for falsa, eles perdem um benefício quase tão grande quanto o primeiro, qual seja, *a percepção mais clara e a impressão mais vívida da verdade, produzida pelo choque com o erro.*²⁷

A partir daí, o argumento se desdobra em duas hipóteses. A primeira é a de que nunca é possível ter certeza de que a opinião que se pretende censurar é falsa. A segunda é a de que, ainda que ela fosse certamente falsa, censurá-la seria, ainda assim, um erro.²⁸

No primeiro caso, importa ter em mente a falibilidade humana. Com efeito, embora aqueles que defendem a censura de uma opinião neguem a sua veracidade, essa opinião pode ser verdadeira, e aqueles que a consideram falsa não possuem autoridade para decidir a questão em nome de toda a humanidade, excluindo as demais pessoas da possibilidade de julgar por si mesmas. Logo, toda supressão de

²⁴ MILL, John Stuart. **On liberty**. New Haven, London: Yale University Press, 2003. p. 73. No original: *"the nature and limits of the power which can be legitimately exercised by society over the individual"*.

²⁵ Ibidem, p. 87. No original: *"the organ of the general intolerance of the public"*.

²⁶ Ibidem.

²⁷ Ibidem. No original: *"the clearer perception and livelier impression of truth, produced by its collision with error"*.

²⁸ Ibidem, p. 88.

um debate é uma suposição de infalibilidade, na medida em que assume que a sua certeza de que uma opinião é falsa equivale à certeza absoluta.²⁹

Não se pode olvidar, ainda, que muitas opiniões que, em épocas anteriores, foram generalizadas hoje são consideradas não apenas falsas, mas absurdas, assim como muitas daquelas que hoje são geralmente aceitas serão, do mesmo modo, rejeitadas no futuro. Isso se deve ao fato de que o ser humano é capaz de reparar seus erros, por meio do debate e da experiência, sendo o primeiro tão importante quanto a segunda, uma vez que é o debate que diz como a experiência deve ser interpretada. No entanto, para que isso aconteça, é necessário que os fatos e argumentações sejam constantemente trazidos à tona, a fim de que produzam efeito na mente humana.³⁰

É nesse sentido, portanto, que o livre debate de ideias conduz à descoberta da verdade, eis que a única maneira de se chegar ao conhecimento pleno de uma questão é ouvindo tudo que se pode dizer a respeito por pessoas que possuem as mais variadas opiniões e estudando todas as formas pelas quais o assunto pode ser encarado por cada tipo de mentalidade. É somente assim que o homem sábio adquire sua sabedoria, ao corrigir e complementar sua opinião mediante o cotejo com as opiniões alheias. Esse é o único fundamento estável pelo qual se pode obter uma justificada confiança nas próprias crenças.³¹

Já para a segunda parte do argumento, não importa que a opinião geralmente aceita seja verdadeira, enquanto aquela que se pretende censurar seja, com certeza, falsa. Isso porque, se a opinião verdadeira não for frequentemente debatida de modo amplo e destemido, ela se manterá apenas como um dogma morto, e não como uma verdade viva. Essa, contudo, não é a forma pela qual a verdade deve ser mantida por um ser racional. Mais, sequer isso é saber a verdade, porquanto *a verdade, assim mantida, é só mais uma superstição, aderindo, acidentalmente, às palavras que enunciam uma verdade.*³²

O cultivo do entendimento, portanto, consiste no estudo dos fundamentos das próprias opiniões, a fim de desenvolver a capacidade de defendê-las pelo menos contra as objeções mais comuns. Em se tratando de qualquer assunto no qual a

²⁹ MILL, John Stuart. **On liberty**. New Haven, London: Yale University Press, 2003. p. 88.

³⁰ Ibidem, p. 88-90.

³¹ Ibidem.

³² Ibidem, p. 103. No original: "*Truth, thus held, is but one superstition the more, accidentally clinging to the words which enunciate a truth*".

divergência de opiniões seja possível, a verdade depende de um equilíbrio a ser alcançado entre dois conjuntos de argumentos conflitantes.³³

Assim, se no campo científico, no qual há sempre mais de uma explicação possível para os mesmos fatos, é necessário demonstrar por que esta teoria é verdadeira e não aquela, quando se trata de questões como a moral, a religião, a política e as relações sociais, as quais são infinitamente mais complexas, *três quartos dos argumentos para cada opinião em disputa consistem em dissipar as aparências que favorecem alguma opinião diferente dela*.³⁴

Portanto, todo aquele que aspira a conhecer a verdade deve estudar os argumentos que embasam a opinião contrária com igual ou maior intensidade do que aqueles que sustentam a sua. Do contrário, não terá fundamento para optar por qualquer das opiniões, cabendo-lhe, apenas, suspender o julgamento, pois de outro modo estará ou sendo levado pela autoridade ou simplesmente adotando o lado para o qual se sente mais inclinado.³⁵

Por fim, há, também, uma terceira possibilidade, sendo esta a mais comum de todas, a saber, a de que a opinião geralmente aceita contenha apenas uma parte da verdade, sendo a livre circulação da opinião divergente necessária para restabelecer o fragmento da verdade perdido, ainda que seus defensores a reivindiquem, com a mesma exclusividade, como a verdade absoluta.³⁶

Nesse sentido, uma vez que a opinião dominante, ainda que amparada em fundamentos verdadeiros, representa apenas uma parcela da verdade sobre a questão, é preciso valorizar toda opinião que inclua parte da verdade que é negligenciada pela opinião comum, não importando quanto erro e confusão acompanhem essa verdade. Somente dessa forma – mediante a diversidade de opinião – é possível haver *uma oportunidade de jogo limpo para todos os lados da verdade*.³⁷

No entanto, importa destacar que mesmo a ampla liberdade de expressão defendida por Mill comporta exceções, a depender das circunstâncias em que as

³³ MILL, John Stuart. **On liberty**. New Haven, London: Yale University Press, 2003. p. 103-4.

³⁴ Ibidem, p. 104. No original: “*But when we turn to subjects infinitely more complicated, to morals, religion, politics, social relations, and the business of life, three-fourths of the arguments for every disputed opinion consist in dispelling the appearances which favour some opinion different from it*”.

³⁵ Ibidem.

³⁶ Ibidem, p. 112.

³⁷ Ibidem, p. 112-114. No original: “*(...) only through diversity of opinion is there, in the existing state of human intellect, a chance of fair play to all sides of the truth*”.

opiniões são expressas, podendo incorrer em punição quando constituírem uma instigação a algum ato prejudicial a outrem.³⁸ Nesse caso, a restrição à liberdade de expressão encontra justificativa no princípio do dano, de acordo com o qual a única finalidade legítima para que se interfira com a liberdade de um indivíduo é a proteção dos demais.³⁹

Destarte, uma opinião de que os comerciantes de milho são responsáveis pela fome dos pobres não deve ser suprimida quando simplesmente divulgada pela imprensa, mas aquele que a profere a uma multidão exaltada reunida em frente à casa de um comerciante de milho pode ser justamente punido. A liberdade do indivíduo, assim, encontra seu limite no fato de que ele não pode se tornar um estorvo para as outras pessoas.⁴⁰

1.1.2 Liberdade de expressão e democracia

Além da busca da verdade, um segundo argumento em favor da liberdade de expressão defende a existência de uma conexão intrínseca entre a forma de regime democrática e a livre manifestação de ideias e opiniões. Disso se segue, porém, que se trata de um argumento condicional. Vale dizer, se o argumento anterior, na medida em que é válido, se aplica a todos os regimes de governo, o argumento que ora se busca expor depende, para que seja aceito, de um compromisso prévio com a democracia como forma de organização da comunidade política.⁴¹

Ainda, tendo em vista os múltiplos significados que o termo “democracia” assume no debate político atual, importa avançar uma definição para os fins do presente argumento. Assim, “democracia” deve ser entendido, aqui, como um sistema político dotado de duas características essenciais: soberania popular e igualdade política formal. A primeira diz com o reconhecimento de que o poder supremo emana do povo e que ele, como um todo é soberano, controlando de modo significativo a operação do governo, seja diretamente, seja por meio de seus representantes eleitos. Por sua vez, a segunda está relacionada com a igual participação de todos nessa operação.⁴²

³⁸ MILL, John Stuart. **On liberty**. New Haven, London: Yale University Press, 2003. p. 121.

³⁹ Ibidem, p. 79.

⁴⁰ Ibidem, p. 121.

⁴¹ SCHAUER, Frederick. **Free speech: a philosophical inquiry**. Cambridge: University Press, 1982. p. 35.

⁴² Ibidem, p. 36-41.

A relação entre a democracia e a liberdade de expressão foi desenvolvida, de maneira mais proeminente, pelo filósofo norte-americano Alexander Meiklejohn, em seu trabalho seminal *Free Speech and Its Relation to Self-Government*⁴³, de 1948, resultado de uma série de palestras proferidas pelo autor com o objetivo de articular a sua visão acerca da Primeira Emenda à Constituição daquele país. Embora o foco de Meiklejohn esteja direcionado para o sistema constitucional norte-americano, entendemos que a argumentação do autor, assim como outras produzidas no mesmo contexto, é passível de ser universalizada, ao menos no que tange aos países que adotam a democracia como regime de governo.

A liberdade de expressão, de acordo com Meiklejohn, não é uma lei abstrata da natureza ou da razão, mas sim uma decorrência lógica do princípio de que as questões públicas devem ser decididas por meio do sufrágio universal. Na medida em que os homens governam a si mesmos, negar-lhes o conhecimento de qualquer lado de uma questão acerca da qual devam decidir afetará a decisão a ser tomada, resultando em prejuízo ao bem comum.⁴⁴

Assim, a liberdade de expressão, em uma democracia, cumpre uma função que podemos chamar de *informativa*. Seu propósito é o de conferir a cada um dos integrantes da comunidade política, enquanto cidadãos de uma sociedade dotada de autogoverno, a mais ampla participação possível no entendimento dos problemas que afetam a vida em comum. Desse modo, *nenhuma ideia, nenhuma opinião, nenhuma dúvida, nenhuma crença, nenhuma contra-crença, nenhuma informação relevante lhes pode ser retida*.⁴⁵

Não por outro motivo, Meiklejohn defende que livros como O Estado e a Revolução, de Lenin, o Manifesto Comunista, de Engels e Marx, e até mesmo *Mein Kampf*, de Adolf Hitler, possam ser *livremente impressos, livremente vendidos, livremente distribuídos, livremente lidos, livremente discutidos, livremente acreditados, livremente desacreditados*. Somente se os cidadãos tiverem a oportunidade de encarar, de forma direta e destemida, tudo o que puder ser dito a favor ou contra as suas instituições é que eles estarão aptos a governar a si mesmos.⁴⁶

⁴³ MEIKLEJOHN, Alexander. **Free speech and its relation to self-government**. New York: Harper Brothers, 1948. 107p.

⁴⁴ Ibidem, p. 26-7.

⁴⁵ Ibidem, p. 88-9. No original: “That is why no idea, no opinion, no doubt, no belief, no counterbelief, no relevant information, may be kept from them”.

⁴⁶ MEIKLEJOHN, Alexander. **Free speech and its relation to self-government**. New York: Harper Brothers, 1948. p. 91. No original: “It tells us that such books (...) may be freely printed, freely sold,

Noutro vértice, a liberdade de expressão também pode ser compreendida como uma decorrência do princípio elementar de que, em uma democracia, os governantes eleitos devem atender às necessidades da população. Dessa forma, o direito à liberdade de expressão serve como instrumento para que o povo dê a conhecer aos governantes as suas demandas e qualquer supressão da opinião pública representa uma violação daquele princípio.⁴⁷

Na mesma esteira, a noção de que os governantes estão a serviço dos governados importa também no reconhecimento do direito que estes possuem de criticá-los, direito este que é parte do núcleo mesmo de uma democracia.⁴⁸ Com efeito, já em 1720, os *Whigs* britânicos John Trenchard e Thomas Gordon, em ensaios escritos sob o pseudônimo de Catão, os quais exerceram considerável influência sobre os revolucionários norte-americanos, defenderam a importância da liberdade de expressão para a manutenção de um governo livre, enfatizando a necessidade de escrutinar publicamente a conduta dos magistrados.⁴⁹

No entanto, uma ressalva é necessária aos argumentos que buscam fundamentar a liberdade de expressão, do ponto de vista democrático, exclusivamente na soberania popular. É que, nesse caso, sendo o povo coletivamente soberano, poderia ele, paradoxalmente, restringir a própria liberdade de expressão, da mesma forma que poderia restringir qualquer outra liberdade. Mais, se o soberano pode delegar a sua autoridade a algum outro órgão ou indivíduo, então também o povo poderia conferir a alguém o poder de censurar determinados tipos de expressão.⁵⁰

Ocorre que, se a liberdade de expressão, assim como qualquer outro direito, deve ter algum significado para além de uma mera platitude, ela deve operar de uma maneira que pode bem ser chamada de *antidemocrática* ou, mais precisamente, *contramajoritária*, i.e., como uma limitação aos poderes da maioria. É nesse ponto que a segunda característica da democracia que apontamos acima assume especial relevância, uma vez que a reivindicação de direitos individuais protegidos contra a

freely distributed, freely read, freely discussed, freely believed, freely disbelieved, throughout the United States."

⁴⁷ SCHAUER, Frederick. **Free speech**: a philosophical inquiry. Cambridge: University Press, 1982. p. 38-9.

⁴⁸ Ibidem, p. 39.

⁴⁹ TRENCHARD, John; GORDON, Thomas. **Cato's letters**: or essays on liberty, civil and religious, and other important subjects. Indianapolis: Liberty Fund, 1995. 4 v. Letters 110, 31, 39, 40, 105, 108, 59, 60, 62, 15, 38. Disponível em: <http://oll.libertyfund.org/titles/trenchard-catos-letters-vol-4-december-8-1722-to-december-7-1723-1st-ed>. Acesso em: 02 dez. 2024.

⁵⁰ SCHAUER, Frederick. **Free speech**: a philosophical inquiry. Cambridge: University Press, 1982. p. 40.

ação das maiorias está em conflito com a noção de democracia entendida unicamente do ponto de vista da soberania popular.⁵¹

A solução para o paradoxo, portanto, está na ideia de igualdade. A igual participação de todos no processo de tomada de decisão coletiva é ainda mais fundamental para o ideal de autogoverno do que a regra da maioria. Daí que, se todos devem participar igualmente, então a informação necessária para tornar essa participação significativa deve estar ao alcance de todos. Assim, a liberdade de expressão encontra ressonância na igualdade formal de todos os cidadãos em uma democracia.⁵²

Corolário dessa igualdade formal é, também, a função *legitimadora* que a liberdade de expressão exerce sobre o governo da maioria. Ao longo da modernidade, um dos problemas de que se ocuparam os filósofos políticos foi o de estabelecer os fundamentos da obrigação moral que os indivíduos que fazem parte da minoria possuem de obedecer às leis aprovadas pela maioria, ainda que discordem delas. Uma razão para isso está justamente no direito que cada um tem de expressar suas opiniões, de se opor e de tentar, assim, influenciar o resultado, de modo que a lei adotada passe a ser vista não como uma imposição da maioria, mas como um esforço conjunto de todos os que participaram ou poderiam ter participado de sua formulação.⁵³

1.1.3 Liberdade de expressão e autonomia

Além da importância do livre debate de ideias para a busca da verdade e para a promoção da democracia, outra justificativa frequentemente invocada em favor da liberdade de expressão é a relação intrínseca entre a autonomia moral do ser humano e a liberdade não só de expor livremente seu pensamento, mas também de julgar por si mesmo aquilo que é bom ou ruim, verdadeiro ou falso.

Essa visão é esposada por autores como Thomas Scanlon, segundo o qual os poderes do Estado devem ser limitados àqueles que os cidadãos poderiam aceitar ao mesmo tempo em que consideram a si mesmos como agentes racionais, autônomos e iguais. Considerar-se autônomo, nesse sentido, significa que *uma pessoa deve se*

⁵¹ SCHAUER, Frederick. **Free speech**: a philosophical inquiry. Cambridge: University Press, 1982. p. 40-41.

⁵² Ibidem, p. 41.

⁵³ Ibidem, p. 42.

*ver como soberana ao decidir no que acreditar e ao ponderar as diferentes razões que concorrem para a prática de uma ação, valendo-se, para tanto, de seus próprios cânones de racionalidade, ao mesmo tempo em que reconhece a necessidade de defender suas crenças e decisões de acordo com esses cânones.*⁵⁴

Na mesma esteira, o jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin argumenta que uma característica essencial de uma sociedade política justa é que o governo deve tratar a todos os cidadãos adultos, salvo os evidentemente incapazes, como agentes morais responsáveis, os quais *insistem em formar suas próprias ideias acerca do que é bom ou ruim na vida ou na política, ou do que é verdadeiro ou falso em matéria de justiça ou de fé.*⁵⁵

Por conta disso, uma pessoa autônoma não pode simplesmente aceitar o julgamento de outrem acerca do que ela deve acreditar ou fazer, sem considerá-lo de modo independente. Tampouco pode conceder ao Estado o direito de decidir por ela que certas opiniões são falsas e, com base nessa decisão, impedi-la de ouvir os argumentos em sua defesa, sob pena de renunciar à sua autonomia.⁵⁶

Com efeito, quando o Estado decide que os cidadãos não devem ouvir opiniões que poderiam persuadi-los a adotar convicções tidas como perigosas ou ofensivas, ele está negando a responsabilidade moral desses mesmos cidadãos. Assim, a dignidade dos indivíduos só pode ser mantida mediante a insistência no fato de nenhuma autoridade possui o direito de privar-lhes do acesso a uma opinião sob o fundamento de que não estão aptos a ouvi-la e a considerá-la.⁵⁷

A partir dessa linha de raciocínio, Scanlon desenvolve o que ele chama de “princípio Milliano” (*Millian principle*), o qual entende ser uma extensão dos argumentos delineados por John Stuart Mill no segundo capítulo de *On Liberty*, já expostos acima. Conforme esse princípio, há dois tipos de dano que, embora sejam derivados de determinados atos de expressão, não podem ser utilizados como justificativa para impor restrições jurídicas a esses atos: i) danos consistentes no fato

⁵⁴ SCANLON, Thomas. A theory of freedom of expression. **Philosophy & Public Affairs**, v. 1, n. 2, p. 204-226, Winter, 1972. No original: “*To regard himself as autonomous in the sense I have in mind a person must see himself as sovereign in deciding what to believe and in weighing competing reasons for action*”.

⁵⁵ DWORKIN, Ronald. **Freedom's law**: The moral reading of the American Constitution. Oxford: University Press, 1997. p. 200. No original: “*First, morally responsible people insist on making up their own minds about what is good or bad in life or in politics, or what is true and false in matters of justice or faith*”.

⁵⁶ SCANLON, Op. Cit.

⁵⁷ DWORKIN, Op. Cit., p. 200.

de que certos indivíduos, em consequência desses atos de expressão, venham a desenvolver crenças falsas; ii) consequências danosas de ações praticadas em virtude da simples crença do agente, causada ou amplificada por tais atos de expressão, de que valia a pena praticá-las.⁵⁸

Importante notar que o argumento, até aqui, está centrado na perspectiva da audiência, i.e., na importância de permitir que os cidadãos sejam livres para formar suas próprias opiniões, por meio do acesso a todos os pontos de vista possíveis. Todavia, este é apenas um aspecto da questão, sendo fundamental considerar, também, a perspectiva daquele que busca expressar suas crenças sem estar sujeito a intervenções indevidas por parte do Estado.

Essa é a ótica adotada por C. Edwin Baker, o qual destaca que *envolver-se, de modo voluntário, em um ato discursivo é envolver-se em autodefinição ou autoexpressão*.⁵⁹ A fim de ilustrar essa concepção, Baker fornece o exemplo de um militante pacifista que, em uma manifestação, entoia gritos de “parem essa guerra agora”. Esse indivíduo, ao ser questionado, poderia explicar que não possuía qualquer expectativa de que o seu discurso viesse a afetar, de qualquer maneira, a continuação da guerra ou mesmo de que comunicaria o que quer que fosse às pessoas que estão no poder. Em vez disso, ele participa da manifestação a fim de definir-se publicamente – e, em parte, para si mesmo – como sendo contra a guerra.⁶⁰

Baker, então, distingue entre as concepções formal e substancial de autonomia. A primeira, na qual estão inclusos os atos de expressão como o do exemplo mencionado, consiste no direito de uma pessoa de tomar decisões sobre si mesma, desde que suas ações não afetem direitos semelhantes de outras pessoas. Já a segunda *pode ser concebida, razoavelmente, como a sua capacidade de perseguir, com êxito, a vida que ela apoia*, a qual depende da distribuição de recursos materiais e psicológicos, assim como das condições naturais e sociais.⁶¹

Para o autor, portanto, a autonomia formal é merecedora de proteção e respeito praticamente absolutos por parte do Estado, em especial no que tange aos atos auto-

⁵⁸ SCANLON, Thomas. A theory of freedom of expression. **Philosophy & Public Affairs**, v. 1, n. 2, p. 204-226, Winter, 1972.

⁵⁹ BAKER, C. Edwin. **Human liberty and freedom of speech**. Oxford: University Press, 1992. p. 53. No original: “*To engage voluntarily in a speech act is to engage in self-definition or expression.*”.

⁶⁰ Ibidem.

⁶¹ BAKER, C. Edwin. Autonomy and Free Speech. **Constitutional Commentary**, v. 27, n. 2, p. 251-282, 2011. No original: “*A person’s autonomy might reasonably be conceived as her capacity to pursue successfully the life she endorses (...) This and related conceptions of autonomy I will call substantive theories.*”.

expressivos, na medida em que a legitimidade da ordem jurídica depende, ao menos em parte, da autonomia que ela deve atribuir aos cidadãos.⁶²

Também Dworkin não deixa de abordar a temática a partir do ponto de vista do falante e da sua responsabilidade moral de expressar suas convicções aos demais, *devido ao seu respeito e consideração por eles, e a um desejo irresistível de que de que a verdade seja conhecida, a justiça seja feita e o bem seja assegurado*. Esse aspecto da autonomia seria negado pelo governo quando ele busca restringir a manifestação de alguns cidadãos, sob o fundamento de que suas convicções os tornam indignos de participar do debate público.⁶³

Destarte, não importa o quão odiosas sejam as opiniões que um indivíduo deseje propagar ou considerar, o Estado não poderia negar-lhe tais atributos de responsabilidade moral, tal como não poderia negar-lhe o direito ao voto, sob pena de perder uma parte considerável da sua legitimidade. Isso seria válido tanto para o discurso explicitamente político quanto no que tange à expressão de alguma preferência ou atitude social, porquanto *os cidadãos têm tanto direito de contribuir para a formação do clima moral ou estético quanto têm de participar da política*.⁶⁴

1.2 Liberdade de Expressão na Suprema Corte Norte-Americana

Na seção anterior deste capítulo, dedicamo-nos à exposição de algumas das diferentes bases teóricas que justificam a existência de um direito fundamental à liberdade de expressão. Nesta segunda parte, pretendemos verificar de que maneira essas teorias foram sendo acolhidas e aplicadas a casos concretos pela Suprema Corte norte-americana ao longo do Século XX, formando uma jurisprudência altamente protetiva desse direito.

Inicialmente, importa destacar que, embora a ampla liberdade de expressão seja considerada, hoje, uma característica definidora dos EUA, enraizada na Primeira Emenda à Constituição, nem sempre foi esse o caso, o que faz com que seja ainda mais digno de nota o estado de coisas atual. Assim, a nosso ver, mostra-se impositivo

⁶² BAKER, C. Edwin. Autonomy and Free Speech. **Constitutional Commentary**, v. 27, n. 2, p. 251-282, 2011.

⁶³ DWORKIN, Ronald. **Freedom's law**: The moral reading of the American Constitution. Oxford: University Press, 1997. p. 200. No original: "(...) out of respect and concern for them, and out of a compelling desire that truth be known, justice served, and the good secured."

⁶⁴ Ibidem, p. 200-1. No original: "citizens have as much right to contribute to the formation of the moral or aesthetic climate as they do to participate in politics".

o esforço de investigação histórica que buscamos empreender a seguir para compreender de que modo essa primeira das liberdades atingiu o status que atualmente detém naquele país.

Com efeito, nada havia a indicar, no início da história norte-americana, que a liberdade de expressão fincaria raízes tão profundas ali. A Inglaterra da qual partiram os primeiros colonos, no século XVII, estava longe de tolerar qualquer dissidência em matérias políticas e religiosas, combatendo as formas de expressão que se afastassem da ortodoxia por meio de dois instrumentos jurídicos distintos, um preventivo e outro repressivo.⁶⁵

O primeiro deles era o sistema de licenciamento prévio. Por meio desse sistema, instituído pela primeira vez em 1538 pelo Rei Henrique VIII, toda e qualquer publicação – fossem livros, panfletos ou mesmo horários de partida dos navios – necessitava de uma licença para ser impressa. Tais licenças eram concedidas ou negadas de maneira inteiramente arbitrária; os burocratas que faziam as vezes de censores não apresentavam qualquer justificativa para suas decisões e delas não havia a quem recorrer.⁶⁶

Em 1640, quando o parlamento inglês determinou a execução do Rei Charles I e aboliu a monarquia, o sistema de licenciamento prévio também foi temporariamente extinto. Contudo, não demorou muito para que ele fosse restabelecido pelos novos governantes, em 1643, a fim de impor sua própria ortodoxia.⁶⁷ Foi contra esse sistema que John Milton protestou em seu célebre panfleto “Areopagitica”, de 1644.⁶⁸

O segundo desses instrumentos era o instituto da difamação sediciosa (*law of seditious libel*), que criminalizava a conduta de publicar conteúdo desrespeitoso ao Estado ou à Igreja da Inglaterra ou a algum de seus agentes. Considerando a premissa de que o respeito a essas instituições era imprescindível para a manutenção da ordem social, sequer era possível defender-se de uma acusação de difamação sediciosa aduzindo a veracidade da publicação.⁶⁹

Em que pese a repulsa de Milton e outros ao sistema de licenciamento, a difamação sediciosa não era vista com a mesma ojeriza. Ao contrário, *Sir William*

⁶⁵ LEWIS, Anthony. **Freedom for the thought that we hate**: a biography of the First Amendment. New York: Basic Books, 2007. p. 1-2.

⁶⁶ Ibidem.

⁶⁷ Ibidem, p. 2.

⁶⁸ MILTON, John. **Areopagitica and other writings**. London: Penguin Classics, 2016.

⁶⁹ LEWIS, Op. Cit.

Blackstone, a maior autoridade do *common law* no século XVIII, entendia que a liberdade de expressão significava apenas ausência de restrição prévia, não havendo qualquer óbice à responsabilização posterior pela publicação de conteúdo *blasfemo, imoral, traiçoeiro, cismático, sedicioso ou escandaloso*. Nesse sentido, Blackstone afirmava, em seus *Commentaries*, que a punição a escritos perigosos ou ofensivos era necessária para a preservação da ordem e da paz social, bem como do governo e da religião, sendo estas *as únicas fundações sólidas da liberdade civil*.⁷⁰

Como parte da tradição do *common law*, a difamação sediciosa foi recebida nos EUA, sendo aplicada pelos juízes no período colonial. No entanto, logo passou a enfrentar resistência por parte da população, de modo que o número de pessoas acusadas havia diminuído drasticamente ao fim do século XVIII, quando as primeiras Constituições estaduais começaram a ser promulgadas, seguidas da Constituição federal e da *Bill of Rights*, consagrando os direitos fundamentais à liberdade de expressão e de imprensa.⁷¹

No entanto, a Primeira Emenda, assim como as disposições semelhantes contidas nas Cartas dos Estados, ainda carecia de uma definição mais precisa do seu significado. Em 1798, o Congresso norte-americano aprovou a Lei de Sedição (*Sedition Act*), a qual tornava crime escrever ou publicar conteúdo ofensivo ao Presidente ou ao Congresso. Apoiada pelo Partido Federalista do Presidente John Adams, a lei tinha o objetivo claro de suprimir a propaganda a favor do candidato de oposição, Thomas Jefferson, no período imediatamente anterior à eleição de 1800.⁷²

Como a Lei de Sedição tinha data certa para expirar – o dia seguinte à posse do próximo presidente – a Suprema Corte nunca teve a oportunidade de analisar a sua constitucionalidade. Todavia, a sua incompatibilidade com a Primeira Emenda foi frequentemente invocada por seus críticos como um motivo para se opor a essa lei, trazendo à tona argumentos em favor da liberdade de expressão.⁷³

⁷⁰ BLACKSTONE, William; PALEY, Ruth. **Commentaries on the Laws of England**. Oxford: University Press, 2016. p. 100. No original: “(...) where blasphemous, immoral, treasonable, schismatical, seditious, or scandalous libels are punished by the English law, some with a greater, others with a less degree of severity; the liberty of the press, properly understood, is by no means infringed or violated”.

⁷¹ LEWIS, Anthony. **Freedom for the thought that we hate**: a biography of the First Amendment. New York: Basic Books, 2007. p. 4-6.

⁷² Ibidem, p. 11-12.

⁷³ LEWIS, Anthony. **Freedom for the thought that we hate**: a biography of the First Amendment. New York: Basic Books, 2007. p. 15.

A voz mais importante a se erguer contra a Lei de Sedição foi a de James Madison, principal autor da Primeira Emenda, que, juntamente com Thomas Jefferson, elaborou secretamente resoluções que vieram a ser aprovadas pelos Legislativos dos Estados do Kentucky e da Virgínia, aduzindo a inconstitucionalidade da lei em comento, diante de seu conflito com a liberdade de expressão, bem como por ultrapassar os limites impostos pela Constituição ao governo federal.⁷⁴

Posteriormente, Madison escreveu o *Report of 1800*, aprovado pela Assembleia Geral da Virgínia naquele mesmo ano. Nesse documento, Madison aduz a inadequação do princípio de Blackstone, afirmando que, nos EUA, os direitos do povo eram assegurados não apenas contra o Poder Executivo, mas também em face do Legislativo, e que a liberdade de imprensa, para ser efetiva, deveria se constituir em uma proteção não apenas contra a restrição prévia, mas também contra a punição subsequente.⁷⁵

Segundo ele, isso decorre da diferença entre os governos da Inglaterra e dos EUA. Na Inglaterra, vigorava a máxima de que o Rei, sendo um monarca hereditário e não um magistrado eleito, era infalível, bem como de que o Poder Legislativo, dois terços do qual eram, à época, também hereditários, tinha liberdade para agir como quisesse. Por sua vez, nos EUA, tanto o Executivo quanto o Legislativo, longe de serem infalíveis ou onipotentes, eram poderes eleitos, limitados e responsáveis perante o povo, este o titular da soberania absoluta. Portanto, uma maior liberdade de crítica deveria ser tolerada naquele país.⁷⁶

Os esforços de Madison e Jefferson surtiram resultado. A Lei de Sedição tornou-se um dos temas da campanha eleitoral de 1800, contribuindo para a derrota completa e posterior ocaso do Partido Federalista, que perdeu não apenas a Casa Branca, mas também a maioria de que desfrutava em ambas as casas do Congresso. Após tomar posse, no ano seguinte, Jefferson conferiu um perdão presidencial a todos os que haviam sido condenados com base na Lei de Sedição.⁷⁷

⁷⁴ DOW, Douglas C. Virginia and Kentucky Resolutions of 1798. In: VILE, John R.; HUDSON, David L.; SCHULTZ, David A. (ed.). **Encyclopedia of the first amendment**. Washington: CQ Press, 2009. p. 1137-8.

⁷⁵ MADISON, James. **The Report of 1800, [7 january 1800]**. Washington: National Archives, [2024]. Disponível em: <https://founders.archives.gov/documents/Madison/01-17-02-0202>. Acesso em: 06 abr. 2024.

⁷⁶ Ibidem.

⁷⁷ LEWIS, Anthony. **Freedom for the thought that we hate: a biography of the First Amendment**. New York: Basic Books, 2007. p. 15-19.

Após o fim da vigência da Lei de Sedição, em 1801, o Congresso norte-americano não voltou a promulgar qualquer lei que restringisse a liberdade de expressão até 1917, quando foi aprovada a Lei de Espionagem. Nesse interregno, em todas as vezes que o direito à liberdade de expressão foi reivindicado perante a Suprema Corte, esta deixou de acolher a pretensão, tratando-o como um interesse de menor importância e permitindo a supressão de qualquer discurso que tivesse uma tendência ruim.⁷⁸

À época, o *standard* decisório aplicado pelos tribunais aos casos de liberdade de expressão, tanto a nível estadual quanto no âmbito federal, era o chamado *bad tendency test*, segundo o qual discursos que ameaçassem a ordem pública, subvertessem padrões estabelecidos de moralidade ou obstruíssem a defesa nacional em tempos de guerra poderiam ser limitados sem qualquer ofensa à Constituição. As leis que restringiam a liberdade de expressão em conformidade com o *bad tendency test* gozavam de uma presunção de constitucionalidade, desde refletissem claramente os padrões tradicionais da comunidade.⁷⁹

Foi essa a situação até o início do século XX, sendo digno de nota o caso *Patterson v. Colorado*, de 1907, no qual a maioria da Corte acompanhou o voto do Justice Oliver Wendell Holmes Jr., o qual, ecoando a visão de Blackstone, entendeu que a liberdade de expressão era apenas uma garantia contra a censura prévia, a qual, portanto, não impedia a punição subsequente daquele que proferisse discursos contrários ao bem comum, ainda que verdadeiros.⁸⁰

Doze anos depois, Holmes mudaria drasticamente de opinião, dando o primeiro passo para uma futura mudança de entendimento da própria Corte, que, com o tempo, viria a adotar a interpretação abrangente da Primeira Emenda que conhecemos hoje. Esse percurso tem início com os casos envolvendo a Lei de Espionagem.

⁷⁸ LEWIS, Anthony. **Freedom for the thought that we hate**: a biography of the First Amendment. New York: Basic Books, 2007. p. 23-24.

⁷⁹ HALL, Kermit L.; PATRICK, John J. **The Pursuit of Justice**: Supreme Court Decisions that Shaped America. New York: Oxford University Press, 2006. p. 79.

⁸⁰ UNITED STATES. Supreme Court. **Patterson v. Colorado, 205 U.S. 454 (1907)**. Argued 5 Mar. 1907. Decided 15 Apr. 1907. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/205/454/>. Acesso em: 12 abr. 2024.

1.2.1 Schenck v. United States

Em junho de 1917, dois meses após a entrada dos Estados Unidos na Primeira Guerra Mundial, o Congresso norte-americano aprovou a Lei de Espionagem (*Espionage Act*). Essa lei tornava crime a conduta de *causar ou tentar causar insubordinação, deslealdade, motim ou recusa de dever nas forças militares ou navais*, assim como a de *obstruir intencionalmente o serviço de recrutamento ou alistamento*.⁸¹

No mesmo ano, dois líderes do Partido Socialista norte-americano, Charles Schenck e Elizabeth Baer, foram denunciados por violarem a lei em comento. Schenck e Baer haviam remetido panfletos a soldados recém recrutados, nos quais afirmavam que o serviço militar obrigatório era uma forma de servidão involuntária e que, portanto, violava a Décima Terceira Emenda à Constituição daquele país.⁸²

Os panfletos conclamavam os soldados a *não se submeterem à intimidação* e a *fazerem valer seus direitos*, incitando-os a resistir ao recrutamento, embora advogassem por meios pacíficos de realizar esse intento, como por meio de uma petição pedindo a revogação de lei que permitia a conscrição.⁸³

Após serem condenados nas instâncias ordinárias, os réus recorreram à Suprema Corte, aduzindo a violação ao seu direito à liberdade de expressão, conforme garantido pela Primeira Emenda. A Corte, em decisão unânime, proferida em 1919, rejeitou o apelo e manteve a condenação dos acusados.⁸⁴

A importância de *Schenck v. United States* reside no fato de ter sido esse o primeiro caso no qual a Suprema Corte teve a oportunidade de interpretar uma lei federal à luz da Primeira Emenda.⁸⁵ Nesse caso, o *Justice* Oliver Wendell Holmes Jr.

⁸¹ LEWIS, Anthony. **Freedom for the thought that we hate**: a biography of the First Amendment. New York: Basic Books, 2007. p. 25. No original: “*cause or attempt to cause insubordination, disloyalty, mutiny, or refusal of duty in the military or naval forces*” e “*willfully obstruct the recruiting or enlistment service*”.

⁸² ASP, David. Schenck v. United States (1919). In: VILE, John R.; HUDSON, David L.; SCHULTZ, David A (ed.). **Encyclopedia of the First Amendment**. Washington: CQ Press, 2009. p. 966-7.

⁸³ UNITED STATES. Supreme Court. **Schenck v. United States, 249 U.S. 47 (1919)**. Argued 9 Jan. 1919. Decided 3 Mar. 1919. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/249/47/#tab-opinion-1928047>. Acesso em: 02 abr. 2024.

⁸⁴ Ibidem.

⁸⁵ FACCHINI NETO, Eugênio. A liberdade de expressão na jurisprudência da Suprema Corte Norte-Americana: entre a categorização e o balanceamento. In: SARLET, Ingo Wolfgang; WALDMAN, Ricardo Libel (Orgs). **Direitos humanos e fundamentais na era da informação**. Porto Alegre: Fundação Fênix, 2020. p. 127-174.

formulou pela primeira vez o *standard* do *clear and present danger* para aferir a compatibilidade de um discurso com a garantia da liberdade de expressão. Tratava-se de verificar, em cada caso, se as palavras utilizadas eram de tal natureza e haviam sido empregadas em circunstâncias tais *que poderiam acarretar um perigo claro e iminente de provocar os males substantivos que o Congresso possui o direito de prevenir*.⁸⁶

Embora tenha inicialmente admitido que, em circunstâncias ordinárias, o conteúdo dos panfletos estaria protegido pelos direitos constitucionais dos apelantes, Holmes argumentou que era necessário levar em consideração o contexto em que se deu a manifestação. Em uma passagem que se tornou célebre, a fim de justificar o novo *standard* que estava sendo criado, o *Justice* afirmou que *a proteção mais rigorosa da liberdade de expressão não protegeria um homem que gritasse falsamente fogo num teatro e causasse pânico*.⁸⁷

Embora tenha alcançado notoriedade a partir do voto de Holmes, a ponto de ser considerada a analogia mais longeva do direito constitucional norte-americano⁸⁸, a hipótese em questão não foi originalmente concebida por ele. Ao que tudo indica, Holmes apenas reformulou um argumento utilizado pelo promotor federal Edwin S. Wertz para pedir ao júri que condenasse o socialista Eugene Debs⁸⁹, em outro caso de violação à Lei de Espionagem cujo recurso foi, posteriormente, desprovido pela Suprema Corte, em nova votação unânime liderada por Holmes.⁹⁰

De qualquer sorte, o *dictum* de Holmes ingressou no cânone popular na forma de uma paráfrase bastante imprecisa. A expressão “gritar ‘fogo’ em um teatro lotado” tornou-se um exemplo de discurso não protegido pela liberdade de expressão, ignorando o fato de que, na hipótese formulada por Holmes: (i) o aviso era falso; (ii) o

⁸⁶ No original: “*The question in every case is whether the words used are used in such circumstances and are of such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that Congress has a right to prevent*”.

⁸⁷ No original: “*The most stringent protection of free speech would not protect a man in falsely shouting fire in a theatre and causing a panic*”.

⁸⁸ LARSON, Carlton F. W. Shouting Fire in a Theater: The life and ties of constitutional law's most enduring analogy. *William & Mary Bill of Rights Journal*, v. 24, n. 1, p. 181-212, Oct. 2015. p. 181-212.

⁸⁹ HEALY, Thomas. **The great dissent**: how Oliver Wendell Holmes changed his mind — and changed the history of free speech in America. New York: Metropolitan Books, 2013 (Recurso eletrônico).

⁹⁰ UNITED STATES. Supreme Court. **Debs v. United States**, 249 U.S. 211 (1919). Argued 27 Jan. 1919. Decided 10 Mar. 1919. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/249/211/#tab-opinion-1927965>. Acesso em: 03 abr. 2024.

teatro não necessariamente estava lotado; e (iii) e a plateia entrou em pânico, i.e., um dano real aconteceu.⁹¹ Mais ainda, essa paráfrase tem sido frequentemente utilizada como justificativa para a regulamentação de qualquer espécie de discurso que a pessoa que a emprega considera questionável ou perigoso, sem levar em consideração o fato de que a Suprema Corte, posteriormente, restringiu significativamente a espécie de conteúdo não abrangido pela Primeira Emenda.⁹²

Embora, à primeira vista, o *clear and present danger test* pareça estabelecer uma proteção mais abrangente da liberdade de expressão do que o *bad tendency test*, uma análise mais atenta revela que Holmes não tinha a pretensão, nesse caso, de alterar substancialmente a interpretação da Primeira Emenda até então predominante. A guinada de Holmes em favor de uma visão mais libertária da liberdade de expressão viria somente oito meses depois, em *Abrams v. United States*.⁹³

1.2.2 Abrams v. United States

Logo após o julgamento de *Schenck v. United States*, dois outros casos semelhantes foram julgados pela Suprema Corte, *Debs v. United States*⁹⁴ e *Frohwerk v. United States*.⁹⁵ Ambos diziam respeito à Lei de Espionagem e seu eventual conflito com a Primeira Emenda. E, em ambos os casos, a decisão unânime da Corte, da lavra de Holmes, foi pela confirmação das condenações dos recorrentes. Surpreendentemente, Holmes não fez qualquer referência ao *clear and present danger test* nesses casos, valendo-se do *bad tendency test* para afirmar que as manifestações dos acusados não estavam protegidas pela liberdade de expressão.⁹⁶

⁹¹ LARSON, Carlton F. W. Shouting Fire in a Theater: The life and ties of constitutional law's most enduring analogy. **William & Mary Bill of Rights Journal**, v. 24, n. 1, p. 181-212, Oct. 2015.

⁹² KOSSEFF, Jeff. **Liar in a crowded theater**: freedom of speech in a world of misinformation. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2023 (Recurso eletrônico).

⁹³ HEALY, Thomas. **The great dissent**: how Oliver Wendell Holmes changed his mind — and changed the history of free speech in America. New York: Metropolitan Books, 2013 (Recurso eletrônico).

⁹⁴ UNITED STATES. Supreme Court. **Debs v. United States**, 249 U.S. 211 (1919). Argued 27 Jan. 1919. Decided 10 Mar. 1919. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/249/211/#tab-opinion-1927965>. Acesso em: 03 abr. 2024.

⁹⁵ UNITED STATES. Supreme Court. **Frohwerk v. United States**, 249 U.S. 204 (1919). Argued 27 Jan. 1919. Decided 10 Mar. 1919. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/249/204/#tab-opinion-1927963>. Acesso em: 07 abr. 2024.

⁹⁶ HALL, Kermit L.; PATRICK, John J. **The Pursuit of Justice**: Supreme Court Decisions that Shaped America. New York: Oxford University Press, 2006. p. 79.

No entanto, em *Abrams v. United States*⁹⁷, decidido oito meses após o julgamento do caso *Schenck*, Holmes mudou drasticamente de opinião, vindo a proferir o voto minoritário mais importante da história jurídica norte-americana. Com efeito, embora a decisão da Corte tenha sido contrária à visão esposada por Holmes em seu voto, é possível afirmar que a origem da era moderna da Primeira Emenda, em que a liberdade de expressão assumiu o papel de valor mais importante do sistema constitucional norte-americano, está na divergência por ele apresentada nesse caso.⁹⁸

Tal como os anteriores, o caso *Abrams* também estava envolvido no contexto da Primeira Guerra Mundial e da Lei de Espionagem. Tratava-se de cinco imigrantes russos, incluindo Jacob Abrams, que residiam na cidade de Nova York e haviam publicado e distribuído dois panfletos condenando a intervenção do governo Woodrow Wilson na Guerra Civil Russa.⁹⁹

Um desse panfletos, intitulado *A Hipocrisia dos Estados Unidos e seus Aliados*, conclamava os trabalhadores norte-americanos a subverter, mediante o uso da força, o governo daquele país, caracterizado como o inimigo *hipócrita, covarde e capitalista* dos proletários. Por sua vez, o segundo panfleto, escrito em iídiche, chamado *Trabalhadores – acordem*, incitava operários de fábricas de munições a uma greve geral, afirmando que eles deveriam *cuspir na cara a propaganda militar falsa e hipócrita que os enganou tão implacavelmente, invocando a sua simpatia, a sua ajuda, para o prosseguimento da guerra*, novamente referindo-se ao governo norte-americano.¹⁰⁰

Abrams e seus colaboradores foram denunciados com base em emendas à Lei de Espionagem, aprovadas em 1918, que criminalizavam, entre outras, as condutas de proferir, imprimir, escrever ou publicar qualquer conteúdo que pudesse ser

⁹⁷ UNITED STATES. Supreme Court. **Abrams v. United States**, 250 U.S. 616 (1919). Argued 21 Oct. 1919. Decided 10 Nov. 1919. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/250/616/#tab-opinion-1928349>. Acesso em: 07 abr. 2024.

⁹⁸ HEALY, Thomas. **The great dissent**: how Oliver Wendell Holmes changed his mind — and changed the history of free speech in America. New York: Metropolitan Books, 2013 (Recurso eletrônico).

⁹⁹ O'NEILL, Timothy J. Abrams v. United States (1919). In: VILE, John R.; HUDSON, David L.; SCHULTZ, David A (ed.). **Encyclopedia of the First Amendment**. Washington: CQ Press, 2009. p. 50.

¹⁰⁰ UNITED STATES. Supreme Court. **Abrams v. United States**, 250 U.S. 616 (1919). Op Cit. No original: “*spit in the face the false, hypocritic, military propaganda which has fooled you so relentlessly, calling forth your sympathy, your help, to the prosecution of the war*”.

considerado: (i) desleal, difamatório ou abusivo sobre a forma de governo dos EUA¹⁰¹; (ii) que manifestasse desprezo, desdém, injúria ou descrédito à forma de governo dos EUA¹⁰²; (iii) destinado a incitar, provocar e encorajar resistência aos EUA durante a guerra¹⁰³; e (iv) incitar e advogar, ilegal e intencionalmente, por meio de discurso, escrita, impressão e publicação, a redução da produção de armas e munições, necessárias e essenciais para a condução da guerra.¹⁰⁴

Tais foram as condutas imputadas aos réus, os quais foram condenados a penas que variavam entre três e vinte anos de reclusão, ensejando, assim, o recurso à Suprema Corte. De modo similar aos casos anteriores, a alegação era de conflito entre a Lei de Espionagem e a Primeira Emenda, o que conduziria à inconstitucionalidade daquela. Tal alegação foi sumariamente rejeitada pela maioria da Corte, que acompanhou o voto redigido pelo *Justice* John Clarke, o qual se limitou a afirmar que a hipótese já havia sido debatida e rechaçada nos casos *Schenck* e *Frohwerk*. Dessa vez, contudo, a decisão não foi unânime. Conforme já se adiantou, Holmes apresentou divergência, a qual foi acompanhada pelo *Justice* Louis Brandeis.¹⁰⁵

Inicialmente, na fundamentação de seu voto, Holmes busca conciliar a sua divergência com os seus votos anteriores em *Schenck*, *Frohwerk* e *Debs*. Para isso, ele afirma não ter dúvidas de que as questões jurídicas pertinentes a esses casos haviam sido corretamente decididas pela Corte, uma vez que o Estado poderia punir, de modo compatível com a Constituição, *discurso que produz e pretende produzir um perigo claro e iminente de provocar imediatamente certos males substantivos*, poder esse que seria maior em tempos de guerra, diante dos riscos inerentes a tal situação, do que em períodos de paz.¹⁰⁶

¹⁰¹ UNITED STATES. Supreme Court. **Abrams v. United States**, 250 U.S. 616 (1919). Argued 21 Oct. 1919. Decided 10 Nov. 1919. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/250/616/#tab-opinion-1928349>. Acesso em: 07 abr. 2024. No original: “disloyal, scurrilous and abusive language about the form of Government of the United States”.

¹⁰² Ibidem. No original: “intended to bring the form of Government of the United States into contempt, scorn, contumely and disrepute”.

¹⁰³ Ibidem. No original: “intended to incite, provoke and encourage resistance to the United States in said war”.

¹⁰⁴ Ibidem. No original: “unlawfully and willfully, by utterance, writing, printing and publication, to urge, incite and advocate curtailment of production of things and products, to-wit, ordnance and ammunition, necessary and essential to the prosecution of the war”.

¹⁰⁵ Ibidem.

¹⁰⁶ Ibidem. No original: “I do not doubt for a moment that (...) the United States constitutionally may punish speech that produces or is intended to produce a clear and imminent danger that it will

Não obstante, Holmes ressalta que, em quaisquer circunstâncias, o princípio do direito à liberdade de expressão é sempre o mesmo: *é somente o perigo iminente do mal imediato, ou a intenção de provocá-lo, que justifica a limitação da expressão de opiniões*. No caso de Abrams e seus correligionários, não haveria como se afirmar que a mera publicação de simples panfletos representaria qualquer perigo imediato ao esforço de guerra norte-americano.¹⁰⁷

Segue-se, então, o excerto mais famoso desse voto, no qual, após expor o racional que subjaz à perseguição de opiniões, Holmes articula uma eloquente defesa da liberdade expressão:

Persecution for the expression of opinions seems to me perfectly logical. If you have no doubt of your premises or your power, and want a certain result with all your heart, you naturally express your wishes in law, and sweep away all opposition. (...) But when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas -- that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out. That, at any rate, is the theory of our Constitution. It is an experiment, as all life is an experiment.¹⁰⁸

Em que pese a tentativa inicial de conciliar o seu voto em *Abrams* com as decisões proferidas em nome da Corte em *Schenck*, *Frohwerk* e *Debs*, não resta dúvida de que o entendimento de Holmes acerca do direito à liberdade de expressão sofreu uma profunda alteração nesse interregno. A trajetória intelectual que o conduziu a tal mudança foi retrçada por Thomas Healy, o qual destaca os esforços empreendidos não apenas pelo juiz federal Learned Hand, mas também – e

bring about forthwith certain substantive evils that the United States constitutionally may seek to prevent".

¹⁰⁷ UNITED STATES. Supreme Court. **Abrams v. United States**, 250 U.S. 616 (1919). Argued 21 Oct. 1919. Decided 10 Nov. 1919. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/250/616/#tab-opinion-1928349>. Acesso em: 07 abr. 2024. No original: "*But, as against dangers peculiar to war, as against others, the principle of the right to free speech is always the same. It is only the present danger of immediate evil or an intent to bring it about that warrants Congress in setting a limit to the expression of opinion where private rights are not concerned*".

¹⁰⁸ Ibidem. Tradução livre: A perseguição pela expressão de opiniões me parece perfeitamente lógica. Se você não tem dúvida das suas premissas ou do seu poder e deseja um certo resultado com todo o seu coração, você naturalmente expressa os seus desejos por meio da lei e varre toda a oposição. (...) Mas, quando os homens se dão conta de que o tempo já abalou muitas crenças aguerridas, eles podem vir a crer, ainda mais do que creem nos próprios alicerces de sua conduta, que o bem último desejado pode ser mais bem atingido pelo livre intercâmbio de ideias – que o melhor teste para a verdade é a capacidade do pensamento de se ver aceito na competição do mercado e que a verdade é o único fundamento sobre o qual seus desejos podem ser realizados com segurança. Essa, em todo caso, é a teoria da nossa Constituição. É um experimento, assim como toda a vida é um experimento.

especialmente – por Harold Laski e Zechariah Chafee Jr., para que Holmes adotasse uma interpretação mais abrangente da Primeira Emenda. Foi graças aos apelos de Laski que, no início de 1919, Holmes decidiu reler *On Liberty*, de John Stuart Mill, cuja influência se faz sentir de maneira marcante no trecho colacionado acima.¹⁰⁹

De acordo com Vincent Blasi, Holmes foi particularmente influenciado pelo argumento acerca da falibilidade do conhecimento humano, derivado da tradição empirista britânica. Um dos corolários dessa tradição é o de que todas as proposições devem estar sujeitas a um teste contínuo, de sorte que devemos estar sempre abertos à possibilidade de que entendimentos anteriores sejam superados.¹¹⁰ Conforme já demonstramos, essa premissa é fundamental para o argumento de Mill em defesa da liberdade de expressão.

Em *Abrams v. United States*, Holmes repudiou definitivamente o *bed tendency test*, bem como reformulou o seu *clear and present danger test*, passando a adotar uma postura mais liberal, a qual manteria nos casos subsequentes.¹¹¹ Diferentemente da formulação original, que enfatizava a intenção do agente de causar um comportamento ilegal, Holmes esclareceu que um perigo claro e iminente só existiria caso o discurso pudesse ser vinculado, de forma direta e imediata, a ações específicas causadoras de ações ilícitas que ameaçassem a segurança dos Estados Unidos. Se essa vinculação não pudesse ser demonstrada, o discurso estaria constitucionalmente protegido.¹¹²

O voto de Holmes em *Abrams* é tido como a melhor defesa da liberdade de expressão já escrita por um autor norte-americano.¹¹³ De 1919 até sua aposentadoria, em 1932, Holmes continuaria a defender a versão reformulada do *clear and present danger test*, o qual hoje é reconhecido como o alicerce da doutrina constitucional contemporânea acerca da liberdade de expressão. Em última análise, a atual proteção

¹⁰⁹ HEALY, Thomas. **The great dissent**: how Oliver Wendell Holmes changed his mind — and changed the history of free speech in America. New York: Metropolitan Books, 2013 (Recurso eletrônico).

¹¹⁰ BLASI, Vincent. Holmes and the Marketplace of Ideas. **The Supreme Court Review**, Chicago, p. 1-46, 2024. Doi:10.1086/scr.2004.3536967.

¹¹¹ FACCHINI NETO, Eugênio. A liberdade de expressão na jurisprudência da Suprema Corte Norte-Americana: entre a categorização e o balanceamento. In: SARLET, Ingo Wolfgang; WALDMAN, Ricardo Libel (Orgs). **Direitos humanos e fundamentais na era da informação**. Porto Alegre: Fundação Fênix, 2020.

¹¹² PATRICK, John J. **The Supreme Court of the United States**: a student companion. New York: Oxford University Press, 2006. p. 16.

¹¹³ Ibidem.

quase ilimitada conferida pela Suprema Corte a esse direito deriva diretamente do voto divergente de Holmes.¹¹⁴

1.2.3 *Whitney v. California*

Tal como o caso anterior, a importância de *Whitney v. California* deve-se menos à decisão da Corte do que a um voto específico, dessa vez proferido pelo *Justice* Louis D. Brandeis, com a aderência do *Justice* Holmes.

Nas décadas de 1910 e 1920, diversos Estados norte-americanos aprovaram leis contra o chamado “sindicalismo criminoso”. Tendo em vista a ascensão de ideologias como o fascismo e o comunismo na Europa, o aumento no número de imigrantes estrangeiros e o crescimento dos sindicatos nos Estados Unidos, o objetivo declarado dessas leis era o de proibir a defesa de mudanças políticas e econômicas radicais por meios violentos. Mais especificamente, havia uma crescente preocupação por parte da opinião pública com uma organização chamada Trabalhadores Industriais do Mundo (*Industrial Workers of the World*, doravante IWW), que exerceu considerável influência em certas categorias de trabalhadores norte-americanos no período entreguerras.¹¹⁵

A IWW valia-se da retórica marxista da luta de classes e pregava a formação de um Grande Sindicato (*One Big Union*) que abarcasse os operários de todas as indústrias. Assim organizados, os trabalhadores de todo o país promoveriam uma greve geral, a qual forçaria os capitalistas a cederem o controle das indústrias aos proletários. Os *Wobblies*, como eram conhecidos os membros da organização, se autodefiniam como revolucionários e sua retórica radical os colocava em conflito tanto com o empresariado quanto com a parcela mais moderada do movimento sindical.¹¹⁶ Destarte, as leis de sindicalismo criminoso tinham, em verdade, um alvo determinado, e foram utilizadas para prender diversos líderes dos *Wobblies*.¹¹⁷

¹¹⁴ HALL, Kermit L.; PATRICK, John J. **The Pursuit of Justice**: Supreme Court Decisions that Shaped America. New York: Oxford University Press, 2006. p. 82.

¹¹⁵ MINESHIMA-LOWE, D. Criminal syndicalism laws. In: VILE, John R.; HUDSON, David L.; SCHULTZ, David A. (ed.). **Encyclopedia of the First Amendment**. Washington: CQ Press, 2009. p. 360-1.

¹¹⁶ STRUM, Philippa. **Speaking freely**: *Whitney v. California* and American speech law. Lawrence: University Press of Kansas, 2015. p. 8-9.

¹¹⁷ BHAGWAT, Ashutosh. The story of *Whitney v. California*: the power of ideas. In: DORF, Michael C. (ed.). **Constitutional Law Stories**. 2. ed. New York: Foundation Press Thomson, 2009. p. 387.

Dentre os Estados a criminalizarem o sindicalismo criminoso nessa época estava a Califórnia. A lei estadual, que entrou em vigor no dia 30 de abril de 1919, tipificava não somente a conduta de defender a mudança política por meios violentos, mas também a de pertencer a uma organização formada para *defender, ensinar ou ajudar e encorajar o sindicalismo criminoso*. Ao fim daquele ano, 108 pessoas haviam sido presas e acusadas de violarem essa lei. Charlotte Anita Whitney foi uma delas.¹¹⁸

Em 1914, Whitney, proveniente de uma família abastada do Estado da Califórnia, havia se filiado ao Partido Socialista norte-americano. Em 1919, contudo, em uma convenção ocorrida em Chicago, os membros mais radicais do Partido, os quais defendiam a filiação deste à Internacional Comunista, foram expulsos da agremiação e, como resultado, formaram o Partido Comunista Trabalhista (*Communist Labor Party*, doravante CLP), cujo programa nacional endossava explicitamente as atividades e o exemplo da IWW. Embora não tenha estado presente em Chicago, Whitney acompanhou os dissidentes e ajudou a organizar o diretório estadual do CLP na Califórnia, tornando-se parte do seu comitê executivo.¹¹⁹

Pouco tempo depois, Whitney foi presa e denunciada por violação à lei estadual contra o sindicalismo criminoso, em razão do seu papel na organização do CLP. De acordo com as autoridades estaduais, o CLP pregava a subversão violenta do governo norte-americano, de modo que a mera conduta de auxiliar na formação do partido ou filiar-se a ele constituía crime.¹²⁰

Após ser condenada nas instâncias ordinárias, Whitney recorreu à Suprema Corte. Os argumentos defensivos, do ponto de vista constitucional, centraram-se em violações aos direitos fundamentais ao devido processo (*Due Process Clause*) e à igualdade perante a lei (*Equal Protection Clause*), previstos na Décima Quarta Emenda à Constituição norte-americana. Embora a defesa de Whitney também tenha alegado que a sua condenação estava em desacordo com Primeira Emenda, a qual protegeria até mesmo o discurso subversivo, tal argumentação ficou relegada ao

¹¹⁸ BLASI, Vincent. The first amendment and the Ideal of civic courage: the Brandeis opinion in *Whitney v. California*. **William and Mary Law Review**, v. 29, n. 4, p. 653-698, Summer 1988. No original: “*knowingly becoming a member of a group assembled to advocate, teach, or aid and abet criminal syndicalism*”.

¹¹⁹ BHAGWAT, Ashutosh. The story of *Whitney v. California*: the power of ideas. In: DORF, Michael C. (ed.). **Constitutional Law Stories**. 2. ed. New York: Foundation Press Thomson, 2009. p. 387.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 388.

segundo plano, ocupando meras cinco laudas, de um total de oitenta e quatro da peça recursal.¹²¹

De forma unânime, a Corte manteve a condenação de Whitney, decidindo pela constitucionalidade da Lei de Sindicalismo Criminoso da Califórnia. O voto condutor do julgamento, acompanhado por outros seis membros da Corte, foi redigido pelo *Justice* Edward Sanford, o qual assentou que a liberdade de expressão não era um direito absoluto, de sorte que um Estado, no exercício do seu poder de polícia, poderia legitimamente punir aqueles que proferissem *declarações hostis ao bem-estar público, tendendo a incitar ao crime, perturbar a paz pública, ou pôr em perigo os fundamentos do governo organizado e ameaçar a sua derrubada por meios ilegais*.¹²²

Embora em acordo com a maioria, por razões meramente processuais, no que tange à condenação de Whitney, o *Justice* Louis Brandeis, acompanhado pelo *Justice* Holmes, proferiu um voto em separado quanto ao mérito, o qual *talvez seja a opinião judicial mais importante já escrita sobre o tema da liberdade de expressão*.¹²³

Brandeis começa por citar o caso *Schenck*, afirmando que, para determinar se a restrição imposta à liberdade de expressão no caso concreto estava de acordo com a Primeira Emenda, a Corte deveria aferir a presença de um perigo real e iminente. Rechaçando a ideia de que seria tarefa do Poder Legislativo determinar o que constituiria *clear and present danger*, bem como alegando que a Corte ainda não havia fixado um parâmetro para definir o quão próximo deveria estar o perigo e o quão substancial ele deveria ser para justificar a restrição à liberdade de expressão, Brandeis se propõe a expor as razões pelas quais *é normalmente negado a um Estado o poder de proibir a disseminação de doutrinas sociais, económicas e políticas que a*

¹²¹ BHAGWAT, Ashutosh. The story of Whitney v. California: the power of ideas. In: DORF, Michael C. (ed.). **Constitutional Law Stories**. 2. ed. New York: Foundation Press Thomson, 2009. p. 390.

¹²² UNITED STATES. Supreme Court. **Whitney v. California**, 274 U.S. 357 (1927). Argued 6 Oct. 1925. Decided 16 May 1927. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/274/357/#tab-opinion-1931857>. Acesso em: 11 abr. 2024. No original: “a State in the exercise of its police power may punish those who abuse this freedom by utterances inimical to the public welfare, tending to incite to crime, disturb the public peace, or endanger the foundations of organized government and threaten its overthrow by unlawful means”.

¹²³ BLASI, Vincent. The first amendment and the Ideal of civic courage: the Brandeis opinion in Whitney v. California. **William and Mary Law Review**, v. 29, n. 4, p. 653-698, Summer 1988. No original: “what may be the most important judicial opinion ever written on the subject of freedom of speech”.

*vasta maioria dos seus cidadãos acredita serem falsas e repletas de consequências perversas.*¹²⁴

Segue-se, então, em três parágrafos, o núcleo da contribuição autêntica de Brandeis para a teoria da liberdade de expressão norte-americana. Apelando à memória e às crenças daqueles que lutaram na Guerra de Independência, Brandeis sustenta que a finalidade do Estado é tornar os homens livres para desenvolver suas faculdades, de modo, no exercício do governo, as forças deliberativas devem prevalecer sobre as arbitrárias. Nesse sentido, a liberdade de pensar e de falar livremente seriam meios indispensáveis para a descoberta e a disseminação da verdade política.¹²⁵

Brandeis prossegue, argumentando que o simples receio de um mal grave não basta para justificar a supressão da liberdade de expressão, afinal de contas os *homens temiam as bruxas e queimavam as mulheres*. A função da liberdade de expressão seria, assim, justamente *libertar os homens das amarras dos medos irracionais*.¹²⁶ Desse modo, somente se poderia restringi-la quando houvesse motivos razoáveis para acreditar que um mal sério e iminente resultaria, como na hipótese de incitação ao cometimento de um ato ilícito, que não se confunde com a mera defesa.¹²⁷

O magistrado conclui afirmando que somente uma emergência poderia justificar a restrição à liberdade de expressão, quando a incidência do mal temido for tão iminente que possa ocorrer antes que haja oportunidade para uma discussão completa. Caso contrário, *se houver tempo para expor, por meio da discussão, as falsidades e as falácias, e para evitar o mal pelos processos de educação, o remédio a ser aplicado é mais discurso, não o silêncio forçado*.¹²⁸

Esses argumentos fazem com que o voto de Brandeis seja por vezes descrito como o *texto mais importante já escrito, dentro ou fora de um tribunal, sobre o*

¹²⁴ UNITED STATES. Supreme Court. **Whitney v. California**, 274 U.S. 357 (1927). Argued 6 Oct. 1925. Decided 16 May 1927. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/274/357/#tab-opinion-1931857>. Acesso em: 11 abr. 2024. No original: “we must bear in mind why a State is, ordinarily, denied the power to prohibit dissemination of social, economic and political doctrine which a vast majority of its citizens believes to be false and fraught with evil consequence”.

¹²⁵ Ibidem.

¹²⁶ Ibidem. No original: “Men feared witches and burnt women. It is the function of speech to free men from the bondage of irrational fears.”.

¹²⁷ Ibidem.

¹²⁸ Ibidem. No original: “If there be time to expose through discussion the falsehood and fallacies, to avert the evil by the processes of education, the remedy to be applied is more speech, not enforced silence”.

*significado da Primeira Emenda*¹²⁹; ou como *provavelmente a interpretação judicial mais eficaz da Primeira Emenda já escrita*¹³⁰; ou, ainda, como tendo fornecido os *fundamentos teóricos dominantes da jurisprudência da Corte sobre a liberdade de expressão*.¹³¹

Vincent Blasi destaca o *ideal de coragem cívica* como ideia central do voto de Brandeis e como *uma das ideias geradoras da tradição da Primeira Emenda*. Para entender o que significa esse ideal, Blasi aponta para a importância atribuída por Brandeis à iniciativa individual, no sentido de que *a chave para uma democracia bem-sucedida [residiria] no espírito, na vitalidade, na ousadia e na inventividade dos seus cidadãos*.¹³²

Bobertz, por sua vez, procura inserir o voto de Brandeis no contexto político dos EUA nos anos 20, marcado pela necessidade de adaptar a democracia norte-americana aos desafios representados pelo movimento sindical, pela imigração em massa, pela pobreza urbana e pela ascensão das ideologias do fascismo e do comunismo no cenário internacional. Nesse sentido, Brandeis teria capturado o espírito de sua época, ao articular uma teoria da liberdade de expressão como uma válvula de escape que permitira aos descontentes manifestar suas insatisfações e, assim, diminuiria o risco de ações radicais.¹³³

Embora a interpretação de Brandeis acerca da Primeira Emenda não tenha conquistado, à época, a adesão da maioria, seu voto foi citado, à extensão, pelo então governador da Califórnia, C. C. Young, ao emitir um perdão a Charlotte Anita Whitney, um mês após a decisão da Corte ter sido prolatada.¹³⁴ Além disso, o voto de Brandeis

¹²⁹ BLASI, Vincent. The first amendment and the Ideal of civic courage: the Brandeis opinion in *Whitney v. California*. **William and Mary Law Review**, v. 29, n. 4, p. 653-698, Summer 1988. No original: “*arguably the most important essay ever written, on or off the bench, on the meaning of the first amendment*”.

¹³⁰ RABBAN, David M. **Free Speech in its forgotten years**. Cambridge: University Press, 1997. p. 369. No original: “*probably the most effective judicial interpretation of the First Amendment ever written*”.

¹³¹ BOBERTZ, Bradley C. The brandeis gambit: The Making of America's First Freedom, 1909-1931. **William and Mary Law Review**, v. 40, n. 2, p. 557-652, Feb. 1999. No original: “*Brandeis provides functional justifications for free speech that stand to this day as the dominant theoretical underpinnings of the Court's free speech jurisprudence*”.

¹³² BLASI, Op. Cit., p. 653-698. No original: “*To Brandeis, as to Jefferson, the key to a successful democracy lies in the spirit, the vitality, the daring, the inventiveness of its citizens.*”

¹³³ BOBERTZ, Op. Cit., p. 557-652.

¹³⁴ LEWIS, Anthony. **Freedom for the thought that we hate: a biography of the First Amendment**. New York: Basic Books, 2007. p. 36-7.

pode ser considerado um precursor da doutrina da posição preferencial da liberdade de expressão que viria a ser articulada futuramente pelo *Justice Benjamin Cardozo*.¹³⁵

De acordo com o voto proferido por Cardozo no caso *Palko v. Connecticut*, julgado em 1937, a 14ª Emenda à Constituição norte-americana teria incorporado, no que se refere aos estados, tão somente algumas partes do *Bill of Rights*, notadamente aqueles direitos que seriam tão fundamentais que deveriam necessariamente ser protegidos tanto a nível federal quanto a nível estadual.¹³⁶ Dentre estes, estaria a liberdade de expressão, tida como *a matriz, a condição indispensável, de quase todas as outras formas de liberdade*.¹³⁷

No ano seguinte, na nota de rodapé número quatro (Footnote 4) ao voto da maioria no caso *United States v. Carolene Products*¹³⁸, o *Justice Harlan Fiske Stone* argumentou que, em casos envolvendo questões econômicas, a Suprema Corte deveria exercer uma maior deferência ao Poder Legislativo, partindo de uma presunção de constitucionalidade das leis. De modo inverso, quando estivessem em causa os direitos civis e liberdades individuais previstos na Primeira e na Décima Quarta Emendas, estes deveriam ocupar uma posição preferencial (*preferred position*) nas considerações da Corte, que deveria partir de uma presunção de inconstitucionalidade da legislação que interferisse com esses direitos e liberdades.¹³⁹

Finalmente, a doutrina da posição preferencial passou de uma nota de rodapé para ser endossada pela maioria da Suprema Corte no caso *Thomas v. Collins*, julgado em 1945, no qual o *Justice Wiley B. Rutledge* explicou, em seu voto, que as liberdades garantidas pela Primeira Emenda, incluindo as liberdades de expressão e de reunião, por serem indispensáveis ao sistema democrático, possuíam uma posição preferencial em relação às demais. Dessa forma, qualquer tentativa de restringi-las

¹³⁵ STRUM, Philippa. **Speaking freely**: Whitney v. California and American speech law. Lawrence: University Press of Kansas, 2015. p. 119.

¹³⁶ FACCHINI NETO, Eugênio. A liberdade de expressão na jurisprudência da Suprema Corte Norte-Americana: entre a categorização e o balanceamento. In: SARLET, Ingo Wolfgang; WALDMAN, Ricardo Libel (Orgs). **Direitos humanos e fundamentais na era da informação**. Porto Alegre: Fundação Fênix, 2020. p. 127-174.

¹³⁷ UNITED STATES. Supreme Court. **Palko v. Connecticut**, 302 U.S. 319 (1937). Argued 12 Nov. 1937. Decided 6 Dec. 1937. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/302/319/#tab-opinion-1935739>. Acesso em: 16 set. 2024. No original: “the matrix, the indispensable condition, of nearly every other form of freedom”.

¹³⁸ UNITED STATES. Supreme Court. **United States v. Carolene Products Co.**, 304 U.S. 144 (1938). Argued 6 Apr. 1938. Decided 25 Apr. 1938. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/304/144/>. Acesso em: 16 set. 2024.

¹³⁹ FACCHINI NETO, Op. Cit., p. 127-174.

deveria ser justificada por um nítido interesse público que estivesse sendo ameaçado não de forma duvidosa ou remota, mas por um perigo real e presente.¹⁴⁰

A importância do caso *Whitney v. California*, portanto, reside na influência que o voto minoritário de Brandeis, acompanhado por Holmes, viria a ter no desenvolvimento ulterior da interpretação da Primeira Emenda pela Suprema Corte. Além disso, os fundamentos articulados por Brandeis, ao explicar a importância do livre debate de ideias na arena política, tornar-se-iam *a justificativa definidora da liberdade de expressão nos Estados Unidos*.¹⁴¹

1.2.4 New York Times Co. v. Sullivan

Em 1960, o movimento dos direitos civis estava a pleno vapor no sul dos Estados Unidos. Valendo-se de atos de desobediência civil e resistência pacífica, ativistas pela igualdade racial buscavam combater as políticas segregacionistas e discriminatórias em diversos Estados da antiga Confederação, mesmo sob forte repressão das autoridades. O líder mais importante desse movimento, o pastor batista Martin Luther King Jr., vinha sofrendo toda espécie de perseguição e havia sido denunciado por perjúrio, podendo receber uma sentença de até dez anos de reclusão em caso de condenação.¹⁴²

Em março daquele mesmo ano, uma organização criada em Nova York com o fim de levantar fundos para auxiliar na defesa de King e dos demais ativistas, chamada *Committee to Defend Martin Luther King and the Struggle for Freedom in the South*, decidiu publicar um anúncio de página inteira no jornal *The New York Times* (doravante, NYT). A peça publicitária, intitulada *Heed Their Rising Voices*, destacava a luta pela igualdade racial no sul do país, narrando diversos acontecimentos recentes, a fim de conquistar a simpatia do público e angariar doações para a causa.¹⁴³

Em um dos parágrafos, o texto do anúncio relatava que, após a manifestação pacífica de alguns estudantes nas escadarias do Capitólio Estadual em Montgomery,

¹⁴⁰ UNITED STATES. Supreme Court. **Thomas v. Collins**, 323 U.S. 516 (1945). Argued 1 May 1944. Decided 8 Jan. 1945. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/323/516/#tab-opinion-1938273>. Acesso em: 16 set. 2024.

¹⁴¹ STRUM, Philippa. **Speaking freely**: Whitney v. California and American speech law. Lawrence: University Press of Kansas, 2015. p. 120. No original: *the defining justification for free speech in the United States*.

¹⁴² LEWIS, Anthony. **Make no law**: the Sullivan case and the First Amendment. New York: First Vintage Books, 1992. p. 15.

¹⁴³ Ibidem, p. 15.

no Estado do Alabama, seus líderes haviam sido expulsos da universidade, e *caminhões cheios de policiais armados com espingardas e gás lacrimogêneo* haviam cercado o campus da *Alabama State College*.¹⁴⁴

Ainda de acordo com o anúncio, autoridades nomeadas genericamente como *violadores sulistas da Constituição*, haviam bombardeado a casa de Martin Luther King Jr., quase matando sua esposa e sua filha. Além disso, King teria sido preso sete vezes, e agredido em uma delas, por infrações como vadiagem (*loitering*) e excesso de velocidade, com o objetivo de *removê-lo fisicamente* e, assim, decapitar o movimento dos direitos civis.¹⁴⁵

Após a veiculação do anúncio, um membro do Poder Legislativo municipal de Montgomery chamado L. B. Sullivan, responsável pela supervisão da atividade policial, exigiu uma retratação por parte do periódico. Segundo ele, o anúncio era falso e difamatório, na medida em que lhe imputava a prática de ilícitos graves e de ações e omissões impróprias enquanto servidor do Município de Montgomery. Quando o jornal se recusou a publicar a retratação exigida, Sullivan resolveu ajuizar uma ação indenizatória por ofensa contra a sua honra.¹⁴⁶

Embora o anúncio em momento algum mencionasse expressamente o nome de qualquer autoridade, Sullivan alegou que as acusações feitas à polícia, direta ou indiretamente – eis que a menção aos *violadores sulistas da Constituição*, segundo ele, só poderia ser entendida como uma alusão ao Departamento de Polícia de Montgomery –, o atingiam enquanto responsável pela sua supervisão, afetando, assim, a sua reputação perante a comunidade. Sullivan também aduziu a falsidade de algumas afirmações factuais veiculadas na peça publicitária, tendo o jornal admitido a existência de equívocos no texto.¹⁴⁷

Após a instrução, o juiz que presidia os trabalhos removeu da consideração dos jurados a questão relativa ao teor ofensivo do anúncio, instruindo-os de que as afirmações nele contidas eram difamatórias *per se*, uma vez que tenderiam a prejudicar a reputação da pessoa a quem se referiam. Também a veracidade do

¹⁴⁴ LEWIS. Anthony. **Make no law**: the Sullivan case and the First Amendment. New York: First Vintage Books, 1992. p. 16. No original: “(...) *and truck-loads of police armed with shotguns and tear-gas ringed the Alabama State College Campus*”.

¹⁴⁵ Ibidem.

¹⁴⁶ Ibidem, p. 42. No original: “*Sullivan said the advertisement charged him with ‘grave misconduct’ and improper actions and omissions as an oficial of the City of Montgomery. It demanded that the Times publish ‘a full and fair retraction of the entire false and defamatory matter’.*”

¹⁴⁷ Ibidem.

conteúdo foi excluída das deliberações, porquanto uma afirmação *per se* difamatória seria presumidamente falsa, de acordo com o direito estadual. Não bastasse, o dano também estava presumido, não sendo necessário que Sullivan demonstrasse qualquer prejuízo efetivo à sua imagem.¹⁴⁸

Dessa forma, cabia ao júri decidir apenas três quesitos: i) se o anúncio havia sido publicado pelo jornal; ii) se as afirmações veiculadas diziam respeito ao autor; e iii) em caso positivo, qual o valor da reparação a ser fixada. A decisão, que veio a ser confirmada pelas instâncias regulares, foi inteiramente favorável a Sullivan, que obteve a total procedência do seu pedido de indenização no valor de quinhentos mil dólares.¹⁴⁹

Em seu recurso à Suprema Corte, o NYT centrou sua argumentação na tese de que a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa previstas na Primeira Emenda incluíam em seu âmbito de proteção um amplo direito de crítica ao governo, o qual estava sendo cerceado pela maneira como a justiça estadual do Alabama vinha aplicando a legislação referente às ofensas contra a honra. Essa tese tinha suas raízes em uma querela política que remontava aos primeiros anos de existência dos Estados Unidos enquanto país independente, envolvendo a Lei de Sedição de 1798¹⁵⁰, sobre a qual já tivemos a oportunidade de discorrer brevemente.

Conforme as razões apresentadas pelo jornal, o discurso político não poderia ser objeto de punição em virtude de sua eventual falsidade, uma vez que o exagero e a distorção seriam recursos frequentes nesses casos, tampouco devido aos danos causados à reputação das autoridades, pois, nessa hipótese, somente elogios poderiam ser publicados. Logo, se nenhuma dessas justificativas seria suficiente, por si só, para justificar a supressão do discurso crítico ao governo, tampouco o seria a combinação de ambas.¹⁵¹

Em decisão unânime, redigida pelo *Justice* William J. Brennan Jr., a Suprema Corte decidiu de modo favorável ao NYT, assentando que a regra jurídica aplicada na origem era *constitucionalmente deficiente*, na medida em que *falhava em fornecer as*

¹⁴⁸ LEWIS. Anthony. **Make no law**: the Sullivan case and the First Amendment. New York: First Vintage Books, 1992. p. 46-7.

¹⁴⁹ Ibidem, p. 47.

¹⁵⁰ Ibidem, p. 148.

¹⁵¹ Ibidem, p. 149.

*salvaguardas para a liberdade de expressão e de imprensa (...) em uma ação por difamação movida por um funcionário público contra críticos de sua conduta.*¹⁵²

Com base em decisões anteriores da Corte, em especial o voto do *Justice Brandeis* no caso *Whitney*, Brennan asseverou, naquele que veio a se tornar o trecho mais comumente citado de seu voto:

*Thus, we consider this case against the background of a profound national commitment to the principle that debate on public issues should be uninhibited, robust, and wide-open, and that it may well include vehement, caustic, and sometimes unpleasantly sharp attacks on government and public officials. (...) The present advertisement, as an expression of grievance and protest on one of the major public issues of our time, would seem clearly to qualify for the constitutional protection.*¹⁵³

Assentado esse princípio, Brennan prosseguiu, afirmando que, a fim de atender às exigências constitucionais das liberdades de expressão e de imprensa, deveria ser exigido do autor de uma ação de indenização por danos à sua honra, decorrentes de críticas à sua conduta enquanto funcionário público, que demonstrasse a presença de malícia real (*actual malice*) nas declarações do réu. Em outras palavras, o autor deveria provar que o réu agiu *com o conhecimento de que as suas declarações eram falsas ou com um desprezo imprudente acerca da sua veracidade.*¹⁵⁴

O voto de Brennan foi seguido por outros cinco integrantes da Corte, ao passo em que os três remanescentes, embora concordando com o resultado do julgamento, divergiram quanto à fundamentação, na medida em que defendiam uma interpretação ainda mais protetiva à liberdade de expressão, segundo a qual a Primeira Emenda asseguraria uma imunidade absoluta para os cidadãos criticarem o governo, mesmo que suas declarações fossem deliberadamente falsas.¹⁵⁵

¹⁵² UNITED STATES. Supreme Court. **New York Times Co. v. Sullivan**, 376 U.S. 254 (1964). Argued 6 Jan. 1964. Decided 9 Mar. 1964. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/254/#tab-opinion-1944787>. Acesso em: 14 abr. 2024. No original: “We hold that the rule of law applied by the Alabama courts is constitutionally deficient for failure to provide the safeguards for freedom of speech and of the press that are required by the First and Fourteenth Amendments in a libel action brought by a public official against critics of his official conduct”.

¹⁵³ Ibidem. Tradução livre: Portanto, consideramos esse caso tendo como pano de fundo um compromisso nacional profundo com o princípio de que o debate sobre questões públicas deve ser desinibido, robusto e amplamente aberto, e que pode muito bem incluir ataques veementes, cáusticos e por vezes desagradavelmente contundentes ao governo e a agentes públicos. (...) O presente anúncio, como expressão de queixa e protesto acerca de uma das grandes questões públicas do nosso tempo, parece claramente se qualificar para a proteção constitucional.

¹⁵⁴ Ibidem. No original: “that is, with knowledge that it was false or with reckless disregard of whether it was false or not”.

¹⁵⁵ Ibidem.

De acordo com Anthony Lewis, *New York Times Co. v. Sullivan* representa a primeira declaração completa pela Suprema Corte como um todo de uma teoria americana da liberdade de expressão.¹⁵⁶ Nessa decisão, a Corte adotou uma visão democrática da liberdade de expressão, conforme articulada por autores como James Madison e Alexander Meiklejohn, baseada na ideia de soberania popular e no direito dos cidadãos de criticar os seus governantes – esse seria o significado central da Primeira Emenda.¹⁵⁷

Nessa esteira, Harry Kalven Jr. afirma que a decisão da Suprema Corte no caso *Sullivan* transformou o repúdio à difamação sediciosa na pedra-de-toque da Primeira Emenda. Além disso, o voto do Justice Brennan teria incorporado, quase literalmente, a tese de Alexander Meiklejohn de que o cidadão que se autogoverna é a autoridade mais importante em uma democracia. Não à toa, Kalven relata que, ao perguntar a opinião do então nonagenário Meiklejohn acerca do caso, este teria respondido que era uma ocasião para sair dançando às ruas.¹⁵⁸

A importância do caso *New York Times v. Sullivan* está na verdadeira revolução que a decisão da Corte promoveu acerca das leis estaduais de difamação, com consequências de grande monta para a imprensa naquele país. O instituto da difamação sediciosa – que, como já mencionamos, havia sido transportado da Inglaterra para os EUA como parte da herança do *common law* – foi sepultado de uma vez por todas e o ônus de provar a falsidade nas alegações e o intento malicioso daquele que se expressa passou a recair sobre o autor da ação.¹⁵⁹

Com base nessa decisão, a imprensa a imprensa e o público passaram a desfrutar de uma maior liberdade para discutir e criticar abertamente as ações do governo. Jornalistas e veículos de comunicação foram encorajados a atuar como vigilantes, o que se refletiu na cobertura da Guerra do Vietnã, com a divulgação dos chamados *Pentagon Papers*, e no escândalo de *Watergate*, que levou à renúncia do

¹⁵⁶ LEWIS, Anthony. **Make no law**: the Sullivan case and the First Amendment. New York: First Vintage Books, 1992. p. 196. No original: “Justice Brennan’s opinion took the libertarian arguments of Brandeis, Holmes and others and wove the threads into the first full statement by the Supreme Court as a whole of an American theory of free speech”.

¹⁵⁷ Ibidem, p. 196.

¹⁵⁸ KALVEN, Harry Jr. The New York Times case: A note on “The Central Meaning of the First Amendment”. **Supreme Court Review**, p. 191-222, 1964. No original: “it was on occasion for dancing in the streets”.

¹⁵⁹ HALL, Kermit L.; PATRICK, John J. **The Pursuit of Justice**: Supreme Court Decisions that Shaped America. New York: Oxford University Press, 2006. p. 147; LEWIS, Anthony. **Freedom for the thought that we hate**: a biography of the First Amendment. New York: Basic Books, 2007. p. 55-56.

presidente Richard Nixon, ambos incidentes com consequências políticas sumamente importantes, ocorridos em menos de uma década após o julgamento do caso em tela.¹⁶⁰

1.2.5 Brandenburg v. Ohio

Em 1964, Clarence Brandenburg, um dos líderes da *Ku Klux Klan* (doravante KKK) no Estado de Ohio, convidou um repórter de uma rede de televisão sediada em Cincinnati para cobrir uma reunião da KKK que ocorreria em uma fazenda no Condado de Hamilton, na zona rural daquele Estado. Durante a reunião, Brandenburg proferiu um discurso, no qual afirmou: *se nosso Presidente, nosso Congresso, nossa Suprema Corte continuarem a reprimir a raça branca caucasiana, é possível que tenha que haver alguma vingança*.¹⁶¹ Depois de sugerir que os negros deveriam ser devolvidos à África e os judeus a Israel, Brandenburg anunciou que quatrocentos mil integrantes da KKK marchariam sobre o Congresso norte-americano no dia 4 de julho daquele ano.¹⁶²

Em razão desse discurso, Brandenburg foi denunciado e condenado por violar a lei estadual contra o sindicalismo criminoso, que tipificava, dentre outras, as condutas de (i) *defender (...) o dever, a necessidade ou a adequação do crime, da sabotagem, da violência ou de métodos ilegais de terrorismo como meio de atingir reformas industriais ou políticas*; e de (ii) *reunir-se voluntariamente com qualquer sociedade, grupo ou assembleia de pessoas formada para ensinar ou defender as doutrinas do sindicalismo criminoso*.¹⁶³

Após o esgotamento das instâncias ordinárias, Brandenburg recorreu à Suprema Corte, alegando que a lei de sindicalismo criminoso do Estado de Ohio seria

¹⁶⁰ HALL, Kermit L.; PATRICK, John J. **The Pursuit of Justice**: Supreme Court Decisions that Shaped America. New York: Oxford University Press, 2006. p. 147; LEWIS, Anthony. **Freedom for the thought that we hate**: a biography of the First Amendment. New York: Basic Books, 2007. p. 55-56.

¹⁶¹ No original: “*but if our President, our Congress, our Supreme Court, continues to suppress the white, Caucasian race, it's possible that there might have to be some revengeance taken*”.

¹⁶² UNITED STATES. Supreme Court. **Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969)**. Argued 27 Feb. 1969. Decided 9 June 1969. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/444/#tab-opinion-1948083>. Acesso em: 21 abr. 2024.

¹⁶³ Ibidem. No original: “*Appellant, a Ku Klux Klan leader, was convicted under the Ohio Criminal Syndicalism statute for ‘advocat[ing] . . . the duty, necessity, or propriety of crime, sabotage, violence, or unlawful methods of terrorism as a means of accomplishing industrial or political reform’ and for ‘voluntarily assembl[ing] with any society, group or assemblage of persons formed to teach or advocate the doctrines of criminal syndicalism.’”*.

inconstitucional, na medida em que violava a liberdade de expressão e, assim, a Primeira e a Décima Quarta Emendas à Constituição norte-americana. Em decisão *per curiam*, a Suprema Corte reconheceu a inconstitucionalidade da lei em comento, superando o precedente estabelecido em *Whitney* e revertendo a condenação de Brandenburg.¹⁶⁴

A importância desse caso reside no novo *standard* estabelecido pela Corte para determinar a constitucionalidade de uma restrição à liberdade de expressão. Conforme a decisão, *um Estado não pode proibir discursos que defendam o uso da força ou conduta ilegal, a menos que essa defesa seja dirigida a incitar ou produzir uma ação ilícita iminente e seja suscetível de incitar ou produzir tal ação*.¹⁶⁵

Veja-se que o chamado *Brandenburg test*, que perdura até os dias atuais, contém três requisitos que permitem diferenciar uma defesa (*advocacy*) de uma incitação (*incitement*), estando esta, diferentemente da primeira, situada fora do escopo de proteção da Primeira Emenda. Para que uma incitação aconteça, deve haver: (i) uma *intenção*, por parte do comunicador, de que sua mensagem produza uma ação ilícita; (ii) a *probabilidade* de que tal ação venha a ser praticada; e (iii) essa ação deve ser *iminente*.¹⁶⁶

Também importa ter em vista que dois votos concordantes, proferidos pelos *Justices* Hugo Black e William O. Douglas, repudiaram expressamente o *clear and present danger test*, diante de grandes receios despertados por uma análise mais detida dos casos aos quais esse *standard* fora aplicado.¹⁶⁷

Mais especificamente, em 1951, no caso *Dennis v. United States*, a Suprema Corte havia aplicado uma versão diluída do *clear and present danger test* para manter a condenação de onze réus, acusados de conspirar para fundar o Partido Comunista Americano, violando, assim, a Lei Smith, que tornava crime a conduta de *defender, encorajar, aconselhar ou ensinar, consciente ou deliberadamente, o dever, a*

¹⁶⁴ UNITED STATES. Supreme Court. **Brandenburg v. Ohio**, 395 U.S. 444 (1969). Argued 27 Feb. 1969. Decided 9 June 1969. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/444/#tab-opinion-1948083>. Acesso em: 21 abr. 2024.

¹⁶⁵ Ibidem. No original: “A state may not forbid speech advocating the use of force or unlawful conduct unless this advocacy is directed to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action”.

¹⁶⁶ KRAMER, Matthew H. **Freedom of expression as self-restraint**. Oxford: University Press, 2021. p. 36, 236.

¹⁶⁷ UNITED STATES. Supreme Court. **Brandenburg v. Ohio**, 395 U.S. 444 (1969). Op. Cit.

*necessidade, a conveniência ou a propriedade de derrubar (...) o governo dos Estados Unidos pela força ou violência.*¹⁶⁸

Conforme o Justice Douglas, no entanto, o teste em questão fora tão *distorcido e pervertido*, naquele caso, que terminou por transformar o julgamento dos réus em um juízo inteiramente político. Além disso, mesmo nas ocasiões em que o teste fora aplicado em sua versão “pura”, ele havia servido para manter condenações decorrentes de ameaças que *eram frequentemente ruidosas, mas sempre insignificantes*, as quais eram interpretadas como sérias apenas por juízes tão apegados ao ‘status quo’ que a análise crítica os deixava nervosos.¹⁶⁹

Daí, então, que ele tenha aproveitado o ensejo do caso *Brandenburg* para tornar explícita sua rejeição ao *clear and present danger test*, juntamente com o Justice Black. Este, inclusive, já havia indicado ao Justice Abe Fortas, redator original da decisão da Corte em *Brandenburg*, que somente concordaria com o seu voto se ele excluísse toda e qualquer referência àquele *standard*. Fortas recusou-se a fazê-lo, mas exonerou-se da Corte antes que a decisão final fosse prolatada, o que abriu espaço para que o Justice Brennan alterasse substancialmente a minuta, a fim de introduzir o novo teste.¹⁷⁰

Em última análise, apesar do declínio do *clear and present danger test*, a decisão da Corte em *Brandenburg v. Ohio* representa o triunfo da doutrina de Brandeis, tal como formulada em seu voto no caso *Whitney*, cuja associação entre liberdade de expressão e democracia se tornou quase que universalmente aceita, impactando profundamente o direito constitucional norte-americano como um todo, e a interpretação judicial da Primeira Emenda em particular.¹⁷¹

¹⁶⁸ WALKER, James L. Dennis v. United States. In: VILE, John R.; HUDSON, David L.; SCHULTZ, David A. (ed.). **Encyclopedia of the First Amendment**. Washington: CQ Press, 2009. p. 384-5. No original: “knowingly or willfully advocate, abet, advise, or teach the duty, necessity, desirability, or propriety of over-throwing (...) the government of the United States by force or violence”.

¹⁶⁹ UNITED STATES. Supreme Court. **Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969)**. Argued 27 Feb. 1969. Decided 9 June 1969. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/444/#tab-opinion-1948083>. Acesso em: 21 abr. 2024. No original: “the threats were often loud, but always puny, and made serious only by judges so wedded to the status quo that critical analysis made them nervous”.

¹⁷⁰ SCHWARTZ, Bernard. Justice Brennan and the Brandenburg Decision: A lawgiver in action. **Judicature**, v. 79, n. 1, p. 24-29, July-Aug. 1995. p. 24-29.

¹⁷¹ BHAGWAT, Ashutosh. The story of Whitney v. California: the power of ideas. In: DORF, Michael C. (ed.). **Constitutional Law Stories**. 2. ed. New York: Foundation Press Thomson, 2009. p. 400-4.

2 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

No capítulo anterior, buscamos inicialmente expor as bases teóricas que justificam a inclusão de um direito fundamental à liberdade de expressão na maior parte das constituições ocidentais. Também procuramos demonstrar de que forma essas premissas filosóficas foram incorporadas ao direito norte-americano no decorrer do Século XX, por meio de uma série de decisões da Suprema Corte daquele país, culminando no reconhecimento de que a liberdade de expressão ocupa uma posição preferencial frente aos demais direitos fundamentais.

Cumprida essa tarefa, nosso objetivo no capítulo atual será o de definir os contornos do direito fundamental à liberdade de expressão no ordenamento jurídico brasileiro. Para isso, em um primeiro momento, ofereceremos uma conceituação dos direitos fundamentais no sistema constitucional pátrio, a partir da doutrina mais abalizada sobre a matéria, a fim de que, ainda nessa primeira parte, possamos examinar de modo específico a liberdade de expressão em suas perspectivas objetiva e subjetiva, bem como em sua dimensão horizontal, de modo a estabelecer o âmbito de proteção desse direito.

Por fim, a partir de uma análise dos julgados mais representativos do Supremo Tribunal Federal (doravante, STF) sobre o tema, tencionamos descobrir se é possível sustentar a existência de uma semelhante posição preferencial da liberdade de expressão em nosso país. Nossa hipótese, é de que a tese da posição preferencial da liberdade de expressão foi adotada de modo fortemente mitigado em solo pátrio, uma vez que esse direito fundamental por vezes acaba cedendo quando em conflito com certos direitos da personalidade.

2.1 O direito fundamental à liberdade de expressão

Inicialmente, convém adiantar um conceito de direitos fundamentais, a fim de distinguir essa expressão de outras semelhantes. Direitos fundamentais, no sentido que aqui adotamos, referem-se ao conjunto de direitos contidos em dispositivos constitucionais e que, portanto, estão dotados de valor normativo supremo no ordenamento jurídico de determinado Estado.¹⁷²

¹⁷² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2011. p. 49. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos**

Adotamos esse conceito a fim de diferenciar os direitos fundamentais de duas outras categorias de direitos. Por um lado, deve-se distingui-los dos assim chamados “direitos do homem”, de cunho marcadamente jusnaturalista, concebidos pelas teorias contratualistas dos séculos XVII e XVIII. Estes, embora representem um antecedente histórico importante, carecem de positivação pelo direito estatal. De outro lado, os direitos fundamentais também não se confundem com os “direitos humanos”, expressão que diz respeito aos direitos positivados na esfera internacional.¹⁷³ Podemos afirmar, portanto, que os direitos fundamentais nascem com as Constituições.¹⁷⁴

Inerentes a esses direitos é a característica da fundamentalidade, dividindo-se em formal e material. A fundamentalidade formal está relacionada ao direito constitucional positivo e deriva: i) da posição em que os direitos fundamentais ocupam, uma vez que, por serem parte integrante da Constituição escrita, estão situados no ápice do ordenamento jurídico, tratando-se, assim, de direitos supralegais; ii) de sua submissão, como normas constitucionais que são, aos limites formais e materiais da reforma constitucional; e iii) do fato de serem normas diretamente aplicáveis e que, portanto, vinculam as entidades públicas e privadas.¹⁷⁵

Esse aspecto formal é condição suficiente para o reconhecimento da fundamentalidade de um direito, o que significa que todos os direitos garantidos na Constituição, independentemente do seu grau de relevância social, são considerados fundamentais.¹⁷⁶ Assim, em que pese a inclusão, no catálogo de direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988 (doravante, CF/88), de diversas posições jurídicas de fundamentalidade material duvidosa, estas gozam da mesma força jurídica inerente ao regime da fundamentalidade formal.¹⁷⁷

fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 31.

¹⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 30-1. MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2021 (Recurso eletrônico).

¹⁷⁴ VILLALON, Pedro Cruz. Formación y evolución de los derechos fundamentales. **Revista Española de Derecho Constitucional**, v. 9, n. 25, p. 35-62, Ener.-Abr.1989. Disponível em: <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/24923redc025043.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2025.

¹⁷⁵ SARLET, Op. Cit., p. 75-6.

¹⁷⁶ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2011. p. 49.

¹⁷⁷ SARLET, Op. Cit., p. 70.

A fundamentalidade material, por sua vez, diz respeito ao conteúdo dos direitos fundamentais, em especial no que tange ao seu caráter *decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade*.¹⁷⁸ Ainda que alguns autores argumentem que a fundamentalidade é definida somente a partir do aspecto formal, decorrente da forma de positivação de um determinado direito, independentemente de considerações acerca do seu maior ou menor valor moral¹⁷⁹, essa conceituação não parece ser adequada para o caso brasileiro, tendo em vista que é justamente a fundamentalidade material que permite a abertura da CF/88 a outros direitos não previstos em seu texto e, por conseguinte, apenas materialmente fundamentais, e bem assim a direitos situados fora do catálogo, mas integrantes da Constituição formal.¹⁸⁰

A tarefa de discernir a nota característica da fundamentalidade material não é das mais simples, uma vez que o rol de direitos reconhecidos como fundamentais foi sendo gradualmente ampliado, em detrimento da homogeneidade, a fim de atender às exigências de cada momento histórico. No entanto, a abertura material da CF/88 torna necessário esse esforço para que se possa identificar direitos fundamentais implícitos no texto constitucional ou previstos em local diverso do catálogo.¹⁸¹ Sem que possamos aprofundar o tema, que foge ao escopo do nosso objeto de pesquisa, cumpre apenas mencionar que uma parcela relevante da doutrina tende a convergir, ainda que com ressalvas, no sentido de que os direitos fundamentais podem ser geralmente considerados como concretizações do princípio da dignidade humana.¹⁸²

Assim, numa formulação mais completa, adequada à realidade constitucional brasileira, pode-se caracterizar os direitos fundamentais como sendo aquelas posições jurídicas, relativas às pessoas, que por seu conteúdo e importância

¹⁷⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 379.

¹⁷⁹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2011. p. 49.

¹⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 76.

¹⁸¹ MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2021 (Recurso eletrônico).

¹⁸² ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 83; SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 180; MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2021 (Recurso eletrônico); SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 109.

(fundamentalidade material) foram integradas ao texto da Constituição e, assim, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como aquelas que, por seu conteúdo e significado, possam ser equiparadas a estas, vindo a agregar-se à constituição material, ainda que porventura não tenham lugar na Constituição formal (abertura material).¹⁸³

Outra distinção importante a ser levada em consideração é aquele entre o titular de direitos fundamentais, que é o sujeito ativo da relação jurídico-subjetiva, ou seja, é aquele que possui o direito e pode exigir o seu respeito, proteção ou promoção, e o destinatário da proteção desses direitos, que é a pessoa – seja ela física, jurídica ou ente despersonalizado – em relação à qual o titular pode fazer essa exigência.¹⁸⁴

Inicialmente, no que concerne à titularidade, não há dúvida de que todos os seres humanos são titulares de direitos fundamentais, o que não significa que não haja diferenças a serem consideradas, bem como exceções expressamente positivadas no texto constitucional. No caso dos estrangeiros, por exemplo, a CF/88 atribui expressamente a titularidade de direitos fundamentais somente àqueles residentes no país, o que, embora não implique alijar os estrangeiros que aqui não residem daqueles direitos mais estritamente ligados à dignidade humana, exclui o exercício de alguns direitos sociais por parte deles, como o direito ao trabalho. Também não há óbice a que aqueles direitos fundamentais que, por sua natureza, sejam passíveis de serem exercidos por pessoas jurídicas, como o direito de propriedade, possam ser titularizados por elas, o que, evidentemente, não se estende a determinadas garantias, como as que dizem respeito à prisão, ou aos direitos políticos, como os de votar e de ser eleito.¹⁸⁵

Já no que tange aos destinatários, ainda que os direitos fundamentais tenham sido originalmente concebidos como forma de proteção do indivíduo contra interferências dos poderes públicos em sua esfera pessoal, o fato de que a liberdade individual também se encontra ameaçada por outras forças sociais, oriundas do setor privado, conduziu à percepção de que os direitos fundamentais também incidem no âmbito das relações entre particulares.¹⁸⁶ Apesar disso, não há consenso quanto à

¹⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 78.

¹⁸⁴ Ibidem, p. 215.

¹⁸⁵ MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2021 (Recurso eletrônico).

¹⁸⁶ Ibidem.

forma como se dá essa incidência, se de maneira direta ou indireta, sendo que, para os autores que defendem a segunda hipótese, o único destinatário dos direitos fundamentais é o Estado, sendo os atores privados tão somente titulares destes.¹⁸⁷

Voltaremos ao tema da assim chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais mais adiante, ainda neste tópico. Por ora, importa destacar que essa eficácia está intrinsecamente ligada ao reconhecimento de uma dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, para além da sua perspectiva subjetiva clássica. Esse duplo aspecto dos direitos fundamentais emerge como uma das formulações mais relevantes do direito constitucional contemporâneo¹⁸⁸, segundo a qual essas normas não apenas consagram posições jurídicas subjetivas a serem exercidas em face do Estado, como também expressam um conjunto de valores que a sociedade se propõe a perseguir, inclusive por meio da ação estatal.¹⁸⁹

O aspecto objetivo dos direitos fundamentais impõe considerá-los, do ponto de vista da sua eficácia, não apenas sob um ângulo individualista, mas também sob uma ótica coletiva, uma vez que expressam determinados valores objetivos de toda a comunidade. Assim, a dimensão objetiva possui o condão de legitimar eventuais restrições aos direitos subjetivos individuais, assim como contribui para a limitação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais, ainda que sempre preservando o seu núcleo essencial.¹⁹⁰

Ademais, é nessa dimensão objetiva que os direitos fundamentais exercem uma eficácia irradiante por todos os âmbitos do ordenamento jurídico.¹⁹¹ Tal efeito alcança os três poderes estatais, obrigando o legislador a concretizar os valores expressos pelos direitos fundamentais; guiando a atuação do Poder Executivo nas suas atividades administrativa e normativa; bem como orientando a interpretação e a aplicação da legislação infraconstitucional por parte do Poder Judiciário.¹⁹² Essa eficácia irradiante, porém, não está adstrita aos poderes públicos, alcançando também as relações travadas pelos particulares entre si. É nesse sentido que se fala em uma

¹⁸⁷ DUQUE, Marcelo Schenk. **Eficácia horizontal dos direitos fundamentais e jurisdição constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora dos Editores, 2019. p. 6-7.

¹⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 147.

¹⁸⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 115. VALE, André Rufino do. **Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores**. São Paulo: Saraiva, 2009 (Recurso eletrônico).

¹⁹⁰ SARLET, Op. Cit., p. 151-2.

¹⁹¹ ANDRADE, Op. Cit., p. 145-6.

¹⁹² VALE, Op. Cit.

eficácia horizontal dos direitos fundamentais, também chamada de eficácia perante terceiros ou, na expressão em alemão, *Drittwirkung*, sendo essa uma das consequências mais relevantes da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais.¹⁹³

O ponto de partida para o reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é a constatação de que, ao contrário do Estado clássico e liberal de Direito, no qual os direitos fundamentais tinham como objetivo precípua a proteção de uma esfera de liberdade do indivíduo contra a ingerência estatal, no Estado social de Direito, não apenas o Estado ampliou suas atividades e funções, mas também a sociedade passou a participar ativamente do exercício do poder. Nesse contexto, a liberdade individual precisa ser protegida não apenas contra os poderes públicos, mas também contra aqueles atores privados dotados de maior poder social e econômico.¹⁹⁴ É nessa esfera que as liberdades individuais estão particularmente ameaçadas e é também nessa área que podemos situar o problema jurídico da liberdade de expressão na era digital, conforme veremos no próximo capítulo.

A elaboração de uma teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais pela doutrina constitucional brasileira teve como inspiração o desenvolvimento histórico do direito alemão, cujo debate doutrinário entre os anos 1950 e 1960 foi marcado por esse tema.¹⁹⁵ No entanto, conforme já mencionamos, para além do reconhecimento de que os direitos fundamentais também incidem nas relações entre particulares, importa saber de que maneira ocorre essa incidência, se de forma direta (imediata) ou indireta (mediata). Quanto a esse ponto, parece haver divergência entre a orientação que veio a prevalecer na jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht* (doravante, *BVerfG*) e aquela adotada pela doutrina majoritária no Brasil.

Com efeito, a concepção de que os direitos fundamentais representam uma ordem objetiva de valores, com efeitos em todo o ordenamento jurídico, inclusive nas relações de direito privado, deriva da decisão proferida pelo *BVerfG* no assim chamado “Caso Lüth”, em 1958. O julgado em comento não tinha inicialmente relação

¹⁹³ VALE, André Rufino do. **Estrutura das normas de direitos fundamentais**: repensando a distinção entre regras, princípios e valores. São Paulo: Saraiva, 2009 (Recurso eletrônico); ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 146; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 152-3; DUQUE, Marcelo Schenk. **Eficácia horizontal dos direitos fundamentais e jurisdição constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora dos Editores, 2019. p. 18-19.

¹⁹⁴ SARLET, Op. Citl, p. 396.

¹⁹⁵ MENDES, Gilmar F. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: Estudos de Direito Constitucional. 4. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012 (Recurso eletrônico).

com o direito público, mas dizia respeito à interpretação de um artigo do Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch*, doravante BGB). Tratava-se de saber, em última análise, se os direitos fundamentais – *in casu*, a liberdade de expressão – poderiam incidir numa relação entre particulares, bem como qual seria a forma dessa incidência, se direta ou indireta.¹⁹⁶

O caso em tela envolvia um boicote promovido no início da década de 50 por Erich Lüth, diretor do Clube de Cinema da Imprensa da Cidade Livre e Hanseática de Hamburgo, ao filme "Amada imortal" (*Unsterbliche Geliebte*) dirigido pelo cineasta Veit Harlan, que seria exibido em um festival de cinema naquela cidade. Ocorre que Harlan havia alcançado proeminência durante o regime nazista, em especial a partir do filme *Jud Süß*, de notório caráter antissemita, produzido por ele sob encomenda do Ministro da Propaganda Joseph Goebbels. Durante o processo de desnazificação conduzido pelos Aliados após o fim do Terceiro Reich, Harlan chegou a ser acusado duas vezes de crimes contra a humanidade, sendo absolvido em ambas as ocasiões.¹⁹⁷

O boicote promovido por Lüth conclamava os cinemas e teatros a não exibir o filme "Amada imortal" e o público a não o assistir, o que ensejou a propositura de ação judicial por parte do cineasta, da produtora e da distribuidora da película, os quais lograram obter provimento favorável, condenando Lüth a abster-se de promover o boicote. Conforme o juízo de primeira instância, o boicote caracterizaria um ato ilícito contrário aos bons costumes, tipificado no § 826 do BGB. Lüth recorreu à instância superior (*Oberlandesgericht*), mas não obteve sucesso. Finalmente, impetrou reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), aduzindo violação ao seu direito fundamental à liberdade de expressão.¹⁹⁸

Na decisão proferida pelo Primeiro Senado do *BVerfG*, o tribunal estabeleceu o modelo da eficácia horizontal indireta dos direitos fundamentais, baseado na doutrina de Günter Dürig, como o mais apropriado para solucionar as controvérsias relativas ao direito constitucional e ao direito privado. Ao julgar procedente a reclamação de Lüth, o *BVerfG* consignou que, embora os direitos fundamentais sejam

¹⁹⁶ RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Direito civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019 (Recurso eletrônico).

¹⁹⁷ FRITZ, Karina Nunes. Decisões históricas: o caso Lüth e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. **Migalhas**, São Paulo, 29 out. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/german-report/313983/decisoes-historicas--o-caso-luth-e-a-eficacia-horizontal-dos-direitos-fundamentais>. Acesso em: 27 set. 2024.

¹⁹⁸ Ibidem.

essencialmente direitos de resistência do cidadão em face do Estado, a *Grundgesetz* (doravante, GG) estabelece uma ordem objetiva de valores, baseada na dignidade humana e no livre desenvolvimento da personalidade, a qual vincula todo o ordenamento jurídico. Essa vinculação, em face dos poderes estatais, ocorre de maneira imediata. O direito civil, por outro lado, sofre os efeitos dessa ordem axiológica de maneira indireta, por meio da interpretação das suas cláusulas gerais. Assim, apesar de receberem a influência dos direitos fundamentais, as relações entre particulares não perdem o seu caráter jurídico-cível.¹⁹⁹

Nesse caso, portanto, o *BVerfG* entendeu que § 826 do BGB deveria ser interpretado à luz do direito fundamental à liberdade de expressão e do significado especial que este possui para a consolidação de um Estado livre e democrático. Ademais, segundo o tribunal, o direito fundamental em questão não protege somente a expressão em si mesma, mas também o efeito intelectual que ela venha a alcançar. Destarte, uma manifestação do pensamento que contenha uma exortação ao boicote não caracteriza, necessariamente, uma violação dos bons costumes para os fins do § 826 do BGB, mas pode ser justificada constitucionalmente por meio do direito fundamental à liberdade de expressão.²⁰⁰

O caso Lüth representa um marco histórico para o direito ocidental do pós-guerra, na medida em que impulsionou a discussão sobre a eficácia dos direitos fundamentais no âmbito do direito privado na Alemanha. Essa reflexão, amplificada pelo movimento neoconstitucionalista, irradiou-se para outros países europeus, como Portugal, Espanha e Itália, influenciados pela doutrina germânica, e também aportou no Brasil, onde contribuiu para a formulação da teoria do direito civil-constitucional, que busca harmonizar as normas do direito civil com os valores previstos na Constituição.²⁰¹

Entretanto, diversamente do que ocorreu na Alemanha, a tese da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, baseada na doutrina de Hans Carl Nipperdey, encontrou em solo pátrio *uma acolhida sem comparação em*

¹⁹⁹ RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019 (Recurso eletrônico).

²⁰⁰ SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo (Org.). **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão**. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005. p. 382.

²⁰¹ FRITZ, Karina Nunes. Decisões históricas: o caso Lüth e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. **Migalhas**, São Paulo, 29 out. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/german-report/313983/decisoes-historicas--o-caso-luth-e-a-eficacia-horizontal-dos-direitos-fundamentais>. Acesso em: 27 set. 2024.

qualquer outro lugar do mundo. Nesse sentido, Otávio Luiz Rodrigues Jr. divisa a existência de três modelos na doutrina brasileira: i) um fraco, que, embora dispense a obrigatoriedade da mediação legislativa, compreende a eficácia direta como *ultima ratio*, a ser empregada em caráter residual; ii) um forte, que concebe a eficácia imediata em caráter primário; e iii) um sincrético, de características demasiado vagas para ser enquadrado em algum dos anteriores.²⁰²

Sem que possamos analisar com a merecida atenção cada um desses modelos, cumpre apenas referir que, embora predomine a teoria da eficácia horizontal imediata dos direitos fundamentais, há um número não irrelevante de autores nacionais que advogam pela tese divergente. Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, por exemplo, sustentam que os direitos fundamentais devem incidir de maneira indireta nas relações particulares, destacando o papel do Poder Judiciário na interpretação e aplicação das cláusulas gerais do direito privado.²⁰³

Marcelo Schenk Duque, em trabalho de fôlego sobre a matéria, defende que o modelo da eficácia indireta se revela como o mais apto a conferir uma base racional à eficácia horizontal dos direitos fundamentais sem acarretar uma ruptura no ordenamento jurídico que venha a abalar o edifício do direito privado. Assim, o alicerce dessa teoria, para o autor, jaz na constatação de que a tarefa de concretizar os direitos fundamentais, demarcando as posições jurídicas dos atores privados, compete precipuamente ao legislador. De outro norte, eventuais insuficiências nesse modelo podem ser supridas mediante a atuação do Poder Judiciário, ao interpretar as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados.²⁰⁴

Também o próprio Otávio Luiz Rodrigues Jr. propõe a adoção de um *modelo fraco* de eficácia indireta, pautado pelo reconhecimento da imprescindibilidade da filtragem dos direitos fundamentais pelo direito civil, a qual decorre da necessidade de preservar o espaço democrático e a separação de poderes, bem como a segurança jurídica, além de evitar a completa transferência, para o âmbito judicial, do nível decisório da autonomia privada. Não obstante, o autor admite o recurso direto aos direitos fundamentais em duas situações: i) na excepcional hipótese de direitos

²⁰² RODRIGUES JR., Otávio Luiz. **Direito civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019 (Recurso eletrônico).

²⁰³ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2011. p. 104-111.

²⁰⁴ DUQUE, Marcelo Schenk. **Eficácia horizontal dos direitos fundamentais e jurisdição constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora dos Editores, 2019. p. 302-3.

imediatamente vinculantes; e ii) quando, diante da omissão legislativa o recurso às cláusulas gerais se mostrar insuficiente para efetivar direitos fundamentais.²⁰⁵

Por fim, na seara jurisprudencial, o Recurso Extraordinário n.º 201.819/RJ, julgado pelo STF no ano de 2005, é considerado um autêntico *leading case* sobre a temática em apreço. Nessa decisão, que versa sobre a exclusão de associado dos quadros da União Brasileira de Compositores (doravante, UBC), sem que tenham sido observadas as garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, o relator para o acórdão, Min. Gilmar Mendes, entendeu que as particularidades do caso justificavam a aplicação direta dos direitos fundamentais, devido ao caráter essencial da atividade desenvolvida pela UBC na cobrança de direitos autorais.²⁰⁶

Inobstante a divergência acerca da eficácia mediata ou imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, o fato é que ambas as correntes convergem no sentido de reconhecer a importância da vinculação dos atores sociais detentores de expressivo poder social e econômico aos direitos fundamentais, dadas as relações manifestamente desiguais que se estabelecem entre o indivíduo e tais entidades, ao ponto de poderem ser consideradas relações similares àquelas havidas entre o cidadão e o Estado.²⁰⁷

Outro aspecto de uma teoria geral dos direitos fundamentais que entendemos relevante para uma adequada compreensão da liberdade de expressão no ordenamento jurídico brasileiro diz respeito ao âmbito de proteção, cuja definição constitui pressuposto essencial para a análise de qualquer direito em espécie. O âmbito de proteção diz respeito aos *atos, fatos, estados ou posições jurídicas* albergados pela norma que garante o direito em questão.²⁰⁸ Definir o âmbito de proteção de um direito fundamental, portanto, significa identificar qual o bem jurídico protegido e contra que tipo de intervenção se está protegendo²⁰⁹, sendo que, por

²⁰⁵ RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Direito civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019 (Recurso eletrônico).

²⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ**. Relatora: Min. Ellen Gracie. Redator do Acórdão: Min. Gilmar Mendes. Julgado em 11 out. 2005. Diário da Justiça, Brasília, 27 out. 2006. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur7704/false>. Acesso em: 02 out. 2024.

²⁰⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: Algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. **Revista Fórum de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 231-287, 2012.

²⁰⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 72.

²⁰⁹ MENDES, Gilmar F. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: Estudos de Direito Constitucional. 4. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012 (Recurso eletrônico).

intervenção, entende-se geralmente uma ação ou omissão estatal que impossibilita o exercício de um direito fundamental – i.e., a prática de um comportamento abrangido pelo âmbito de proteção – ou que atribui uma consequência jurídica negativa ao seu exercício.²¹⁰

O âmbito de proteção e a respectiva intervenção são elementos constitutivos do suporte fático da norma de direito fundamental, cujo preenchimento é condição para que a sua consequência jurídica possa ocorrer. Além desses, há um terceiro componente que integra o suporte fático, a saber, a ausência de fundamentação constitucional. Assim, sempre que houver uma intervenção não fundamentada sobre o âmbito de proteção de um direito fundamental, deverá ocorrer a consequência jurídica prevista para o caso (em regra, a exigência de cessação da intervenção).²¹¹

A amplitude do suporte fático dos direitos fundamentais está intimamente atrelada à definição dos limites e restrições que lhes são aplicáveis. As teorias que propõem um suporte fático mais restrito têm como principal característica a exclusão *a priori* de determinadas posições jurídicas do âmbito de proteção dos direitos fundamentais. Destarte, seu foco está em definir aquilo que deve ou não ser incluído nesse âmbito, assim como delimitar a extensão do conceito de intervenção estatal. A seu turno, as teorias que defendem um suporte fático amplo rejeitam essas premissas, uma vez que consideram todo objeto que esteja incluído no “âmbito temático” de um direito fundamental como estando *prima facie* protegido.²¹²

Percebe-se, então, que há uma relação direta entre a abrangência com que se entende o âmbito de proteção e a possibilidade de se classificar qualquer ato estatal como restrição²¹³, i.e., quanto maior o alcance da área de proteção de um direito fundamental, maior ou mais frequente a possibilidade de que uma ação ou omissão estatal possa afetá-lo.²¹⁴ Por conseguinte, um modelo teórico que conceba de forma ampla o âmbito de proteção e o conceito de intervenção estatal deve enfrentar um

²¹⁰ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2011. p. 143-4.

²¹¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 73-5.

²¹² Ibidem, p. 79-125.

²¹³ MENDES, Gilmar F. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012 (Recurso eletrônico).

²¹⁴ DIMOULIS; MARTINS, Op. Cit., p. 145-6.

importante desafio que decorre dessa expansão, qual seja, o da relação entre direitos fundamentais e seus limites ou restrições.²¹⁵

Desde logo, podemos vislumbrar a existência de duas correntes. A primeira, chamada de teoria interna, não admite a existência de restrições aos direitos fundamentais, os quais já possuem o seu conteúdo previamente determinado.²¹⁶ Logo, para essa teoria, é possível falar em limites imanentes aos direitos fundamentais, uma vez que o processo de delimitação é algo interno a cada direito, não sendo influenciado pela sua colisão com os demais. A partir desse enfoque, portanto, direitos fundamentais possuem sempre a estrutura de regras, aplicáveis mediante o raciocínio “tudo ou nada”, não podendo ser objeto de ponderação.²¹⁷

Já a segunda vertente, chamada de teoria externa, identifica a existência de dois objetos distintos: o direito fundamental em si e as suas restrições. Assim, existiria, em princípio, um direito fundamental não limitado, o qual posteriormente vem a sofrer restrições, diante da necessidade de compatibilização com outros bens jurídicos, que o convertem em um direito limitado.²¹⁸ Dessa distinção advêm consequências práticas significativas. É principalmente a partir da teoria externa que se chega à técnica da ponderação como forma de solução das colisões entre direitos fundamentais. É também ela que conduz ao critério da proporcionalidade, com seus tradicionais desdobramentos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.²¹⁹

Isso porque a teoria externa, estreitamente relacionada à teoria dos princípios²²⁰, é pautada pela distinção entre posições jurídicas *prima facie*, que correspondem ao direito antes da sua limitação, e posições jurídicas definitivas,

²¹⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 126.

²¹⁶ MENDES, Gilmar F. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012 (Recurso eletrônico).

²¹⁷ SILVA, Op. Cit., p. 128-9.

²¹⁸ MENDES, Op. Cit.

²¹⁹ SILVA, Op. Cit., p. 128-9. Não se ignora a controvérsia existente acerca da natureza jurídica da proporcionalidade, se princípio, regra ou postulado aplicativo-normativo. Preferimos utilizar, aqui, a expressão *critério* por nos parecer um termo neutro, a fim de que possamos tratar da proporcionalidade sem tomar posição nesse debate.

²²⁰ Por *teoria dos princípios*, referimo-nos, aqui, à teoria de Robert Alexy, pautada pela existência de uma diferenciação qualitativa entre duas espécies de normas jurídicas: regras e princípios. Para o autor alemão, a nota distintiva entre ambas as espécies é o fato de que os princípios devem ser considerados como “mandamentos de otimização”, i.e., são normas que ordenam a realização de algo na maior medida possível, levando-se em consideração as possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Estas, por sua vez, dependem das regras e princípios colidentes. Portanto, é da natureza dos princípios que eles possam obter satisfação em graus variados. Por sua vez, regras são normas que impõem mandamentos definitivos, de sorte que sempre serão satisfeitas (ou não satisfeitas) em sua integralidade. Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 85-91.

equivalentes ao direito já limitado.²²¹ Nesse paradigma, o direito definitivo não pode ser definido *a priori*; o seu conteúdo só pode ser estabelecido no caso concreto, após a ponderação ou aplicação do critério da proporcionalidade. Destarte, a teoria externa, pressupõe que as restrições aos direitos fundamentais são definidas a partir das condições fáticas e jurídicas existentes, e não de qualquer elemento que lhes seja intrínseco.²²²

Quanto às espécies de restrições, estas podem se dar por disposição constitucional expressa; por normas legais promulgadas com base na Constituição; ou, ainda, nas hipóteses de colisões entre direitos fundamentais.²²³ Nessa última hipótese, trata-se de uma restrição baseada em princípios, que pressupõe a ausência de uma ponderação antecedente por parte do legislador, cabendo ao Poder Judiciário decidir, no caso concreto, qual direito fundamental deverá prevalecer, o que, por sua vez, implica restringir o direito fundamental garantido pelo princípio que foi preterido.²²⁴

A hipótese mais frequente, contudo, é a de restrições levadas a cabo por meio da legislação infraconstitucional. Trata-se de situação na qual uma regra restringe um direito fundamental ao proibir uma conduta que este *prima facie* permitiria. Essa regra, que expressa o resultado de uma ponderação de princípios previamente efetuada pelo legislador, poderá ser objeto de escrutínio judicial, ocasião em que a constitucionalidade da restrição imposta deverá ser aferida à luz do critério da proporcionalidade.²²⁵

O critério da proporcionalidade tem origem no direito constitucional alemão, tendo sido desenvolvido pela jurisprudência do *BVerfG* a partir dos anos 1950 e recepcionado sem demora pela doutrina daquele país, de onde espalhou-se para outros lugares do mundo, incluindo o Brasil. Considerado pelo *BVerfG* uma norma constitucional não escrita, o critério da proporcionalidade decorre da vinculação dos poderes – sobretudo do legislador – aos direitos fundamentais, instituída pelo art. 1.º, III, da GG. Trata-se, assim, de um mandamento constitucional que visa aferir a constitucionalidade de intervenções estatais nos direitos fundamentais.²²⁶

²²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 408.

²²² SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 140.

²²³ SARLET, Op. Cit., p. 410-11.

²²⁴ SILVA, Op. Cit., p. 142-3.

²²⁵ Ibidem, p. 141-2 e 178-9.

²²⁶ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2011. p. 176-184.

A violação da proporcionalidade, *mediante contraditoriedade, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins*, é identificada pela doutrina como manifestação do excesso de poder legislativo, que traduz um vício de inconstitucionalidade substancial. Assim, o controle de constitucionalidade à luz do critério da proporcionalidade ou da proibição do excesso *contempla os próprios limites do poder de conformação outorgado ao legislador*. Não compete à jurisdição constitucional, porém, investigar o mérito ou a conveniência do ato legislativo, tendo em vista que a definição de finalidades e a escolha dos meios adequados pressupõem um juízo de caráter eminentemente político.²²⁷

Ao exercer o controle de constitucionalidade, portanto, deve-se avaliar se as restrições impostas pelo legislador aos direitos fundamentais são compatíveis com o critério da proporcionalidade. Esse escrutínio pressupõe não apenas a legitimidade dos meios empregados e dos fins perseguidos, como também a adequação desses meios para a realização dos objetivos almejados e a necessidade de sua utilização. Assim, além de revelarem-se aptas a atingir os fins desejados, as intervenções adotadas devem constituir o meio menos gravoso para tanto. Destarte, a restrição não será necessária se houver uma medida menos onerosa capaz de atingir, de modo igualmente eficaz, o fim pretendido. Finalmente, a proporcionalidade em sentido estrito atua como um *controle de sintonia fina* da solução encontrada, indicando a sua justeza ou a necessidade de revisá-la.²²⁸

Além da proporcionalidade, a garantia do núcleo essencial também exerce papel importante como instrumento de limitação das restrições aos direitos fundamentais. O núcleo essencial, em suma, diz respeito à parte do conteúdo de um direito que é indispensável para que ele tenha uma eficácia mínima e seja reconhecido como um direito fundamental. Assim, qualquer restrição não pode privá-lo dessa eficácia mínima. Embora a CF/88 não tenha expressamente acolhido uma garantia do núcleo essencial, isso não impediu o reconhecimento dessa garantia, que é utilizada pelo STF, por exemplo, para interpretar as limitações materiais ao poder constituinte de reforma.²²⁹

²²⁷ MENDES, Gilmar F. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: Estudos de Direito Constitucional. 4. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012 (Recurso eletrônico).

²²⁸ Ibidem.

²²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 421.

Feitas essas considerações de ordem mais geral acerca dos direitos fundamentais, vejamos como elas se aplicam no caso específico do direito fundamental à liberdade de expressão, tal como instituído pela ordem constitucional brasileira a partir da CF/88.

Digno de nota, a um primeiro olhar, é o fato de que o constituinte, em vez de simplesmente assegurar, de modo genérico, a liberdade de expressão, desdobrou-a em uma série de liberdades específicas, garantidas por múltiplos dispositivos. A fim de possibilitar uma compreensão geral das liberdades em espécie que integram o âmbito de proteção da liberdade de expressão, tomada como gênero, é possível dividi-las da seguinte forma: i) livre manifestação do pensamento, a qual abrange a liberdade de opinião; ii) liberdade de expressão artística; iii) liberdade de ensino e pesquisa; iv) liberdade de imprensa (comunicação e informação); e v) liberdade de expressão religiosa.²³⁰

A fim de que sua proteção seja compatível com o grau de destaque que lhe atribuiu o constituinte, o âmbito de proteção da liberdade de expressão deve ser compreendido da forma mais extensa possível, abrangendo todas as formas de manifestação não violenta. Portanto, ao menos *prima facie*, a liberdade de expressão engloba *toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não*.²³¹

Nesse trilhar, considerando que a liberdade de opinião – a liberdade do indivíduo de adotar a atitude intelectual de sua preferência, de pensar e de dizer o que crê ser verdadeiro – é o alicerce de todas as formas de liberdade de expressão²³², podemos afastar, desde logo, a possibilidade de submeter essa liberdade a qualquer critério de comprovação da verdade, uma vez que seu objeto está sempre eivado de um alto componente subjetivo, cuja natureza abstrata não se presta ao exame de sua correção. Quando se trata de crenças ou de ideias, a sua discussão, confrontação ou crítica só pode ter lugar à luz de outras opiniões ou juízos de valor.²³³

²³⁰ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553621163/>. Acesso em: 26 set. 2024.

²³¹ MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2021 (Recurso eletrônico).

²³² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 243.

²³³ FARIAS, Edilson Pereira de. **Liberdade de expressão e comunicação: Teoria e proteção constitucional**. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2004. p. 80-1.

Disso não se extrai, evidentemente, que mesmo as opiniões que atinjam direitos personalíssimos de terceiros, como honra, vida privada, intimidade e imagem, ou que configurem incitação ao crime, se encontrem protegidas pela liberdade de expressão. Ao contrário, em tais hipóteses poderá se estar diante de uso abusivo de tal liberdade, que deverá ser aferido no caso concreto, mediante os critérios de solução de conflitos entre direitos fundamentais.²³⁴ Voltaremos ao tópico mais adiante, ao tratarmos dos limites ao direito fundamental à liberdade de expressão.

Além do conteúdo, importa destacar que também se encontram protegidos os meios de expressão, noção aberta que permite a inclusão de novas modalidades, como é o caso da comunicação por meios eletrônicos, de modo geral, e nas redes sociais em particular.²³⁵ Além disso, o âmbito de proteção desse direito fundamental tem por escopo as mais diversas formas de expressão, o que inclui as manifestações não verbais, como as que ocorrem por meio das artes plásticas, da música, de expressões corporais, simbólicas etc.²³⁶

Assim como todos os direitos fundamentais, a liberdade de expressão possui tanto uma dimensão subjetiva como uma dimensão objetiva. Na condição de direito subjetivo, a liberdade de expressão opera, de modo precípuo, como direito de defesa, de caráter negativo, tutelando o direito da pessoa de não ser impedida de propagar suas ideias e opiniões. Ao mesmo tempo, encampa o direito da pessoa de não se expressar ou de não se informar.²³⁷ Desse modo, ela opera em dois momentos distintos: antes da ocorrência da manifestação, visando protegê-la de qualquer espécie de censura prévia; e após a manifestação, quando regularmente exercida a liberdade de expressão, afastando a imposição de medidas repressivas.²³⁸

Por sua vez, em sua dimensão objetiva, a liberdade de expressão assume um aspecto transindividual, na medida em que representa um valor fundamental do Estado Democrático de Direito, de extrema relevância para a comunidade política

²³⁴ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553621163/>. Acesso em: 26 set. 2024.

²³⁵ Ibidem.

²³⁶ MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2021. *E-book*. p. 121. *E-book*.

²³⁷ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, Op. Cit.

²³⁸ SARMENTO, Daniel; OSÓRIO, Aline. Art. 5.º *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. p. 212.

como um todo, e que radica, em última análise, na própria dignidade humana.²³⁹ Nessa perspectiva objetiva, a liberdade de expressão exerce uma eficácia irradiante sobre todo o ordenamento jurídico, fornecendo diretrizes para a interpretação e aplicação das normas jurídicas em geral.²⁴⁰

Da dimensão objetiva, decorre, ainda, a ideia de que o papel do Estado perante a liberdade de expressão não é unicamente negativo, englobando, também, ações positivas, voltadas à promoção e à proteção desse direito fundamental, mediante a criação de organizações e procedimentos que amparem o seu livre exercício, bem como protegendo-a em face das ameaças provenientes de terceiros.²⁴¹

A respeito da titularidade da liberdade de expressão, trata-se de um direito fundamental titularizado por todas as pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras. Mais ainda, sua titularidade pode ser entendida como *bidirecional ou complexa*, porquanto visa proteger os interesses não apenas do emissor da mensagem, como também de sua audiência e da sociedade como um todo.²⁴² Nesse sentido, afirma-se que a CF/88 consagra tanto um aspecto individual da liberdade de expressão, vinculado à dignidade humana e à autonomia individual, que abarca o direito de cada um de se manifestar sem sofrer interferências indevidas, quanto um aspecto coletivo, que contempla o direito da sociedade de ser informada, bem como de travar conhecimento com as opiniões de terceiros.²⁴³

Por sua vez, o principal destinatário da liberdade de expressão é, sem sombra de dúvidas, o Estado. Todavia, para além de uma vinculação direta de todos os poderes públicos, não se pode descuidar da existência de uma vinculação também dos atores particulares, que poderá ser direta ou indireta, a depender do caso, no âmbito da mencionada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, do que são

²³⁹ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. *E-book*. p. 451. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553621163/>. Acesso em: 26 set. 2024.

²⁴⁰ SARMENTO, Daniel; OSÓRIO, Aline. Art. 5.º *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. p. 212.

²⁴¹ *Ibidem*, p. 212.

²⁴² *Ibidem*, p. 212.

²⁴³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense, 2024. *E-book*. p. 540. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553621132/>. Acesso em: 26 set. 2024.

exemplos o direito de resposta e o direito à indenização por danos imateriais decorrentes do abuso da liberdade de expressão.²⁴⁴

Finalmente, acerca dos limites ao direito fundamental à liberdade de expressão, é importante distinguir entre aqueles que estão expressamente previstos no texto constitucional e aqueles que emergem a partir de sua colisão com outros direitos e bens constitucionalmente previstos.²⁴⁵ Por outro lado, é possível indagar a possibilidade de restrições legais à liberdade de expressão, tratando-se de hipótese controvertida, cuja análise reservaremos para a próxima seção deste capítulo, quando examinaremos a decisão proferida pelo STF na ADPF n.º 130.

Quanto ao primeiro caso, desde logo se verifica que a própria CF/88 estabelece alguns limites à liberdade expressão, tais como a vedação do anonimato, o direito de resposta proporcional ao agravo e o direito à indenização por danos materiais e imateriais, ao mesmo tempo em que veda qualquer espécie de censura. De uma interpretação conjunta dessas disposições, emerge que o constituinte optou por uma regra geral segundo a qual eventuais abusos no exercício desse direito devem ser objeto de sanção *a posteriori*. Somente em hipóteses absolutamente excepcionais é que se pode admitir a restrição prévia a essa liberdade para fins de salvaguardar outros direitos ou bens constitucionais, sempre por meio de decisão judicial.²⁴⁶

No que tange à amplitude em que se deve entender o conceito de censura adotado pela CF/88, mostra-se insuficiente a definição tradicional, que entende censura tão somente como o controle prévio ou *a posteriori* exercido por órgãos estatais, em geral vinculados ao Poder Executivo, sobre o exercício das liberdades de expressão e comunicação. O acúmulo de poder econômico e o surgimento de novos meios de comunicação social, detentores de considerável influência na sociedade, impõe uma interpretação mais abrangente, à luz da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a fim de abarcar não apenas a típica censura administrativa, mas também a censura privada, operada por quaisquer entidades particulares que possuam condições de silenciar a manifestação do pensamento e a transmissão de

²⁴⁴ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. *E-book*. p. 451. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553621163/>. Acesso em: 26 set. 2024.

²⁴⁵ MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2021. *E-book*. p. 124. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593952/>. Acesso em: 27 set. 2024.

²⁴⁶ SARMENTO, Daniel; OSÓRIO, Aline. Art. 5.º *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. p. 213.

informações.²⁴⁷ Retomaremos esse tema no próximo capítulo, ao tratarmos da governança privada exercida pelas *Big Tech*.

Retornando às limitações constitucionalmente previstas, vê-se que a vedação do anonimato, em verdade, busca justamente salvaguardar a possibilidade de responsabilização civil e penal do autor de uma manifestação atentatória a direito fundamental alheio, eis que, do contrário, ficaria obstado o direito à indenização. Oportuno ressaltar que a indenização a ser arbitrada em casos tais deverá observar critérios de proporcionalidade, uma vez que a fixação de valores altos poderá acarretar um efeito inibidor da liberdade de expressão e até mesmo levar, em casos extremos, à inviabilização do seu exercício.²⁴⁸ Trata-se do chamado *chilling effect*, reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência norte-americanas, o qual causa uma dissuasão no exercício da liberdade de expressão como resultado de uma regulação estatal.²⁴⁹ Também o STF já reconheceu, em certos casos, a possibilidade de que determinada norma ou decisão judicial pudesse causar esse efeito inibitório.²⁵⁰

Por sua vez, o direito de resposta proporcional ao agravo é um mecanismo voltado à tutela da honra, da imagem e da reputação de pessoas físicas ou jurídicas injustamente ofendidas em veículos de comunicação. Esse direito autônomo, que atua como limite à liberdade de expressão, permite que a parte lesada publique uma resposta proporcional à ofensa no mesmo meio, garantindo assim o contraditório e o direito de acesso à mídia. Embora restrinja, em certa medida, a liberdade de expressão dos meios de comunicação, o direito de resposta contribui para um debate público mais justo e equilibrado.²⁵¹

Para além dos limites expressos no texto constitucional, a liberdade de expressão também pode ser afetada em seu âmbito de proteção por meio da colisão com outros direitos fundamentais, hipótese que deverá ser solucionada no caso

²⁴⁷ FARIAS, Edilson Pereira de. **Liberdade de expressão e comunicação**: Teoria e proteção constitucional. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2004. p. 188-9.

²⁴⁸ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. *E-book*. p. 455-7. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553621163/>. Acesso em: 26 set. 2024.

²⁴⁹ SCHAUER, Frederick. Fear, risk and the first amendment: Unraveling the Chilling effect. **William & Mary Law School Scholarship Repository: Faculty Publications**, n. 879, p. 685-732, 1978. Disponível em: <https://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2010&context=facpubs>. Acesso em: 27 set. 2024.

²⁵⁰ Veja-se, a título de exemplo, a Rcl 23.899/PR. Rel. Min. Rosa Weber, DJe 30.10.2023; e a ADI 5.537/AL. Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 17.09.2020.

²⁵¹ SARMENTO, Daniel; OSÓRIO, Aline. Art. 5.º *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. p. 219.

concreto. No entanto, importa salientar que, devido à sua importância para o processo democrático e o pluralismo político, a liberdade de expressão é por vezes tida pela doutrina como detentora de uma posição preferencial quando em conflito com outros direitos fundamentais, o que, contudo, não implica afirmar que se trata de um direito absoluto ou ilimitado, mas tão somente que possui uma posição de vantagem frente a outros direitos fundamentais quando da necessidade de solucionar conflitos em casos concretos, sendo sempre necessário levar em consideração as exigências da proporcionalidade.²⁵² Percebe-se, assim, que a teoria da *preferred position*, mencionada no capítulo anterior, foi recepcionada pela dogmática jurídica brasileira, assim como pelo STF, ainda que de modo bastante mitigado, conforme veremos mais adiante nesse capítulo.

Dentre os direitos fundamentais que mais frequentemente entram em conflito com a liberdade de expressão encontram-se certamente os direitos à honra, imagem, intimidade e vida privada, coletivamente denominados direitos da personalidade. Impõe-se, assim, a fixação de critérios mínimos para a solução desses conflitos.

Inicialmente, no que tange aos direitos à honra e à imagem, aí inclusa a reputação, é relevante distinguir entre os casos que envolvem pessoas públicas, como artistas, pessoas famosas e políticos, daqueles que envolvem cidadãos privados. Na primeira hipótese, a tutela da personalidade se dá de maneira menos intensa do que na segunda, porquanto diz respeito, geralmente, a questões de maior interesse social.²⁵³

Contudo, menor proteção não é sinônimo de supressão completa dos direitos de personalidade das pessoas públicas. Conforme já decidiu o STF, embora a condição de agente público atenua o grau de reprovabilidade da conduta do autor da manifestação, as críticas não podem ser infundadas, devendo ser observados certos limites. Assim, acusações graves e cuja veracidade não seja comprovada ensejam a reparação por danos morais.²⁵⁴

²⁵² SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. *E-book*. p. 451. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553621163/>. Acesso em: 16 set. 2024; BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense, 2024. *E-book*. p. 541-2. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553621132/>. Acesso em: 16 set. 2024.

²⁵³ SARMENTO, Daniel; OSÓRIO, Aline. Art. 5.º *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. p. 214.

²⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Originária nº 1.390/PB**. Plenário. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgado em 12 maio 2011. Diário da Justiça, Brasília, 30 ago. 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626839>. Acesso em: 27 set. 2024.

Da mesma forma, os direitos à intimidade e à vida privada também são objeto de proteção mitigada quando se tratar de pessoas públicas, desde que se verifique a existência de efetivo interesse público acerca dos fatos divulgados. Além disso, é necessário aferir se a informação foi obtida de modo lícito, bem como se os fatos reportados são verdadeiros. Nesse último caso, embora a inveracidade certamente constitua um fator apto a restringir a liberdade de expressão, nem sempre a veracidade conduzirá a uma prevalência desta sobre os direitos de personalidade em tela, os quais englobam justamente a faculdade do seu titular de não ver revelados certos aspectos verdadeiros da sua vida.²⁵⁵

Vejam, a seguir, alguns casos julgados pelo STF que tratam de colisões da liberdade de expressão com outros direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos.

2.2 A liberdade de expressão na jurisprudência do STF

Nesta seção, pretendemos analisar algumas das principais decisões do STF que tratam da liberdade de expressão neste primeiro quarto de século, a saber: a ADPF 130, que declarou a não recepção da Lei n.º 5.250/67 (assim chamada “Lei de Imprensa”) pela CF/88; o RE 1.010.606 (assim chamado “Caso Aida Curi”), que declarou a inexistência, no ordenamento jurídico brasileiro, de um “direito ao esquecimento”; e o HC 82.424/RS (assim chamado “Caso Ellwanger”), que manteve a condenação pelo crime de racismo de um editor de livros que havia publicado obras negando o Holocausto.

2.2.1 ADPF 130 e a não recepção da Lei de Imprensa

Julgada no ano de 2009 e considerada a decisão mais emblemática do STF acerca da liberdade de expressão²⁵⁶, a ADPF 130 foi proposta pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), objetivando a declaração de que determinados dispositivos da Lei n.º 5.250/67, também conhecida como “Lei de Imprensa”, promulgada durante o regime militar que vigorou no Brasil entre 1964 e 1985, não

²⁵⁵ SARMENTO, Daniel; OSÓRIO, Aline. Art. 5.º *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. p. 214.

²⁵⁶ BARROSO, Luna van Brussel. **Liberdade de expressão e democracia na Era Digital**: o impacto das mídias sociais no mundo contemporâneo. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 77.

havia sido recepcionados pela CF/88, ao passo em que outros careceriam de uma interpretação conforme à Constituição.²⁵⁷

Em seu voto condutor, o Ministro Carlos Ayres Britto, partindo do pressuposto da existência de uma relação intrínseca entre liberdade de imprensa e democracia, argumenta que os dispositivos constitucionais que tratam da comunicação social constituem um prolongamento daqueles que dizem respeito à livre manifestação do pensamento, de sorte que se comunicam aos primeiros a natureza jurídica dos segundos, i.e., a de direitos e garantias fundamentais.²⁵⁸ Trata-se da liberdade de imprensa como posição jurídica específica, derivada da liberdade de expressão em sentido lato, conforme já vimos na seção anterior.

Em razão desse fato, prossegue o Min. Ayres Britto no sentido de que, a teor do art. 220, *caput*, da CF/88, as liberdades de pensamento, criação, expressão e informação, entendidas como *sobredireitos de personalidade*, não podem ser objeto de qualquer restrição em seu exercício, independentemente da sua forma de veiculação, salvo aquelas decorrentes do próprio texto constitucional, tais como a vedação ao anonimato, o direito de resposta, assim como as demais expressamente listadas no art. 5.º. Nessa esteira, não se poderia cogitar de qualquer restrição legal à liberdade de expressão, uma vez que os seus limites já teriam sido estabelecidos pelo constituinte, cabendo somente ao Poder Judiciário a tarefa de arbitrar os eventuais conflitos com outros direitos nos casos concretos.²⁵⁹

Importante destacar que a última afirmação não se trata de ponto pacífico, na medida em que, por ocasião do julgamento do RE n.º 511.961/SP, o Min. Gilmar Mendes asseverou que são admissíveis restrições à liberdade de expressão na esfera legislativa, desde que voltadas à promoção de outros valores e interesses de igual relevância constitucional, devendo também respeitar o princípio da proporcionalidade, de modo a não interferir com o núcleo essencial do direito em questão.²⁶⁰ No mesmo sentido é a posição de Ingo Wolfgang Sarlet, para quem eventuais restrições

²⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130/DF**. Tribunal Pleno. Relator Min. Carlos Britto. Julgado em 30 abr. 2009. Diário da Justiça, Brasília, 06 nov. 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur169063/false>. Acesso em: 04 out. 2024.

²⁵⁸ Ibidem.

²⁵⁹ Ibidem.

²⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 511.961/SP**. Tribunal Pleno. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgado em 17 jun. 2009. Diário da Justiça, Brasília, 13 nov. 2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>. Acesso em: 04 out. 2024.

legislativas à liberdade de expressão, desde que possam ser reconduzidas à CF/88, por terem por escopo a proteção de outros bens constitucionais significativos, não podem ser afastadas de plano sob o argumento de que seriam sempre inconstitucionais.²⁶¹

De qualquer sorte, o ponto que mais nos interessa para os fins do presente capítulo é a primeira conclusão presente no voto do Min. Ayres Britto. Segundo ele, a partir dos argumentos anteriores, é possível afirmar que a CF/88 estabelece uma primazia ou precedência da liberdade de expressão *lato sensu*, o que inclui todas as posições jurídicas específicas nas quais esta se desdobra, as quais não podem sofrer qualquer restrição prévia, mas devem ser harmonizadas, de modo contemporâneo, com a vedação do anonimato, o sigilo da fonte e o livre exercício profissional, assim como, *a posteriori*, com o direito de resposta e eventual reparação por danos à honra e à imagem alheias, sem prejuízo da ação penal ocasionalmente cabível.²⁶²

Veja-se que, embora o Ministro relator não utilize a expressão “posição preferencial”, a primazia por ele mencionada tem sido geralmente interpretada como tendo esse significado.²⁶³ Com efeito, a própria ementa do acórdão afirma textualmente que as *liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão artística, científica, intelectual e comunicacional (...) se põem como superiores bens de personalidade e mais direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana*.²⁶⁴

Trata-se de julgado de especial relevância, na medida em que, para além de ser objeto de constante menção nos acórdãos subsequentes acerca da liberdade de expressão, o STF tem admitido o manejo de reclamação constitucional para garantir

²⁶¹ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. *E-book*. p. 459. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553621163/>. Acesso em: 18 set. 2024.

²⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130/DF**. Tribunal Pleno. Relator Min. Carlos Britto. Julgado em 30 abr. 2009. Diário da Justiça, Brasília, 06 nov. 2009. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur169063/false>. Acesso em: 04 out. 2024.

²⁶³ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, Op. Cit., p. 451. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense, 2024. *E-book*. p. 542. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553621132/>. Acesso em: 18 set. 2024.

²⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 511.961/SP**. Tribunal Pleno. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgado em 17 jun. 2009. Diário da Justiça, Brasília, 13 nov. 2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>. Acesso em: 04 out. 2024.

a autoridade desse julgado, suspendendo decisões de instâncias inferiores que interferiram de modo indevido com o exercício da liberdade de expressão.²⁶⁵

Exemplo disso é a Reclamação n.º 18.638/CE, ajuizada pela empresa Três Editorial Ltda. em face de decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará que havia determinado, em ação cautelar, que a reclamante se absteresse de *divulgar, distribuir, comercializar, veicular* a Revista Isto É ou qualquer outra publicação, impressa ou eletrônica, que contivesse notícia relativa a uma investigação criminal envolvendo o então Governador do Ceará, Cid Ferreira Gomes, sob pena de multa diária de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais). Além disso, a decisão havia ordenado a retirada de circulação e o recolhimento de todas as edições impressas do periódico já veiculadas.²⁶⁶

Em decisão monocrática, o Min. Barroso, que já havia suspendido liminarmente os efeitos da decisão reclamada, bem como o trâmite da ação cautelar de origem, julgou procedente a Reclamação, a fim de cassar a decisão. Dentre os argumentos expendidos pelo Min. Barroso encontra-se a afirmação expressa de que *a liberdade de expressão desfruta de uma posição preferencial no Estado democrático brasileiro, por ser uma pré-condição para o exercício esclarecido dos demais direitos e liberdades*. Desse modo, eventuais abusos no exercício desse direito devem ser reparados *a posteriori*, i.e., *por meio de retificação, direito de resposta ou indenização*.²⁶⁷

Também é merecedora de destaque a Reclamação n.º 38.782/RJ, ajuizada pela empresa de *streaming* Netflix Entretenimento Brasil Ltda. em face de duas decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Na origem, a Associação Centro Dom Bosco De Fé e Cultura havia ajuizado ação civil pública em face da reclamada, bem como da empresa Porta dos Fundos Produtora e Distribuidora Audiovisual S.A., com o intuito de impedir a exibição do filme “Especial de Natal Porta dos Fundos: A Primeira Tentação de Cristo”, ao argumento de que a película atentaria contra valores caros à religião cristã. Em sede de agravo de instrumento, o TJ/RJ concedeu medida liminar, a fim de restringir a exibição da obra e condenar a empresa

²⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense, 2024. *E-book*. p. 542. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553621132/>. Acesso em: 18 set. 2024.

²⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 18.638/CE**. Primeira Turma. Relator Min. Roberto Barroso. Diário da Justiça, Brasília, 03 maio 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/pesquisajurisprudenciaexterno.asp>. Acesso em: 06 out. 2024.

²⁶⁷ Ibidem.

ao pagamento de danos morais coletivos pelo período em que o filme esteve disponível na plataforma.²⁶⁸

A Segunda Turma do STF, em decisão relatada pelo Min. Gilmar Mendes, julgou procedente a Reclamação, afastando quaisquer restrições impostas à veiculação da obra em comento. De acordo com o voto condutor, a liberdade de expressão – nesse caso, em especial, a liberdade artística – constitui um pilar fundamental do Estado de Direito, razão pela qual a proibição de determinado conteúdo só pode ocorrer em situações excepcionalíssimas. O Ministro, então, elenca algumas hipóteses nas quais a liberdade de expressão poderia ser restringida: (i) quando se tratar de prática ilícita; (ii) quando houver incitação à violência ou à discriminação; e (iii) nos casos de propagação de discurso de ódio.²⁶⁹

Tais exemplos já deixam entrever o fato de que, não obstante a posição preferencial da liberdade de expressão assentada pelo Min. Ayres Britto no julgamento da ADPF 130 e reiterada pelo Min. Barroso na Reclamação n.º 38.782/RJ, os limites ao exercício desse direito fundamental considerados constitucionalmente legítimos pelo STF são muito mais restritos do que aqueles admitidos pela Suprema Corte norte-americana, nascedouro da doutrina da posição preferencial. Mais adiante, teremos oportunidade de examinar essa questão de modo mais detido, ao tratarmos do assim chamado Caso Ellwanger, expressamente citado pelo Min. Gilmar Mendes no voto condutor da Reclamação n.º 38.782/RJ.

2.2.2 Recurso Extraordinário n.º 1.010.606 e o direito ao esquecimento

O segundo caso que nos propomos a analisar é o Recurso Extraordinário n.º 1.010.606/RJ, também conhecido como *Caso Aída Curi*, que diz respeito ao chamado *direito ao esquecimento*. Trata-se de julgado de especial relevância, uma vez que, diferentemente do anterior, envolve a eficácia horizontal, i.e., em relação a atores privados, do direito fundamental à liberdade de expressão. Nesse caso, de relatoria do Min. Dias Toffoli, o plenário do STF, por maioria, julgando o tema n.º 786 da repercussão geral, fixou a seguinte tese:

²⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 38.782/RJ**. Segunda Turma. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgado em 03 nov. 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755133146>. Acesso em: 06 out. 2024.

²⁶⁹ Ibidem.

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 cível.²⁷⁰

O caso tem origem em uma ação indenizatória por danos morais movida em face da Rede Globo de televisão (Globo Comunicação e Participações S/A) pelos familiares de Aída Jacob Curi, vítima de um assassinato ocorrido em 1958, no Rio de Janeiro. O crime foi retratado no programa televisivo “Linha Direta: Justiça”, exibido em 2004, tendo sido divulgado o nome da vítima, juntamente com fotos e cenas do delito, o que enseja à pretensão indenizatória, rechaçada pelas instâncias inferiores.²⁷¹

Finalmente, após o desprovimento de Recurso Especial interposto, os autores recorreram ao STF, argumentando que o decurso do tempo teria elidido qualquer interesse público acerca do tema, não havendo razão para revolver os fatos cerca de cinquenta anos após o delito. Em suma, pretendiam ver reconhecido o direito ao esquecimento em favor da memória de Aída Curi e de seus familiares.²⁷²

Acerca do direito ao esquecimento, importante destacar que se trata de figura jurídica que deita raízes no direito francês. A expressão tem origem em um comentário jurisprudencial redigido em 1965 pelo jurista Gérard Lyon-Caen acerca da decisão proferida na ação indenizatória ajuizada por Fernande Segret, amante do assassino Henri Landru, em virtude do lançamento de um filme de Claude Chabrol. Com base na análise do caso foi que a expressão “direito ao esquecimento” floresceu na doutrina francesa.²⁷³

Outro antecedente importante no âmbito do direito comparado data de 1973. Trata-se do julgamento do célebre “Caso Lebach” pelo BVerfG, o qual guarda certas similaridades com o Caso Aída Curi. A reclamação constitucional

²⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 1.010.606/RJ**. Plenário. Relator Min. Dias Toffoli. Julgado em 11 fev. 2021. Diário da Justiça, Brasília, 19 mai. 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755910773>. Acesso em: 06 out. 2024.

²⁷¹ SZANIAWSKI, Elimar. O Supremo Tribunal Federal e o julgamento do caso Aída Curi - Parte 1. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 26 abr. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-26/direito-civil-atual-supremo-tribunal-federal-julgamento-aida-curi/>. Acesso em: 21 set. 2024.

²⁷² Ibidem.

²⁷³ ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. A rejeição do direito ao esquecimento como instrumento de tutela da privacidade no direito brasileiro: um exemplo do processo de americanização do direito. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, v. 9, n. 5, p. 785-822, 2023.

(*Verfassungsbeschwerde*), naquele caso, foi impetrada pelo partícipe de um homicídio ocorrido em 1970, em que quatro soldados foram mortos durante o sono, ficando um quinto gravemente ferido. Os autores principais foram condenados à prisão perpétua, enquanto o partícipe recebeu uma pena de seis anos de reclusão.²⁷⁴

Dois anos após o crime, estando o partícipe no limiar de ser agraciado com o livramento condicional, uma emissora de televisão preparou um documentário acerca do caso, o qual continha uma reconstituição do delito, bem como fazia referência ao nome dos envolvidos, o que ensejou a pretensão do partícipe de ver impedida a exibição do programa. Não logrando êxito nas instâncias ordinárias, impetrou, então, a reclamação constitucional.²⁷⁵

No julgamento, o BVerfG entendeu que, em razão do transcurso do tempo, o interesse público na informação deveria ceder em face do direito à ressocialização. Assim, se em um primeiro momento o interesse público na divulgação dos fatos possui prevalência sobre a personalidade do autor, as intervenções subsequentes nos direitos de personalidade deste implicariam uma nova sanção social, de modo que não poderiam ser toleradas.²⁷⁶

Releva notar, também, que em 1996 o BVerfG revisitou o tema, no âmbito do assim chamado “Caso Lebach II”. Na ocasião, um novo documentário sobre o delito estava sendo produzido, tendo um dos autores logrado obter decisão judicial obstando a sua exibição, o que ensejou a reclamação constitucional impetrada pela emissora de televisão. Dessa feita, o BVerfG entendeu que o direito geral de personalidade não garante aos criminosos o direito de impedir que a opinião pública seja confrontada com os fatos. O BVerfG esclareceu que, embora a pessoa do criminoso tenha direito à privacidade, não há imunidade absoluta contra a divulgação de fatos relevantes para sua personalidade, devendo a intensidade da divulgação e seus impactos nos direitos de personalidade ser analisados em cada caso concreto.²⁷⁷

Mais recentemente, em 2014, o Tribunal de Justiça da União Europeia (doravante, TJUE) apreciou o caso *Google vs. Agência Espanhola de Proteção de Dados e Mario Costeja González*, o qual trata do direito ao esquecimento nas mídias

²⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Do caso Lebach ao caso Google vs. Agência Espanhola de Proteção de Dados. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 5 maio 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jun-05/direitos-fundamentais-lebach-google-vs-agencia-espanhola-protecao-dados-mario-gonzalez/>. Acesso em: 21 set. 2024.

²⁷⁵ Ibidem.

²⁷⁶ Ibidem.

²⁷⁷ Ibidem.

digitais. Na origem do caso estava uma reportagem do jornal espanhol La Vanguardia, a qual noticiava o leilão, por dívidas com a seguridade social daquele país, de imóvel pertencente a González. Ao inserir o nome deste no mecanismo de pesquisa do Google, chegava-se facilmente à reportagem em questão, de sorte que, por entender que o acesso a tal informação, transcorridos diversos anos, lhe seria inconveniente, González acionou a Agência Espanhola de Proteção de Dados (doravante, AEPD), postulando a retirada da informação dos arquivos do jornal e do mecanismo de busca. A AEPD, então, determinou a remoção do link de acesso à reportagem dos resultados da pesquisa do Google, que procurou reverter a decisão nas vias judiciais. Finalmente, o caso alcançou o TJUE, que reconheceu o direito de González à desindexação da reportagem dos resultados de busca do Google.²⁷⁸

Em que pese os precedentes estrangeiros que acabamos de mencionar tenham sido objeto de consideração pelo Min. Dias Toffoli em seu voto, a tese fixada pelo STF no caso Aída Curi foi em sentido diametralmente oposto àqueles. Com efeito, enquanto os julgados supracitados apontam para uma tendência de reconhecimento, ao menos no âmbito do direito continental europeu, de um direito ao esquecimento enquanto direito de personalidade, o qual prepondera, em certas circunstâncias, sobre a liberdade de acesso à informação, o STF entendeu que a primazia da liberdade de expressão – nesse caso, em sua dimensão coletiva, como direito de receber informações – impede o reconhecimento de um direito ao esquecimento no âmbito pátrio, uma vez que seria incompatível com a ordem constitucional brasileira.²⁷⁹

Trata-se, portanto, de mais um julgado em que foi reconhecida a posição preferencial da liberdade de expressão. No entanto, importa destacar que a adoção dessa teoria por parte do STF não ficou isenta de críticas por parte da doutrina. Nesse sentido, por exemplo, Fábio de Andrade aponta que a orientação expressa pelo STF nos dois julgados que até aqui analisamos constitui uma expressão do fenômeno da “americanização do direito”, i.e., a *constante absorção de diretrizes, matrizes jurídico-*

²⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Do caso Lebach ao caso Google vs. Agencia Espanhola de Proteção de Dados. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 5 maio 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jun-05/direitos-fundamentais-lebach-google-vs-agencia-espanhola-protecao-dados-mario-gonzalez/>. Acesso em: 21 set. 2024.

²⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 1.010.606/RJ**. Plenário. Relator Min. Dias Toffoli. Julgado em 11 fev. 2021. Diário da Justiça, Brasília, 19 mai. 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755910773>. Acesso em: 06 out. 2024.

*culturais e instrumentos jurídicos decorrentes do direito americano em diversos setores do ordenamento jurídico global.*²⁸⁰

Ainda, conforme o mesmo autor, esse processo de aproximação com a vertente norte-americana resulta no afastamento do direito brasileiro, em relação à tutela da personalidade, de sua matriz no direito continental europeu, no qual não se identifica uma tal prevalência da liberdade de expressão, ainda mais quando em conflito com os direitos de personalidade. Daí que o autor considere o julgamento do Caso Aída Curi como um marco negativo na evolução da tutela da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro.²⁸¹

2.2.3 *Habeas Corpus* n.º 82.424/RS – Caso Ellwanger

Siegfried Ellwanger Castan foi um escritor e editor brasileiro, fundador da Editora Revisão, responsável pela publicação de livros de sua autoria (“Holocausto Judeu ou Alemão? – Nos bastidores da mentira do século”) e de outros escritores (“O Judeu Internacional”, de Henry Ford; “A História Secreta do Brasil”, “Brasil Colônia de Banqueiros” e “Os Protocolos dos Sábios de Sião”, de Gustavo Barroso; “Hitler – Culpado ou Inocente?”, de Sérgio Oliveira; e “Os Conquistadores do Mundo – os verdadeiros criminosos de guerra”, de Louis Marschalko). Em 1996, após absolvição em primeira instância, Ellwanger foi condenado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul como incurso nas sanções do art. 20 da Lei nº 7.716/1989 (Lei do Racismo), uma vez que as obras em tela teriam veiculado mensagens antissemitas e propagadoras de discursos de ódio contra a comunidade judaica.²⁸²

A defesa, então, impetrou *habeas corpus* junto ao Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem, motivando a impetração de novo *writ*, agora dirigido ao STF. Na impetração, o argumento defensivo dizia respeito, exclusivamente, à prescrição. Conforme o art. 5.º, inciso XLII, da CF/88, o crime de racismo é inafiançável e imprescritível. No entanto, a defesa sustentava que os judeus não constituíam uma raça, de modo que não se poderia imputar o delito de racismo ao paciente. Assim, teria ocorrido a prescrição da pretensão punitiva. Embora a defesa não tenha

²⁸⁰ ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. A rejeição do direito ao esquecimento como instrumento de tutela da privacidade no direito brasileiro: um exemplo do processo de americanização do direito. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, v. 9, n. 5, p. 785-822, 2023.

²⁸¹ Ibidem.

²⁸² HARFF, Graziela. **Discurso de ódio no direito comparado**: um enfoque sobre o tratamento jurídico nos Estados Unidos, Alemanha e Brasil. Indaiatuba/SP: Editora Foco, 2022. p. 158-9.

argumentado que a publicação dos livros estaria abrigada pelo direito fundamental à liberdade de expressão, o tema assumiu papel relevante durante o julgamento, em especial por provocação dos Ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio Mello e Carlos Britto.²⁸³

Inicialmente, o Relator, Ministro Moreira Alves, votou pela concessão da ordem, acolhendo o argumento defensivo de que os judeus não constituiriam raça, sem ingressar no tópico da liberdade de expressão. Logo após, o Ministro Maurício Corrêa pediu vista dos autos e o julgamento foi suspenso, vindo a ser retomado no ano seguinte. Na ocasião, esse último inaugurou a divergência, argumentando, no que toca a liberdade de expressão, que essa não é uma garantia absoluta, de modo que o direito à livre manifestação do pensamento não pode abranger ações imorais ou ilegais, bem como que seu exercício não é incondicional, pois um direito fundamental não pode legitimar condutas manifestamente ilícitas.²⁸⁴

O voto do Ministro Mauricio Corrêa foi acompanhado pelos Ministros Nelson Jobim, Cezar Peluso, Ellen Gracie, Celso de Mello, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence. Por sua vez, acompanharam o Relator os Ministros Carlos Ayres Britto e Marco Aurélio Mello. Assim, a ordem foi denegada por 8 a 3.²⁸⁵

Foram diversos os fundamentos elencados por cada um dos Ministros que formaram a maioria para manter a condenação de Ellwanger, assim como por aqueles que votaram de modo favorável ao paciente. Entretanto, um ponto de contato entre alguns dos votos, notadamente os dos Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio Mello, foi a identificação de um conflito entre direitos fundamentais – em especial a liberdade de expressão e a dignidade humana, mas também a igualdade – e o recurso ao princípio da proporcionalidade como critério de solução, ainda que com resultados diversos.²⁸⁶

Não obstante tenha reconhecido que a liberdade de expressão é a base fundamental do sistema democrático, o Ministro Gilmar Mendes manifestou grande

²⁸³ FILHO, João Trindade C. **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira:** como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2018. (Série IDP). *E-book*. p. 154. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547229665/>. Acesso em: 01 out. 2024.

²⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 82.424/RS**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Moreira Alves. Julgado em 17 set. 2003. Diário da Justiça, Brasília, 19 mar. 2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 01 out. 2024.

²⁸⁵ Ibidem.

²⁸⁶ REALE JÚNIOR, Miguel. Limites à Liberdade de Expressão. **Revista Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 11, n. 2, p. 374-401, jul./dez. 2010.

preocupação quanto ao uso dessa liberdade para fins de incitação à discriminação racial, dado que a igualdade política é igualmente necessária para que uma sociedade possa ser considerada verdadeiramente democrática, razão pela qual se deve garantir tanto o direito à liberdade de expressão quanto o direito à não discriminação.²⁸⁷

No caso em exame, entendeu o Ministro que o objetivo principal de Ellwanger era disseminar uma ideologia que beirava o fanatismo, razão pela qual a sua condenação era claramente adequada para proteger uma sociedade pluralista. Além disso, a decisão condenatória também preenchia o critério da necessidade, já que não havia um meio menos oneroso que a punição penal. Quanto à proporcionalidade em sentido estrito, o Ministro considerou que o ônus imposto à liberdade de expressão do paciente era proporcional ao objetivo de preservação dos valores de uma sociedade pluralista e da dignidade humana.²⁸⁸

Dentre os votos minoritários, o do Ministro Marco Aurélio merece destaque por revelar-se profundamente influenciado pelos conceitos apresentados no capítulo anterior. É nítido o influxo da filosofia política liberal de John Stuart Mill e dos critérios desenvolvidos pela Suprema Corte norte-americana ao longo do século XX, desde o *clear and present danger test* até o *Brandenburg test*.²⁸⁹

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio articula uma defesa da liberdade de expressão, a partir de uma visão instrumental que enfatiza a importância desta para o processo democrático e para a construção de uma sociedade livre e aberta, fomentando a autonomia dos cidadãos e o controle do poder político e econômico, bem como possibilitando a difusão de ideias, mesmo as minoritárias ou consideradas radicais. Nesse sentido, destacou o Ministro que, quando a liberdade de veicular opiniões discordantes ou minoritárias é cerceada, permitindo-se apenas a defesa da opinião oficial, aprisiona-se a sociedade em um ambiente no qual a democracia é asfixiada, elevando-se, assim, *o risco de ter-se um povo dirigido, escravo dos governantes e da mídia, uma massa de manobra sem liberdade*.²⁹⁰

²⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 82.424/RS**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Moreira Alves. Julgado em 17 set. 2003. Diário da Justiça, Brasília, 19 mar. 2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 01 out. 2024.

²⁸⁸ Ibidem.

²⁸⁹ FILHO, João Trindade C. **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão**. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2018. (Série IDP). E-book. p. 172-5. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547229665/>. Acesso em: 01 out. 2024.

²⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 82.424/RS**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Moreira Alves. Julgado em 17 set. 2003. Diário da Justiça, Brasília, 19 mar. 2004.

No entanto, ainda de acordo com o voto vencido, não se trata de liberdade absoluta. Seus limites se encontram na utilização de meios violentos e arbitrários para a disseminação do pensamento. Assim, *qualquer manifestação de opinião que seja exacerbadamente agressiva, fisicamente contundente ou que exponha pessoas a situações de risco iminente* estaria fora do âmbito de proteção do direito fundamental à liberdade de expressão.²⁹¹

Nesse caso específico, conforme o Min. Marco Aurélio, a questão de fundo no *habeas corpus* dizia respeito à possibilidade de publicação de livro cujo conteúdo revelasse ideias preconceituosas e antissemitas. Em outras palavras, a pergunta a ser feita seria se o paciente, por meio do livro, instigou ou incitou a prática do racismo. O Ministro questionou se existiam dados concretos que demonstrassem, com segurança, esse alcance, e respondeu que, para ele, a resposta era categoricamente negativa.²⁹²

Em sua opinião, somente estaria configurado o crime de racismo se Ellwanger, em vez de publicar um livro no qual expunha suas ideias acerca da relação entre os judeus e os alemães na Segunda Guerra Mundial, como era o caso, distribuísse panfletos nas ruas de Porto Alegre com dizeres como "morte aos judeus", "vamos expulsar estes judeus do País", ou "peguem as armas e vamos exterminá-los". No entanto, o Ministro enfatizou que nada disso aconteceu no caso em julgamento. Para ele, Ellwanger havia se limitado a escrever e a difundir uma versão da história vista por sua própria perspectiva, razão pela qual concluiu que a condenação deste "não foi o meio mais adequado, necessário e razoável".²⁹³

O caso Ellwanger representa um verdadeiro marco na jurisprudência do STF, tratando-se do único caso em que a corte se debruçou de maneira específica sobre o conflito entre a liberdade de expressão e o discurso de ódio propriamente dito²⁹⁴, causando divisão não só entre os Ministros, como também no âmbito da doutrina, que

²⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 82.424/RS**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Moreira Alves. Julgado em 17 set. 2003. Diário da Justiça, Brasília, 19 mar. 2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 01 out. 2024.

²⁹² Ibidem.

²⁹³ Ibidem.

²⁹⁴ FILHO, João Trindade C. **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão**. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2018. (Série IDP). *E-book*. p. 152. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547229665/>. Acesso em: 01 out. 2024.

se propõe a analisar o caso até hoje, em virtude das diferentes perspectivas que oferece.

Dentre os que concordam com o resultado do julgamento, Cláudia Honório e Helóisa Krol entendem que os livros publicados por Ellwanger caracterizam abuso da liberdade de expressão, “transformando-se em um elemento silenciador que tem como único efeito reduzir a participação da comunidade judaica no discurso”. Afirmam, assim, que a restrição do discurso de Ellwanger se mostra legítima, a fim de preservar a dignidade e a igualdade, essenciais para a democracia.²⁹⁵

No mesmo sentido, Janaína Rigo Santin e Felipe Cittolin Abal argumentam que as obras redigidas e editadas pelo paciente possuíam cunho evidentemente preconceituoso contra um grupo de pessoas, não podendo a liberdade de expressão prevalecer frente à dignidade do coletivo atingido.²⁹⁶

Já no campo dos que consideram equivocada a condenação de Ellwanger, digna de nota é a posição de Leonardo Martins, o qual, ao aferir a proporcionalidade da intervenção estatal na liberdade de expressão do paciente, no caso da aplicação do art. 20 da Lei n.º 7.716/89 pelo STJ, conclui que o STF deveria ter concedido a ordem de *habeas corpus*.²⁹⁷

De acordo com o autor, ao se examinar a proporcionalidade da intervenção no direito fundamental à liberdade de expressão decorrente da aplicação de lei penal, é necessário verificar, de modo objetivo, a partir dos elementos fáticos coligidos, se aquele que se expressa o faz com a intenção de realizar uma contribuição para o debate público e para a formação da opinião pública. Em caso positivo, deve haver uma presunção em favor da liberdade de expressão, incidindo uma espécie de excludente de ilicitude penal em razão da defesa de um interesse constitucionalmente justificado, i.e., o exercício de um direito fundamental.²⁹⁸

No caso Ellwanger, os livros escritos e editados pelo paciente não continham afirmações passíveis de serem constatadas, mas sim juízos de valor sobre fatos, tratando-se da caracterização dos envolvidos nos eventos históricos como vítimas ou

²⁹⁵ HONÓRIO, Cláudia; KROL, Heloísa. Jurisdição constitucional, democracia e liberdade de expressão: análise do caso Ellwanger. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 8, n. 32, p. 77-92, 2008.

²⁹⁶ SANTIN, Janaína Rigo; ABAL, Felipe Cittolin. Antissemitismo e jurisdição constitucional: análise do caso Siegfried Ellwanger. **Revista de Direito Brasileira**, v. 25, n. 10, p. 162-182, abr. 2020.

²⁹⁷ MARTINS, Leonardo. Siegfried Ellwanger: liberdade de expressão e crime de racismo - Parecer sobre o caso decidido pelo STF no HC 82.424/RS (Jurisprudência comentada). **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 1, n. 4, p. 179-209, out./dez. 2007.

²⁹⁸ Ibidem.

algozes. Assim, uma vez que não restou clara a intenção do paciente de apontar e discriminar um determinado grupo de pessoas em razão de suas características étnicas, culturais, religiosas etc., deve-se ao menos admitir a possibilidade de que tais obras representam sua contribuição ao debate público, sendo, portanto, albergadas pela liberdade de expressão, de modo que a intervenção estatal nesse direito não restou justificada.²⁹⁹

Na mesma esteira, Lucas Borges de Carvalho entende que a restrição imposta à liberdade de expressão de Ellwanger não se deu de forma aceitável, eis que não competiria ao STF interferir na autonomia dos cidadãos ao emitir um juízo oficial sobre a história. Por mais absurdas e ofensivas que possam parecer as teses revisionistas e antissemitas defendidas pelo paciente, não é papel do STF, nem de qualquer autoridade no país, proibir a sua expressão pública ou responsabilizar aqueles que as defendem, a menos que haja o risco de um dano claro, grave e iminente, o qual não estava presente nesse caso.³⁰⁰

O caso Ellwanger é possivelmente o julgado mais importante do STF acerca dos limites à liberdade de expressão. Em contraste com a posição preferencial conferida a esse direito na ADPF 130 e no Caso Aída Curi, entre outros, o Tribunal, ao denegar o *habeas corpus* impetrado pela defesa de Ellwanger, atribuiu maior peso à igualdade e à dignidade do povo judeu, mesmo sem identificar a presença de um risco de dano iminente. O resultado demonstra que, apesar de ter adotado em alguma medida a doutrina da posição preferencial da liberdade de expressão, o STF o fez de maneira fortemente mitigada em relação à formulação original dessa teoria, restringindo o exercício desse direito em situações que teriam sido admitidas pela Suprema Corte norte-americana.

De qualquer sorte, os conceitos e os julgados examinados nesse capítulo tratam da liberdade de expressão em sua forma tradicional, uma vez que dizem respeito à liberdade de imprensa (ADPF 130), à veiculação de programa televisivo (Caso Aída Curi) e à publicação de livros (Caso Ellwanger), ainda que a tese firmada pelo STF acerca da incompatibilidade do direito ao esquecimento com a CF/88 possa

²⁹⁹ MARTINS, Leonardo. Sigfried Ellwanger: liberdade de expressão e crime de racismo - Parecer sobre o caso decidido pelo STF no HC 82.424/RS (Jurisprudência comentada). **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 1, n. 4, p. 179-209, out./dez. 2007.

³⁰⁰ CARVALHO, Lucas Borges de. Justiça e liberdade de expressão: uma releitura do caso Ellwanger (Jurisprudência comentada). **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 10, p. 229-255, abr./jun. 2009.

ser estendida ao âmbito digital. Essa forma tradicional, no entanto, tem sido desafiada pelo surgimento da assim chamada Web 2.0 e pela popularização das redes sociais que é sua principal característica, temas que serão objeto do próximo capítulo, no qual pretendemos examinar de mais detido as consequências da revolução digital para a liberdade de expressão.

3 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA ERA DIGITAL

Nos capítulos anteriores, vimos os padrões interpretativos que a Suprema Corte norte-americana e o Supremo Tribunal Federal desenvolveram para enfrentar os problemas relativos à liberdade de expressão. No entanto, à exceção do assim chamado Caso Aída Curi, no qual o STF se deparou com o tema do direito ao esquecimento, o qual também possui repercussões na seara digital³⁰¹, verifica-se que os casos enfrentados por essas cortes tratavam de questões típicas de um modelo de liberdade de expressão que antecede o surgimento da internet, de modo que muitas das soluções encontradas para aqueles problemas não são diretamente aplicáveis aos problemas atuais, conforme será explicitado.³⁰²

Assim, nesse capítulo, iniciaremos com um breve resumo acerca do surgimento da internet; da transição dos seus estágios iniciais para a assim chamada *Web 2.0*, contexto no qual emergem as redes sociais; e do impacto destas sobre a infraestrutura da liberdade de expressão. Em um segundo momento, buscaremos demonstrar como o desenvolvimento de novas tecnologias de informação e comunicação deu azo ao surgimento de um novo modelo de regulamentação estatal do discurso, voltado não mais diretamente aos falantes e editores de conteúdo, mas aos intermediários digitais. A seguir, abordaremos o papel exercido pelas próprias redes sociais no controle do discurso público, em especial por meio da moderação de conteúdo, e como esse controle afeta a liberdade de expressão. Na sequência, veremos como o marco teórico do constitucionalismo digital pode auxiliar na formulação de possíveis soluções para os problemas identificados. Por fim, esboçaremos os contornos básicos de uma regulação que vise à garantia da liberdade de expressão frente à governança privada das plataformas.

3.1 A Web 2.0 e a infraestrutura da liberdade de expressão

A internet, em sentido técnico, nada mais é do que uma infraestrutura de comunicação que possibilita a conexão em rede entre computadores por meio de determinados protocolos padronizados que permitem o compartilhamento de dados entre as máquinas. O surgimento da internet deu-se a partir de um projeto do

³⁰¹ Vide, por exemplo, o caso Mario Costeja Gonzáles, mencionado no capítulo anterior.

³⁰² BARROSO, Luna van Brussel. **Liberdade de expressão e democracia na Era Digital**: o impacto das mídias sociais no mundo contemporâneo. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 89.

Departamento de Defesa do governo norte-americano, o ARPANET, criado em 1969, e sua finalidade inicial, estritamente ligada aos interesses militares daquele país, era permitir aos cientistas superar as dificuldades de executar programas em computadores remotos.³⁰³

Posteriormente, a partir dos anos 1980, o controle da internet foi passando dos militares para as autoridades civis, o que abriu as portas para a sua privatização, ocorrida em 1995. Finalmente, com o desenvolvimento da *World Wide Web* – um sistema baseado em hipertexto (e, mais tarde, multimídia) com a finalidade de conectar arquivos localizados em computadores ao redor do planeta, formando uma rede mundial de informações –, em meados dos anos 1990, a internet veio a assumir a forma que conhecemos hoje.³⁰⁴ É por meio da *World Wide Web* e graças a uma linguagem comum de computador chamada *hypertext mark-up language* (HTML) que todo e qualquer *website* pode ser acessado de qualquer lugar do planeta através de navegadores como Safari, Google Chrome e Firefox.³⁰⁵

Durante esse período ainda incipiente, chamado por vezes de *Web 1.0* ou *era ponto com*³⁰⁶, havia poucos produtores de conteúdo, isto é, pessoas ou instituições direcionadas a inserir material opinativo ou informativo nas citadas redes, e a esmagadora maioria dos usuários era composta por meros consumidores passivos desse material.³⁰⁷ A *Web 1.0* era formada por páginas estáticas e com interatividade limitada, conectadas por meio de hiperlinks e criadas por *web designers* e desenvolvedores. Seu foco estava voltado para a disseminação de informação e para o *e-commerce*.³⁰⁸ As grandes empresas recém estavam começando a explorar as

³⁰³ Para uma história do ARPANET, ver: HAFNER, Katie; LYON, Matthew. **Where wizards stay up late: the origins of the Internet**. New York: Touchstone, 1998. Para uma história da internet como um todo: ABBATE, Janet. **Inventing the Internet**. Cambridge: The MIT Press, 1999.

³⁰⁴ Para uma história da *World Wide Web*, seu desenvolvimento e suas finalidades, ver o livro escrito pelo próprio criador dessa aplicação: BERNERS-LEE, Tim; FISCHETTI, Mark. **Weaving the Web: the original design and ultimate destiny of the World Wide Web by its inventor**. New York: HarperCollins, 2000.

³⁰⁵ MACKINNON, Rebecca. **Consent of the Networked: The Worldwide Struggle for Internet Freedom**. New York: Basic Books, 2012. *E-book*.

³⁰⁶ MURRAY-HUNDLEY, David. **Web 1.0 dotcom era defined**. London: Grumpy Entrepreneur, 2023.

³⁰⁷ CORMODE, Graham; KRISHNAMURTHY, Balachander. Key differences between Web 1.0 and Web 2.0. **First Monday** [Online], v. 13, n. 6, 25 April 2008. Disponível em: <https://web.archive.org/web/20121025113431/http://firstmonday.org/htbin/cgiwrap/bin/ojs/index.php/fm/article/view/2125/1972>. Acesso em: 01 nov. 2023.

³⁰⁸ TERRA, John. What is Web 1.0, Web 2.0, and Web 3.0? definitions, differences & similarities. In: **SimpleLearn**, 13 jan. 2023. Disponível em: <https://www.simplilearn.com/cache3.com/what-is-web-1-0-web-2-0-and-web-3-0-with-their-difference-article.html>. Acesso em: 01 nov. 2024; WEB 1 0: Dotcom Bubble and Web 1 0: Nostalgia for the Early Internet. In: **FasterCapital**, 13 jun. 2024. Disponível em: <https://fastercapital.com/content/Web-1-0--Dotcom-Bubble-and-Web-1-0--Nostalgia-for-the-Early-Internet.html>. Acesso em: 01 nov. 2024.

novas formas de fornecer notícias, entretenimento e educação aos seus consumidores. Eram apenas os primeiros passos da mudança radical que estava por vir na forma como as pessoas consomem conteúdo.³⁰⁹

O estouro da assim chamada “bolha das ponto com”, no início dos anos 2000, mudou esse cenário, fazendo surgir a *Web 2.0*. Diferentemente da sua antecessora, a *Web 2.0* se distingue pela interatividade, colaboração e foco no conteúdo gerado pelos usuários.³¹⁰ O grande símbolo inicial dessa mudança para uma internet mais colaborativa e bidirecional foi a Wikipedia, a qual fornece gratuitamente verbetes de enciclopédia sobre quase todos os tópicos imagináveis, permitindo que qualquer usuário com conexão à Internet edite, atualize e melhore a entrada, em vez de simplesmente apresentar um artigo estático sobre determinado assunto.³¹¹

Se a *Web 1.0* ampliou o acesso à informação, a *Web 2.0* deu um passo além, descentralizando a criação e a distribuição do conteúdo, em especial por meio dos blogs e, posteriormente, das redes sociais.³¹² Assim, enquanto a *Web 1.0* era formada por sites que apenas replicavam o conteúdo pré-formatado do mundo offline, a *Web 2.0* conferiu o protagonismo aos usuários, os quais passaram a compartilhar seu próprio conteúdo, organizá-lo de forma independente e valorizá-lo como algo tão interessante e relevante quanto aquele produzido profissionalmente.³¹³ Em resumo, a *Web 1.0* consistia em navegar por conteúdos criados por terceiros e em conectar todos os computadores do mundo, ao passo em que a *Web 2.0* permitiu a cada um criar seu próprio conteúdo e, assim, conectar as pessoas por meio dos computadores.³¹⁴

Os blogs foram a primeira forma de mídia social a transcender o nicho dos entusiastas de tecnologia, fornecendo um modelo para todas as subsequentes. Trata-se de páginas pessoais da web utilizadas pelos seus autores para compartilhar variadas espécies de conteúdo por meio de postagens exibidas em ordem cronologicamente reversa.³¹⁵ Por meio deles, uma multidão de pessoas, antes

³⁰⁹ MURRAY-HUNDLEY, David. **Web 1.0 dotcom era defined**. London: Grumpy Entrepreneur, 2023.

³¹⁰ Ibidem.

³¹¹ KOSSEFF, Jeff. **The twenty-six words that created the Internet**. Ithaca [New York]: Cornell University Press, 2019. p. 134.

³¹² MURRAY-HUNDLEY, Op. Cit.

³¹³ MCCULLOUGH, Brian. **How the Internet Happened: from Netscape to the iPhone**. New York: Liverlight, 2018 (Recurso eletrônico).

³¹⁴ Ibidem.

³¹⁵ IT's the links, stupid: Blogging is just another word for having conversations. In: **The Economist**, 22 abr. 2006. Disponível em: <https://www.economist.com/special-report/2006/04/22/its-the-links-stupid>. Acesso em: 08 fev. 2025.

privadas, adquiriram uma voz pública, fazendo com que, pela primeira vez, a web fosse vista como uma construção coletiva.³¹⁶

A cultura dos blogs estava baseada na diversidade e na descentralização oferecidas pelos hiperlinks. Estes representavam o espírito aberto e interconectado da Web, tal como havia vislumbrado o seu criador, Tim Berners-Lee.³¹⁷ Por meio deles, tanto o escritor como o leitor podiam estabelecer conexões entre uma história e outra. Ao visitar um blog, o leitor podia sentir-se atraído, no meio do texto, por um link que o conduzia às ideias de outro blogueiro, e assim sucessivamente, até que subitamente não soubesse mais como ou por que havia chegado aonde estava.³¹⁸

Esse aspecto aberto e horizontal que vigorava na década de 2000 praticamente desapareceu em meados da década seguinte. No seu lugar, consolidou-se a filosofia do *Stream*, baseada na combinação de *dois dos valores mais dominantes e supervalorizados da nossa época: novidade e popularidade*. A cultura dos blogs foi substituída pela cultura das redes sociais. Agora, não era mais necessário que os usuários acessassem os sites diretamente. Não era sequer preciso utilizar um navegador. Bastava abrir o aplicativo de uma rede social no seu *smartphone* para ser abastecido por um fluxo interminável de informações, escolhidas por algoritmos complexos e secretos.³¹⁹

Cumpra desde logo definir em que elas consistem: redes sociais são plataformas interativas acessadas através da internet que permitem aos usuários criar um perfil pessoal e, a partir dele, gerar conteúdos (como textos, imagens, vídeos etc.) visíveis a terceiros, os quais também funcionam como um elo para o estabelecimento de conexões interpessoais em rede. Além disso, as redes sociais personalizam a ordenação e a visibilidade dos conteúdos para os usuários por meio de algoritmos, proporcionando a cada usuário uma experiência única de visualização.³²⁰

A ascensão das redes sociais fez com que a *Web* migrasse de um modelo não-linear de comunicação, baseado em nós, redes e links, para um modelo linear, baseado em centralização e hierarquias. Se a *Web* havia começado imitando os livros,

³¹⁶ ROSENBERG, Scott. **Say everything**: how blogging began, what it's becoming, and why it matters. New York: Crown Publishers, 2009. (Recurso eletrônico).

³¹⁷ DERAKHSHAN, Hossein. The Web We Have to Save. **Medium**, 14 jul.2015. Disponível em: <https://medium.com/matter/the-web-we-have-to-save-2eb1fe15a426>. Acesso em: 13 nov. 202.

³¹⁸ KAYE, David. **Speech police**: the global struggle to govern the internet. New York: Columbia Global Reports, 2019 (Recurso eletrônico).

³¹⁹ DERAKHSHAN, Op. Cit.

³²⁰ NITRINI, Rodrigo Vidal. **Liberdade de expressão nas redes sociais**: o problema jurídico da remoção de conteúdo pelas plataformas. Belo Horizonte: Dialética, 2021.

sendo dominada por textos, os aplicativos de redes sociais representavam uma mudança em direção a uma *Web* mais parecida com a televisão: *linear, passiva, programada e autorreferente*.³²¹

Dentre as novas formas de comunicação introduzidas pela *Web 2.0*, as redes sociais são indubitavelmente as mais poderosas. No início de outubro de 2024, de acordo com o relatório produzido pelas empresas *We Are Social* e *Meltwater*³²², havia mais de 5 bilhões de perfis ativos globalmente, somando todas as redes sociais³²³, o que representa 63,8% da população mundial.³²⁴ A rede social mais utilizada é o Facebook, com 3,07 bilhões de usuários ativos mensalmente, ao passo em que o Instagram possui 2 bilhões. Por sua vez, os anúncios do YouTube atingem 2,26 bilhões de pessoas com mais de 18 anos todo mês. São essas as três redes sociais mais utilizadas no mundo.

No Brasil, conforme relatório do Datareportal³²⁵, havia 144 milhões de usuários de redes sociais no início de 2024, correspondendo a 66,3% da população. As redes sociais mais populares no território nacional são o YouTube, com 144 milhões de usuários; o Instagram, com 134,6 milhões de usuários; e o Facebook, com 111,3 milhões de usuários.

Nesse contexto, delineado para melhor compreensão do tema em toda a sua dimensão, a partir da *Web 2.0*, a infraestrutura da liberdade de expressão foi profundamente alterada. Esta diz respeito aos tipos de mídia disponíveis em uma determinada época para a criação e disseminação de conteúdo, dependendo, assim, de fatores tecnológicos, econômicos e sociais.³²⁶

³²¹ DERAKHSHAN, Hossein. The Web We Have to Save. **Medium**, 14 jul.2015. Disponível em: <https://medium.com/matter/the-web-we-have-to-save-2eb1fe15a426>. Acesso em: 13 nov. 2024.

³²² DIGITAL 2024: 5 billion social media users. **We Are Social**, 31 jan. 2024. Disponível em: <https://wearesocial.com/us/blog/2024/01/digital-2024-5-billion-social-media-users/>. Acesso em: 02 nov. 2024.

³²³ Importante destacar que o relatório considera aplicativos de mensagerias instantâneas, a exemplo do WhatsApp, como redes sociais, ao passo em que a definição desse termo que adotamos exclui tais aplicativos dessa conceituação.

³²⁴ Embora o número de perfis ativos não corresponda exatamente ao número de usuários – uma vez que é possível que o mesmo usuário possua mais de um perfil – não há uma diferença massiva entre esses números, de acordo com o próprio relatório. “*Because the same person may manage more than one ‘user identity’, our 5.04 billion figure **doesn’t** represent unique individuals, but our analysis indicates that the number of people using social media shouldn’t be massively different from this user identities total.*”

³²⁵ KEP, Simon. Digital 2024: Brazil. In: **Data Reportal**, 23 fev. 2024. Disponível em: <https://datareportal.com/reports/digital-2024-brazil>. Acesso em: 02 nov. 2024.

³²⁶ BALKIN, Jack M. Old-School/New-School Speech Regulation. **Harvard Law Review**, v. 127, n. 8, p. 2296-2342, June 2014.

Desde a segunda metade do século XIX até o final do século XX, a produção e a troca de conhecimento, informação e cultura estiveram reféns de um modelo econômico industrial, no qual a comunicação em larga escala dependia de grandes investimentos em capital físico, tais como impressoras mecânicas de grande circulação, sistema de telégrafo, transmissores de rádio e televisão potentes, cabos, satélites etc. No entanto, o surgimento da computação e seus efeitos nas tecnologias de comunicação disponíveis fez emergir um novo ambiente informacional, no qual os indivíduos possuem liberdade para exercer um papel mais ativo do que era possível até então, na medida em que os recursos materiais necessários para produzir e comunicar informações de modo eficaz agora estão ao alcance de um número muito maior de pessoas.³²⁷

Nessa conjuntura, o antigo paradigma de que "um produz informação para muitos" foi ultrapassado por um novo, no qual "muitos produzem para muitos". Por conseguinte, os grandes conglomerados midiáticos, com suas redações cheias de profissionais especializados, viram seu poder de pauta sobre a opinião pública ser reduzido significativamente, uma vez que não possuem mais o mesmo controle sobre o que se torna o tema do momento, que antes dependia das escolhas de destaque nas primeiras páginas dos jornais, tampouco o mesmo poder de decidir ocultar determinados fatos ou acontecimentos. Agora, o assunto do momento é definido pelo que se torna viral, muitas vezes criado por um único indivíduo com um celular, conectado a outros por meio de uma rede social.³²⁸

Consoante já reconheceu a Suprema Corte norte-americana, as redes sociais constituem atualmente a nova praça pública, na qual os cidadãos obtêm informações e dialogam entre si acerca de todo e qualquer assunto. É nelas que atualmente se desenrolam os debates sociais, políticos e culturais mais relevantes, permitindo a qualquer indivíduo participar dessas discussões, produzindo e publicando conteúdo em escala global.³²⁹

No entanto, muitas dessas mesmas características descentralizadoras também fazem com que a infraestrutura digital se torne um alvo tentador para o controle do

³²⁷ BENKLER, Yochai. **The wealth of networks**: how social production transforms markets and freedom. New Haven: Yale University Press, 2006. p. 1-4.

³²⁸ PEREIRA FILHO, Rainel Batista. **Redes sociais e limites à liberdade de expressão**: novos desafios para a democracia na era da desinformação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022. p. 66.

³²⁹ UNITED STATES. Supreme Court. **Packingham v. North Carolina**, 582 U.S. ____ (2017). Argued 27 Feb. 2017. Decided 19 Jun. 2017. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/582/15-1194/>. Acesso em: 01 out. 2024.

discurso. Isso porque ao mesmo tempo em que plataformas como redes sociais, serviços de mensageria e afins libertam os indivíduos da dominância exercida pelos antigos conglomerados midiáticos, essas mesmas plataformas se tornam os novos intermediários, que por sua vez oferecem tanto ao Estado quanto a entes privados novas oportunidades de controle e monitoramento.³³⁰

Nesse sentido, destaque-se o voto recentemente proferido pelo *Justice* Clarence Thomas no caso *Biden v. Knight First Amendment Institute at Columbia University*. A ação havia sido originalmente proposta após o presidente norte-americano Donald Trump, em seu primeiro mandato, ter bloqueado diversos usuários em sua conta na rede social à época chamada *Twitter* (atualmente X), impedindo-os de interagir com as suas postagens. A Corte de Apelações do Segundo Circuito havia decidido que a seção de comentários às postagens do então presidente caracterizava um *public forum*³³¹, de sorte que o bloqueio dos usuários violava a Primeira Emenda. Finalmente, a Suprema Corte reconheceu a perda do objeto da ação, em virtude do banimento de Trump da rede social em comento, ocorrido após os eventos que culminaram na invasão do Capitólio, em 6 de janeiro de 2021.³³²

Em seu voto, o *Justice* Thomas aponta, inicialmente, que a principal dificuldade jurídica suscitada pelas redes sociais é o fato de que *aplicar doutrinas antigas a novas plataformas digitais raramente é simples*. Embora reconheça que, em alguns aspectos, o perfil de Trump no *Twitter* se assemelhava a um *public forum*, o magistrado destaca a autoridade irrestrita que uma empresa privada possui de eliminar o perfil, como havia sido feito. Ele, então, chama a atenção para dois fatos importantes: o primeiro é o de que as redes sociais *oferecem vias para quantidades historicamente sem precedentes de discurso*; o segundo é o de que *também é sem precedentes o controle concentrado de tanto discurso nas mãos de algumas poucas entidades privadas*. Finalmente, conclui que, em breve, não haveria escolha a não ser

³³⁰ BALKIN, Jack M. Old-School/New-School Speech Regulation. **Harvard Law Review**, v. 127, n. 8, p. 2296-2342, June 2014.

³³¹ *Public forum* é uma doutrina desenvolvida pela Suprema Corte norte-americana para aferir a constitucionalidade de restrições à liberdade de expressão em espaços pertencentes ao governo. Caso determinado local seja reconhecido como *public forum*, são admissíveis apenas restrições razoáveis de tempo, lugar e maneira, não podendo o governo impor limitações com base no conteúdo da expressão. HUDSON JR., David L. Public forum doctrine. In: **Free Speech Center**, 10 ago. 2023. Disponível em: <https://firstamendment.mtsu.edu/article/public-forum-doctrine/>. Acesso em: 28 out. 2024.

³³² UNITED STATES. Supreme Court. **Biden v. Knight First Amendment Institute at Columbia University**, 593 U.S. __ (2021). Decided 5 Apr. 2021. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/20-197_5ie6.pdf. Acesso em: 01 out. 2024.

*enfrentar a questão de como nossas doutrinas jurídicas se aplicam a uma infraestrutura de informação altamente concentrada e de propriedade privada, como as redes sociais.*³³³

Diante desse cenário, ocorre uma mudança de um modelo *diádico* de liberdade de expressão para um modelo *pluralista*. Naquele, os veículos disponíveis para o exercício da liberdade de expressão eram livros, revistas, jornais, programas de rádio e televisão etc. Além disso, o principal conflito a ser equacionado se dava entre os falantes e os editores de conteúdo, de um lado, que buscavam dar vazão às suas ideias, e o Estado, de outro, que tinha interesse em censurar ou punir determinadas manifestações. Nesse contexto, a regulamentação estatal do discurso era dirigida diretamente aos primeiros.³³⁴

Por sua vez, o modelo *pluralista*, que tem origem justamente nas novas formas de comunicação possibilitadas pela internet, é caracterizado por sua multipolaridade. De modo simplificado, é possível imaginar tal modelo como envolvendo uma disputa entre ao menos três grupos de pessoas e organizações: o Estado e as entidades supranacionais (e.g., a União Europeia); as empresas que operam a infraestrutura digital, em especial os mecanismos de busca e as redes sociais; e, finalmente, as pessoas que utilizam essa infraestrutura para se comunicar.³³⁵

No atual modelo pluralista, a regulamentação do discurso se dá tanto por parte do Estado quanto pelas próprias plataformas digitais, as quais detêm um certo grau de autonomia na moderação do conteúdo produzido por seus usuários, com base nos termos de serviço, nas políticas de privacidade e nos padrões da comunidade, que constituem as regras mais visíveis do espaço virtual.³³⁶

No entanto, verifica-se que, ao fazer escolhas sobre o que é ou não permitido expressar em suas redes, tais empresas não se limitam a proibir manifestações consideradas ilegais pelo ordenamento jurídico do país em que o usuário se encontra. Devido a incentivos de natureza comercial, as redes sociais são levadas a limitar a liberdade de expressão em nível muito superior ao que seria legalmente exigível,

³³³ UNITED STATES. Supreme Court. **Biden v. Knight First Amendment Institute at Columbia University**, 593 U.S. __ (2021). Decided 5 Apr. 2021. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/20-197_5ie6.pdf. Acesso em: 01 out. 20.

³³⁴ BALKIN, Jack M. Free speech in the algorithmic society: big data, private governance, and new school speech regulation. **U.C. Davis Law Review**, v. 51, n. 3, p. 1149-1210, Feb. 2018.

³³⁵ Ibidem.

³³⁶ BLOCH-WEHBA, Hannah. Global platform governance: private power in the shadow of the state. **SMU Law Review**, v. 72, n. 1, p. 27-80, Winter 2019.

restringindo a circulação de conteúdos que não podem ser considerados ilegais, a fim de proporcionar um espaço mais atrativo aos seus anunciantes.³³⁷

Nesse cenário, ao definir e aplicar, de modo unilateral, um conjunto de regras sobre o que pode ou não ser dito por seus usuários, as empresas que detêm a infraestrutura digital atuam de forma análoga aos entes estatais, terminando por impor mais limites à liberdade de expressão nos países onde atuam do que o Poder Judiciário ou o Legislativo locais, o que, ademais, é feito com pouca ou nenhuma transparência, acarretando uma impossibilidade de *accountability*.³³⁸

De outra banda, à parte a autorregulação operada pelas próprias empresas, também o Estado exerce influência sobre elas, valendo-se de mecanismos diversos, a fim de regulamentar o conteúdo que circula através da internet, tendo em vista a dificuldade – senão impossibilidade – de operar diretamente tal vigilância e censura.³³⁹

Resulta, assim, que o problema substancial envolvendo a liberdade de expressão neste início de Século XXI é o de que a habilidade prática de se expressar no ambiente digital é condicionada por três fatores diversos, a saber: a relação dos cidadãos com o Estado; a dos usuários com as empresas proprietárias da infraestrutura digital utilizada para se comunicar; e as relações de cooperação, cooptação e coerção existentes entre os entes públicos e essas empresas.³⁴⁰

Nosso foco, no presente estudo, está voltado para a relação entre os usuários e as empresas detentoras das redes sociais. Mais especificamente, buscamos justificar a necessidade de uma regulação da atividade de moderação de conteúdo exercida pelas redes, bem como delinear os contornos básicos de uma tal regulação, a fim de assegurar um amplo grau de liberdade de expressão, bem como preservar os valores de uma cultura liberal e democrática.

Ilustrativa dessa contextualização foi a decisão proferida pela Suprema Corte norte-americana, em 2017, que declarou inconstitucional uma lei promulgada pelo estado da Carolina do Norte que bania criminosos sexuais de utilizar essas redes. Em decisão unânime, a Corte entendeu que a lei em comento era demasiado ampla, ao

³³⁷ SARLET, Ingo; HARTMANN, Ivar. Direitos fundamentais e direito privado: a proteção da liberdade de expressão nas mídias sociais. **Direito Público**, v. 16, n. 90, p. 85-108, nov./dez. 2019.

³³⁸ Ibidem.

³³⁹ ZITTRAIN, Jonathan; PALFREY, John. Internet filtering: the politics and mechanisms of control. In: DEIBERT, Ronald; PALFREY, John (ed.) *et al.* **Access denied**: the practice and policy of global Internet filtering. Cambridge: The MIT Press, 2008. p. 30.

³⁴⁰ BALKIN, Jack M. Free speech in the algorithmic society: big data, private governance, and new school speech regulation. **U.C. Davis Law Review**, v. 51, n. 3, p. 1149-1210, Feb. 2018.

estabelecer uma proibição sem precedentes na história da Primeira Emenda. De acordo com o *Justice Anthony Kennedy*, barrar completamente o acesso às redes sociais, as quais representam, para uma grande parcela da população, o principal veículo para obter informações, verificar anúncios de emprego, bem como, de modo geral, *explorar os vastos domínios do pensamento e do conhecimento humanos*, impediria o exercício legítimo da liberdade de expressão.³⁴¹

No entanto, antes de adentrar no exame mais aprofundado desse tópico, cumpre inseri-lo no contexto mais amplo da regulamentação do discurso no âmbito digital, em especial a partir da distinção, trazida a lume por Balkin³⁴², entre *old-school speech regulation* – que optamos por traduzir como *modelo tradicional de regulamentação do discurso público* – e *new-school speech regulation* – que traduzimos por *modelo contemporâneo de regulamentação do discurso público*.

3.2 Dois modelos de regulamentação do discurso público

As mudanças ocorridas na infraestrutura da liberdade expressão na era digital ocasionaram o surgimento de um novo modelo de regulamentação do discurso público. Cumpre, então, diferenciá-lo do modelo anterior, examinando os traços essenciais de cada um deles.

O modelo tradicional de regulamentação do discurso público tem como principais alvos os editores de conteúdo e os próprios participantes, atingindo, além de pessoas, determinados espaços, bem como tecnologias pré-digitais de distribuição em massa, valendo-se de métodos como multas civis e criminais, determinações judiciais e até mesmo ordens de prisão. Situações ilustrativas desse modelo são aquelas em que o Estado prende ou deporta pessoas; controla o acesso a espaços públicos que podem ser utilizados para reuniões e protestos; e monopoliza, regula, apreende ou destrói tecnologias de publicação e transmissão, tais como prensas, projetores de cinema, panfletos e livros.³⁴³

³⁴¹ UNITED STATES. Supreme Court. **Packingham v. North Carolina**, 582 U.S. ____ (2017). Argued 27 Feb. 2017. Decided 19 Jun. 2017. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/582/15-1194/>. Acesso em: 01 out. 2024.

³⁴² BALKIN, Jack M. Old-School/New-School Speech Regulation. **Harvard Law Review**, v. 127, n. 8, p. 2296-2342, June 2014.

³⁴³ BALKIN, Jack M. Old-School/New-School Speech Regulation. **Harvard Law Review**, v. 127, n. 8, p. 2296-2342, June 2014; BALKIN, Jack M. Free speech in the algorithmic society: big data, private governance, and new school speech regulation. **U.C. Davis Law Review**, v. 51, n. 3, p. 1149-1210, Feb. 2018.

Tais procedimentos não foram inteiramente abandonados pelos entes estatais na era digital, sendo possível encontrar exemplos recentes de sua utilização, inclusive no Brasil. Com efeito, a determinação judicial do Min. Alexandre de Moraes, do Supremo Tribunal Federal, para que o comunicador Bruno Aiub, conhecido como “Monark”, se abstinhasse de publicar determinados conteúdos relativos à atuação do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal durante as eleições de 2022 – classificados pelo Ministro como “*fake news*”³⁴⁴ – e a subsequente imposição de multa, no valor de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), em razão do descumprimento da decisão anterior³⁴⁵, são típicas do modelo tradicional de regulamentação do discurso, haja vista os métodos utilizados (proibição judicialmente imposta de se manifestar sobre determinado tema, amparada pela cominação de multa), assim como o direcionamento das medidas ao próprio falante e não aos intermediários.

No entanto, apesar da permanência, no repertório estatal, das técnicas associadas ao modelo tradicional de regulamentação do discurso público, é possível perceber a emergência de um novo modelo, o qual procura alcançar a própria infraestrutura digital que torna possível o atual ecossistema de comunicação. Essa infraestrutura inclui redes de distribuição de conteúdo, serviços de nuvem, registradores de domínios, provedores de internet, além de uma série de outras tecnologias.³⁴⁶

O modelo contemporâneo de regulamentação do discurso público surge não apenas em virtude da popularização das novas tecnologias de comunicação, mas também em resposta às dificuldades de se controlar efetivamente o conteúdo que circula por elas. Com efeito, os falantes podem ser anônimos ou podem estar situados

³⁴⁴ VIVAS, Fernanda; FALCÃO, Márcio. Moraes proíbe influencer Monark de espalhar fake news sobre o TSE ou o STF, sob multa de R\$ 10 mil. In: **G1 Política**, Brasília, 14 jun. 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2023/06/14/moraes-proibe-influencer-monark-de-espalhar-fake-news-sobre-o-tse-ou-o-stf-sob-multa-de-r-10-mil.ghtml>. Acesso em: 17 nov. 2023.

³⁴⁵ Ibidem.

³⁴⁶ BALKIN, Jack M. Old-School/New-School Speech Regulation. **Harvard Law Review**, v. 127, n. 8, p. 2296-2342, June 2014; BALKIN, Jack M. Free speech in the algorithmic society: big data, private governance, and new school speech regulation. **U.C. Davis Law Review**, v. 51, n. 3, p. 1149-1210, Feb. 2018. Para uma melhor compreensão da infraestrutura digital e dos elementos que a compõem, cf.: DONOVAN, Joan. Navigating the Tech Stack: When, Where and How Should We Moderate Content? In: **Platform Governance**, 28 Oct. 2019. Disponível em: <https://www.cigionline.org/articles/navigating-tech-stack-when-where-and-how-should-we-moderate-content/>. Acesso em: 27 out. 2023; PRINCE, Matthew. Why we terminated Daily Stormer. In: **Cloudflare**, 16 ago. 2017. Disponível em: <https://blog.cloudflare.com/why-we-terminated-daily-stormer/>. Acesso em: 27 out. 2023; FREE speech: Only as strong as the weakest link. In: **Electronic Frontier Foundation**, [2023]. Disponível em: <https://www.eff.org/free-speech-weak-link>. Acesso em: 27 out. 2023.

em outro país, por exemplo. Já as empresas proprietárias da infraestrutura, além de serem prontamente identificáveis, operam e possuem ativos dentro das fronteiras nacionais.³⁴⁷

Ademais, essas empresas possuem as ferramentas necessárias para controlar o conteúdo que é disseminado em suas plataformas, por meio do bloqueio, da filtragem, da remoção ou de outros meios, dos quais depende, em última análise, o modelo contemporâneo. Em razão disso, torna-se necessário para o Estado contar com a cooperação dos entes privados, seja ela voluntária ou não, de sorte que a tendência, a longo prazo, tem sido a fusão da infraestrutura da liberdade de expressão com a infraestrutura da regulamentação do discurso público.³⁴⁸

O modelo contemporâneo de regulamentação do discurso público possui três características que merecem ser destacadas: censura colateral; cooptação e cooperação público-privada; e censura prévia digital.³⁴⁹ Além disso, está intrinsecamente conectado à governança privada das plataformas.³⁵⁰ Tais conceitos serão desenvolvidos com maior atenção a seguir.

O termo *censura colateral* foi cunhado por Michael I. Meyerson, em artigo publicado em 1995, para se referir ao silenciamento, por um ente privado, da comunicação de terceiros, em virtude da sua possível responsabilização pelo conteúdo veiculado. Segundo Meyerson, em suma, ao permitir que os intermediários sejam responsabilizados civil ou criminalmente pelo conteúdo que transmitem, o Estado cria incentivos que levam essas plataformas a restringir a circulação de conteúdos que não são ilegais, a fim de evitar os custos de uma litigância e os riscos de um eventual julgamento adverso.³⁵¹

A censura colateral ocorre, portanto, quando o Estado mira em *A* para controlar o discurso de *B*, sendo *A*, por exemplo, uma determinada rede social e *B* um usuário dessa rede. A censura colateral, assim, constitui-se no reverso da moeda de uma regra de responsabilidade intermediária, cujo objetivo, ao tornar as plataformas

³⁴⁷ BALKIN, Jack M. Old-School/New-School Speech Regulation. **Harvard Law Review**, v. 127, n. 8, p. 2296-2342, June 2014; BALKIN, Jack M. Free speech in the algorithmic society: big data, private governance, and new school speech regulation. **U.C. Davis Law Review**, v. 51, n. 3, p. 1149-1210, Feb. 2018.

³⁴⁸ BALKIN, Jack M. Old-School/New-School Speech Regulation. **Harvard Law Review**, v. 127, n. 8, p. 2296-2342, June 2014.

³⁴⁹ Ibidem.

³⁵⁰ BALKIN, Jack M. Free speech in the algorithmic society: big data, private governance, and new school speech regulation. **U.C. Davis Law Review**, v. 51, n. 3, p. 1149-1210, Feb. 2018.

³⁵¹ MEYERSON, Michael I. Authors, editors, and uncommon carriers: Identifying the Speaker within the new media. **Notre Dame Law Review**, v. 71, n. 1, p. 79-126, 1995.

digitais responsáveis pelo conteúdo que circula através delas, é justamente o de encorajar que elas pratiquem esse tipo de censura.³⁵²

Dessa forma, a censura colateral envolve entes estatais exercendo pressão sobre as plataformas digitais para silenciar, bloquear, impedir ou retardar o discurso de pessoas que utilizam essas plataformas para se expressar. Isso pode incluir multas, ameaças de processos judiciais ou pressão informal para que os operadores de infraestrutura digital removam certos conteúdos ou reduzam a sua circulação.³⁵³

Em sentido análogo ao desenvolvido por Meyerson e Balkin, Derek Bambauer diferencia entre a “censura dura” (*hard censorship*) e a “censura suave” (*soft censorship*). Enquanto a primeira se caracteriza pelo exercício de controle direto por parte do Estado sobre a infraestrutura digital, por meio da imposição de preferências de conteúdo através da legislação ou do próprio código de programação, a segunda, que seria menos legítima justamente por ser menos visível, envolve uma série de meios indiretos, como persuadir os intermediários digitais a censurar determinado conteúdo.³⁵⁴

Exemplo da utilização de técnicas de censura colateral ou censura suave poderia ser vista na decisão proferida pelo Min. Alexandre de Moraes que, em 17/03/2022, nos autos da Petição n.º 9.935/DF, determinou a *suspensão completa e integral do funcionamento* do aplicativo de mensagens Telegram no Brasil, até que fossem cumpridas uma série de decisões pretéritas que ordenavam o bloqueio de perfis relacionados ao jornalista Allan Lopes dos Santos, além de majorar em R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) a multa diária pelo descumprimento, que anteriormente havia sido fixada em R\$ 100.000,00 (cem mil reais).³⁵⁵

Além disso, a decisão contém uma série de provisões direcionadas a empresas que operam em diversos níveis da infraestrutura digital, desde as responsáveis pelos sistemas operacionais de *smartphones*, como Apple e Google, até “provedoras de serviço de internet” (SKY, Net Virtua, GVT, expressamente citadas a título de exemplo), passando pelas *empresas que administram serviços de acesso a*

³⁵² BALKIN, Jack M. Free speech in the algorithmic society: big data, private governance, and new school speech regulation. **U.C. Davis Law Review**, v. 51, n. 3, p. 1149-1210, Feb. 2018.

³⁵³ Ibidem.

³⁵⁴ BAMBAUER, Derek E. Orwell's Armchair. **University of Chicago Law Review**, v. 79, n. 3, p. 863-944, Summer 2012.

³⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição nº 9.935/DF**. Relator Min. Alexandre de Moraes. Decisão. Brasília, 17 mar. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/alexandre-moraes-ordena-bloqueio.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2023.

*‘backbones’ no Brasil, determinando a sua intimação para que insiram obstáculos tecnológicos capazes de inviabilizar a utilização do aplicativo TELEGRAM.*³⁵⁶

Igualmente ilustrativa é a determinação que suspendeu o funcionamento da rede social X (antigo *Twitter*) no Brasil, em agosto de 2024, nos autos da Petição n.º 12.404/DF, em razão do descumprimento de decisão anterior, que havia ordenado à plataforma que bloqueasse determinados perfis, pena de multa diária. Tal como na decisão anterior, foi determinada a intimação de empresas como Google, Apple, Claro etc., para que inviabilizassem o acesso à rede social em comento.³⁵⁷ O foco no intermediário, a fim de limitar a expressão de pessoas específicas, é o que caracteriza a censura colateral.

Outra característica intrínseca ao modelo contemporâneo de regulamentação do discurso público corresponde ao fato de que muitas de suas técnicas se assemelham à censura prévia estatal, que por sua vez constitui um dos métodos mais antigos de controlar a circulação de certos conteúdos, remontando ao período imediatamente posterior à invenção da prensa móvel. Com efeito, no modelo tradicional, a censura prévia operava através de sistemas de licenciamento e administração burocrática, nos quais o Estado exigia licenças para operar uma prensa, bem como escrutinava previamente o conteúdo a ser publicado. Já a censura prévia digital, típica do modelo contemporâneo, confere aos programadores e algoritmos – os quais frequentemente atuam em conluio com o Estado – o poder de decidir quem pode ou não se manifestar. Em ambos os casos, as decisões são muitas vezes tomadas sem notificação ou contraditório e sem as liberdades civis e outras garantias procedimentais aplicáveis em um processo judicial.³⁵⁸

Por fim, o modelo contemporâneo de regulamentação do discurso envolve a cooperação ou cooptação público-privada. Com a privatização da internet, o Estado passou a assumir um papel regulador, mostrando-se bastante ativo nessa função, direcionando o comportamento dos agentes privados por meio do desenvolvimento

³⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição nº 9.935/DF**. Relator Min. Alexandre de Moraes. Decisão. Brasília, 17 mar. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/alexandre-moraes-ordena-bloqueio.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2023.

³⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição nº 12.404/DF**. Relator Min. Alexandre de Moraes. Decisão. Brasília, 30 ago. 2024. Disponível em: <https://noticias-stf-wp-prd.s3.sa-east-1.amazonaws.com/wp-content/uploads/wpallimport/uploads/2024/08/30171714/PET-12404-Assinada.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2025.

³⁵⁸ BALKIN, Jack M. Free speech in the algorithmic society: big data, private governance, and new school speech regulation. **U.C. Davis Law Review**, v. 51, n. 3, p. 1149-1210, Feb. 2018.

de um sistema de regras para a solução de conflitos de interesses e para a proteção de direitos e o avanço de políticas públicas através do sistema jurídico.³⁵⁹

A regulação estatal pode afetar o ambiente de informação de duas formas: diretamente, ao estabelecer o que seria certo ou errado em termos de comportamento *online*; ou indiretamente, ao estabelecer a infraestrutura jurídica dos mercados digitais. O primeiro caso mostra-se mais evidente na tentativa de limitar a distribuição de conteúdo tido como nocivo. Já no segundo caso, o Estado estabelece regras a respeito da propriedade, da transferência de direitos e da responsabilidade jurídica no ambiente digital, criando incentivos para determinados tipos de comportamento e desencorajando outros.³⁶⁰

Essa estrutura regulatória, tanto direta como indireta, fornece o pano de fundo para o surgimento de um terceiro tipo de participação estatal no ambiente digital, caracterizado por uma aliança entre o Estado e o setor privado, no que pode ser chamado de *aperto de mãos invisível*. A principal característica desse modo de intervenção estatal na esfera *online* é o mecanismo utilizado pelo Estado para controlar o ambiente de informação, na medida em que passa a contar com os agentes privados para exercer seu poder. Isso é feito de duas formas: por meio de uma obrigação legal ou pelo oferecimento de incentivos para cooperação voluntária.³⁶¹

No que tange à liberdade de expressão, o Estado, aproveitando-se de mecanismos de mecanismos de bloqueio e filtragem desenvolvidos pelas próprias plataformas digitais – em parte, devido à pressão estatal –, passa a coagir ou cooptar esses agentes para que eles censurem ou regulem o discurso de pessoas que, de outra forma, não poderiam ser facilmente controladas.³⁶²

Essa espécie de cooperação entre o Estado e as plataformas digitais foi evidenciada recentemente por meio dos assim chamados *Twitter Files*, documentos internos da rede social X (à época chamada *Twitter*) fornecidos por Elon Musk aos jornalistas norte-americanos Matt Taibbi, Bari Weiss, Lee Fang, Michael Shellenberger e David Zweig, após a aquisição da plataforma pelo bilionário sul-africano.

³⁵⁹ BIRNHACK, Michael D.; ELKIN-KOREN, Niva. The invisible handshake: the reemergence of the state in the digital environment. **Virginia Journal of Law & Technology**, v. 8, n. 2, p. 1-57, Summer 2003.

³⁶⁰ Ibidem.

³⁶¹ Ibidem.

³⁶² BALKIN, Jack M. Free speech in the algorithmic society: big data, private governance, and new school speech regulation. **U.C. Davis Law Review**, v. 51, n. 3, p. 1149-1210, Feb. 2018.

Em uma das reportagens publicadas a partir da análise desses documentos, Matt Taibbi refere-se ao *Twitter* como “*the FBI subsidiary*”, em razão do contato incessante e generalizado da agência federal norte-americana com a rede social, em especial no contexto das eleições de 2022. Nesse sentido, verifica-se que, entre janeiro de 2020 e novembro de 2022, foram trocados mais de 150 *e-mails* entre agentes do FBI e o então Chefe de Confiança e Segurança (*Trust and Security Chief*) do *Twitter*, Yoel Roth.³⁶³

Conforme reportou Taibbi, agências governamentais como o FBI e o *Department of Homeland Security* (DHS) frequentemente se correspondiam com funcionários do *Twitter*, reportando usuários a serem suspensos, inclusive alguns cujo conteúdo era flagrantemente satírico. Mesmo que a maioria dos perfis indicados tivesse um engajamento relativamente baixo, diversas das solicitações foram atendidas, resultando na suspensão dos usuários, em virtude da alegada violação aos termos de serviço da plataforma.³⁶⁴

Também merece destaque a recente ação judicial movida pelos estados do Missouri e da Louisiana, além de alguns particulares, em maio de 2022, em face do governo federal, no qual os autores alegaram a ocorrência de graves violações à Primeira Emenda à Constituição norte-americana, na qual está previsto o direito fundamental à liberdade de expressão. Oportuno reproduzir, para bem compreender a pretensão dos autores, o breve resumo da sua alegação, feito pelo Juiz Terry A. Doughty:³⁶⁵

*Plaintiffs allege that Defendants, through public pressure campaigns, private meetings, and other forms of direct communication, regarding what Defendants described as “disinformation,” “misinformation,” and “malinformation,” have colluded with and/or coerced social-media platforms to suppress disfavored speakers, viewpoints, and content on social-media platforms. Plaintiffs also allege that the suppression constitutes government action, and that it is a violation of Plaintiffs’ freedom of speech under the First Amendment to the United States Constitution.*³⁶⁶

³⁶³ TAIBBI, Matt. *Twitter, the FBI Subsidiary*. In: **The Twitter Files**, 16 Dez. 2022. Disponível em: <https://twitterfiles.substack.com/p/twitter-the-fbi-subsidiary>. Acesso em: 15 nov. 2023.

³⁶⁴ Ibidem.

³⁶⁵ UNITED STATES. District Court. Western District of Louisiana. **Case n.º 3:22-CV-01213**. Judge Kayla D. McClusky. Louisiana, 4 July 2023. Disponível em: <https://ago.mo.gov/wp-content/uploads/missouri-v-biden-ruling.pdf>. Acesso em 17 nov. 2023.

³⁶⁶ Tradução livre: Os autores alegam que os réus, por meio de campanhas de pressão pública, reuniões privadas e outras formas de comunicação direta, a respeito do que os réus descreveram como “desinformação”, “informação falsa” e “informação maliciosa”, conspiraram com as plataformas de redes sociais e/ou as coagiram para suprimir indivíduos, pontos de vista e conteúdos desfavorecidos nessas plataformas. Os autores também alegam que essa supressão

Tendo concluído pela probabilidade de êxito dos autores acerca do mérito da causa, o Juiz Doughty concedeu parcialmente a medida liminar (*preliminary injunction*), em decisão proferida no dia 04 de julho de 2023, a fim de que os réus se abstivessem de praticar uma série de ações, dentre as quais destacamos:³⁶⁷

(1) *meeting with social-media companies for the purpose of urging, encouraging, pressuring, or inducing in any manner the removal, deletion, suppression, or reduction of content containing protected free speech posted on social-media platforms;*

(...)

(6) *threatening, pressuring, or coercing social-media companies in any manner to remove, delete, suppress, or reduce posted content of postings containing protected free speech;*

(...)

(7) *taking any action such as urging, encouraging, pressuring, or inducing in any manner social-media companies to remove, delete, suppress, or reduce posted content protected by the Free Speech Clause of the First Amendment to the United States Constitution;*

(...).³⁶⁸

Após a prolação dessa decisão, o caso foi submetido à *United States Court of Appeals for the Fifth Circuit*, a qual entendeu que certos órgãos da administração federal *provavelmente coagiram ou encorajaram, de modo significativo, plataformas de redes sociais a moderarem conteúdo*, violando, assim, a Primeira Emenda. No entanto, a decisão liminar concedida na instância inferior foi considerada demasiado ampla, razão pela qual foi revogada, em parte, inclusive no que toca aos pontos (1) e (7) supracitados. Além disso, alguns agentes e órgãos governamentais foram excluídos do polo passivo, uma vez que a Corte de Apelações considerou que, diferentemente dos demais, não havia evidências de que eles teriam atuado no sentido de coagir ou encorajar as plataformas a moderar conteúdo. Por fim, o ponto

constitui uma ação governamental e que viola a liberdade de expressão dos autores garantida pela Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos.

³⁶⁷ UNITED STATES. District Court. Western District of Louisiana. **Case n.º 3:22-CV-01213**. Judge Kayla D. McClusky. Louisiana, 4 July 2023. Disponível em: <https://ago.mo.gov/wp-content/uploads/missouri-v-biden-ruling.pdf>. Acesso em 17 nov. 2023.

³⁶⁸ Tradução livre: (1) reunir-se com empresas de mídias sociais com o objetivo de instar, encorajar, pressionar ou induzir, de qualquer forma, a remoção, exclusão, supressão ou redução de conteúdo contendo discurso protegido pela liberdade de expressão postado em plataformas de mídias sociais; (...) (6) ameaçar, pressionar ou coagir empresas de mídias sociais, de qualquer forma, a remover, excluir, suprimir ou reduzir conteúdos postados que contenham discurso protegido pela liberdade de expressão; (...) (7) tomar qualquer medida, como instar, encorajar, pressionar ou induzir, de qualquer forma, empresas de mídias sociais a remover, excluir, suprimir ou reduzir conteúdos postados protegidos pela Cláusula de Liberdade de Expressão da Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos.(...)"

(6) da decisão original teve sua redação modificada, passando a conter a seguinte proibição:³⁶⁹

*Defendants, and their employees and agents, shall take no actions, formal or informal, directly or indirectly, to coerce or significantly encourage social-media companies to remove, delete, suppress, or reduce, including through altering their algorithms, posted social-media content containing protected free speech. That includes, but is not limited to, compelling the platforms to act, such as by intimating that some form of punishment will follow a failure to comply with any request, or supervising, directing, or otherwise meaningfully controlling the social-media companies' decision-making processes.*³⁷⁰

Finalmente, a Suprema Corte norte-americana, após ter inicialmente suspenso os efeitos da liminar até o julgamento definitivo, reverteu a decisão da Corte de Apelações, em decisão de autoria da *Justice* Amy Coney Barrett, a partir de um argumento formal: os demandantes careciam de legitimidade ativa (*standing*), uma vez que não haviam logrado demonstrar um risco substancial de sofrer danos diretos ou iminentes atribuíveis ao governo federal. A decisão, contudo, não foi unânime, tendo os *Justices* Samuel Alito, Clarence Thomas e Neil Gorsuch dissentido: o argumento da divergência, em essência, foi que o caso apresentava evidências suficientes de violação da liberdade de expressão, e que a decisão da maioria criava um precedente perigoso, permitindo que futuras administrações adotassem táticas similares para controlar o discurso público por meio de coerção indireta.³⁷¹

3.3 Governança privada e moderação de conteúdo

Na primeira década do Século XXI, logo após o surgimento da Web 2.0, diversos entusiastas da tecnologia celebraram aquilo que lhes parecia um de seus traços mais alvissareiros: a morte dos intermediários. Essa desintermediação,

³⁶⁹ UNITED STATES. Court of Appeals for the Fifth Circuit. **Case n.º 23-30445**. Judge Lyle W. Cayce Clerk. New Orleans, 8 Sept. 2023. Disponível em: <https://storage.courtlistener.com/recap/gov.uscourts.ca5.214640/gov.uscourts.ca5.214640.238.1.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2023.

³⁷⁰ Tradução livre: Os réus, bem como seus funcionários e agentes, não deverão tomar quaisquer medidas, formais ou informais, direta ou indiretamente, para coagir ou encorajar significativamente empresas de mídias sociais a remover, excluir, suprimir ou reduzir, inclusive por meio da alteração de seus algoritmos, conteúdos postados nessas plataformas que contenham discurso protegido pela liberdade de expressão. Isso inclui, mas não se limita a, compelir as plataformas a agir, como insinuar que algum tipo de punição seguirá caso não atendam a determinada solicitação, ou supervisionar, direcionar ou de outra forma controlar de maneira significativa os processos de tomada de decisão das empresas de mídias sociais.

³⁷¹ UNITED STATES. Supreme Court. **Case n.º 603 U.S. Murthy v. Missouri (2024)**. Washington, D.C., 26 June 2024. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/603/23-411/>. Acesso em: 10 out. 2024.

pensavam eles, devolveria o poder aos indivíduos, arrebatando-o das instituições de mídia tradicionais. A desintermediação, aliás, ia contra a própria ideia de mídia, termo que vem do latim e que significa *camada do meio*: a mídia é algo que se interpõe entre nós e a realidade, permitindo-nos saber o que está acontecendo, mas ao custo da experiência direta. A desintermediação prometia eliminar essa camada.³⁷²

Não tardou, contudo, para que a ideia de desintermediação se mostrasse um tanto ilusória. A Web, afinal, não havia eliminado os intermediários, apenas os substituído.³⁷³ Não obstante, os intermediários da comunicação digital possuem um caráter diferente dos intermediários da mídia de massas, a começar pelo fato de que a escassez deixou de ser um problema. A disputa, agora, não é mais por espaço limitado, mas por atenção. A imensa disponibilidade de informações no ambiente digital cria uma espécie sobrecarga, abrindo espaço para o surgimento de um modelo de negócios baseado na denominada curadoria de conteúdo, cujos maiores exemplos são os mecanismos de busca e, principalmente, as redes sociais, que operam por meio de algoritmos que pretendem precipuamente mostrar aos usuários aquilo pelo qual eles mais se interessariam.³⁷⁴

Embora o acesso às redes sociais seja gratuito, o modelo de negócios que elas operam gera lucros exorbitantes, fazendo com que empresas como a *Meta Platforms* (detentora do *Facebook*) e a *Alphabet* (proprietária do *YouTube*) atinjam a marca de trilhões de dólares em valor de mercado, inserindo-se entre as dez companhias mais valiosas do mundo. Esse modelo se baseia na coleta de dados pessoais, os quais servem não apenas para o direcionamento personalizado de anúncios, como também permitem alterar o humor e a opinião dos usuários, moldando sutilmente o seu comportamento conforme os interesses dos verdadeiros clientes dessas redes, os anunciantes.³⁷⁵

O modelo de negócios das redes sociais está baseado, assim, no que Shoshana Zuboff definiu como capitalismo de vigilância, o qual *reivindica de maneira*

³⁷² PARISER, Eli. **O filtro invisível: o que a internet está escondendo de você**. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. *E-book*.

³⁷³ GOLDSMITH, Jack; WU, Tim. **Who controls the internet: Illusions of a Borderless World**. Oxford: University Press, 2006. p. 70.

³⁷⁴ VALENTE, Mariana Giorgetti. A liberdade de expressão na Internet: da utopia à era das plataformas. In: FARIA, José Eduardo. **A liberdade de expressão e as novas mídias**. São Paulo: Perspectiva, 2020. p. 25-36.

³⁷⁵ FREDES, Andrei Ferreira. **Liberdade de expressão, direito à informação e redes sociais: regulação constitucionalmente adequada sobre a moderação de conteúdo na construção de um espaço virtual democrático e plural**. 2022. 312 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). p. 30.

unilateral a experiência humana como matéria-prima gratuita para a tradução em dados comportamentais. Esses dados são posteriormente transformados em *produtos de predição*, os quais antecipam as ações futuras de um indivíduo e são comercializados em *mercados de comportamentos futuros*. Dessa forma, a conexão digital se converte em um meio para fins comerciais de terceiros.³⁷⁶

Percebe-se, então, que a moderação de conteúdo, por meio de remoção, filtragem e suspensão, está longe de ser algo ocasional ou acessório. Em verdade, ela é uma parte *essencial, constante e definidora* da atividade das redes sociais, sendo uma das ferramentas empregadas para moldar a experiência dos seus usuários. Outras dessas ferramentas são a recomendação de determinados conteúdos, por meio de sugestões personalizadas, listas de tendências, entre outras formas; e a curadoria, através de conteúdos em destaque e ofertas na página inicial.³⁷⁷

Importante destacar que, embora não se confundam, a moderação de conteúdo e a curadoria algorítmica estão intrinsecamente ligadas. A primeira delas diz respeito ao conjunto de medidas destinadas a identificar e remover o conteúdo que viole os termos e condições fixados pelas próprias plataformas, abarcando práticas que variam desde a pura e simples exclusão de tal conteúdo ou suspensão do perfil do usuário, até a redução da capacidade de compartilhá-lo ou, ainda, a inclusão de esclarecimentos ou remissões a conteúdo alternativo. Já a segunda envolve o uso de algoritmos de recomendação, os quais são responsáveis por efetuar uma curadoria de todo o conteúdo disponível na rede social, de modo a fornecer a cada usuário uma experiência única e personalizada.³⁷⁸ Assim, é possível afirmar, em resumo, que a moderação de conteúdo opera *por meio de um sistema de regras sob a lógica permitido/proibido*, ao passo em que a curadoria algorítmica *opera sob o binômio visível/invisível*.³⁷⁹

Conforme veremos mais detalhadamente a seguir, os algoritmos que efetuam essa curadoria estão longe de ser neutros. São eles que determinam o que será exibido para cada usuário, em qual ordem e com que destaque. Dessa forma,

³⁷⁶ ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2021. *E-book*.

³⁷⁷ GILLESPIE, Tarleton. Platforms are not intermediaries. **Georgetown Law Technology Review**, v. 2, n. 2, p. 198-216, 2018.

³⁷⁸ BARROSO, Luna van Brussel. **Liberdade de expressão e democracia na Era Digital**: o impacto das mídias sociais no mundo contemporâneo. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 96.

³⁷⁹ NITRINI, Rodrigo Vidal. **Liberdade de expressão nas redes sociais**: o problema jurídico da remoção de conteúdo pelas plataformas. Belo Horizonte: Dialética, 2021. p. 71.

funcionam como uma maneira de editar a quais conteúdos será dada visibilidade. No limite, dar maior visibilidade a um conteúdo implica promovê-lo, enquanto tornar um conteúdo invisível equivale, na prática, a proibi-lo.³⁸⁰

Considerando sua função crucial como intermediários que concedem aos cidadãos o acesso à esfera pública digital, as redes sociais desempenham um papel central como pontos de controle na internet. A habilidade que elas possuem de decidir quais conteúdos podem ser publicados, bem como de remover os conteúdos indesejados, faz com que elas exerçam uma função decisiva na promoção ou restrição da liberdade de expressão online.³⁸¹

Ao gerir o fluxo de informações que circula pela infraestrutura digital, bem como o comportamento dos usuários e consumidores que a utilizam, as empresas que detêm tais redes sociais exercem o que Balkin denomina de *governança privada*.³⁸² No mesmo sentido, Wolfgang Hoffmann-Riem utiliza o termo *tecnorregulação* para tratar do controle tecnológico relacionado ao comportamento, inclusive no que tange à seleção e ao controle do acesso à informação por parte de intermediários digitais, como as redes sociais, cujas possibilidades são quantitativa e qualitativamente mais amplas do que as das formas de mídia tradicionais.³⁸³ A capacidade de exercer essa governança representa um elemento chave para o modelo contemporâneo de regulamentação do discurso público, o qual seria totalmente inefetivo caso as redes sociais não possuíssem os meios de bloquear, filtrar, monitorar e censurar o conteúdo que é produzido por seus usuários. Portanto, pode-se afirmar que esse modelo é possibilitado pelo desenvolvimento de tecnologias digitais privadas de controle e vigilância.³⁸⁴

Essas tecnologias, por sua vez, são desenvolvidas em resposta a uma dupla pressão sofrida pelas plataformas. De um lado, o Estado espera que elas controlem e governem seus usuários; de outro lado, os próprios usuários esperam que elas

³⁸⁰ NITRINI, Rodrigo Vidal. **Liberdade de expressão nas redes sociais**: o problema jurídico da remoção de conteúdo pelas plataformas. Belo Horizonte: Dialética, 2021. p. 71-2.

³⁸¹ DENARDIS, L.; HACKL, A. M. Internet governance by social media platforms. **Telecommunications Policy**, v. 39, n. 9, p. 761-770, Oct. 2015. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0308596115000592>. Acesso em: 15 nov. 2023.

³⁸² BALKIN, Jack M. Free speech in the algorithmic society: big data, private governance, and new school speech regulation. **U.C. Davis Law Review**, v. 51, n. 3, p. 1149-1210, Feb. 2018.

³⁸³ WOLFGANG, Hoffmann-Riem. **Teoria geral do direito digital**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559642267/>. Acesso em: 17 nov. 2024.

³⁸⁴ BALKIN, Op. Cit., p. 1149-1210.

adotem certas regras de comportamento, de modo a criar um ambiente acolhedor.³⁸⁵ O resultado é o desenvolvimento e a implementação de sistemas cada vez mais elaborados de governança privada, que evoluíram de alguns poucos padrões, a serem aplicados casuisticamente por um pequeno grupo de moderadores, a um conjunto extenso e detalhado de regras e suas respectivas exceções, aplicadas por uma equipe terceirizada de moderadores de conteúdo, espalhada ao redor do globo. Assim, as redes sociais deixam de ser tão somente empresas de tecnologia, passando a assumir o papel de verdadeiros governantes do espaço digital.³⁸⁶

Nessa esteira, tendo em vista que a economia digital na qual estão inseridas as redes sociais é particularmente sujeita aos chamados efeitos de rede, segundo os quais o valor de uma plataforma aumenta exponencialmente conforme o seu número de usuários³⁸⁷, algumas poucas empresas acabaram por dominar o mercado, de sorte que os termos e condições que ela próprias estipulam, a forma como estes são aplicados aos usuários, bem como o *design* e o funcionamento dos seus algoritmos, exercem um papel decisivo no que tange ao exercício da liberdade de expressão online.³⁸⁸

Acerca dos termos de serviço, cuja aceitação pelo usuário é condição para o acesso à plataforma, estes muitas vezes contêm proibições semelhantes àsquelas previstas em lei, como assédio; promoção de atividades ilícitas; ameaças etc. No entanto, costumam ser formulados de forma tão genérica que se torna difícil prever, com razoável grau de certeza, a forma como serão aplicados em casos concretos para restringir determinados tipos de postagens. Isso faz com que as plataformas sejam frequentemente acusadas de remoção excessiva de conteúdos que, embora possam ser incômodos para determinados grupos sociais, são perfeitamente lícitos, preocupação que é agravada pela falta de mecanismos recursais e pela ausência de uma comunicação efetiva sobre o porquê uma postagem foi excluída ou uma conta foi desativada.³⁸⁹

³⁸⁵ BALKIN, Jack M. Free speech in the algorithmic society: big data, private governance, and new school speech regulation. **U.C. Davis Law Review**, v. 51, n. 3, p. 1149-1210, Feb. 2018.

³⁸⁶ KLONICK, Kate. The new governors: the people, rules, and processes governing online speech. **Harvard Law Review**, v. 131, n. 6, p. 1598-1670, Apr. 2018.

³⁸⁷ FELD, Harold. **The case for the Digital Platform Act**: Market structure and regulation of digital platforms. New York: Roosevelt Institute, Public Knowledge, 2019. Disponível em: <https://publicknowledge.org/policy/the-case-for-the-digital-platform-act/>. Acesso em: 07 dez. 2024.

³⁸⁸ BARROSO, Luna van Brussel. **Liberdade de expressão e democracia na Era Digital**: o impacto das mídias sociais no mundo contemporâneo. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 97.

³⁸⁹ UNITED NATIONS. Human Rights Council. **Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression**. Thirty-second session.

No entanto, para além dos termos de serviço genéricos, as redes sociais possuem códigos de conduta internos, não acessíveis ao público, os quais dirigem a atividade de moderação. Ocorre que, ao elaborar esses códigos, as plataformas são levadas a se posicionar em relação a alguns dos temas mais controvertidos envolvendo o exercício da liberdade de expressão, formulando critérios substantivos a serem aplicados em escala global acerca de questões como a fronteira entre o discurso de ódio e o discurso político legítimo, a negação de eventos históricos como o Holocausto etc.³⁹⁰

Observe-se, ainda, que a quantidade massiva de conteúdo gerado pelos bilhões de usuários dessas plataformas torna necessário o emprego de mecanismos automatizados de moderação, os quais frequentemente operam de maneira prévia. Exemplo de uma ferramenta desse tipo é a revisão automatizada de imagens no Facebook e no YouTube, que visa identificar e remover conteúdos associados à pornografia infantil e à propaganda terrorista, bem como aqueles protegidos por direitos autorais.³⁹¹

Além disso, as redes sociais também utilizam ferramentas de inteligência artificial, potencializadas pelo aprendizado de máquina, as quais são programadas para compreender textos e identificar potenciais violações às políticas de conteúdo da plataforma. Contudo, muitas vezes a decisão final sobre manter ou remover determinada postagem precisa ser remetida à equipe de moderadores humanos, tendo em vista a dificuldade de apreensão, por parte da máquina, das nuances da linguagem humana e de como as mesmas palavras possuem significados distintos a depender do contexto.³⁹²

Outro aspecto da moderação de conteúdo que merece destaque aqui é o emprego de um exército de moderadores terceirizados, fluentes em mais de 50 idiomas, cuja atividade consiste em analisar reativamente, à luz das políticas internas, aqueles conteúdos que tenham sido previamente denunciados pelos próprios usuários. Apesar de levarem em consideração contexto culturais e linguísticos

Genebra, 11 May 2016. UN Doc A/HRC/32/35. Disponível em:

<https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g16/095/12/pdf/g1609512.pdf>. Acesso em: 07 dez. 2024.

³⁹⁰ NITRINI, Rodrigo Vidal. **Liberdade de expressão nas redes sociais**: o problema jurídico da remoção de conteúdo pelas plataformas. Belo Horizonte: Dialética, 2021. p. 21.

³⁹¹ Ibidem, p. 50.

³⁹² META TRANSPARENCY CENTER. **Como funciona a tecnologia de monitoramento**. Califórnia, 12 Nov. 2024. Disponível em: <https://transparency.meta.com/pt-br/enforcement/detecting-violations/how-enforcement-technology-works>. Acesso em: 07 dez. 2024.

específicos, os moderadores não possuem autonomia para decidir, de modo subjetivo, quais conteúdos devem ser removidos. Ao contrário, espera-se apenas que eles avaliem, de acordo com os critérios pré-estabelecidos, se há alguma violação às regras da plataforma.³⁹³

Por outro lado, a curadoria algorítmica é responsável por determinar, dentre a infinidade de conteúdos disponíveis, quais serão exibidos para cada usuário, em que ordem e com qual destaque, o que representa um poder considerável em um cenário de informação ilimitada e consequente disputa por atenção, podendo amplificar ou reduzir o alcance de determinadas postagens, o que também suscita questões relevantes para a liberdade de expressão.³⁹⁴ Nesse sentido, as escolhas sobre quais tipos de conteúdo terão mais visibilidade *constituem um vetor essencial do mercado de ideias de cada plataforma*, uma vez que criam incentivos para que os usuários priorizem determinadas características nas suas publicações.³⁹⁵

Importante destacar que, como consequência do modelo de negócios das redes sociais, baseado na obtenção de receitas publicitárias a partir dos dados gerados pelas postagens dos seus usuários e pelas conexões interpessoais formadas a partir delas, os algoritmos buscam recomendar aos usuários aqueles conteúdos mais propícios a maximizar o tempo que eles passam conectados, gerando uma maior venda de anúncios.³⁹⁶ Ao fazer isso, contudo, os algoritmos nos isolam em bolhas de filtro, aprisionando-nos em um universo de informações e experiências que já nos são familiares, limitando o contato com o novo e o diferente. Essa dinâmica também nos segrega em grupos homogêneos, de pessoas com as mesmas ideias e opiniões, o que reforça nossas crenças e nos afasta do debate e da diversidade.³⁹⁷

Em suma, a atividade de moderação de conteúdo exercida pelas redes sociais propicia uma série de preocupações do ponto de vista da liberdade de expressão. Dentre elas, destacamos: (i) a formulação de termos de uso vagos, que não indicam claramente o que caracteriza violação; (ii) a possibilidade de aplicação inconsistente e não isonômica desses termos; (iii) o uso de algoritmos e outras ferramentas

³⁹³ NITRINI, Rodrigo Vidal. **Liberdade de expressão nas redes sociais**: o problema jurídico da remoção de conteúdo pelas plataformas. Belo Horizonte: Dialética, 2021. p. 67-71.

³⁹⁴ BARROSO, Luna van Brussel. **Liberdade de expressão e democracia na Era Digital**: o impacto das mídias sociais no mundo contemporâneo. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 98.

³⁹⁵ NITRINI, Op. Cit., p. 75.

³⁹⁶ Ibidem, p. 74-75.

³⁹⁷ PARISER, Eli. **O filtro invisível**: o que a internet está escondendo de você. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. *E-book*.

automatizadas de remoção, filtragem e curadoria de conteúdo; (iv) a possibilidade de que os mecanismos de denúncia sejam utilizados pelos usuários para silenciar conteúdo lícito; (v) a ausência de notificação acerca da remoção de determinada postagem ou suspensão da conta e dos motivos para tanto; e (vi) a insuficiência dos mecanismos de recurso interno.³⁹⁸

A seguir, veremos como o marco teórico do constitucionalismo digital pode auxiliar no endereçamento dessas questões.

3.4 Constitucionalismo digital e os desafios da limitação de poderes e da proteção de direitos fundamentais na internet

Conforme procuramos demonstrar no tópico anterior, as grandes empresas de tecnologia assumiram o papel de governantes do espaço digital. Suas decisões afetam de modo significativo uma série de direitos fundamentais, como a liberdade de expressão, objeto do nosso estudo. No entanto, a governança exercida por essas empresas não corresponde aos padrões de legitimidade tradicionalmente associados aos governos democráticos. Ao contrário, intermediários como as redes sociais possuem ampla discricionariedade para gerir seus espaços de acordo com a suas próprias regras, elaboradas e aplicadas de forma unilateral e pouco transparente, gerando preocupações relacionadas à falta de isonomia e de garantias processuais. Em suma, as plataformas digitais governam à margem do direito (*in a lawless way*).³⁹⁹

O amplo poder discricionário de governança dessas empresas e seu potencial impacto deletério sobre os direitos fundamentais despertou a atenção de uma parcela da doutrina jurídica, que passou a defender a necessidade de elaborar um “constitucionalismo digital”, capaz de estabelecer limites a esse poder. Embora a expressão constitucionalismo digital careça de um significado unívoco, a ponto de alguns autores questionarem a sua utilização⁴⁰⁰, verifica-se que o conceito formulado

³⁹⁸ BARROSO, Luna van Brussel. **Liberdade de expressão e democracia na Era Digital**: o impacto das mídias sociais no mundo contemporâneo. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 99.

³⁹⁹ SUZOR, Nicolas. **Lawless**: the secret rules that govern our digital lives. Cambridge: University Press, 2019. p. 106-7.

⁴⁰⁰ Nesse sentido, por exemplo, Clara Iglesias Keller e Jane Reis Gonçalves Pereira problematizam o termo como sendo *epistemicamente prejudicado pela diversidade de aplicações e pelo potencial de legitimação de concentração de poderes privados*. Cf. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; KELLER, Clara Iglesias. Constitucionalismo digital: contradições de um conceito impreciso. **Revista Direito e Praxis**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 4, p. 2648-2689, 2022. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/5bpy8smKHgXbKqKzDWDCZQm/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 21 dez. 2024.

por Edoardo Celeste⁴⁰¹, que buscou reconciliar os múltiplos significados atribuídos por diferentes autores à expressão, a partir de uma ampla revisão da literatura sobre o tema, desfruta atualmente de aceitação por autores como Gilmar Ferreira Mendes e Victor Oliveira Fernandes⁴⁰² e Rodrigo Vital Nitrini⁴⁰³, razão pela qual optamos por adotá-lo no presente trabalho.

De acordo com Celeste, o constitucionalismo digital pode ser definido como uma nova vertente do constitucionalismo contemporâneo, a qual compartilha dos valores fundamentais e dos objetivos gerais deste, mas com foco no contexto específico do advento das novas tecnologias digitais e nos seus impactos no exercício dos direitos fundamentais.⁴⁰⁴

Para o autor, as novas tecnologias de informação e comunicação surgidas nas últimas décadas amplificaram não só as possibilidades de exercício de certos direitos fundamentais, como a liberdade de expressão, mas também as ameaças a esses mesmos direitos, além de afetar o equilíbrio de poderes, diante da emergência de atores privados tão ou mais poderosos do que os Estados nacionais. Desse modo, os avanços tecnológicos abalaram o relativo equilíbrio do ecossistema constitucional, o qual diz respeito às condições ideais produzidas pela aplicação das normas constitucionais em uma determinada ordem jurídica, envolvendo principalmente dois aspectos, a proteção de direitos fundamentais e a limitação de poderes.⁴⁰⁵

Nesse contexto, o constitucionalismo digital emerge como um marco teórico que busca instituir e preservar um arcabouço legal para a proteção dos direitos fundamentais e o equilíbrio de poderes no ciberespaço, no qual entes privados se destacam ao exercerem simultaneamente os papéis de ameaça em potencial aos direitos fundamentais e de garantidores últimos do seu exercício. Destarte, torna-se imperativo desancorar a noção de constitucionalismo de suas raízes vinculadas ao controle do poder estatal, na medida em que o constitucionalismo digital visa à

⁴⁰¹ CELESTE, Edoardo. Digital constitutionalism: a new systematic theorisation. **International Review of Law, Computers & Technology**, v. 33, n. 1, p. 76-99, Jan. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/13600869.2019.1562604>. Acesso em: 07 dez. 2024.

⁴⁰² MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor Oliveira. Constitucionalismo digital e jurisdição constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 16, n. 1, p. 1-33, out. 2020.

⁴⁰³ NITRINI, Rodrigo Vidal. **Liberdade de expressão nas redes sociais**: o problema jurídico da remoção de conteúdo pelas plataformas. Belo Horizonte: Dialética, 2021.

⁴⁰⁴ CELESTE, Op. Cit..

⁴⁰⁵ Ibidem.

limitação do poder não apenas dos agentes públicos, mas também e principalmente dos atores privados.⁴⁰⁶

Em sentido análogo, Gunther Teubner destaca a necessidade de repensar o constitucionalismo, abandonando o foco no poder estatal, a fim de que se possa vislumbrar as possibilidades de uma constitucionalização sem o Estado (*constitutionalisation without the state*), capaz de responder aos desafios decorrentes das três grandes tendências contemporâneas: a digitalização, a privatização e a globalização.⁴⁰⁷ Com efeito, se o constitucionalismo dos séculos XVIII e XIX estava preocupado em estabelecer e controlar o poder político dos Estados nacionais, a grande questão do constitucionalismo contemporâneo, para Teubner, é limitar os efeitos destrutivos dos novos atores sociais globais, dentre os quais se incluem as grandes empresas de tecnologia, que atuam em uma esfera transnacional e situada fora do escopo do setor político institucionalizado.⁴⁰⁸

Teubner propõe uma teoria baseada em um constitucionalismo social, que admite a existência de constituições civis desenvolvidas de forma independente pelos diversos subsistemas da sociedade global, tais como a ciência, a economia e a tecnologia. À medida em que a diferenciação funcional conduz à autonomização desses setores, a inexistência de normas que sejam igualmente válidas a todas as instituições sociais gera uma demanda pela constitucionalização destas, que buscam garantir sua independência em relação às outras áreas, formulando suas próprias normativas.⁴⁰⁹ O constitucionalismo digital, então, *pode ser visto como parte do discurso relacionado ao constitucionalismo social*, tendo em vista que o ciberespaço constitui o novo setor da sociedade global que necessita de uma constitucionalização abrangente.⁴¹⁰

⁴⁰⁶ CELESTE, Edoardo. Digital constitutionalism: a new systematic theorisation. **International Review of Law, Computers & Technology**, v. 33, n. 1, p. 76-99, Jan. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/13600869.2019.1562604>. Acesso em: 07 dez. 2024.

⁴⁰⁷ TEUBNER, Gunther. Societal constitutionalism; alternatives to state-centred constitutional theory?. In: JOERGES, Christian; SAND, Inger-Johanne; TEUBNER, Gunther (eds). **Transnational governance and constitutionalism: International studies in the theory of private law**. Portland: Hart Publishing, 2004.

⁴⁰⁸ TEUBNER, Gunther. **Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization**. Oxford: University Press, 2012. p. 1-2.

⁴⁰⁹ Ibidem, p. 17-18.

⁴¹⁰ TEUBNER, Gunther; GOLIA, Angelo Jr. **Societal constitutionalism in the digital world: an introduction**. Munich: Max Planck Institute, 2023. (Research Paper nº 2023-11) Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4433988. Acesso em: 07 jan. 2025.

No entanto, não se deve confundir o constitucionalismo digital com o processo de elaboração de normas visando a restabelecer o equilíbrio do ecossistema constitucional. O constitucionalismo digital diz respeito apenas ao aspecto teórico, i.e., trata-se da concepção que fornece os valores e ideais que orientam esse processo, ao qual Celeste dá o nome de *constitucionalização do ambiente digital*.⁴¹¹

Ao analisar o processo de constitucionalização do ambiente digital, Edoardo Celeste parte de uma abordagem funcional, a qual leva em consideração todas as medidas normativas que visam à garantia de direitos e à limitação de poderes na internet, ainda que não se trate de normas de hierarquia formalmente constitucional, como o Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia, ou mesmo de normas juridicamente vinculantes, como as recomendações contidas no Relatório do Relator Especial da ONU David Kaye acerca da promoção da liberdade de expressão *online*.⁴¹²

Igualmente, em linha com o constitucionalismo social de Teubner, Edoardo Celeste também reconhece a existência de normas constitucionais oriundas da esfera privada. No que tange ao endereçamento dos problemas relacionados à tecnologia, as normas editadas pelas próprias empresas para regularem seus espaços também cumprem uma função constitucional para o autor, assim como as *Internet bills of rights*, i.e., declarações oriundas da sociedade civil, as quais reivindicam novos direitos fundamentais, com aplicação no espaço virtual, ainda não reconhecidos formalmente.⁴¹³

Essas declarações possuem uma natureza pré-constitucional ou proto-constitucional, uma vez que, embora desprovidas de qualquer *status* jurídico formal, podem ser entendidas como blocos de construção intelectual para a constitucionalização do ambiente digital.⁴¹⁴ Dessa forma, assumem um papel importante, ao evocar um imaginário constitucional, valendo-se da linguagem dos direitos humanos e adotando a estrutura e o jargão de textos jurídicos, com o objetivo

⁴¹¹ CELESTE, Edoardo. Digital constitutionalism: a new systematic theorisation. **International Review of Law, Computers & Technology**, v. 33, n. 1, p. 76-99, Jan. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/13600869.2019.1562604>. Acesso em: 07 dez. 2024.

⁴¹² CELESTE, Edoardo. **Digital constitutionalism: the role of internet bills of rights**. New York: Routledge, 2023. p. 37.

⁴¹³ Ibidem, p. 38-39.

⁴¹⁴ GILL, Lex; REDEKER, Dennis; GASSER, Urs. **Towards digital constitutionalism? Mapping attempts to craft an internet bill of rights**. Cambridge: Berkman Center of Internet & Society at Harvard University, 2015. (Research Publication nº. 2015-15). Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2687120. Acesso em: 11 jan. 2025.

de adaptar aqueles dois valores fundamentais do constitucionalismo para uma nova realidade social.⁴¹⁵

Dentre essas declarações, destacam-se, para os fins do nosso estudo, os Princípios de Santa Clara para Transparência e Prestação de Contas em Moderação de Conteúdo. Trata-se de um documento elaborado em 2018 por diversas organizações da sociedade civil e pesquisadores acadêmicos, o qual articula uma proposta a ser incorporada pelas redes sociais em suas políticas de moderação de conteúdo, organizada em torno de cinco princípios fundacionais e três princípios operacionais.⁴¹⁶

Dentre os princípios fundacionais, destacamos o primeiro, o qual visa assegurar aos usuários que todas as etapas do processo de moderação de conteúdo levem em consideração os direitos humanos (em especial os direitos à liberdade de expressão e à não-discriminação), além de destacar a importância do devido processo na aplicação das regras e políticas da empresa. Na mesma esteira, o terceiro dos princípios operacionais trata da obrigação das plataformas de disponibilizar aos usuários mecanismos de recurso de decisões que determinem a remoção de determinado conteúdo, a suspensão do perfil ou qualquer outra medida que afete a liberdade de expressão.⁴¹⁷

Embora desprovidas de valor jurídico, não se pode menosprezar a importância de semelhantes iniciativas. Com efeito, no mesmo ano em que os Princípios de Santa Clara foram publicados, Mark Zuckerberg – CEO da *Meta Platforms* – anunciou a criação de um órgão independente, o *Facebook Oversight Board* (doravante, FOB) que teria as funções de julgar recursos dos usuários contra as decisões de moderação de conteúdo no âmbito das redes sociais *Facebook* e *Instagram*, bem como determinados casos submetidos à revisão pela própria empresa. Além disso, o FOB também pode recomendar alterações nas políticas de moderação de conteúdo da empresa, que, nessa hipótese, fica obrigada a se manifestar a respeito, acatando a mudança proposta ou expondo as razões que levaram à rejeição.⁴¹⁸

⁴¹⁵ CELESTE, Edoardo. **Digital constitutionalism**: the role of internet bills of rights. New York: Routledge, 2023. p. 111-112.

⁴¹⁶ ACCESS NOW *et al.* **The Santa Clara Principles**: on transparency and accountability in content moderation. Santa Clara, CA, 2018. Disponível em: <https://santaclaraprinciples.org/>. Acesso em: 11 jan. 2025.

⁴¹⁷ Ibidem.

⁴¹⁸ KLONICK, Kate. The Facebook oversight board: creating an independent institution to adjudicate online free expression. **Yale Law Journal**, v. 129, n. 2418, p. 2418-2499, 2020. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3639234>. Acesso em: 11 jan. 2025.

De acordo com Evelyn Douek, a criação do FOB representa um dos projetos constitucionais mais ambiciosos da era moderna. No entanto, o autor adverte que o grande volume de decisões de moderação de conteúdo tomadas diariamente nessas redes faz com que o FOB seja incapaz de analisar uma proporção suficiente desses casos para representar uma resposta significativa às demandas por um devido processo em decisões individuais. Tampouco se pode esperar que o FOB desempenhe o papel de árbitro definitivo das normas acerca da liberdade de expressão nas plataformas em âmbito global, uma vez que lhe faltam tanto a legitimidade quanto a autoridade indispensáveis para exercer essa função.⁴¹⁹

Assim, o valor do FOB, para Douek, reside em duas funções importantes, ainda que mais modestas do que as expostas acima. Em primeiro lugar, o FOB pode ajudar a identificar e corrigir fragilidades no processo de elaboração dos Padrões da Comunidade. Em segundo lugar, ao fornecer um fórum independente para a discussão de decisões controversas de moderação de conteúdo, o FOB pode ser um espaço importante para fomentar o debate público essencial para que os membros de uma comunidade pluralista aceitem as regras que os regem, ainda que eventualmente discordem do seu conteúdo.⁴²⁰

De outro norte, verifica-se que o marco teórico do constitucionalismo digital também está relacionado com propostas de atualização da doutrina da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, adaptando-a para o ambiente virtual.⁴²¹ Com efeito, o reconhecimento de que os novos intermediários digitais, como as redes sociais, exercem poderes de natureza quase pública, com efeitos significativos sobre direitos fundamentais, tem levado uma expressiva parcela da doutrina nacional e estrangeira a perquirir sobre as melhores formas de proteger esses direitos no ciberespaço, apontando para a doutrina da *Drittwirkung* como uma possível solução.⁴²²

⁴¹⁹ DOUEK, Evelyn. Facebook's "Oversight Board:" Move Fast with Stable Infrastructure and Humility. **North Carolina Journal of Law & Technology**, v. 21, n. 1, p. 1-78, 2019. Disponível em: <https://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1389&context=ncjolt>. Acesso em: 11 jan. 2025.

⁴²⁰ Ibidem.

⁴²¹ NITRINI, Rodrigo Vidal. **Liberdade de expressão nas redes sociais: o problema jurídico da remoção de conteúdo pelas plataformas**. Belo Horizonte: Dialética, 2021.

⁴²² Apenas para mencionar alguns exemplos: GREGORIO, Giovanni de. From constitutional freedoms to the power of the platforms: protecting fundamental rights online in the algorithmic society. **European Journal of Legal Studies**, v. 11, n. 2, p. 65-103, 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3365106>. Acesso em: 14 jan. 2025. BASSINI, Marco. Fundamental rights and private enforcement in the digital age. **European Law Journal**, v. 25, n. 2, p. 182-197, Apr. 2019. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/eulj.12310>. Acesso em: 10 jan. 2025. PADOVANI, Claudia; SANTANIELLO, Mauro. Digital constitutionalism: Fundamental

Conforme vimos no capítulo anterior, diversamente do que ocorre no Brasil, o entendimento predominante, tanto na doutrina alemã quanto na jurisprudência do *BVerfG*, é o de que a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais se dá de maneira indireta, i.e, por meio de uma transposição legislativa ou, na ausência desta, pela interpretação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados do direito privado. Ademais, o legislador estaria vinculado a um dever de proteção na conformação dos direitos fundamentais na esfera privada, cabendo à jurisdição constitucional aferir o cumprimento desse dever, que impõe tanto uma proibição do excesso como também veda a proteção deficiente.⁴²³ Todavia, tal espécie de eficácia mediata não é pacífica entre os autores que abordam o tema sob a ótica do constitucionalismo digital.

Um dos autores que propõem uma revisão quanto a esse aspecto é o professor italiano Giovanni de Gregorio: sustenta que, embora as redes sociais sejam atores privados, elas exercem uma espécie de função pública delegada ao moderar conteúdo, e.g., ao remover conteúdo ilícito. Assim, considerando que os usuários de um serviço público delegado possuem uma expectativa legítima de que a empresa prestadora do serviço seja responsável por violações aos seus direitos fundamentais, as redes sociais poderiam estar sujeitas a uma vinculação direta a esses direitos. Isso permitiria que usuários afetados buscassem fazer valer judicialmente o direito à liberdade de expressão perante as plataformas.⁴²⁴

rights and power limitation in the Internet eco-system. *International Communication Gazette*, v. 80, n. 4, 295-301, 2018. Disponível em:

<https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/1748048518757114>. Acesso em: 10 jan. 2025.

HAUPT, Claudia. The horizontal effect of Fundamental Rights. In: GREGORIO, Giovanni De; POLLICINO, Oreste; VALCKE, Peggy (Eds.). **The Oxford Handbook of Digital Constitutionalism**. Rochester, NY: Northeastern University - School of Law, 2024. (Northeastern University School of Law Research Paper nº. 444). Disponível em:

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4680759. Acesso em: 10 jan. 2024.

POLLICINO, Oreste; GREGORIO, Giovanni de. Constitutional Law in the algorithmic society. In: MICKLITZ, Hans *et al.* **Constitutional challenges in the algorithmic society**. Cambridge: Cambridge University Press, 2021.

⁴²³ Para um exame mais detido da questão, remetemos o leitor ao capítulo anterior deste trabalho. Quanto aos aspectos gerais da discussão, ver, por todos: SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: Algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *Revista Fórum de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 231-287, 2012.

⁴²⁴ GREGORIO, Giovanni de. **Digital constitutionalism in Europe: Reframing rights and powers in the algorithmic society**. Oxford: University Press, 2022. O autor ressalta, contudo, que a doutrina da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nem sempre será capaz de produzir soluções estáveis para o problema do equilíbrio de poderes no ambiente digital, na medida em que a vinculação direta das redes sociais à liberdade de expressão poderia interferir demasiadamente com a liberdade empresarial, o que não se poderia tolerar.

Também Gunther Teubner e Vaio Karavas argumentam que a eficácia horizontal indireta dos direitos fundamentais, transpostos para a esfera das relações particulares por meio das cláusulas gerais do direito privado, é inadequada para o âmbito digital, o qual exige uma reprodução autônoma desses direitos dentro da lógica própria do sistema social da internet.⁴²⁵ Em trabalho mais recente, Teubner sustenta a necessidade de reformular a doutrina da eficácia horizontal dos direitos fundamentais em uma dimensão coletivo-institucional, em detrimento da perspectiva exclusivamente individualista que até então havia predominado na doutrina e na jurisprudência alemãs. Para tanto, seria necessária a institucionalização de uma esfera pública digital, na qual os direitos fundamentais subjetivos seriam transmutados em normas de organização e processo.⁴²⁶

Em sentido diverso, Amélie Heldt não renuncia à eficácia indireta, mas propõe uma intensificação desta, desde que atendidos determinados requisitos: i) os destinatários devem ser entidades privadas que fornecem um espaço comunicativo online acessível a todos e dotado de um certo caráter público; ii) os destinatários devem prestar um serviço intermediário relevante para a formação da opinião individual e pública; iii) esse serviço deve possuir um tamanho significativo no mercado, de tal modo que os usuários dependam dele para participar do discurso público. Quando presentes essas condições, a liberdade de expressão do usuário exercerá um efeito horizontal mais intenso na relação deste com a rede social, o qual deverá ser levado em consideração pelos tribunais ao realizarem a ponderação. Destarte, a aplicação de sanções como remoção de postagens, redução da visibilidade ou suspensão do perfil estará sujeita a maiores exigências em termos de procedimento e de justificação, sendo que o banimento do usuário consistirá em uma medida de *ultima ratio*.⁴²⁷

Por sua vez, Ingo Wolfgang Sarlet e Ivar Hartmann trilham um caminho intermediário, no qual a eficácia indireta, como regra, convive dialogicamente com a eficácia direta em determinadas hipóteses. Nesse contexto, caberia ao legislador

⁴²⁵ KARAVAS, Vaio; TEUBNER, Gunther. <http://www.CompanyNameSucks.com>: The horizontal effect of fundamental rights on 'private parties' within autonomous internet law. **Constellations: an International Journal of Critical and Democratic Theory**, v. 12, n. 2, p. 262-282, jun. 2005.

⁴²⁶ TEUBNER, Gunther. Horizontal effects of Constitutional Rights in the internet: a legal case on the digital constitution. **Italian Law Journal**, v. 3, n. 1, p. 193-205, 2017. Disponível em: <http://theitalianlawjournal.it/data/uploads/3-italj-1-2017/pdf/teubner.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2025.

⁴²⁷ HELDT, Amélie. **Instensivere drittwirkung**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023. (Internet und Gesellschaft, 30). Disponível em: <https://library.oapen.org/handle/20.500.12657/77223>. Acesso em: 12 jan. 2025.

produzir normas procedimentais e organizatórias específicas, a fim de estabelecer um equilíbrio dos direitos fundamentais tanto dos usuários como das empresas, em conformidade com os deveres estatais de proteção, respeitando as balizas da proibição do excesso e da vedação à proteção insuficiente. De outra banda, a relação assimétrica entre os usuários e as redes sociais pode acarretar situações de violação ao núcleo essencial de direitos como a liberdade de expressão, hipótese que, em linha com o posicionamento pioneiro adotado por Sarlet há mais de duas décadas⁴²⁸, justificaria uma eficácia direta *prima facie*. Não obstante, esta não se traduz necessariamente em uma vinculação forte ou absoluta, mas sim em uma eficácia flexível e gradual, a qual implica na possibilidade de extrair efeitos jurídicos diretamente das normas de direitos fundamentais em relação aos atores privados, diante da ausência ou insuficiência de regulação legislativa.⁴²⁹

A necessidade de redefinir a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais à luz do constitucionalismo digital também é endossada por Gilmar Ferreira Mendes e Victor Oliveira Fernandes. Para estes, a concepção tradicional dessa teoria, vinculada à ideia de eficácia indireta que predomina no direito alemão, possui aplicabilidade limitada no âmbito digital, no qual agentes privados são responsáveis não apenas por definir as regras e condições para o exercício de direitos como a liberdade de expressão, como também exercem uma verdadeira função adjudicatória, ao decidir pela manutenção ou remoção de conteúdo ou até mesmo pelo banimento de determinados usuários. Diante desse cenário, no qual o centro da aplicação dos direitos fundamentais foi deslocado da esfera pública para a esfera privada, é forçoso repensar a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais de modo a garantir a proteção aos direitos dos usuários para além da simples aferição do cumprimento do dever de proteção por parte do legislador.⁴³⁰

Os autores apontam, então, para um papel a ser exercido pela jurisdição constitucional. Esta, informada pelos pressupostos do constitucionalismo digital, poderia eventualmente avaliar as práticas adotadas pelas redes sociais para a

⁴²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: Algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. **Revista Fórum de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 231-287, 2012.

⁴²⁹ SARLET, Ingo; HARTMANN, Ivar. Direitos fundamentais e direito privado: a proteção da liberdade de expressão nas mídias sociais. **Direito Público**, v. 16, n. 90, p. 85-108, nov./dez. 2019.

⁴³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor Oliveira. Constitucionalismo digital e jurisdição constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 16, n. 1, p. 1-33, out. 2020.

conformação dos direitos fundamentais, bem como o grau de comprometimento destas com o preceito constitucional da liberdade de expressão, especialmente diante de questões sensíveis, como no debate acerca do regime de responsabilidade civil dos intermediários digitais pelo conteúdo gerado por seus usuários, atualmente na pauta do STF por meio do Tema 987 da Repercussão Geral, no qual se discute a (in)constitucionalidade do art. 19 do Marco Civil da Internet, de que nos ocuparemos a seguir.⁴³¹

Antes de passarmos ao próximo tópico, porém, cumpre deixar claro nossa posição pessoal acerca das diversas teorias que acabamos de descrever. De nossa parte, entendemos que a intensificação da eficácia horizontal indireta, tal como defende Amélie Heldt, se apresenta como a melhor alternativa. Isso porque, a nosso ver, o reconhecimento de uma eficácia direta dos direitos fundamentais na relação entre os usuários e as redes sociais representaria uma intervenção demasiada na liberdade que estas possuem para definir o tipo de comunidade que desejam criar. Por sua vez, a eficácia mediata, ainda que mais intensa, preserva a autonomia privada das plataformas digitais, ao mesmo tempo em que busca equilibrá-la com a liberdade de expressão dos usuários. Voltaremos a esse ponto no final do presente capítulo.

3.5 Responsabilidade civil das redes sociais pelo conteúdo de terceiros

A proteção de direitos fundamentais no âmbito digital está profundamente entrelaçada com o dilema acerca de qual deve ser o regime de responsabilidade civil a ser atribuído às plataformas pelo conteúdo veiculado por terceiros. Essas normas são essenciais para a liberdade de expressão, ao estabelecerem os riscos e incentivos enfrentados pelas redes sociais ao permitir ou restringir o acesso a determinados conteúdos.⁴³² No ordenamento jurídico brasileiro, a matéria foi disciplinada, de forma bastante específica, pelo Marco Civil da Internet (doravante,

⁴³¹ MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor Oliveira. Constitucionalismo digital e jurisdição constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 16, n. 1, p. 1-33, out. 2020.

⁴³² MONCAU, Luiz Fernando Marrey. Intermediários de Internet e Liberdade de Expressão: o mapa da busca de um delicado equilíbrio regulatório. In: **Dissenso.org**, [s.l.], 06 jun. 2018. Disponível em: <https://dissenso.org/intermediarios-de-internet-e-liberdade-de-expressao-o-mapa-da-busca-de-um-delicado-equilibrio-regulatorio/>. Acesso em: 17 jan. 2025.

MCI)⁴³³, promulgado em 2014, o qual adotou *um regime de quase isenção de responsabilidade civil aos intermediários digitais*.⁴³⁴

Inicialmente, o MCI adota uma classificação dual, concedendo um tratamento aos *provedores de conexão* que difere daquele dedicado aos *provedores de aplicações*. Os primeiros, conforme o art. 5.º, inciso V, do MCI, são aqueles que *oferecem a habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP*.⁴³⁵ Trata-se dos prestadores de serviço que concedem ao usuário o acesso ao ciberespaço, dos quais são exemplos, no Brasil, as empresas de telecomunicações como Claro, Vivo, entre outras.⁴³⁶ Já os segundos dizem respeito ao *conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet*⁴³⁷, na linguagem do inciso VII do mesmo dispositivo. As funcionalidades oferecidas, por sua vez, são múltiplas, podendo ser exemplificadas como: o oferecimento de serviços de e-mail; armazenamento de dados; disponibilização e compartilhamento de imagens; e, finalmente, redes sociais.⁴³⁸ São estes, portanto, que nos interessam e sobre os quais nos debruçaremos de forma mais detida a seguir.

Antes, porém, cumpre referir brevemente que, conforme preceitua o art. 18 do MCI, os provedores de conexão estão isentos de responsabilidade civil pelos danos eventualmente causados pelo conteúdo gerado por terceiros. Tal disposição, que não é objeto de maiores controvérsias, reflete o entendimento que já vigorava na jurisprudência nacional e estrangeira desde o final dos anos noventa, baseado na impossibilidade técnica de evitar o comportamento lesivo, bem como na ausência de

⁴³³ BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 17 jan. 2025.

⁴³⁴ NITRINI, Rodrigo Vidal. **Liberdade de expressão nas redes sociais**: o problema jurídico da remoção de conteúdo pelas plataformas. Belo Horizonte: Dialética, 2021. p. 150.

⁴³⁵ BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 17 jan. 2025.

⁴³⁶ COLOMBO, Cristiano; NETO, Eugênio Facchini. Ciberespaço e conteúdo ofensivo gerado por terceiros: a proteção dos direitos de personalidade e a responsabilização civil dos provedores de aplicação, à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 7, n. 3, p. 216-234, 2017.

⁴³⁷ BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 17 jan. 2025.

⁴³⁸ COLOMBO; NETO, Op. Cit.

nexo causal entre a disponibilização do acesso à internet para um usuário e o dano causado por este a um terceiro.⁴³⁹ Dispor em sentido contrário, nas palavras de Colombo e Facchini Neto, *seria como pretender-se responsabilizar quem construiu e mantém uma rodovia, pelos danos causados por um veículo a outro, em virtude de colisão que nada tivesse a ver com o estado da rodovia em si*.⁴⁴⁰

Diverso é o caso dos provedores de aplicações, dentre os quais, como já vimos, se incluem as redes sociais. O cerne da responsabilidade civil desses agentes está disciplinado no *caput* do art. 19 do MCI, o qual dispõe, *verbis*:

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.⁴⁴¹

Desde logo, verifica-se que o MCI adota, como regra, a responsabilidade subjetiva dos intermediários. No entanto, afastando-se do entendimento consolidado pela jurisprudência do STJ no período anterior à sua promulgação, o MCI estabelece que a responsabilidade dos provedores de aplicações não decorre do descumprimento de simples notificação extrajudicial da vítima, mas sim do não atendimento a uma ordem judicial de retirada de um conteúdo reputado como ilícito. Além disso, a jurisprudência do STJ considera que a ordem judicial só será considerada clara e específica, conforme exigido pelo art. 19, § 1º, do MCI, quando indicar a URL (*Uniform Resource Locator*) do conteúdo a ser removido.⁴⁴² A exigência de indicação da URL significa que o ordenamento jurídico brasileiro não convive com deveres de monitoramento prévio, os quais exigiriam uma atuação proativa das redes

⁴³⁹ SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo. **Marco civil da internet**: construção e aplicação. Juiz de Fora: Editar Editora Associada Ltda, 2016. p. 98.

⁴⁴⁰ COLOMBO, Cristiano; NETO, Eugênio Facchini. Ciberespaço e conteúdo ofensivo gerado por terceiros: a proteção dos direitos de personalidade e a responsabilização civil dos provedores de aplicação, à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 7, n. 3, p. 216-234, 2017.

⁴⁴¹ BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 17 jan. 2025.

⁴⁴² COLOMBO; NETO, Op. Cit.

sociais para que, uma vez removido, o conteúdo não voltasse a aparecer na plataforma (*staydown obligation*).⁴⁴³

Ressalte-se, por oportuno, que, embora o art. 19, *caput*, do MCI tenha instituído a exigência de decisão judicial para a remoção de conteúdo, trata-se de regra geral, a qual comporta duas exceções. A primeira delas, disposta no parágrafo segundo do mesmo artigo, diz com as violações a direitos autorais; a segunda, por sua vez, prevista no art. 21 do MCI, trata da chamada *pornografia de vingança*. Em ambas as hipóteses, basta uma notificação extrajudicial para que a rede social passe a ter a obrigação de indisponibilizar o conteúdo, pena de ser responsabilizada judicialmente.⁴⁴⁴

O modelo de responsabilidade civil decorrente da mera notificação do usuário, conhecido em inglês como *notice and takedown*, foi adotado como regra pelos países da União Europeia. Inicialmente estabelecido pela Diretiva 2000/31/EC⁴⁴⁵, também conhecida como Diretiva do *e-commerce*, tal regime se manteve, em grande medida, inalterado com a aprovação do *Digital Services Act* (DSA) pelo Parlamento Europeu, em 2022, embora tenham sido impostas novas obrigações às plataformas, em especial àquelas tidas como “*de muito grande dimensão*”, sendo consideradas como tais as que possuem um número médio mensal de usuários ativos, na União Europeia, superior a 45 milhões.⁴⁴⁶ De acordo com essas normativas, as plataformas digitais são isentas de responsabilidade acerca do conteúdo gerado pelos usuários, desde que não tenham conhecimento acerca do conteúdo ilegal e tenham atuado de modo diligente, tão logo tenham sido informadas acerca da ilicitude, no sentido de suprimir o conteúdo ou restringir o acesso a ele.⁴⁴⁷

⁴⁴³ MONCAU, Luiz Fernando Marrey; ARGUELHES, Diego Werneck. The marco civil da internet and digital constitutionalism. In: FROSIO, Giancarlo (ed.). **The Oxford handbook of online intermediary liability**. Oxford: Oxford University Press, 2020.

⁴⁴⁴ SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo. **Marco civil da internet: construção e aplicação**. Juiz de Fora: Editor Editora Associada Ltda, 2016. p. 98.

⁴⁴⁵ EUROPEAN UNION. **Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de Junho de 2000**. Directiva sobre o comércio electrónico. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32000L0031&lang1=PT&from=EN&lang3=choose&lang2=choose&_csrf=6827e11c-919e-4076-8980-69634650af79. Acesso em: 17 jan. 2025.

⁴⁴⁶ UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) 2022/2065 do Parlamento Europeu e do Conselho de 19 de outubro de 2022**. Regulamento dos serviços digitais. Relativo a um mercado único para os serviços digitais e que altera a Diretiva 2000/31/CE. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32022R2065#>. Acesso em 17 jan. 2025.

⁴⁴⁷ BUITEN, Miriam C. The digital services act from intermediary liability to platform regulation. **Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law**, v. 12, n. 5, p. 361-380, 2021.

Por outro lado, o regime de responsabilização somente após o descumprimento de ordem judicial está em consonância com a proposta veiculada nos assim chamados “Princípios de Manila para a responsabilidade dos intermediários”. Tal como os já mencionados Princípios de Santa Clara⁴⁴⁸, trata-se de uma iniciativa patrocinada por organizações da sociedade civil de diversos países, as quais militam pela proteção de direitos fundamentais no ambiente digital, em especial a liberdade de expressão. Os Princípios de Manila estão estruturados em seis eixos principais, dentre os quais destacamos o segundo, de acordo com o qual *não se deve solicitar a remoção de conteúdos sem a ordem de uma autoridade judicial*.⁴⁴⁹

O regime geral adotado pelo MCI, quando comparado com o modelo *notice and takedown*, possui a virtude de minimizar o risco de censura colateral, representando, assim, um equilíbrio mais adequado dos direitos fundamentais em conflito.⁴⁵⁰ Isso porque, conforme já mencionado, ao terceirizar a avaliação quanto à licitude do conteúdo denunciado para os próprios intermediários, esse sistema cria incentivos para que as redes sociais removam qualquer conteúdo potencialmente controvertido, ainda que perfeitamente lícito, a fim de reduzir os custos decorrentes de uma litigância, bem como o risco de arcar com severas indenizações.⁴⁵¹ Assim, o modelo de responsabilidade civil por notificação extrajudicial, ao permitir a exclusão arbitrária de conteúdo, baseada na mera reclamação do interessado e sem o devido processo legal, tolera o exercício abusivo de direitos, além de restringir, de maneira excessiva, a liberdade de expressão dos usuários.⁴⁵²

Não obstante as vantagens do modelo adotado pelo art. 19 do MCI⁴⁵³, a constitucionalidade desse dispositivo é objeto do Recurso Extraordinário n.º

⁴⁴⁸ Vide o tópico 3.4 supra, no qual tratamos do constitucionalismo digital.

⁴⁴⁹ MANILA PRINCIPLES ON INTERMEDIARY LIABILITY. In: **ManilaPrinciples.org**, 30 May 2015. Disponível em: <https://manilaprinciples.org/pt-br.html>. Acesso em: 17 jan. 2025.

⁴⁵⁰ SARLET, Ingo; HARTMANN, Ivar. Direitos fundamentais e direito privado: a proteção da liberdade de expressão nas mídias sociais. **Direito Público**, v. 16, n. 90, p. 85-108, nov./dez. 2019.

⁴⁵¹ BARROSO, Luna van Brussel. **Liberdade de expressão e democracia na Era Digital**: o impacto das mídias sociais no mundo contemporâneo. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 230-1. NITRINI, Rodrigo Vidal. **Liberdade de expressão nas redes sociais**: o problema jurídico da remoção de conteúdo pelas plataformas. Belo Horizonte: Dialética, 2021. p. 151.

⁴⁵² MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Secondary liability of service providers in Brazil: The effect of the civil rights framework. In: DINWOODIE, Graeme B. (Ed.). **Secondary liability of internet service providers**. Cham: Springer, 2017. p. 171-184.

⁴⁵³ Importante destacar a existência de estudos empíricos demonstrando que o modelo *notice and takedown* conduz à remoção excessiva de conteúdo lícito. Nesse sentido, veja-se: INTERNETLAB. **Petição**: protocolada nos autos do RE 1037396, na condição de *amicus curiae*. Disponível em: <http://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2018/12/Amicus-Curiae-InternetLab-RE-1037396-assinado.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2025. Igualmente, veja-se a lista de estudos compilada por KELLER, Daphne. Empirical evidence of over-removal by internet

1.037.396, representativo do Tema 987 da Repercussão Geral, interposto pelo Facebook⁴⁵⁴ contra acórdão da Segunda Turma Recursal Cível de Piracicaba/SP. No caso concreto, uma usuária da rede social em comento ajuizou ação contra a plataforma em virtude da criação de um perfil falso utilizando seu nome. Em sede de recurso inominado, não apenas foi determinada a exclusão do perfil, mas também o Facebook foi condenado ao pagamento de danos morais por não ter retirado o conteúdo tão logo foi notificado pela autora.⁴⁵⁵

Iniciado em novembro de 2024, o julgamento se encontra atualmente suspenso, tendo proferido seus votos os Ministros Dias Toffoli (Relator) e Luiz Fux. O primeiro votou pela inconstitucionalidade do art. 19, *caput* e § 1º, do MCI e, por arrastamento, dos demais parágrafos desse dispositivo, propondo a fixação de tese contendo um *Decálogo contra a violência digital e a desinformação*, o qual estabelece, como regra geral, que o provedor de aplicações de internet estará sujeito à responsabilização civil subjetiva pelos danos decorrentes de conteúdos gerados por terceiros *quando, notificado pelo ofendido ou seu representante legal, preferencialmente pelos canais de atendimento, deixar de promover, em prazo razoável, as providências cabíveis*, nos termos do art. 21 do MCI. No entanto, ainda de acordo com a tese proposta pelo Relator, o provedor de aplicações poderá ser responsabilizado objetivamente em determinadas hipóteses, como nos casos de conteúdo atentatório ao Estado Democrático de Direito ou ao processo eleitoral. Por sua vez, o Min. Fux acompanhou o Relator, mas propôs a fixação de tese segundo a qual o art. 19 do MCI não exclui a possibilidade de que os provedores de aplicações venham a ser responsabilizados pelo conteúdo gerado por seus usuários nas hipóteses em que, *tendo ciência inequívoca do cometimento de atos ilícitos, seja porquanto evidente, seja porque devidamente informados por qualquer meio idôneo, não procederem à remoção imediata do conteúdo*.⁴⁵⁶

companies under intermediary liability laws: An updated list. In: **Center for Internet and Society (CIS)**, 08 Feb. 2021. Disponível em: <https://cyberlaw.stanford.edu/blog/2021/02/empirical-evidence-over-removal-internet-companies-under-intermediary-liability-laws/>. Acesso em: 19 jan. 2025.

⁴⁵⁴ Trata-se da empresa Facebook Servicos Online Do Brasil Ltda., subsidiária brasileira da Meta Platforms Inc.

⁴⁵⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor Oliveira. Constitucionalismo digital e jurisdição constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 16, n. 1, p. 1-33, out. 2020.

⁴⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no RE nº 1.037.396/SP**. Tribunal Pleno. Relator Min. Dias Toffoli. Brasília, 1º mar. 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5160549>. Acesso em: 19 jan. 2025.

Convém destacar que, ao dispor apenas sobre a exigência de decisão judicial prévia ordenando a retirada do conteúdo como regra geral para que as redes sociais sejam responsabilizadas civilmente, o MCI silencia acerca da governança privada exercida pelas plataformas por meio da moderação de conteúdo, gerando, inclusive, questionamentos quanto à permissibilidade dessa prática no ordenamento jurídico brasileiro.⁴⁵⁷ Contudo, apesar da existência de um posicionamento minoritário, o qual defende que a regra estabelecida pelo MCI vedaria a remoção de conteúdo por iniciativa dos próprios intermediários⁴⁵⁸, a doutrina majoritária entende que é justamente o vácuo legislativo que permite a moderação de conteúdo pelas redes sociais.⁴⁵⁹

Além de não constituir a melhor interpretação do art. 19 do MCI, o posicionamento que atribui exclusivamente ao Poder Judiciário a função de determinar a retirada de conteúdos das redes sociais ignora a verdadeira natureza destas e da sua atividade. Tal entendimento, ao que tudo indica, parte da premissa equivocada de que as redes sociais são plataformas neutras, as quais não exercem qualquer julgamento acerca do conteúdo que elas veiculam.⁴⁶⁰

Como já mencionamos, porém, no tópico relativo à governança privada e à moderação de conteúdo, essa premissa não se sustenta, eis que a moderação de conteúdo e a filtragem algorítmica são atividades essenciais para o modelo de negócios das redes sociais; são, na verdade, a própria *commodity* que elas oferecem.⁴⁶¹ Não se pode perder de vista o fato de que se trata de entidades privadas, as quais exercem atividades com fins lucrativos e, como tais, gozam do direito

⁴⁵⁷ STEIN, Lillian Brandt. **Redes sociais, desinformação e moderação de conteúdo**: desafios e possibilidades sob as lentes da responsabilidade civil dos provedores. Indaiatuba: Editora Foco, 2025. p. 88-105.

⁴⁵⁸ Veja-se, por exemplo, o parecer exarado pela Procuradoria-Geral da República nos autos do RE n.º 1.037.396, o qual defende, em linhas gerais, que a prerrogativa de determinar a remoção de conteúdo seria exclusiva do Poder Judiciário. ARAS, Augusto [Procurador-Geral da República]. **Parecer**: exarado nos autos do RE n.º 1.037.396. Brasília, 15 de maio de 2023. Disponível em: https://www.mpf.mp.br/pgr/arquivos/2023/re-1037396_tema-987_vcm_rsr_lf.pdf. Acesso em: 19 jan. 2025.

⁴⁵⁹ KELLER, Clara Iglesias. Policy by judicialisation: the institutional framework for intermediary liability in Brazil. **International Review of Law, Computers & Technology**, paper, 13 Jul. 2020. 35p. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3764508. Acesso em: 19 jan. 2025; NITRINI, Rodrigo Vidal. **Liberdade de expressão nas redes sociais**: o problema jurídico da remoção de conteúdo pelas plataformas. Belo Horizonte: Dialética, 2021. p. 159-162; BARROSO, Luna van Brussel. **Liberdade de expressão e democracia na Era Digital**: o impacto das mídias sociais no mundo contemporâneo. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 150.

⁴⁶⁰ NITRINI, Rodrigo Vidal. **Liberdade de expressão nas redes sociais**: o problema jurídico da remoção de conteúdo pelas plataformas. Belo Horizonte: Dialética, 2021. p. 163-4.

⁴⁶¹ GILLESPIE, Tarleton. **Custodians of the Internet**: platforms, content moderation, and the hidden decisions that shape social media. New Haven: Yale University Press, 2018. p. 41.

fundamental à livre iniciativa. Logo, possuem um interesse legítimo de evitar a disseminação de postagens pornográficas, violentas ou moralmente indesejáveis, ainda que não necessariamente ilícitas, a fim de criar um espaço mais atrativo para a maioria dos usuários, que não quer ser exposta a esse tipo de conteúdo, e também para os anunciantes, que provavelmente não gostariam de associar suas marcas a conteúdo ofensivo.⁴⁶²

Foi justamente esse raciocínio que deu origem, nos Estados Unidos, à Seção 230 do *Communications Decency Act* (doravante, CDA), promulgada em 1996, a qual, além de isentar completamente os intermediários digitais de responsabilidade civil pelo conteúdo gerado por seus usuários, dispõe de forma expressa sobre a moderação de conteúdo, ao prever uma regra de proteção ao “bom samaritano”, segundo a qual as plataformas não serão responsabilizadas restringir o acesso ou a disponibilidade a conteúdos que elas considerem inadequado, ainda que eventualmente protegido pela liberdade de expressão.⁴⁶³ Devido ao papel fundamental que essa regra exerceu para o surgimento e a expansão da Web 2.0, pode-se afirmar que nela estão contidas *as vinte e seis palavras que criaram a internet*.⁴⁶⁴

A moderação de conteúdo, portanto, configura-se uma atividade não apenas permitida como também, em certa medida, necessária. No entanto, como já demonstramos, gera impactos significativos sobre a liberdade de expressão, em especial diante da forma como é exercida pelas grandes plataformas, com pouca ou nenhuma transparência e *accountability*.⁴⁶⁵ O grande desafio consiste, então, em estabelecer uma regulamentação capaz de equilibrar os direitos fundamentais em jogo. Nossa hipótese, a ser desenvolvida a seguir, é a de que a autorregulação regulada é o modelo que melhor alcança esse objetivo.

⁴⁶² BARROSO, Luna van Brussel. **Liberdade de expressão e democracia na Era Digital**: o impacto das mídias sociais no mundo contemporâneo. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 221-2.

⁴⁶³ UNITED STATES. **U.S.Code: § 230**: Protection for private blocking and screening of offensive material. [Atual.] Washington, DC, 11 Apr. 2018. Disponível em: <https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-prelim-title47-section230&num=0&edition=prelim>. Acesso em: 27 jan. 2025.

⁴⁶⁴ KOSSEFF, Jeff. **The twenty-six words that created the Internet**. Ithaca [New York]: Cornell University Press, 2019.

⁴⁶⁵ STEIN, Lillian Brandt. **Redes sociais, desinformação e moderação de conteúdo**: desafios e possibilidades sob as lentes da responsabilidade civil dos provedores. Indaiatuba: Editora Foco, 2025. p. 95.

3.6 Autorregulação regulada

Conforme o professor norte-americano Lawrence Lessig, em obra que já se tornou clássica sobre o tema da regulamentação do ciberespaço, existem quatro vetores que influem de diferentes maneiras sobre o comportamento dos agentes no âmbito digital: i) o direito; ii) as normas sociais; iii) o mercado; e iv) a arquitetura da rede, à qual o autor se refere como o *código*. O direito atua por meio da ameaça de sanções pelo descumprimento de certas normas jurídicas. A violação das normas sociais também enseja a aplicação de sanções, as quais, nesse caso, são impostas pela própria comunidade. Por sua vez, o mercado regula o comportamento por meio dos preços. Finalmente, o código opera de modo semelhante às leis da física: os *hardwares* e os *softwares* que constituem o ciberespaço estão imbuídos de características que tornam certos comportamentos possíveis ou impossíveis de serem realizados.⁴⁶⁶ Daí, então, a famosa afirmação de Lessig: o código é a lei (*code is law*).⁴⁶⁷

Embora distintos, esses quatro moduladores operam de maneira interdependente, de sorte que cada um deles é capaz de interferir no funcionamento dos demais, aumentando ou reduzindo a sua eficácia. Considerando que nenhum desses elementos está dado previamente pela realidade, todos eles estão sujeitos a modificações, ainda que os processos necessários para tanto sejam complexos e variáveis. O mais importante, para os fins do nosso trabalho, é notar a possibilidade de interferir no código por meio do direito.⁴⁶⁸ Isso porque qualquer espécie de regulamentação estatal sobre a atividade de moderação de conteúdo pode ser potencializada ou tornada inefetiva através do código. Destarte, *a forma mais eficiente de regulação será diretamente pelo código ou indiretamente pela regulação das instituições que o desenham, para que alterem as suas características*.⁴⁶⁹

Diante desse cenário, em que o código assume um papel decisivo e a atuação estatal, para ser efetiva, deve ocorrer de forma indireta, o instituto da autorregulação regulada se apresenta como *um modelo de direito proceduralizado* capaz de atender às exigências que a própria complexidade do âmbito digital impõe para a sua

⁴⁶⁶ LESSIG, Lawrence. **Code and other laws of cyberspace**: Version 2.0. New York: Basic Books, 2006. p. 121-125.

⁴⁶⁷ Ibidem, p. 5.

⁴⁶⁸ Ibidem, p. 125-132.

⁴⁶⁹ BARROSO, Luna van Brussel. **Liberdade de expressão e democracia na Era Digital**: o impacto das mídias sociais no mundo contemporâneo. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 34-5.

regulação.⁴⁷⁰ Por autorregulação regulada⁴⁷¹, queremos designar um modelo no qual o poder público se vale dos processos de governança desenvolvidos pelas plataformas de modo relativamente autônomo, mas exerce um controle externo sobre eles, a fim de garantir a persecução de finalidades consentâneas ao bem comum, como a proteção de direitos fundamentais.⁴⁷²

A autorregulação regulada constitui-se em um modelo híbrido, situado entre a regulamentação puramente estatal e a completa autorregulação, o qual comporta diversos arranjos institucionais, com variações quanto ao grau de poder atribuído aos atores privados vis-à-vis o poder público.⁴⁷³ Em âmbitos complexos, marcados pela inovação e dinamicidade, como o das novas tecnologias digitais, o conhecimento necessário acerca dos riscos inerentes ao contexto, bem como dos instrumentos de proteção necessários, não está centralizado no Estado. Destarte, torna-se impositiva a criação de novos mecanismos dentro do direito regulatório estatal, capazes de incorporar modelos de auto-organização advindos da própria sociedade, por meio de regras procedimentais. Nesse contexto, a autorregulação regulada, baseada na cooperação entre o Estado regulador e os atores a serem regulados, *apresenta-se como a forma mais evoluída da proceduralização*.⁴⁷⁴

Durante os primeiros anos da internet comercial, o *ethos* libertário então predominante repudiava a possibilidade de que o Estado pudesse exercer qualquer

⁴⁷⁰ ABBOUD, Georges; CAMPOS, Ricardo. A autorregulação regulada como modelo do Direito proceduralizado: redes sociais e proceduralização. In: ABBOUD, Georges; NERY JUNIOR, Nelson; CAMPOS, Ricardo. **Fake news e regulação**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. p. 135-162.

⁴⁷¹ O conceito de autorregulação regulada foi desenvolvido pelo professor alemão Wolfgang Hoffmann-Riem, durante a década de 1990, a fim de designar um cenário no qual o Estado deixa de ser o único criador de normas, passando a exercer o papel de supervisão dos processos regulatórios desenvolvidos pelos próprios atores a serem regulados. Cf. HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gesetzgebers im Bereich der Kommunikationsdienste. In: JAHNKE, Thomas; SCHMIDT-AßMANN, Eberhard; VOßKUHLE, Andreas (Hrsg.). **Jahrbuch für Gesetzgebung 1996**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1996. p. 315–338.

⁴⁷² WOLFGANG, Hoffmann-Riem. **Teoria geral do direito digital**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559642267/>. Acesso em: 17 nov. 2024.

⁴⁷³ BARROSO, Luna van Brussel. **Liberdade de expressão e democracia na Era Digital**: o impacto das mídias sociais no mundo contemporâneo. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 223.

⁴⁷⁴ ABBOUD, Georges; CAMPOS, Ricardo. A autorregulação regulada como modelo do Direito proceduralizado: redes sociais e proceduralização. In: ABBOUD, Georges; NERY JUNIOR, Nelson; CAMPOS, Ricardo. **Fake news e regulação**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. p. 135-162. Ver também, em uma perspectiva crítica: KELLER, Clara Iglesias. The perks of co-regulation: An institutional arrangement for social media regulation? In: CELESTE, Edoardo; HELDT, Amélie; KELLER, Clara Iglesias. **Constitutionalising social media**. Oxford: Hart Publishing, 2022. p. 217-233.

espécie de controle sobre o âmbito virtual. Nesse período, que Jonathan Zittrain identifica como a primeira de três eras de governança do espaço digital, a autorregulação era vista como a saída para preservar uma esfera de discussão ainda em fase de amadurecimento contra ameaças externas de coerção.⁴⁷⁵

Essa primeira “Era dos Direitos”, que marcou as décadas de 1990 e 2000, logo deu lugar a uma segunda fase de governança, a partir de 2010, a qual coincide com a ascensão das redes sociais e seu modelo de negócios baseado na curadoria do conteúdo gerado pelos usuários, na captura da atenção e na maximização do engajamento. Na “Era da Saúde Pública”, em que o conteúdo amador passou a concorrer em pé de igualdade com aquele produzido profissionalmente, a reconhecida tendência dos usuários de se engajarem com postagens sensacionalistas, difamatórias e manipulativas, somada à facilidade de “viralização” destas, fez surgir a discussão sobre a necessidade de um abordagem sistêmica para mitigar os riscos causados pela interação em escala massiva.⁴⁷⁶

Atualmente, estamos no limiar de uma terceira era da governança digital: a Era do Processo, cujo foco está voltado para a construção de mecanismos aptos a conferir legitimidade às decisões relacionadas à moderação de conteúdo. Essa legitimidade, contudo, não diz respeito à obtenção de respostas substancialmente corretas para os dilemas envolvendo a liberdade de expressão nas redes sociais. Ao contrário, ela se faz ainda mais necessária diante da impossibilidade de alcançar um consenso acerca dos limites desse direito, ante os desacordos razoáveis sobre aquilo que deve ou não ser permitido.⁴⁷⁷

⁴⁷⁵ ZITTRAIN, Jonathan. **Three eras of digital governance**. The Harvard Kennedy School (HKS) Misinformation Re, Paper, 23 Sept. 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3458435>. Acesso em: 30 jan. 2025; BOWERS, John; ZITTRAIN, Jonathan. **Answering impossible questions**: content governance in an age of disinformation. The Harvard Kennedy School (HKS) Misinformation Re, Paper, 10 Feb. 2020. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3520683>. Acesso em: 30 jan. 2025.

⁴⁷⁶ ZITTRAIN, Jonathan. **Three eras of digital governance**. The Harvard Kennedy School (HKS) Misinformation Re, Paper, 23 Sept. 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3458435>. Acesso em: 30 jan. 2025; BOWERS, John; ZITTRAIN, Jonathan. **Answering impossible questions**: content governance in an age of disinformation. The Harvard Kennedy School (HKS) Misinformation Re, Paper, 10 Feb. 2020. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3520683>. Acesso em: 30 jan. 2025.

⁴⁷⁷ BOWERS, John; ZITTRAIN, Jonathan. **Answering impossible questions**: content governance in an age of disinformation. The Harvard Kennedy School (HKS) Misinformation Re, Paper, 10 Feb. 2020. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3520683>. Acesso em: 30 jan. 2025.

É nesse cenário que a autorregulação regulada emerge como a alternativa mais condizente com a complexidade exigida pelo contexto social das novas tecnologias⁴⁷⁸, na medida em que assegura algum nível de autonomia às plataformas para definirem o tipo de comunidade que desejam proporcionar aos seus usuários – componente intrínseco da livre iniciativa – ao mesmo tempo em que busca endereçar preocupações relacionadas à proteção de direitos fundamentais dos usuários.⁴⁷⁹

Assentadas essas premissas, cumpre delinear os contornos básicos de uma proposta de autorregulação regulada, pautada pelos valores do constitucionalismo digital, que vise ao reequilíbrio da equação entre a liberdade das redes sociais para moderar conteúdo e a garantia da liberdade de expressão dos usuários. O objetivo de uma tal proposta, conforme já adiantamos, não deve ser o de formular, de antemão, juízos substantivos acerca de quais discursos específicos devem ou não ser permitidos, tendo em vista as inevitáveis controvérsias acerca dos limites da liberdade de expressão, bem como a possibilidade concreta de que uma regulação nesse sentido venha a ser empregada para silenciar críticas legítimas a autoridades públicas.⁴⁸⁰ O que se busca, portanto, é a implementação de um procedimento capaz de atribuir legitimidade às decisões tomadas pelas plataformas, ainda que se possa eventualmente discordar delas.⁴⁸¹

O primeiro aspecto a ser considerado é a necessidade de maior transparência acerca dos critérios que informam as decisões de moderação de conteúdo, tendo em vista a opacidade que permeia essa atividade.⁴⁸² Para que ela seja de fato significativa, a transparência deve estar estruturada em dois níveis: o fornecimento de informações

⁴⁷⁸ ABOUD, Georges; CAMPOS, Ricardo. A autorregulação regulada como modelo do Direito proceduralizado: redes sociais e proceduralização. In: ABOUD, Georges; NERY JUNIOR, Nelson; CAMPOS, Ricardo. **Fake news e regulação**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. p. 135-162; SARLET, Ingo; HARTMANN, Ivar. Direitos fundamentais e direito privado: a proteção da liberdade de expressão nas mídias sociais. **Direito Público**, v. 16, n. 90, p. 85-108, nov./dez. 2019.

⁴⁷⁹ BARROSO, Luna van Brussel. **Liberdade de expressão e democracia na Era Digital**: o impacto das mídias sociais no mundo contemporâneo. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 222-3.

⁴⁸⁰ KAYE, David. **Speech police**: the global struggle to govern the internet. New York: Columbia Global Reports, 2019 (Recurso eletrônico).

⁴⁸¹ BARROSO, Luna van Brussel. **Liberdade de expressão e democracia na Era Digital**: o impacto das mídias sociais no mundo contemporâneo. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 229.

⁴⁸² KELLER, Clara Iglesias; MENDES, Laura Schertel; FERNANDES, Victor. Moderação de conteúdo em plataformas digitais: caminhos para a regulação no Brasil. **Cadernos Adenauer**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 1, p. 63-87, 2023. Disponível em: <https://www.kas.de/documents/265553/19294631/Cadernos+1-2023+-+cap+4.pdf/efdd5b2d-e5c5-6c5c-8a0c-315cef9cb65b?t=1682363341344>. Acesso em: 31 jan. 2025.

individualizadas ao usuário afetado por uma decisão específica e a divulgação periódica de estatísticas.⁴⁸³

Nesse sentido, verifica-se que os já mencionados Princípios de Santa Clara para Transparência e Prestação de Contas em Moderação de Conteúdo fornecem orientações que podem nortear uma eventual reforma do MCI. Com efeito, o segundo dos princípios operacionais sugeridos por esse documento dispõe sobre o dever da rede social de notificar o usuário que tiver sua postagem excluída, sua conta suspensa ou sua visibilidade reduzida (*shadowban*), fornecendo-lhe as seguintes informações: i) a URL do conteúdo que motivou a intervenção; ii) a cláusula específica das diretrizes tida por violada ou, na hipótese de o conteúdo estar sendo removido por infração à legislação local, o dispositivo legal em questão; iii) de que forma o conteúdo foi detectado, se por meio de algoritmo, denúncia de outro usuário etc.; iv) se houve o envolvimento de ator governamental no processo e, em caso positivo, a sua identificação específica. Além disso, os princípios em comento também sugerem que a notificação contenha uma explicação sobre a possibilidade de o usuário recorrer da decisão.⁴⁸⁴

Já na perspectiva da sociedade, o primeiro dos princípios operacionais sugere a publicação de relatórios trimestrais contendo informações como: i) o número total de postagens excluídas e de contas suspensas; ii) o número de apelos interpostos contra essas decisões, bem como o percentual de êxito dos recursos. O documento prevê, ainda, requisitos especiais que deverão constar do relatório no que tange à participação estatal na atividade de moderação de conteúdo, com os seguintes dados, separados por país: i) o número de pedidos provenientes de atores governamentais para a remoção de conteúdo ou exclusão de contas; ii) a identidade dos agentes estatais responsáveis por cada pedido; iii) o número desses pedidos que foram acatados e o número dos que não foram; iv) se o fundamento para a sinalização do conteúdo e para a respectiva decisão da plataforma foi a violação das regras da empresa ou da legislação local, indicando, em qualquer caso, o dispositivo tido por violado.⁴⁸⁵

⁴⁸³ SUZOR, Nicolas *et al.* What do we mean when we talk about transparency? Toward Meaningful transparency in commercial content moderation. **International Journal of Communication**, v. 13, n. 1, p. 1526-1543, 2019.

⁴⁸⁴ ACCESS NOW *et al.* **The Santa Clara Principles**: on transparency and accountability in content moderation. Santa Clara, CA, 2018. Disponível em: <https://santaclaraprinciples.org/>. Acesso em: 11 jan. 2025.

⁴⁸⁵ Ibidem.

Cumpra-se frisar que, em se tratando de um mecanismo de *soft law*, de iniciativa de pesquisadores acadêmicos e organizações da sociedade civil, os Princípios de Santa Clara não possuem aplicação cogente. No entanto, é possível constatar que algumas abordagens regulatórias recentes, como a lei alemã para melhoria da aplicação do direito nas redes sociais (doravante, NetzDG) e o novo regulamento europeu de serviços digitais (na sigla em inglês, DSA), já mencionado acima, que passou a vigorar em outubro de 2022, buscaram transpor para o direito positivo algumas das práticas de transparência recomendadas nesse documento.⁴⁸⁶

Veja-se que a NetzDG, aplicável às redes sociais com mais de 2 milhões de usuários ativos na Alemanha, estabelece, em sua segunda seção, que as plataformas que receberem mais de cem reclamações por ano sobre conteúdo ilegal deverão produzir relatórios semestrais acerca da forma como tais reclamações foram endereçadas. Especificamente, os relatórios devem conter, dentre outras, informações como: i) o número de reclamações recebidas no período, discriminadas quanto à sua origem (se oriundas de entidades externas ou de usuários individuais) e fundamento; ii) o número de reclamações que resultaram em exclusão ou bloqueio do conteúdo; iii) o tempo decorrido entre o recebimento da reclamação e a exclusão ou bloqueio do conteúdo; iv) medidas adotadas para informar tanto a pessoa que submeteu a reclamação quanto o usuário responsável pela postagem acerca da decisão tomada.⁴⁸⁷

Por sua vez, o DSA, em seu artigo 15, impõe aos intermediários digitais, salvo aqueles considerados micro ou pequenas empresas, a obrigação de divulgar relatórios anuais sobre moderação de conteúdo, os quais conterão informações como: i) o número de ordens recebidas de autoridades dos Estados-Membros, bem como o tempo médio para o seu cumprimento; ii) o número de denúncias apresentadas pelos usuários, bem como as medidas tomadas a respeito delas, discriminadas quanto ao seu fundamento, se embasadas na violação aos termos de uso ou à legislação, além

⁴⁸⁶ KELLER, Clara Iglesias; MENDES, Laura Schertel; FERNANDES, Victor. Moderação de conteúdo em plataformas digitais: caminhos para a regulação no Brasil. **Cadernos Adenauer**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 1, p. 63-87, 2023. Disponível em: <https://www.kas.de/documents/265553/19294631/Cadernos+1-2023+-+cap+4.pdf/efdd5b2d-e5c5-6c5c-8a0c-315cef9cb65b?t=1682363341344>. Acesso em: 31 jan. 2025.

⁴⁸⁷ ALEMANHA. **Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken: Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG. Teil I Nr. 61**, ausgegeben zu Bonn am 07 Sep. 2017. Disponível em: https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RefE/NetzDG_engl.pdf?__blob=publicationFile&__blob=publicationFile. Acesso em: 31 jan. 2025.

do tempo médio necessário para a ação; iii) informações *significativas e compreensivas* sobre a moderação de conteúdo realizada por iniciativa própria, discriminadas quanto aos tipos de medidas adotadas e os respectivos fundamentos que as embasaram, bem como acerca do método de detecção; iv) o número de reclamações recebidas contra decisões de moderação, juntamente com as suas justificativas e as medidas adotadas a respeito delas, incluindo o número de casos em que a decisão original foi revertida.⁴⁸⁸

Já o art. 17 do regulamento dispõe sobre a obrigação de notificar o usuário afetado por uma decisão de moderação de conteúdo, fornecendo-lhe informações claras e específicas sobre as suas implicações (remoção da postagem, redução da visibilidade, suspensão da conta etc.); os motivos que a embasaram, com referência específica ao dispositivo legal ou normativa interna tida por violada; e os mecanismos de recurso disponíveis.⁴⁸⁹

Consoante se verifica, tanto a NetzDG quanto o DSA incorporam, em alguma medida, os deveres de transparência sugeridos pelos Princípios de Santa Clara, o que sem dúvidas representa um avanço importante no sentido de fomentar a prestação de contas (*accountability*) das redes sociais, no que tange às decisões de moderação de conteúdo, perante os usuários e demais *stakeholders*, contribuindo para uma maior legitimidade dessas decisões.⁴⁹⁰

A transparência, contudo, não é o único princípio a ser levado em consideração. No mesmo patamar de importância, está situado o devido processo legal, que deve ser assegurado por meio da implementação de garantias procedimentais que possibilitem ao usuário afetado pela moderação de conteúdo não apenas ter clareza quanto à medida adotada pela plataforma – tendo em vista que a redução da

⁴⁸⁸ EUROPEAN UNION. **Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council**. Single Market For Digital Services and amending Directive 2000/31/EC (Digital Services Act). Done at Strasbourg, 19 Oct. 2022. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32022R2065#>. Acesso em: 31 jan. 2025.

⁴⁸⁹ EUROPEAN UNION. **Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council**. Single Market For Digital Services and amending Directive 2000/31/EC (Digital Services Act). Done at Strasbourg, 19 Oct. 2022. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32022R2065#>. Acesso em: 31 jan. 2025.

⁴⁹⁰ KELLER, Clara Iglesias; MENDES, Laura Schertel; FERNANDES, Victor. Moderação de conteúdo em plataformas digitais: caminhos para a regulação no Brasil. **Cadernos Adenauer**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 1, p. 63-87, 2023. Disponível em: <https://www.kas.de/documents/265553/19294631/Cadernos+1-2023+-+cap+4.pdf/efdd5b2d-e5c5-6c5c-8a0c-315cef9cb65b?t=1682363341344>. Acesso em: 31 jan. 2025; NITRINI, Rodrigo Vidal. **Liberdade de expressão nas redes sociais**: o problema jurídico da remoção de conteúdo pelas plataformas. Belo Horizonte: Dialética, 2021. p. 178.

visibilidade, por exemplo, frequentemente ocorre de maneira velada⁴⁹¹ – e os fundamentos que a embasaram, como também o acesso a meios de revisão.

Considerando a escala em que a moderação de conteúdo acontece, é natural que haja equívocos nesse processo. A única maneira de mitigar os riscos tanto de restringir excessivamente a expressão legítima quanto de permitir a circulação de demasiado conteúdo ilícito é por meio do desenvolvimento de mecanismos processuais adequados. Sob o prisma do Estado de Direito, é imprescindível que as regras que nos governam sejam claras, acessíveis e aplicadas de forma isonômica. A constitucionalização do ambiente digital passa por exigir daqueles que detêm o poder nesse espaço garantias análogas às aquelas que foram conquistadas pelos cidadãos em relação ao poder estatal.⁴⁹²

Nessa esteira, uma eventual reforma do MCI deveria incorporar determinadas obrigações de meio às redes sociais, como a publicação prévia das regras que balizam o processo de moderação de conteúdo; o direito de notificação do usuário acerca de denúncias recebidas e das medidas adotadas; o direito de recurso contra a decisão, em prazo razoável, sendo que as decisões em sede recursal não devem ser tomadas de modo exclusivamente automatizado; e a devida motivação de todas as decisões tomadas. Essas obrigações devem vir acompanhadas da previsão de sanções em caso de descumprimento, podendo também tornar-se requisitos legais para que as plataformas mantenham a isenção de responsabilidade civil prevista no art. 19 do MCI.⁴⁹³

Por fim, cabe ao Poder Judiciário avaliar as restrições impostas à liberdade de expressão pelas redes sociais, podendo eventualmente revertê-las. As razões fornecidas pela empresa para remover a postagem, reduzir a visibilidade ou suspender a conta permitem ao Judiciário avaliar a razoabilidade da medida, a partir da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, sem deixar de levar em consideração a autonomia das plataformas para estabelecer critérios que não necessariamente correspondem aos padrões de legalidade e ilegalidade. Importante destacar ainda

⁴⁹¹ SUZOR, Nicolas *et al.* What do we mean when we talk about transparency? Toward Meaningful transparency in commercial content moderation. **International Journal of Communication**, v. 13, n. 1, p. 1526-1543, 2019.

⁴⁹² SUZOR, Nicolas. **Lawless**: the secret rules that govern our digital lives. Cambridge: University Press, 2019. p. 106-114; 144-145.

⁴⁹³ NITRINI, Rodrigo Vidal. **Liberdade de expressão nas redes sociais**: o problema jurídico da remoção de conteúdo pelas plataformas. Belo Horizonte: Dialética, 2021. p. 181-2; BARROSO, Luna van Brussel. **Liberdade de expressão e democracia na Era Digital**: o impacto das mídias sociais no mundo contemporâneo. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 272-3.

que, em processo judicial envolvendo uma decisão de moderação de conteúdo, a não apresentação de razões que justifiquem a intervenção deve militar contra a empresa.⁴⁹⁴

É certo que a tarefa de impor limites ao acúmulo de poder por parte dos intermediários digitais não se esgota em questões relacionadas à moderação de conteúdo, uma vez que, para além da liberdade de expressão, há outros direitos fundamentais afetados pela ascensão das redes sociais, a exemplo da privacidade. No entanto, a liberdade de expressão apresenta-se como um pilar fundamental do Estado de Direito, razão pela qual se faz necessário garantir a sua proteção não apenas em face de intervenções estatais, mas também em relação à governança privada das plataformas. Como esperamos ter demonstrado, a autorregulação regulada parece ser a melhor alternativa para alcançar esse objetivo.

Quanto à forma de implementação dessa autorregulação regulada, entendemos que o melhor caminho seria o de uma reforma legislativa do MCI que buscasse suprir a lacuna importante que a ausência de qualquer previsão acerca da moderação de conteúdo representa.⁴⁹⁵ Uma reforma nesse sentido deveria incluir dispositivos contendo obrigações de transparência no que concerne a essa atividade, semelhantes às contidas no DSA e no NetzDG, a fim de promover a *accountability* das redes sociais perante a sociedade, bem como outras, de natureza processual, direcionadas ao usuário afetado por uma decisão específica, permitindo que este não só tenha clareza dos motivos que ensejaram a restrição à sua liberdade de expressão, como também tenha acesso a meios efetivos de revisão. Além disso, para que sejam efetivas, tais obrigações deverão ser acompanhadas de dispositivos que determinem a aplicação de sanções para o caso do descumprimento sistemático dos deveres impostos. Esse arranjo deverá ser fiscalizado por um órgão independente; nesse ponto, endossamos a sugestão de Luna von Brussel Barroso de que tal função seja atribuída ao Comitê Gestor da Internet, formado majoritariamente por membros da sociedade civil, com um número minoritário de representantes governamentais, uma vez que se trata de *órgão especializado, independente e reconhecido internacionalmente*.⁴⁹⁶

⁴⁹⁴ NITRINI, Op. Cit., p. 171-2.

⁴⁹⁵ NITRINI, Rodrigo Vidal. **Liberdade de expressão nas redes sociais**: o problema jurídico da remoção de conteúdo pelas plataformas. Belo Horizonte: Dialética, 2021. p. 174-185

⁴⁹⁶ BARROSO, Luna van Brussel. **Liberdade de expressão e democracia na Era Digital**: o impacto das mídias sociais no mundo contemporâneo. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 283-4.

A nosso ver, uma tal reforma se mostra constitucionalmente adequada, uma vez que os encargos a serem suportados pelas plataformas não representam intervenção demasiada no seu direito fundamental à livre iniciativa, na medida em que estas continuam usufruindo de autonomia para definir as regras acerca do conteúdo que deve ser permitido em seus espaços. No entanto, considerando os custos de implementação desse sistema, é possível que a sua aplicabilidade seja modulada, a fim de abarcar somente as empresas cujo serviço possua um determinado número de usuários no país, a exemplo do NetzDG.⁴⁹⁷

Por fim, entendemos que, mesmo na ausência de previsão legislativa específica, a proporcionalidade das restrições impostas ao direito fundamental à liberdade de expressão pela atividade de moderação de conteúdo pode ser aferida, no caso concreto, pelo Poder Judiciário. Como desdobramento de uma eficácia horizontal mais intensiva⁴⁹⁸ dos direitos fundamentais, mesmo que indireta, o julgador pode exigir da rede social responsável pela restrição a apresentação das razões que ensejaram a intervenção na liberdade de expressão do usuário, a fim de escrutinar a razoabilidade da medida, bem como avaliar se houve dano decorrente de equívoco na aplicação das normativas internas da plataforma.⁴⁹⁹

⁴⁹⁷ NITRINI, Op. Cit., p. 180-1.

⁴⁹⁸ HELDT, Amélie. **Instensivere drittwirkung**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023. (Internet und Gesellschaft, 30). Disponível em: <https://library.oapen.org/handle/20.500.12657/77223>. Acesso em: 12 jan. 2025. p. 263-266

⁴⁹⁹ NITRINI, Rodrigo Vidal. **Liberdade de expressão nas redes sociais**: o problema jurídico da remoção de conteúdo pelas plataformas. Belo Horizonte: Dialética, 2021. p. 171-4.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste trabalho, buscamos investigar de que maneira o exercício do direito fundamental à liberdade de expressão foi afetado pelo surgimento e popularização das redes sociais, no âmbito da assim chamada Web 2.0 – segunda fase da internet, cuja principal característica, que a diferencia da primeira, é o foco no conteúdo gerado pelo usuário –, bem como contribuir para a busca de soluções jurídicas adequadas aos desafios impostos por esse novo contexto.

A liberdade de expressão constitui um pilar fundamental do Estado de Direito, sendo possível encontrar diversos fundamentos, no âmbito da filosofia política, para a sua importância. Mereceu destaque no trabalho o grau de importância atribuído à liberdade de expressão pela Suprema Corte norte-americana, o que resulta de um conjunto de decisões proferidas ao longo do século XX, culminando no reconhecimento de que a liberdade de expressão ocupa uma posição preferencial frente aos demais direitos fundamentais.

No ordenamento jurídico brasileiro, por sua vez, a liberdade de expressão também ocupa o *status* de direito fundamental, uma vez que expressamente positivado no texto da Constituição Federal de 1988, tendo sido desdobrada pelo constituinte em uma série de liberdades específicas, garantidas por múltiplos dispositivos, explicitados ao longo do trabalho. Devido a esse alto grau de destaque, seu âmbito de proteção deve ser compreendido da forma mais extensa possível, sendo possível afirmar que, ao menos *prima facie*, todas as formas de manifestação não violenta estão abarcadas por ela.

No que tange às restrições ao direito fundamental à liberdade de expressão, é importante distinguir entre aquelas que estão expressamente previstas no texto constitucional e aquelas que emergem a partir de sua colisão com outros direitos constitucionalmente previstos. Contudo, devido à sua importância para o processo democrático e o pluralismo político, é possível afirmar que também no Brasil a liberdade de expressão desfruta de uma posição de vantagem frente a outros direitos fundamentais quando da necessidade de solucionar colisões em casos concretos. Nesse sentido, constatamos que o Supremo Tribunal Federal, em alguns julgados emblemáticos proferidos neste quarto de século, incorporou a doutrina norte-americana da posição preferencial, ainda que de modo consideravelmente mitigado, uma vez que o STF admite restrições ao exercício da liberdade de expressão em

situações que teriam sido consideradas pela Suprema Corte como abarcadas pelo âmbito de proteção desse direito.

De qualquer sorte, observamos que os casos enfrentados por essas cortes tratavam de questões típicas de um modelo de liberdade de expressão que antecede o surgimento da internet. Desse modo, muitas das soluções encontradas para os respectivos problemas não são diretamente aplicáveis aos dilemas atuais, decorrentes da profunda alteração causada pelo advento da Web 2.0 e das redes sociais na infraestrutura da liberdade de expressão. Esta se refere aos tipos de mídia disponíveis em uma determinada época para a criação e disseminação de conteúdo, dependendo, portanto, de fatores tecnológicos, econômicos e sociais.

Com efeito, até o final do século XX, a produção e a troca de conhecimento, informação e cultura estiveram reféns de um modelo econômico industrial, no qual a comunicação em larga escala dependia de grandes investimentos em capital físico. Nesse ambiente informacional, os veículos disponíveis para o exercício da liberdade de expressão eram livros, revistas, jornais, programas de rádio e televisão etc., ao passo em que a regulamentação estatal do discurso público era direcionada imediatamente aos participantes e aos seus editores.

Entretanto, o surgimento das tecnologias digitais de comunicação contribuiu para que os recursos materiais necessários para produzir e transmitir informações de modo eficaz se tornassem acessíveis a um número muito maior de pessoas, de modo que, atualmente, os debates sociais, políticos e culturais mais relevantes se desenrolam no âmbito das redes sociais, permitindo a qualquer indivíduo participar dessas discussões, produzindo e publicando conteúdo em escala global.

O Estado, por sua vez, conquanto não tenha abandonado inteiramente os métodos anteriores, passou a desenvolver, *pari passu* com essas mudanças, novas técnicas de regulamentação do discurso público, agora direcionadas à própria infraestrutura digital que torna possível o atual ecossistema de comunicação. Para tanto, tornou-se necessário contar com a cooperação dos entes privados, seja ela voluntária ou não, de sorte que a tendência, a longo prazo, tem sido a fusão da infraestrutura da liberdade de expressão com a infraestrutura da regulamentação do discurso público.

Importante destacar que essa fusão só é possível devido aos mecanismos de governança privada desenvolvidos pelas próprias redes sociais, as quais não apenas detêm um certo grau de autonomia na moderação do conteúdo produzido por seus

usuários, com base nos termos de serviço, nas políticas de privacidade e nos padrões da comunidade, como também possuem as ferramentas necessárias para exercer essa moderação, por meio do bloqueio geográfico, da filtragem algorítmica, da remoção do conteúdo ou até mesmo da suspensão do perfil do usuário.

Resulta, assim, que o problema substancial envolvendo a liberdade de expressão neste início de Século XXI é o de que a habilidade prática de se expressar no ambiente digital é condicionada por três fatores diversos, a saber: a relação dos cidadãos com o Estado; a dos usuários com as redes sociais; e as relações de cooperação, cooptação e coerção existentes entre os entes públicos e essas plataformas.

O amplo poder discricionário de governança dessas empresas e seu potencial impacto deletério sobre os direitos fundamentais despertou a atenção de uma parcela da doutrina jurídica, que passou a defender a necessidade de elaborar um “constitucionalismo digital”, capaz de estabelecer limites a esse poder. Trata-se de uma nova vertente do constitucionalismo contemporâneo, a qual compartilha dos valores fundamentais e dos objetivos gerais deste, mas com foco no contexto específico do advento das novas tecnologias digitais, visando à limitação do poder não apenas dos agentes públicos, mas também e principalmente dos atores privados, os quais se destacam ao exercerem simultaneamente os papéis de ameaça em potencial aos direitos fundamentais e de garantidores últimos do seu exercício.

O marco teórico do constitucionalismo digital está relacionado, portanto, com propostas de atualização da doutrina da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, adaptando-a para o ambiente virtual. Nesse sentido, destacamos diversas teorias, as quais propõem diferentes formas de adaptação. Dentre elas, julgamos como mais adequada aquela que defende uma intensificação da eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, sempre que presentes determinado requisitos. Esse efeito mais intenso da liberdade de expressão do usuário na sua relação com a rede social deverá ser levado em consideração pelos tribunais ao realizarem a ponderação, conduzindo à imposição de maiores exigências em termos de procedimento e de justificação quando da aplicação de sanções que interfiram com o exercício desse direito.

Outro aspecto importante que identificamos para a proteção de direitos fundamentais no âmbito digital diz respeito ao regime de responsabilidade civil a ser atribuído às plataformas pelo conteúdo veiculado por terceiros. Trata-se de questão

de suma importância para a liberdade de expressão, porquanto estabelece os riscos e incentivos enfrentados pelas redes sociais ao permitir ou restringir o acesso a determinados conteúdos. No ordenamento jurídico brasileiro, a matéria foi disciplinada, de forma bastante específica, pelo Marco Civil da Internet, promulgado em 2014, o qual adotou um regime de quase isenção de responsabilidade civil aos provedores de aplicações, dentre os quais se incluem as redes sociais, passando a exigir, como regra geral para eventual responsabilização, o descumprimento de decisão judicial para a remoção de conteúdo.

Essa regra, contudo, é objeto de contestação perante o STF, que deu início ao julgamento do Recurso Extraordinário n.º 1.037.396, em novembro de 2024, o qual já conta com dois votos favoráveis à declaração de inconstitucionalidade do respectivo dispositivo legal, instituindo, em seu lugar, um regime de responsabilização decorrente do simples descumprimento de notificação extrajudicial. Embora adotado como regra pelos países da União Europeia, esse modelo possui a desvantagem de terceirizar a avaliação quanto à licitude do conteúdo denunciado para as próprias redes sociais, criando incentivos para que estas removam qualquer conteúdo potencialmente controvertido, ainda que perfeitamente lícito, a fim de reduzir os custos decorrentes de uma litigância, bem como o risco de arcar com severas indenizações, razão pela qual entendemos não ser o mais adequado para proteger a liberdade de expressão no ambiente digital.

De outro norte, o Marco Civil da Internet contém lacuna importante, uma vez que silencia acerca da governança privada exercida pelas plataformas por meio da moderação de conteúdo, gerando, inclusive, questionamentos quanto à permissibilidade dessa prática no ordenamento jurídico brasileiro. Há de se ter em mente, porém, o fato de que as redes sociais são entidades privadas que gozam do direito fundamental à livre iniciativa, possuindo um interesse legítimo de regular o conteúdo que circula em seus espaços, a fim de criar um ambiente mais atrativo para seus usuários e anunciantes. A moderação de conteúdo, portanto, configura-se uma atividade não apenas permitida como também, em certa medida, necessária. No entanto, a forma como é geralmente exercida – i.e., com pouca ou nenhuma transparência e *accountability* (prestação de contas) – gera impactos significativos sobre a liberdade de expressão, o que traduz a necessidade de estabelecer uma regulamentação capaz de equilibrar os direitos fundamentais em jogo.

A fim de alcançar esse objetivo, buscamos desenvolver os contornos básicos de uma proposta de autorregulação regulada, modelo que, em absoluto, se constitui em uma contradição. Trata-se, em essência, de um modelo híbrido, situado entre a regulamentação puramente estatal e a completa autorregulação, que se baseia na cooperação entre o Estado regulador e os atores a serem regulados. O objetivo de uma tal proposta, contudo, não deve ser o de formular, de antemão, juízos substantivos acerca de quais discursos específicos devem ou não ser permitidos, mas sim a implementação de um procedimento capaz de atribuir legitimidade às decisões tomadas pelas plataformas, ainda que se possa eventualmente discordar delas.

O primeiro aspecto a ser considerado é a necessidade de maior transparência acerca dos critérios que informam as decisões de moderação de conteúdo, tendo em vista a opacidade que permeia essa atividade. Para que ela seja de fato significativa, a transparência deve estar estruturada em dois níveis: o fornecimento de informações individualizadas ao usuário afetado por uma decisão específica e a divulgação periódica de estatísticas. Por outro lado, no mesmo patamar de importância, está situado o devido processo legal, que deve ser assegurado por meio da implementação de garantias procedimentais que possibilitem ao usuário afetado pela moderação de conteúdo não apenas ter clareza quanto à medida adotada pela plataforma e os fundamentos que a embasaram, como também o acesso a meios de revisão.

A partir desses dois vetores, entendemos que o melhor caminho para a implementação do modelo proposto seria uma reforma legislativa do Marco Civil da Internet, visando à incorporação de determinadas obrigações de meio às redes sociais, como a publicação prévia das regras que balizam o processo de moderação de conteúdo; o direito de notificação do usuário acerca de denúncias recebidas e das medidas adotadas; o direito de recurso contra a decisão, em prazo razoável, sendo que as decisões em sede recursal não devem ser tomadas de modo exclusivamente automatizado; e a devida motivação de todas as decisões tomadas.

Além disso, uma reforma nesse sentido deveria incluir dispositivos contendo obrigações semelhantes às contidas em legislações estrangeiras recentes, as quais determinam a divulgação periódica de relatórios contendo determinadas informações acerca das medidas adotadas ao longo do período no âmbito da moderação de conteúdo, a fim de promover a *accountability* das redes sociais perante a sociedade civil. Para que sejam efetivas, tais obrigações deveriam vir acompanhadas de dispositivos que prevejam a aplicação de sanções para o caso do descumprimento

sistemático dos deveres impostos, cuja fiscalização competiria a um órgão independente.

Por fim, mesmo na ausência de previsão legal específica, a proporcionalidade das restrições impostas ao direito fundamental à liberdade de expressão pela atividade de moderação de conteúdo pode ser aferida, no caso concreto, pelo Poder Judiciário. Como desdobramento de uma eficácia horizontal mais intensiva dos direitos fundamentais, mesmo que indireta, o julgador pode exigir da rede social responsável pela restrição a apresentação das razões que ensejaram a intervenção na liberdade de expressão do usuário, a fim de escrutinar a razoabilidade da medida, bem como avaliar se houve dano decorrente de equívoco na aplicação das normativas internas da plataforma.

É certo que a tarefa de impor limites ao acúmulo de poder por parte dos intermediários digitais não se esgota em questões relacionadas à moderação de conteúdo, uma vez que, para além da liberdade de expressão, há outros direitos fundamentais afetados pela ascensão das redes sociais, a exemplo da privacidade. No entanto, a liberdade de expressão apresenta-se como um pilar fundamental do Estado de Direito, razão pela qual se faz necessário garantir a sua proteção não apenas em face de intervenções estatais, mas também em relação à governança privada das plataformas. Como esperamos ter demonstrado, o modelo de autorregulação regulada apresenta-se como a melhor alternativa para alcançar esse objetivo.

REFERÊNCIAS

ABBATE, Janet. **Inventing the Internet**. Cambridge: The MIT Press, 1999.

ABBOUD, Georges; CAMPOS, Ricardo. A autorregulação regulada como modelo do Direito proceduralizado: redes sociais e proceduralização. *In*: ABBOUD, Georges; NERY JUNIOR, Nelson; CAMPOS, Ricardo. **Fake news e regulação**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. p. 135-162.

ACCESS NOW *et al.* **The Santa Clara Principles**: on transparency and accountability in content moderation. Santa Clara, CA, 2018. Disponível em: <https://santaclaraprinciples.org/>. Acesso em: 11 jan. 2025.

ALEMANHA. **Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken**: Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG. Teil I Nr. 61, ausgegeben zu Bonn am 07 Sep. 2017. Disponível em: https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RefE/NetzDG_engl.pdf?__blob=publicationFile&. Acesso em: 31 jan. 2025.

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

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. A rejeição do direito ao esquecimento como instrumento de tutela da privacidade no direito brasileiro: um exemplo do processo de americanização do direito. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, v. 9, n. 5, p. 785-822, 2023.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

ARAS, Augusto [Procurador-Geral da República]. **Parecer**: exarado nos autos do RE n.º 1.037.396. Brasília, 15 de maio de 2023. Disponível em: https://www.mpf.mp.br/pgr/arquivos/2023/re-1037396_tema-987_vcm_rsr_lf.pdf. Acesso em: 19 jan. 2025.

ASKIN, Frank. Chilling Effect. *In*: VILE, John R; HUDSON, David L., SCHULTZ, David A. (ed.). **Encyclopedia of the First Amendment**. Washington: CQ Press, 2009.

ASP, David. Schenck v. United States (1919). *In*: VILE, John R.; HUDSON, David L.; SCHULTZ, David A (ed.). **Encyclopedia of the First Amendment**. Washington: CQ Press, 2009. p. 966-7.

BAKER, C. Edwin. Autonomy and Free Speech. **Constitutional Commentary**, v. 27, n. 2, p. 251-282, 2011.

BAKER, C. Edwin. **Human liberty and freedom of speech**. Oxford: University Press, 1992.

BALKIN, Jack M. Free speech in the algorithmic society: big data, private governance, and new school speech regulation. **U.C. Davis Law Review**, v. 51, n. 3, p. 1149-1210, Feb. 2018.

BALKIN, Jack M. Old-School/New-School Speech Regulation. **Harvard Law Review**, v. 127, n. 8, p. 2296-2342, June 2014.

BALKIN, Jack M. The future of free expression in a digital age. **Pepperdine Law Review**, v. 36, n. 2, p. 427-444, 2009.

BAMBAUER, Derek E. Orwell's Armchair. **University of Chicago Law Review**, v. 79, n. 3, p. 863-944, Summer 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense, 2024. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553621132/>. Acesso em: 26 set. 2024.

BARROSO, Luna van Brussel. **Liberdade de expressão e democracia na Era Digital**: o impacto das mídias sociais no mundo contemporâneo. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

BASSINI, Marco. Fundamental rights and private enforcement in the digital age. **European Law Journal**, v. 25, n. 2, p. 182-197, Apr. 2019. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/eulj.12310>. Acesso em: 10 jan. 2025.

BENKLER, Yochai. **The wealth of networks**: how social production transforms markets and freedom. New Haven: Yale University Press, 2006.

BERNERS-LEE, Tim; FISCHETTI, Mark. **Weaving the Web**: the original design and ultimate destiny of the World Wide Web by its inventor. New York: HarperCollins, 2000.

BHAGWAT, Ashutosh. The story of Whitney v. California: the power of ideas. *In*: DORF, Michael C. (ed.). **Constitutional Law Stories**. 2. ed. New York: Foundation Press Thomson, 2009.

BIRNHACK, Michael D.; ELKIN-KOREN, Niva. The invisible handshake: the reemergence of the state in the digital environment. **Virginia Journal of Law & Technology**, v. 8, n. 2, p. 1-57, Summer 2003.

BLACKSTONE, William; PALEY, Ruth. **Commentaries on the Laws of England**. Oxford: University Press, 2016.

BLASI, Vincent. Holmes and the Marketplace of Ideas. **The Supreme Court Review**, Chicago, p. 1-46, 2024. Doi:10.1086/scr.2004.3536967.

BLASI, Vincent. The first amendment and the Ideal of civic courage: the Brandeis opinion in Whitney v. California. **William and Mary Law Review**, v. 29, n. 4, p. 653-698, Summer 1988.

BLOCH-WEHBA, Hannah. Global platform governance: private power in the shadow of the state. **SMU Law Review**, v. 72, n. 1, p. 27-80, Winter 2019.

BOBERTZ, Bradley C. The brandeis gambit: The Making of America's First Freedom, 1909-1931. **William and Mary Law Review**, v. 40, n. 2, p. 557-652, Feb. 1999.

BOWERS, John; ZITTRAIN, Jonathan. **Answering impossible questions**: content governance in an age of disinformation. The Harvard Kennedy School (HKS) Misinformation Re, Paper, 10 Feb. 2020. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3520683>. Acesso em: 30 jan. 2025.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 17 jan. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Originária nº 1.390/PB**. Plenário. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgado em 12 maio 2011. Diário da Justiça, Brasília, 30 ago. 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626839>. Acesso em: 27 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130/DF**. Tribunal Pleno. Relator Min. Carlos Britto. Julgado em 30 abr. 2009. Diário da Justiça, Brasília, 06 nov. 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur169063/false>. Acesso em: 04 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 82.424/RS**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Moreira Alves. Julgado em 17 set. 2003. Diário da Justiça, Brasília, 19 mar. 2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 01 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição nº 12.404/DF**. Relator Min. Alexandre de Moraes. Decisão. Brasília, 30 ago. 2024. Disponível em: <https://noticias-stf-wp-prd.s3.sa-east-1.amazonaws.com/wp-content/uploads/wpallimport/uploads/2024/08/30171714/PET-12404-Assinada.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição nº 9.935/DF**. Relator Min. Alexandre de Moraes. Decisão. Brasília, 17 mar. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/alexandre-moraes-ordena-bloqueio.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 18.638/CE**. Primeira Turma. Relator Min. Roberto Barroso. Diário da Justiça, Brasília, 03 maio 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/pesquisajurisprudenciaexterno.asp>. Acesso em: 06 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 38.782/RJ**. Segunda Turma. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgado em 03 nov. 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755133146>. Acesso em: 06 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 1.010.606/RJ**. Plenário. Relator Min. Dias Toffoli. Julgado em 11 fev. 2021. Diário da Justiça, Brasília, 19 mai. 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755910773>. Acesso em: 06 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no RE nº 1.037.396/SP**. Tribunal Pleno. Relator Min. Dias Toffoli. Brasília, 1º mar. 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5160549>. Acesso em: 19 jan. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ**. Relatora: Min. Ellen Gracie. Redator do Acórdão: Min. Gilmar Mendes. Julgado em 11 out. 2005. Diário da Justiça, Brasília, 27 out. 2006. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur7704/false>. Acesso em: 02 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 511.961/SP**. Tribunal Pleno. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgado em 17 jun. 2009. Diário da Justiça, Brasília, 13 nov. 2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>. Acesso em: 04 out. 2024.

BUITEN, Miriam C. The digital services act from intermediary liability to platform regulation. **Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law**, v. 12, n. 5, p. 361-380, 2021.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Lucas Borges de. Justiça e liberdade de expressão: uma releitura do caso Ellwanger (Jurisprudência comentada). **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 10, p. 229-255, abr./jun. 2009.

CELESTE, Edoardo. Digital constitutionalism: a new systematic theorisation. **International Review of Law, Computers & Technology**, v. 33, n. 1, p. 76-99, Jan. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/13600869.2019.1562604>. Acesso em: 07 dez. 2024.

CELESTE, Edoardo. **Digital constitutionalism**: the role of internet bills of rights. New York: Routledge, 2023.

COLOMBO, Cristiano; NETO, Eugênio Facchini. Ciberespaço e conteúdo ofensivo gerado por terceiros: a proteção dos direitos de personalidade e a responsabilização civil dos provedores de aplicação, à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de

Justiça. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 7, n. 3, p. 216-234, 2017.

CORMODE, Graham; KRISHNAMURTHY, Balachander. Key differences between Web 1.0 and Web 2.0. **First Monday** [Online], v. 13, n. 6, 25 April 2008. Disponível em: <https://web.archive.org/web/20121025113431/http://firstmonday.org/htbin/cgiwrap/bin/ojs/index.php/fm/article/view/2125/1972>. Acesso em: 01 nov. 2023.

DENARDIS, L.; HACKL, A. M. Internet governance by social media platforms. **Telecommunications Policy**, v. 39, n. 9, p. 761-770, Oct. 2015. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0308596115000592>. Acesso em: 15 nov. 2023.

DERAKHSHAN, Hossein. The Web We Have to Save. **Medium**, 14 jul.2015. Disponível em: <https://medium.com/matter/the-web-we-have-to-save-2eb1fe15a426>. Acesso em: 13 nov. 2024.

DIGITAL 2024: 5 billion social media users. **We Are Social**, 31 jan. 2024. Disponível em: <https://wearesocial.com/us/blog/2024/01/digital-2024-5-billion-social-media-users/>. Acesso em: 02 nov. 2024.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2011.

DONOVAN, Joan. Navigating the Tech Stack: When, Where and How Should We Moderate Content? *In*: **Platform Governance**, 28 Oct. 2019. Disponível em: <https://www.cigionline.org/articles/navigating-tech-stack-when-where-and-how-should-we-moderate-content/>. Acesso em: 27 out. 2023.

DOW, Douglas C. Virginia and Kentucky Resolutions of 1798. *In*: VILE, John R.; HUDSON, David L.; SCHULTZ, David A. (ed.). **Encyclopedia of the first amendment**. Washington: CQ Press, 2009. p. 1137-8.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Eficácia horizontal dos direitos fundamentais e jurisdição constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora dos Editores, 2019.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's law: The moral reading of the American Constitution**. Oxford: University Press, 1997.

EUROPEAN UNION. **Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de Junho de 2000**. Directiva sobre o comércio electrónico. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32000L0031&lang1=PT&from=EN&lang3=choose&lang2=choose&_csrf=6827e11c-919e-4076-8980-69634650af79. Acesso em: 17 jan. 2025.

EUROPEAN UNION. **Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council**. Single Market For Digital Services and amending Directive 2000/31/EC (Digital Services Act). Done at Strasbourg, 19 Oct. 2022. Disponível em:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32022R2065#>. Acesso em: 31 jan. 2025.

FACCHINI NETO, Eugênio. A liberdade de expressão na jurisprudência da Suprema Corte Norte-Americana: entre a categorização e o balanceamento. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; WALDMAN, Ricardo Libel (Orgs). **Direitos humanos e fundamentais na era da informação**. Porto Alegre: Fundação Fênix, 2020.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Liberdade de expressão e comunicação**: Teoria e proteção constitucional. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2004.

FELD, Harold. **The case for the Digital Platform Act**: Market structure and regulation of digital platforms. New York: Roosevelt Institute, Public Knowledge, 2019. Disponível em: <https://publicknowledge.org/policy/the-case-for-the-digital-platform-act/>. Acesso em: 07 dez. 2024.

FILHO, João Trindade C. **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira**: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2018. (Série IDP). *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547229665/>. Acesso em: 01 out. 2024.

FORS DYKE, Sara. **What does Herodotus say about Free Speech?** Disponível em: <https://herodotushelpline.org/what-does-herodotus-say-about-free-speech/>. Acesso em: 19 fev. 2025.

FREDES, Andrei Ferreira. **Liberdade de expressão, direito à informação e redes sociais**: regulação constitucionalmente adequada sobre a moderação de conteúdo na construção de um espaço virtual democrático e plural. 2022. 312 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).

FREE speech: Only as strong as the weakest link. *In*: **Electronic Frontier Foundation**, [2023]. Disponível em: <https://www.eff.org/free-speech-weak-link>. Acesso em: 27 out. 2023.

FRITZ, Karina Nunes. Decisões históricas: o caso Lüth e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. **Migalhas**, São Paulo, 29 out. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/german-report/313983/decisoes-historicas--o-caso-luth-e-a-eficacia-horizontal-dos-direitos-fundamentais>. Acesso em: 27 set. 2024.

GILL, Lex; REDEKER, Dennis; GASSER, Urs. **Towards digital constitutionalism?** Mapping attempts to craft an internet bill of rights. Cambridge: Berkman Center of Internet & Society at Harvard University, 2015. (Research Publication nº. 2015-15). Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2687120. Acesso em: 11 jan. 2025.

GILLESPIE, Tarleton. **Custodians of the Internet**: platforms, content moderation, and the hidden decisions that shape social media. New Haven: Yale University Press, 2018.

GILLESPIE, Tarleton. Platforms are not intermediaries. **Georgetown Law Technology Review**, v. 2, n. 2, p. 198-216, 2018.

GOLDSMITH, Jack; WU, Tim. **Who controls the internet**: Illusions of a Borderless World. Oxford: University Press, 2006.

GREGORIO, Giovanni de. **Digital constitutionalism in Europe**: Reframing rights and powers in the algorithmic society. Oxford: University Press, 2022.

GREGORIO, Giovanni de. From constitutional freedoms to the power of the platforms: protecting fundamental rights online in the algorithmic society. **European Journal of Legal Studies**, v. 11, n. 2, p. 65-103, 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3365106>. Acesso em: 14 jan. 2025.

HAFNER, Katie; LYON, Matthew. **Where wizards stay up late**: the origins of the Internet. New York: Touchstone, 1998.

HALL, Kermit L.; PATRICK, John J. **The Pursuit of Justice**: Supreme Court Decisions that Shaped America. New York: Oxford University Press, 2006.

HARFF, Graziela. **Discurso de ódio no direito comparado**: um enfoque sobre o tratamento jurídico nos Estados Unidos, Alemanha e Brasil. Indaiatuba/SP: Editora Foco, 2022.

HAUPT, Claudia. The horizontal effect of Fundamental Rights. In: GREGORIO, Giovanni De; POLLICINO, Oreste; VALCKE, Peggy (Eds.). **The Oxford Handbook of Digital Constitutionalism**. Rochester, NY: Northeastern University - School of Law, 2024. (Northeastern University School of Law Research Paper nº. 444). Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4680759. Acesso em: 10 jan. 2024.

HEALY, Thomas. **The great dissent**: how Oliver Wendell Holmes changed his mind — and changed the history of free speech in America. New York: Metropolitan Books, 2013 (Recurso eletrônico).

HELDT, Amélie. **Instensivere drittwirkung**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023. (Internet und Gesellschaft, 30). Disponível em: <https://library.oapen.org/handle/20.500.12657/77223>. Acesso em: 12 jan. 2025.

HONÓRIO, Cláudia; KROL, Heloísa. Jurisdição constitucional, democracia e liberdade de expressão: análise do caso Ellwanger. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 8, n. 32, p. 77-92, 2008.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. **Teoria geral do direito digital**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559642267/>. Acesso em: 17 nov. 2024.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gesetzgebers im Bereich der Kommunikationsdienste. In: JAHNKE, Thomas;

SCHMIDT-ABMANN, Eberhard; VOßKUHLE, Andreas (Hrsg.). **Jahrbuch für Gesetzgebung** 1996. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1996. p. 315–338.

HUDSON JR., David L. Public forum doctrine. *In: Free Speech Center*, 10 ago. 2023. Disponível em: <https://firstamendment.mtsu.edu/article/public-forum-doctrine/>. Acesso em: 28 out. 2024.

INTERNETLAB. **Petição**: protocolada nos autos do RE 1037396, na condição de *amicus curiae*. Disponível em: <http://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2018/12/Amicus-Curiae-InternetLab-RE-1037396-assinado.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2025.

IT's the links, stupid: Blogging is just another word for having conversations. *In: The Economist*, 22 abr. 2006. Disponível em: <https://www.economist.com/special-report/2006/04/22/its-the-links-stupid>. Acesso em: 08 fev. 2025.

KALVEN, Harry Jr. The New York Times case: A note on “The Central Meaning of the First Amendment”. **Supreme Court Review**, p. 191-222, 1964.

KARAVAS, Vaio; TEUBNER, Gunther. <http://www.CompanyNameSucks.com>: The horizontal effect of fundamental rights on ‘private parties’ within autonomous internet law. **Constellations: an International Journal of Critical and Democratic Theory**, v. 12, n. 2, p. 262-282, jun. 2005.

KAYE, David. **Speech police**: the global struggle to govern the internet. New York: Columbia Global Reports, 2019 (Recurso eletrônico).

KELLER, Clara Iglesias. Policy by judicialisation: the institutional framework for intermediary liability in Brazil. **International Review of Law, Computers & Technology**, paper, 13 Jul. 2020. 35p. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3764508. Acesso em: 19 jan. 2025.

KELLER, Clara Iglesias. The perks of co-regulation: An institutional arrangement for social media regulation? *In: CELESTE, Edoardo; HELDT, Amélie; KELLER, Clara Iglesias. Constitutionalising social media*. Oxford: Hart Publishing, 2022. p. 217-233.

KELLER, Clara Iglesias; MENDES, Laura Schertel; FERNANDES, Victor. Moderação de conteúdo em plataformas digitais: caminhos para a regulação no Brasil. **Cadernos Adenauer**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 1, p. 63-87, 2023. Disponível em: <https://www.kas.de/documents/265553/19294631/Cadernos+1-2023+-+cap+4.pdf/efdd5b2d-e5c5-6c5c-8a0c-315cef9cb65b?t=1682363341344>. Acesso em: 31 jan. 2025.

KELLER, Daphne. Empirical evidence of over-removal by internet companies under intermediary liability laws: An updated list. *In: Center for Internet and Society (CIS)*, 08 Feb. 2021. Disponível em: <https://cyberlaw.stanford.edu/blog/2021/02/empirical-evidence-over-removal-internet-companies-under-intermediary-liability-laws/>. Acesso em: 19 jan. 2025.

KEP, Simon. Digital 2024: Brazil. *In: Data Reportal*, 23 fev. 2024. Disponível em: <https://datareportal.com/reports/digital-2024-brazil>. Acesso em: 02 nov. 2024.

KLONICK, Kate. The Facebook oversight board: creating an independent institution to adjudicate online free expression. *Yale Law Journal*, v. 129, n. 2418, p. 2418-2499, 2020. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3639234>. Acesso em: 11 jan. 2025.

KLONICK, Kate. The new governors: the people, rules, and processes governing online speech. *Harvard Law Review*, v. 131, n. 6, p. 1598-1670, Apr. 2018.

KOSSEFF, Jeff. **Liar in a crowded theater**: freedom of speech in a world of misinformation. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2023 (Recurso eletrônico).

KOSSEFF, Jeff. **The twenty-six words that created the Internet**. Ithaca [New York]: Cornell University Press, 2019.

KRAMER, Matthew H. **Freedom of expression as self-restraint**. Oxford: University Press, 2021.

LARSON, Carlton F. W. Shouting Fire in a Theater: The life and ties of constitutional law's most enduring analogy. *William & Mary Bill of Rights Journal*, v. 24, n. 1, p. 181-212, Oct. 2015.

LESSIG, Lawrence. **Code and other laws of cyberspace**: Version 2.0. New York: Basic Books, 2006.

LEWIS, Anthony. **Freedom for the thought that we hate**: a biography of the First Amendment. New York: Basic Books, 2007.

LEWIS, Anthony. **Make no law**: the Sullivan case and the First Amendment. New York: First Vintage Books, 1992.

MACKINNON, Rebecca. **Consent of the Networked**: The Worldwide Struggle for Internet Freedom. New York: Basic Books, 2012. *E-book*.

MADISON, James. **The Report of 1800, [7 January 1800]**. Washington: National Archives, [2024]. Disponível em: <https://founders.archives.gov/documents/Madison/01-17-02-0202>. Acesso em: 06 abr. 2024.

MANILA PRINCIPLES ON INTERMEDIARY LIABILITY. *In: ManilaPrinciples.org*, 30 May 2015. Disponível em: <https://manilaprinciples.org/pt-br.html>. Acesso em: 17 jan. 2025.

MARTINS, Leonardo. Sigfried Ellwanger: liberdade de expressão e crime de racismo - Parecer sobre o caso decidido pelo STF no HC 82.424/RS (Jurisprudência comentada). *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 1, n. 4, p. 179-209, out./dez. 2007.

MCCULLOUGH, Brian. **How the Internet Happened: from Nestcape to the iPhone**. New York: Liverlight, 2018 (Recurso eletrônico).

MEIKLEJOHN, Alexander. **Free speech and its relation to self-government**. New York: Harper Brothers, 1948.

MENDES, Gilmar F. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012 (Recurso eletrônico).

MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2021. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593952/>. Acesso em: 27 set. 2024.

MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor Oliveira. Constitucionalismo digital e jurisdição constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 16, n. 1, p. 1-33, out. 2020.

META TRANSPARENCY CENTER. **Como funciona a tecnologia de monitoramento**. Califórnia, 12 Nov. 2024. Disponível em: <https://transparency.meta.com/pt-br/enforcement/detecting-violations/how-enforcement-technology-works>. Acesso em: 07 dez. 2024.

MEYERSON, Michael I. Authors, editors, and uncommon carriers: Identifying the Speaker within the new media. **Notre Dame Law Review**, v. 71, n. 1, p. 79-126, 1995.

MILL, John Stuart. **On liberty**. New Haven, London: Yale University Press, 2003.

MILTON, John. **Areopagitica and other writings**. London: Penguin Classics, 2016.

MINESHIMA-LOWE, D. Criminal syndicalism laws. *In*: VILE, John R.; HUDSON, David L.; SCHULTZ, David A. (ed.). **Encyclopedia of the First Amendment**. Washington: CQ Press, 2009. p. 360-1.

MONCAU, Luiz Fernando Marrey. Intermediários de Internet e Liberdade de Expressão: o mapa da busca de um delicado equilíbrio regulatório. *In*: **Dissenso.org**, [s.l.], 06 jun. 2018. Disponível em: <https://dissenso.org/intermediarios-de-internet-e-liberdade-de-expressao-o-mapa-da-busca-de-um-delicado-equilibrio-regulatorio/>. Acesso em: 17 jan. 2025.

MONCAU, Luiz Fernando Marrey; ARGUELHES, Diego Werneck. The marco civil da internet and digital constitutionalism. *In*: FROSIO, Giancarlo (ed.). **The Oxford handbook of online intermediary liability**. Oxford: Oxford Univeristy Press, 2020.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Secondary liability of service providers in Brazil: The effect of the civil rights framework. *In*: DINWOODIE, Graeme B. (Ed.). **Secondary liability of internet service providers**. Cham: Springer, 2017.

MURRAY-HUNDLEY, David. **Web 1.0 dotcom era defined**. London: Grumpy Entrepreneur, 2023.

NITRINI, Rodrigo Vidal. **Liberdade de expressão nas redes sociais**: o problema jurídico da remoção de conteúdo pelas plataformas. Belo Horizonte: Dialética, 2021.

O'NEILL, Timothy J. *Abrams v. United States* (1919). In: VILE, John R.; HUDSON, David L.; SCHULTZ, David A (ed.). **Encyclopedia of the First Amendment**. Washington: CQ Press, 2009. p. 50.

PADOVANI, Claudia; SANTANIELLO, Mauro. Digital constitutionalism: Fundamental rights and power limitation in the Internet eco-system. **International Communication Gazette**, v. 80, n. 4, 295-301, 2018. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/1748048518757114>. Acesso em: 10 jan. 2025.

PARISER, Eli. **O filtro invisível**: o que a internet está escondendo de você. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. *E-book*.

PATRICK, John J. **The Supreme Court of the United States**: a student companion. New York: Oxford University Press, 2006.

PEREIRA FILHO, Rainel Batista. **Redes sociais e limites à liberdade de expressão**: novos desafios para a democracia na era da desinformação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; KELLER, Clara Iglesias. Constitucionalismo digital: contradições de um conceito impreciso. **Revista Direito e Praxis**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 4, p. 2648-2689, 2022. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/5bpy8smKHgXbKqKzDWDCZQm/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 21 dez. 2024.

POLLICINO, Oreste; GREGORIO, Giovanni de. Constitutional Law in the algorithmic society. In: MICKLITZ, Hans *et al.* **Constitutional challenges in the algorithmic society**. Cambridge: Cambridge University Press, 2021.

PRINCE, Matthew. Why we terminated Daily Stormer. In: **Cloudflare**, 16 ago. 2017. Disponível em: <https://blog.cloudflare.com/why-we-terminated-daily-stormer/>. Acesso em: 27 out. 2023.

RABBAN, David M. **Free Speech in its forgotten years**. Cambridge: University Press, 1997.

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

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Direito civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019 (Recurso eletrônico).

ROSENBERG, Scott. **Say everything**: how blogging began, what it's becoming, and why it matters. New York: Crown Publishers, 2009. (Recurso eletrônico).

SANTIN, Janaína Rigo; ABAL, Felipe Cittolin. Antissemitismo e jurisdição constitucional: análise do caso Siegfried Ellwanger. **Revista de Direito Brasileira**, v. 25, n. 10, p. 162-182, abr. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: Algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. **Revista Fórum de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 231-287, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Do caso Lebach ao caso Google vs. Agencia Espanhola de Proteção de Dados. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 5 maio 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jun-05/direitos-fundamentais-lebach-google-vs-agencia-espanhola-protecao-dados-mario-gonzalez/>. Acesso em: 21 set. 2024.

SARLET, Ingo; HARTMANN, Ivar. Direitos fundamentais e direito privado: a proteção da liberdade de expressão nas mídias sociais. **Direito Público**, v. 16, n. 90, p. 85-108, nov./dez. 2019.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553621163/>. Acesso em: 26 set. 2024.

SARMENTO, Daniel; OSÓRIO, Aline. Art. 5.º *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

SCANLON, Thomas. A theory of freedom of expression. **Philosophy & Public Affairs**, v. 1, n. 2, p. 204-226, Winter, 1972.

SCHAUER, Frederick. Fear, risk and the first amendment: Unraveling the Chilling effect. **William & Mary Law School Scholarship Repository: Faculty Publications**, n. 879, p. 685-732, 1978. Disponível em: <https://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2010&context=facpubs>. Acesso em: 27 set. 2024.

SCHAUER, Frederick. **Free speech**: a philosophical inquiry. Cambridge: University Press, 1982.

SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo (Org.). **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão**. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

SCHWARTZ, Bernard. Justice Brennan and the Brandenburg Decision: A lawgiver in action. **Judicature**, v. 79, n. 1, p. 24-29, July-Aug. 1995.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo. **Marco civil da internet**: construção e aplicação. Juiz de Fora: Editar Editora Associada Ltda, 2016.

STEIN, LÍlian Brandt. **Redes sociais, desinformação e moderação de conteúdo**: desafios e possibilidades sob as lentes da responsabilidade civil dos provedores. Indaiatuba: Editora Foco, 2025.

STRUM, Philippa. **Speaking freely**: Whitney v. California and American speech law. Lawrence: University Press of Kansas, 2015.

SUZOR, Nicolas *et al.* What do we mean when we talk about transparency? Toward Meaningful transparency in commercial content moderation. **International Journal of Communication**, v. 13, n. 1, p. 1526-1543, 2019.

SUZOR, Nicolas. **Lawless**: the secret rules that govern our digital lives. Cambridge: University Press, 2019.

SZANIAWSKI, Elimar. O Supremo Tribunal Federal e o julgamento do caso Aída Curi - Parte 1. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 26 abr. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-26/direito-civil-atual-supremo-tribunal-federal-julgamento-aida-curi/>. Acesso em: 21 set. 2024.

TAIBBI, Matt. Twitter, the FBI Subsidiary. *In: The Twitter Files*, 16 Dez. 2022. Disponível em: <https://twitterfiles.substack.com/p/twitter-the-fbi-subsidiary>. Acesso em: 15 nov. 2023.

TERRA, John. What is Web 1.0, Web 2.0, and Web 3.0? definitions, differences & similarities. *In: SimpleLearn*, 13 jan. 2023. Disponível em: <https://www.simplilearn.com/cach3.com/what-is-web-1-0-web-2-0-and-web-3-0-with-their-difference-article.html>. Acesso em: 01 nov. 2024.

TEUBNER, Gunther. **Constitutional fragments**: societal constitutionalism and globalization. Oxford: University Press, 2012.

TEUBNER, Gunther. Horizontal effects of Constitutional Rights in the internet: a legal case on the digital constitution. **Italian Law Journal**, v. 3, n. 1, p. 193-205, 2017. Disponível em: <http://theitalianlawjournal.it/data/uploads/3-italj-1-2017/pdf/teubner.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2025.

TEUBNER, Gunther. Societal constitutionalism; alternatives to state-centred constitutional theory?. *In: JOERGES, Christian; SAND, Inger-Johanne; TEUBNER, Gunther (eds). Transnational governance and constitutionalism*: International studies in the theory of private law. Portland: Hart Publishing, 2004.

TEUBNER, Gunther; GOLIA, Angelo Jr. **Societal constitutionalism in the digital world**: an introduction. Munich: Max Planck Institute, 2023. (Research Paper nº 2023-11) Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4433988. Acesso em: 07 jan. 2025.

TRENCHARD, John; GORDON, Thomas. **Cato's letters**: or essays on liberty, civil and religious, and other important subjects. Indianapolis: Liberty Fund, 1995. 4 v. Letters 110, 31, 39, 40, 105, 108, 59, 60, 62, 15, 38. Disponível em: <http://oll.libertyfund.org/titles/trenchard-catos-letters-vol-4-december-8-1722-to-december-7-1723-lf-ed>. Acesso em: 02 dez. 2024.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) 2022/2065 do Parlamento Europeu e do Conselho de 19 de outubro de 2022**. Regulamento dos serviços digitais. Relativo a um mercado único para os serviços digitais e que altera a Diretiva 2000/31/CE. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32022R2065#>. Acesso em 17 jan. 2025.

UNITED NATIONS. Human Rights Council. **Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression**. Thirty-second session. Geneva, 11 May 2016. UN Doc A/HRC/32/35. Disponível em: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g16/095/12/pdf/g1609512.pdf>. Acesso em: 07 dez. 2024.

UNITED STATES. Court of Appeals for the Fifth Circuit. **Case n.º 23-30445**. Judge Lyle W. Cayce Clerk. New Orleans, 8 Sept. 2023. Disponível em: <https://storage.courtlistener.com/recap/gov.uscourts.ca5.214640/gov.uscourts.ca5.214640.238.1.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2023

UNITED STATES. District Court. Western District of Louisiana. **Case n.º 3:22-CV-01213**. Judge Kayla D. McClusky. Louisiana, 4 July 2023. Disponível em: <https://ago.mo.gov/wp-content/uploads/missouri-v-biden-ruling.pdf>. Acesso em 17 nov. 2023.

UNITED STATES. Supreme Court. **Abrams v. United States, 250 U.S. 616 (1919)**. Argued 21 Oct. 1919. Decided 10 Nov. 1919. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/250/616/#tab-opinion-1928349>. Acesso em: 07 abr. 2024.

UNITED STATES. Supreme Court. **Biden v. Knight First Amendment Institute at Columbia University, 593 U.S. __ (2021)**. Decided 5 Apr. 2021. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/20-197_5ie6.pdf. Acesso em: 01 out. 2024.

UNITED STATES. Supreme Court. **Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969)**. Argued 27 Feb. 1969. Decided 9 June 1969. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/444/#tab-opinion-1948083>. Acesso em: 21 abr. 2024.

UNITED STATES. Supreme Court. **Case n.º 603 U.S. Murthy v. Missouri (2024)**. Washington, D.C., 26 June 2024. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/603/23-411/>. Acesso em: 10 out. 2024.

UNITED STATES. Supreme Court. **Debs v. United States, 249 U.S. 211 (1919)**. Argued 27 Jan. 1919. Decided 10 Mar. 1919. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/249/211/#tab-opinion-1927965>. Acesso em: 03 abr. 2024.

UNITED STATES. Supreme Court. **Frohwerk v. United States, 249 U.S. 204 (1919)**. Argued 27 Jan. 1919. Decided 10 Mar. 1919. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/249/204/#tab-opinion-1927963>. Acesso em: 07 abr. 2024.

UNITED STATES. Supreme Court. **Gitlow v. New York, 268 U.S. 652 (1925)**. Argued 12 Apr. 1923. Decided 23 Nov 1923. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/268/652/>. Acesso em: 07 abr. 2024.

UNITED STATES. Supreme Court. **New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964)**. Argued 6 Jan. 1964. Decided 9 Mar. 1964. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/254/#tab-opinion-1944787>. Acesso em: 14 abr. 2024.

UNITED STATES. Supreme Court. **Packingham v. North Carolina, 582 U.S. ____ (2017)**. Argued 27 Feb. 2017. Decided 19 Jun. 2017. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/582/15-1194/>. Acesso em: 01 out. 2024.

UNITED STATES. Supreme Court. **Palko v. Connecticut, 302 U.S. 319 (1937)**. Argued 12 Nov. 1937. Decided 6 Dec. 1937. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/302/319/#tab-opinion-1935739>. Acesso em: 16 set. 2024.

UNITED STATES. Supreme Court. **Patterson v. Colorado, 205 U.S. 454 (1907)**. Argued 5 Mar. 1907. Decided 15 Apr. 1907. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/205/454/>. Acesso em: 12 abr. 2024.

UNITED STATES. Supreme Court. **Schenck v. United States, 249 U.S. 47 (1919)**. Argued 9 Jan. 1919. Decided 3 Mar. 1919. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/249/47/#tab-opinion-1928047>. Acesso em: 02 abr. 2024.

UNITED STATES. Supreme Court. **Stromberg v. California, 283 U.S. 359(1931)**. Argued 15 Apr. 1931. Decided 18 May 1931. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/283/359/>. Acesso em: 07 abr. 2024.

UNITED STATES. Supreme Court. **Texas v. Johnson, 491 U.S. 397 (1989)**. Argued 21 Mar. 1989. Decided 21 June 1989. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/491/397/>. Acesso em: 07 abr. 2024.

UNITED STATES. Supreme Court. **Thomas v. Collins**, 323 U.S. 516 (1945). Argued 1 May 1944. Decided 8 Jan. 1945. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/323/516/#tab-opinion-1938273>. Acesso em: 16 set. 2024.

UNITED STATES. Supreme Court. **United States v. Carolene Products Co.**, 304 U.S. 144 (1938). Argued 6 Apr. 1938. Decided 25 Apr. 1938. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/304/144/>. Acesso em: 16 set. 2024.

UNITED STATES. Supreme Court. **Whitney v. California**, 274 U.S. 357 (1927). Argued 6 Oct. 1925. Decided 16 May 1927. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/274/357/#tab-opinion-1931857>. Acesso em: 11 abr. 2024.

UNITED STATES. **U.S.Code: § 230**: Protection for private blocking and screening of offensive material. [Atual.] Washington, DC, 11 Apr. 2018. Disponível em: <https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-prelim-title47-section230&num=0&edition=prelim>. Acesso em: 27 jan. 2025.

VALE, André Rufino do. **Estrutura das normas de direitos fundamentais**: repensando a distinção entre regras, princípios e valores. São Paulo: Saraiva, 2009 (Recurso eletrônico).

VALENTE, Mariana Giorgetti. A liberdade de expressão na Internet: da utopia à era das plataformas. In: FARIA, José Eduardo. **A liberdade de expressão e as novas mídias**. São Paulo: Perspectiva, 2020.

VILLALON, Pedro Cruz. Formación y evolución de los derechos fundamentales. **Revista Española de Derecho Constitucional**, v. 9, n. 25, p. 35-62, Ener.-Abr.1989. Disponível em: <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/24923redc025043.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2025.

VIVAS, Fernanda; FALCÃO, Márcio. Moraes proíbe influencer Monark de espalhar fake news sobre o TSE ou o STF, sob multa de R\$ 10 mil. In: **G1 Política**, Brasília, 14 jun. 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2023/06/14/moraes-proibe-influencer-monark-de-espalhar-fake-news-sobre-o-tse-ou-o-stf-sob-multa-de-r-10-mil.ghtml>. Acesso em: 17 nov. 2023.

WALKER, James L. Dennis v. United States. In: VILE, John R.; HUDSON, David L.; SCHULTZ, David A. (ed.). **Encyclopedia of the First Amendment**. Washington: CQ Press, 2009. p. 384-5.

WEB 1 0: Dotcom Bubble and Web 1 0: Nostalgia for the Early Internet. In: **FasterCapital**, 13 jun. 2024. Disponível em: <https://fastercapital.com/content/Web-1-0--Dotcom-Bubble-and-Web-1-0--Nostalgia-for-the-Early-Internet.html>. Acesso em: 01 nov. 2024.

ZITTRAIN, Jonathan. **Three eras of digital governance**. The Harvard Kennedy School (HKS) Misinformation Re, Paper, 23 Sept. 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3458435>. Acesso em: 30 jan. 2025.

ZITTRAIN, Jonathan; PALFREY, John. Internet filtering: the politics and mechanisms of control. *In*: DEIBERT, Ronald; PALFREY, John (ed.) *et al.* **Access denied**: the practice and policy of global Internet filtering. Cambridge: The MIT Press, 2008.

ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2021. *E-book*.



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação
Av. Ipiranga, 6681 – Prédio 1 – Térreo
Porto Alegre – RS – Brasil
Fone: (51) 3320-3513
E-mail: propesq@pucrs.br
Site: www.pucrs.br