

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

FABRÍCIO ADRIANO ALVES

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SUA REGULAÇÃO NO  
ESPAÇO VIRTUAL: o Marco Civil e o seu papel promotor e  
construtor de direitos

**POUSO ALEGRE – MG**

**2016**

FABRÍCIO ADRIANO ALVES

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SUA REGULAÇÃO NO  
ESPAÇO VIRTUAL: o Marco Civil e o seu papel promotor e  
construtor de direitos

Dissertação apresentada como exigência  
parcial para obtenção do Título de Mestre em  
Direito ao Programa de Pós-Graduação da  
Faculdade de Direito do Sul de Minas.

Orientador: Prof. Dr. Edson Vieira da Silva  
Filho

FDSM – MG

2016

## FICHA CATALOGRÁFICA

A474I

Alves, Fabrício Adriano.

A liberdade de expressão e sua regulação no espaço virtual: o Marco Civil e o seu papel promotor e construtor de direitos / Fabrício Adriano Alves.- Pouso Alegre-MG, FDSM, 2016.

132f.

Orientador: Prof. Dr. Edson Vieira da Silva Filho  
Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pós-Graduação em Direito.

1. Expressão. 2. Internet. 3. Censura. I. Silva Filho, Edson Vieira da. II. Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU340

FABRÍCIO ADRIANO ALVES

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SUA REGULAÇÃO NO ESPAÇO VIRTUAL:  
o Marco Civil e o seu papel promotor e construtor de direitos

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

Data da aprovação: \_\_\_\_ / \_\_\_\_ / \_\_\_\_.

Banca examinadora

---

Prof. Dr. Edson Vieira da Silva Filho – Orientador  
Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM

---

Prof.(a) Dr.(a) Rafael Lazzarotto Simioni  
Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM

---

Prof.(a) Dr.(a) Denilson Victor Machado Teixeira  
Instituição

Pouso Alegre – MG

2016

*Aos meus pais, Milton (in memoriam) e Lila, por serem a maior representação de Deus em minha vida, simbolizam o sublime amor que em palavras é impossível expressar; quão terno é o carinho e admiração por vocês.*

*Aos meus irmãos, Ivane, Maurício e Bete por serem essenciais na minha formação pessoal, sinto a presença de vocês, nas lições vividas e aprendidas, mais que ontem, e menos que amanhã.*

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus que além de me conceder a vida, proporcionou saúde, fé e coragem para superar os momentos difíceis que se apresentavam como sendo desafiadores.

Ao Prof. Dr. Edson Vieira da Silva Filho pelos ensinamentos, pela dedicação, sempre disponível para o diálogo, um incentivador nos momentos em que tudo parecia quase impossível.

A todo o corpo docente do Mestrado da FDSM cujas lições foram fundamentais para o aprimoramento da pesquisa, que fizeram despertar para novos horizontes, até então ocultos.

A toda minha família por comemorar as alegrias, por “estar” comigo, em oração, nas longas viagens, nas adversidades e por acreditar em mim.

Aos meus amigos e colaboradores do Cartório de Registro Civil e Notas de Matipó-MG, por terem contornado os obstáculos na minha ausência, doando-se e se entregando, muito obrigado.

Aos discentes da Faculdade de Direito e Ciências Sociais do Leste de Minas (Fadileste), pelo aprendizado, pelo intercâmbio de ideias, em um constante processo de integração e reflexão.

Aos colegas e amigos do mestrado, pelos momentos de descontração, pela cumplicidade da leitura dos textos difíceis, por se fazerem presentes em cada palavra de incentivo, pelas amizades construídas, serão eternamente lembrados...

“Somente com a legítima liberdade de expressão, pluralidade de informação, respeito à cidadania e permanente vigilância contra as tentativas de cercear o Estado democrático de direito, é que poderemos pensar em transformar Regimes de Força em Regimes de Direito.”

(Paulo Miranda)

## RESUMO

ALVES, Fabrício Adriano. *A liberdade de expressão e sua regulação no espaço virtual: o Marco Civil e o seu papel promotor/construtor de limites frente aos riscos de um Estado Censor*. 2016. 132f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre, 2016.

A presente dissertação analisa o direito de expressão nas plataformas digitais considerando os avanços da internet no Brasil por ampliar as formas de comunicação e interação. Em razão da dinâmica das relações virtuais, do direito de informar e ser informado surge necessidade de construção de novos horizontes de interpretação, de modo que se possam adequar questões divergentes com as disposições previstas na lei reguladora da internet no Brasil (Lei nº 12.965/2014) e com a Constituição Federal. Para a compreensão das diferentes formas de expressão, os princípios da igualdade e liberdade reconciliados no marco do paradigma do Estado democrático se revelaram fundamentais no desiderato de se ter uma comunidade de homens livres e iguais, onde as pessoas são parceiras de um empreendimento político comum, que reconhece a existência do sujeito plural promovendo um revisitar das análises jurídicas diante dos novos direitos e da forma de exercê-los. Destacou-se que qualquer controle *a priori* constitui uma espécie de censura, vedada pela Constituição, despertando para a análise do controle *a priori*, como espécie de opressão, que não se sustenta na democracia. As noções do sujeito constitucional e a tensão constitutiva e interna entre Constitucionalismo e Democracia foram discutidas, defendendo o Estado enquanto ente garantidor dos direitos fundamentais, sendo que ao mesmo tempo precisa manter a ordem pública para que os mesmos se efetivem. Não se pode falar tudo, sobre tudo ou qualquer coisa, sobre qualquer coisa. Os riscos da fala livre acarretam aos seus proferidores responsabilidades, que só podem ser apuradas após a sua divulgação, sendo o anonimato vedado pela própria Constituição. As construções teóricas se fundamentaram em Ronald Dworkin ao inserir a utilização da teoria da integridade para a construção de uma resposta correta, de modo a afastar os decisionismos nas demandas que envolvem a expressão. Isto porque a regulação do espaço virtual demanda uma análise imbricada dos princípios da Constituição com os previstos na Lei nº 12.965/2014 afastando interpretações que tendem para o relativismo. Concluiu-se, em coerência com o desenvolvimento do trabalho, que é preciso regulamentar o espaço virtual, que a lei que traça as diretrizes permite a abertura para reflexões constitucionalmente adequadas, e que quanto mais claras forem as regras menos abertura para os ativismos judiciais. Neste diapasão reafirma-se que as decisões judiciais devem se fundar em argumentos de princípios e fundamentar não é dizer o que o juiz pensa ou sente, porque a decisão há de ser tomada diante dos textos jurídicos existentes, evoluindo para a construção de uma resposta correta, sublinhando o direito como integridade, conforme Dworkin, ou decisão constitucionalmente adequada, segundo Lênio Streck.

Palavras-chave: Expressão. Internet. Censura. Integridade. Decisionismo.

## ABSTRACT

ALVES, Fabrício Adriano. *Freedom of expression and its regulation in virtual space: the Civil Mark and its promoter/builder role of limits facing the risks of a Censor State*. 2016. 132f. Dissertation (Master in Law) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre, 2016.

This dissertation analyzes the right of expression in digital platforms, considering the Internet advances in Brazil, by enlarging the ways of communication and interaction. Due the dynamics of virtual relationships, the right to inform and be informed, it arises the need of building new horizons of interpretation, so that it can adjust the divergent issues with the provisions of the law that regulates the Internet in Brazil (Law 12.965/2014) and with the Federal Constitution. In order to understand the different forms of expression, the principles of equality and freedom reconciled in the context of the Democratic State paradigm revealed being essential in the desideratum of having a community of free and equal men, where people are partners of a common political project, which recognizes the existence of a plural subject, promoting a new visit of the legal analysis facing the new rights and the way of exercising them. It was emphasized that any control is, at first, a kind of censorship prohibited by the Constitution, awakening to the control analysis, at first, as a kind of oppression, which is not based on democracy. The ideas of constitutional subject and the constitutive and internal tension between constitutionalism and democracy were discussed, defending the State as the fundamental rights guarantor, at the same time it is necessary keeping public order so that they become effective. It is not possible to talk everything about everything or anything about anything. The risks of free speech result in responsibilities to the speakers, which can only be ascertained after the dissemination, because anonymity is prohibited by the Constitution itself. The theoretical constructions were based on Ronald Dworkin when introduced the use of the theory of integrity to the construction of a correct answer, in order to withdraw decisionisms in demands involving expression. This is because the regulation of virtual space requires an imbricated analysis of the Constitution principles with those in the Law 12.965/2014, removing interpretations that tend to relativism. It was concluded, in line with the work development, that it is necessary to regulate the virtual space, that the law that traces the guidelines allows the opening to constitutionally suitable reflections, and that the clearer the rules are, less opening to judicial activism. In this sense it is reaffirmed that judicial decisions must be based on principles arguments, and justify is not to say what the judge thinks or feels, because the decision shall be taken facing the existing legal texts, progressing to build a correct answer, underlining the right of integrity of Dworkin, or a decision, constitutionally suitable, according to Lênio Streck.

Key-words: Expression, Internet, Censorship, Integrity, Decisionisms.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>1 DA CONSOLIDAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL .....</b>	<b>17</b>
1.1 Breves considerações sobre as dimensões dos direitos fundamentais .....	29
1.2 Direitos fundamentais e relações privadas: âmbito de proteção e alcance ..	34
1.2.1 A teoria da eficácia direta (imediata) nas relações privadas .....	38
1.3 Direito fundamental à liberdade de expressão na hermenêutica de Ronald Dworkin .....	42
<b>2 NOTAS PRÉVIAS SOBRE LIBERDADE: DO MODELO CONVENCIONAL A NOVAS CONSTRUÇÕES DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO .....</b>	<b>58</b>
2.1 Direito de informação e direito à informação: formas de participação dos sujeitos .....	66
2.2 Liberdade de expressão e censura .....	72
2.3 Liberdade de expressão, informação e espaço virtual: o novo em expansão .....	81
<b>3 O MARCO CIVIL DA INTERNET: LINEAMENTOS HISTÓRICOS, PRINCÍPIOS E ASPECTOS ESTRUTURANTES .....</b>	<b>89</b>
3.1 Análise crítica do Marco Civil: um novo direito como tentativa de resolver antigos e novos problemas .....	100
3.2 Marco Civil e direito de expressão: nova tensão? .....	111
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>118</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>125</b>

## INTRODUÇÃO

Na sociedade contemporânea, a universalização do acesso à informação revela-se como elemento inovador no aprimoramento de novas formas de expressar. A internet, em especial, revela-se como a principal sede do processo de informação na atualidade, sendo dever do Estado garantir o acesso da população a esse espaço, ao mesmo tempo em que busca regular a utilização do espaço virtual de modo a manter os direitos já conquistados e efetivar os que estão por vir, decorrentes do novo direito de expressar nas plataformas digitais.

A utilização da internet é um novo meio de comunicação concebido pela tecnologia humana. Utilizando-se da interatividade e da comunicação em massa, permite que todos sejam, ao mesmo tempo, emissores e receptores da mensagem. Trata-se de vias duplas de comunicação, em que todos podem escrever, falar e ser ouvidos.

Devido ao surgimento desse meio de comunicação, diversos paradigmas começam a ser modificados, e nossa sociedade se depara com uma nova revolução. Ao mesmo tempo, o advento do ciberespaço, um espaço não concreto, mas igualmente real, sugere uma reconfiguração dos espaços já conhecidos, das relações entre as pessoas e da própria estrutura de poder. A rede, como meio de comunicação, veio a incrementar a informação, que passa a constituir a matéria-prima de nossa sociedade, fonte não apenas de capital, mas também de poder. É um espaço inteiramente constituído de informação e tem um papel central na sociedade, tanto em termos de circulação de capital quanto de reconfiguração das relações sociais. Esse espaço virtual é o cerne da revolução desta virada de século. O ciberespaço é um espaço não concreto, não físico, mas real.

Nesse sentido, foi promulgada a Lei nº 12.965/14<sup>1</sup>, que instituiu o marco

---

<sup>1</sup> O marco civil é uma iniciativa legislativa que nasceu em 2009, em reação contrária ao chamado AI-5 digital, para regular o uso da internet no Brasil, por meio da previsão de princípios, garantias, direitos e deveres de quem usa a rede e da determinação de diretrizes para a atuação do Estado. O texto trata de temas como neutralidade da rede, privacidade, retenção de dados, função social da rede e responsabilidade civil de usuários e provedores. Criado a partir dos 10 princípios propostos pelo Comitê Gestor da Internet (CGI), e seguindo a estrutura da Constituição da República, um primeiro rascunho foi submetido a um amplo debate coletivo por meio de *umblog* e, ao final, apresentado pela presidente Dilma Rousseff à Câmara dos Deputados em 2011, sob o número PL nº 2.126. Desde então, foram realizadas audiências públicas e mais de 4 mil sugestões colhidas por meio do portal e-democracia. Disponível em: <<http://marcocivil.org.br/o-que-e-o>

regulatório da internet no Brasil, que ensejou a discussão acerca das possibilidades de atuação do Estado na criação de regras para assegurar o exercício do direito à expressão e informação, propondo a criação de mecanismos para resolução dos conflitos decorrentes da utilização do espaço virtual.

Não obstante a publicação da lei que instituiu o Marco Civil, a regulação do espaço virtual é objeto de múltiplos argumentos, provocando diversos debates nos meios jurídicos e sociais, uma vez que o tema, em grande medida, requer novas compreensões em razão das novas dinâmicas de expressão.

Ao estabelecer as regras da utilização do espaço virtual retoma-se a questão se há ou não o controle prévio da informação, como forma de resgatar prática de censura, que por si só é abominável em face das conquistas históricas de um Estado democrático.

A análise da liberdade de expressão no “palco” virtual é uma realidade que precisa ser explorada, que tem fundamento no exercício das liberdades de outras épocas, que acabam por culminar no exercício de novos direitos; daí, a necessidade de se apegar aos princípios que se revelam mais apropriados para a reconstrução de novas interpretações.

No primeiro capítulo discutiu-se a consolidação do direito à liberdade de expressão, evidenciando-o como uma espécie de direito fundamental, fruto de conquistas históricas em busca do seu reconhecimento, abrindo a possibilidade para a expansão dos novos, que virão agregar aos já existentes. Foram evidenciados os diplomas legais, nacionais e internacionais, correlacionados ao tema, além de fazer uma “viagem” pelas constituições brasileiras, resgatando os dispositivos legais que trabalharam a questão, assim como a falta de previsão ou o cerceamento do exercício, em alguns outros.

Colacionar a legislação pretérita até encontrar na Constituição de 88 a consolidação da liberdade de expressão (a proibição da censura e a vedação ao anonimato), apresentou-se necessário para a re(construção) de novos horizontes em busca da melhor interpretação, na atualidade, do direito de expressar.

Em outro viés teórico, trazer reflexões sobre a vinculação dos direitos fundamentais, oponíveis não só em face do Estado como também na relação entre particulares (horizontalização dos direitos fundamentais), é pertinente ao objeto do

trabalho, uma vez que defendida a extensão dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas estará repelindo formas explícitas ou implícitas de censura privada.

Como forma de elucidar as reflexões apresentadas, encontrou-se na matriz de Ronald Dworkin o marco teórico adequado a desvelar as questões que envolvem a liberdade de expressão, a autonomia do direito e a (re) afirmação de que as decisões judiciais sejam decisões de princípios movendo-se para além do paradigma juspositivista clássico que identifica o direito como norma legal escrita e imposta coercitivamente pelo Estado.

Neste desiderato, a fundamentação adequada em princípios de modo a afastar decisões solipsistas compreendendo-os como essenciais para uma interpretação que encontre alicerce na teoria da integridade de Dworkin é primordial para o estudo, por tecer críticas diretas aos decisionismos judiciais, uma vez que o delinear da regulação do espaço virtual está apenas no início, e novas construções não podem retroceder aos postulados positivistas, que se revelam insuficientes em sua compreensão a dar respostas aos conflitos entre os sujeitos no espaço virtual.

Malgrado as previsões estabelecidas na lei e em razão da dinâmica das relações na forma de comunicar e expressar no mundo virtual, é necessário caminhar para uma leitura do direito de expressão diante de todas estas transformações.

Essas novas compreensões serão possíveis se as bases democráticas de um Estado se fizerem a partir de uma responsabilidade política. Por isso o direito deve ser entendido como um conceito de interpretação, vindo das instituições jurídicas, sendo que as questões a ele afetas encontram respostas nas leis, nos princípios e nos regulamentos, e não na vontade individual do seu aplicador.

Neste viés, no capítulo 2 evidenciou-se o modelo convencional de expressão evoluindo para os novos modos de expressão. Trouxe a discussão sobre a pluralidade de sujeitos na pós-modernidade, destacando-se a abertura para a construção de novos paradigmas, revisitando os conceitos de liberdade e de igualdade, considerando-os essenciais para a sustentação da democracia.

O sujeito oprimido vai se desvelando para uma compreensão da pluralidade e da diversidade, e nesse momento a liberdade de expressão se evidencia, pois é uma forma de reivindicar e afirmar direitos que durante muito tempo foram oprimidos em razão de um regime estatal adotado ou em razão de padrões previamente

estabelecidos, que acabaram por dificultar a difusão de ideias das vozes discordantes.

Os sujeitos transitam pelos espaços virtuais, dialogam entre eles e com o Estado, o que faz redefinir a liberdade de expressar em uma perspectiva democrática diferenciada, onde se acentuam as dinâmicas frenéticas da expressão, reconhecendo as diversidades dos sujeitos no convívio social.

Em razão do avanço tecnológico da internet e do uso das plataformas, celulares e *palm*s o direito requer um novo pensar para além do que já foi conquistado, indo ao encontro de novas tendências em que se evidenciam. Neste contexto a liberdade de expressão e a censura na internet são novidades que se direcionam para um *hard case*, o que acabou sendo evidenciado neste capítulo.

A interação entre os sujeitos do direito de informar e ser informado foi objeto de análise ao defender a concepção de que a informação amplia o debate e a discussão, fomentando o pensamento crítico e modernizando a democracia, o que acabou por culminar nos espaços virtuais um ambiente para reflexões sobre os mais variados assuntos.

Em nome da liberdade não se pode criar permissividades; neste diapasão é necessário afastar condutas que sejam prejudiciais à pacificação pública, exemplificando que o discurso do ódio é antagonista da liberdade de expressão, e por isso as publicações nas redes não devem estimular comportamentos que incentivam a violência, que ameacem a manutenção da ordem e que viole direitos de outrem.

Tratou-se de forma incidental sobre a dignidade da pessoa humana e a responsabilidade dos provedores na internet como forma de exemplificar que a Lei nº 12.965/2014 pautou-se, também, pela diversidade de temas tratados, além das suas diretrizes principiológicas que permitem fazer uma leitura que aproxima os princípios e os fundamentos do Marco Civil com os previstos na Constituição Federal.

Os princípios e objetivos expressos na Constituição Federal brasileira refletem quão desafiadora é a nossa democracia; por isso, frequente é a tensão existente entre os direitos, que desafiam as discussões jurídicas, o que não seria diferente com a regulação do Marco Civil.

Devido à extensão do território brasileiro, a diversidade de culturas nas regiões e níveis desiguais de conhecimento, convive-se com realidades econômicas

e sociais distintas em todas as regiões do país, o que dificulta não só a implementação de direitos, mas as práticas de coerção para inibir atos lesivos.

Por tudo isso a necessidade da regulação veio com o Marco Civil que foi um dos projetos de lei mais amplamente debatidos no país em múltiplas mídias, tendo inaugurado uma nova metodologia de construção legislativa que pode informar em grande medida os caminhos da democracia em uma sociedade cada vez mais digital.

No desenvolvimento do capítulo 3 o Marco Civil é tratado nos seus principais lineamentos, no que se refere aos aspectos estruturantes, contextualização histórica, os seus princípios, destacando a participação nos fóruns de discussão, evidenciando o seu caráter inovador e precursor da regulamentação da internet no país.

A análise do Marco Civil, colacionando inclusive opiniões favoráveis e contrárias à sua aprovação, permitiu uma abordagem crítica sobre a expressão nas plataformas, inclusive alertando sobre os riscos da fala livre, da responsabilidade decorrente das publicações. Falar de tudo e sobre tudo demanda responsabilidade do agente proferidor, e os discursos de ódio não podem ser incentivados, porque a liberdade de expressar não é ilimitada, ainda que o Estado seja protetor de um pluralismo social e cultural.

Toda esta contextualização é necessária para compreender que as manifestações publicadas nas plataformas digitais são reais, repercutem no modo de ser e de viver das pessoas, ainda que o ambiente de divulgação seja virtual. Essa é a novidade, a virtualidade do ambiente permite a sensação de desprendimento do real, ao ponto de se criar uma falsa ideia de o usuário estar “blindado” no uso das plataformas.

A compreensão da regulamentação dos aspectos civis da internet passa pelos aspectos centrais da sociedade de informação, onde os sujeitos são agentes e pacientes das publicações que interagem nos espaços virtuais, criando novos comportamentos, modificando os já existentes, regendo novas formas de comunicação e de relacionamentos.

Por todo o exposto, discutiu-se, também, no capítulo 3, que o exercício de novos direitos demanda procedimentos de regulação com o fim de assegurar a todos a possibilidade de participação em um ambiente onde os direitos devam ser respeitados, e onde incidirão muitos conflitos, em razão das críticas explícitas, das

manifestações nas redes sociais, uma vez que muitas postagens se tornam alvo de comentários, não só no virtual, mas no mundo real, em razão da própria presença da internet na vida das pessoas.

Em busca de uma adequada compreensão do direito de expressão a partir da própria integridade do direito, novas construções caminham pela defesa da regulação. Em razão da difusão dos direitos nas plataformas que os tornam mais conhecidos, e, por isso, pleiteados de forma mais veemente, os conflitos são suscitados; por isso, a definição de regras claras de regulamentação se apresenta como adequada aos fins a que se propõe.

Ao tratar do marco regulatório da internet no Brasil a Lei nº 12.965/14 resgata aspectos históricos que buscam na Constituição Federal o seu parâmetro de validação. Assim a Constituição Federal é um instrumento de onde se extrairá a fundamentação para o direito de informar quanto a necessidade de controlar e responsabilizar (se preciso for) o autor da informação. Essas construções são tão rápidas que os sentidos da Constituição precisam ser construídos de maneira que o objeto seja compreendido na sua existência concreta e temporal.

Tratar da restrição à liberdade de expressão na era digital é um problema jurídico concreto que requer reflexões teóricas que não dispensam a influência de matrizes filosóficas. Neste trabalho optou-se pelas concepções de Dworkin e Lênio Streck que acompanharam o surgimento de um novo direito de expressar decorrente da internet, estando a sua teoria, por isso, “conectada” a novas construções jurídicas como solução dos problemas decorrentes da falta, excesso ou insuficiência da regulação.

O elo entre o direito e a política, na fase pós-positivista, requer a definição de regras, o mais claras possível, para reduzir os ativismos deixando os textos jurídicos de ser aquilo que o intérprete diz que são; por isso, defende-se que uma das formas de reduzir a tensão entre direitos e regulação é conciliá-los a partir de uma mediação constitucionalmente adequada.

As decisões judiciais na resolução dos casos controversos não podem ser objeto de interpretações teleológicas, ou segundo convicções políticas ou ideológicas, uma vez que a interpretação mais adequada deve se desprender de subjetividades, desejos e vontades. Se assim não for, cada decisão será criação de direito, dependente do pensamento individual, subjetivista e solipsista.

Por todas as reflexões trazidas, a busca pela resposta correta para o caso

da liberdade de expressão no uso das plataformas, observando a tradição histórica, requer um compatibilizar do direito com os princípios de uma comunidade política, sem desconsiderar a possibilidade de alteração da compreensão e interpretação, que em razão da dinâmica virtual exigirá do intérprete uma adequação de tudo, ou quase tudo, que foi previsto para o mundo real e sua transposição para o mundo virtual, ou, a construção de novos horizontes a responder aos desafios das frenéticas relações virtuais.

# 1 DA CONSOLIDAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Os direitos fundamentais desempenham um papel de legitimação para a produção e aplicação do direito em um viés do Estado Democrático de Direito. Inicialmente concebidos como instrumentos de proteção contra a intervenção estatal, os direitos fundamentais exercem, na atualidade, a função de legitimação do próprio direito, integrando, ademais, a “ordem objetiva”.<sup>2</sup>

Na esteira do pensamento de Ingo Sarlet,

os direitos fundamentais podem ser considerados simultaneamente pressuposto, garantia e instrumento do princípio democrático da autodeterminação do povo por intermédio de cada indivíduo, mediante o reconhecimento do direito de igualdade (perante a lei e de oportunidades), de um espaço de liberdade real, bem como por meio da outorga do direito à participação (com liberdade e igualdade), na conformação da comunidade e do processo político, de tal sorte que a positivação e a garantia do efetivo exercício de direitos políticos (no sentido de direitos de participação e conformação do status político) podem ser considerados o fundamento funcional da ordem democrática e, neste sentido, parâmetro de sua legitimidade.<sup>3</sup>

Nas lições de José Emílio Medauar Ommati os direitos fundamentais são construções históricas específicas, datadas, criadas a partir das revoluções burguesas, com o intuito de defender indivíduos dos possíveis desmandos do Estado e da política em geral.<sup>4</sup>

O aspecto histórico é relevante para a consolidação dos direitos fundamentais, reconhecendo-os como resultantes de processos de ruptura sociais que buscavam afastar abusos de poder. Não foi outro o entendimento de Hugo Garcez Duarte:

---

<sup>2</sup> A afirmação de serem os direitos fundamentais elementos integrantes da ordem objetiva confirma o que a doutrina identifica como “caráter duplo dos direitos fundamentais”. Como revela Konrad Hesse acerca dos direitos fundamentais, “por um lado, eles são direitos subjetivos, direitos do particular [...]. Por outro, eles são elementos fundamentais integrantes da ordem objetiva da coletividade” (HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república federativa da Alemanha*. Trad.: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 228).

<sup>3</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 70-71.

<sup>4</sup> OMMATI, José Emílio Medauar. *Uma teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014b, p. 38.

Os direitos fundamentais são o resultado de uma evolução histórica ocorrida por meio das lutas e rupturas sociais que buscavam a dignidade humana e a consolidação dos direitos fundamentais para resguardá-la dos abusos de poder praticados pelo Estado. Observa-se, assim, que constituem uma variável no decorrer dos últimos séculos, cujo conjunto se modificou e continua se modificando, em virtude dos marcos históricos e dos interesses pelo poder.<sup>5</sup>

Pode se propor a seguinte reflexão: o Estado atingirá a característica de democrático pelo grau de concretização que este mesmo Estado atribui aos direitos fundamentais, corolários que são dos direitos humanos universais. Buscar alcançar a concretização dos direitos fundamentais é uma das mais árduas tarefas do Estado, porque, muitas vezes, esses direitos são positivados, mas não efetivados. Nas palavras de Ferdinand Lassale:

[...] de nada servirá o que se escrever numa folha de papel, se não se justifica pelos fatos reais e efetivos do poder. Os problemas constitucionais não são problemas de Direito, mas do poder, a verdadeira constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país reagem, e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social.<sup>6</sup>

Em uma ordem jurídica que possui sua sustentação na proteção aos direitos fundamentais entende-se que a isonomia, a igualdade de chances, a autodeterminação informativa, o direito de personalidade, entre outros, constituem garantias que são oponíveis em face do Estado e nas relações privadas. Os direitos fundamentais são considerados como sendo aqueles que outorgam a seus titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Celso Ribeiro de Bastos assim os define:

[...] dá-se o nome de liberdades públicas, de direitos humanos ou individuais, àquelas prerrogativas que têm o indivíduo em face do Estado Constitucional ou do Estado de Direito. Neste, o exercício dos seus poderes soberanos não vai ao ponto de ignorar que há limites para a sua atividade além dos quais se invade a esfera jurídica do cidadão. Há como que uma repartição da tutela que a ordem jurídica oferece: de um lado ela garante o Estado com instrumentos necessários à sua ação, e de outro protege uma área de interesses do indivíduo contra qualquer intromissão do aparato oficial<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> DUARTE, Hugo Garcez. O papel exercido pelos princípios e pela argumentação jurídica no pós-positivismo frente à efetiva tutela dos direitos fundamentais. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. XV, n. 107, dez. 2012, p. 6.

<sup>6</sup> LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985, p. 67.

<sup>7</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Teoria do Estado e Ciência Política*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 139.

As expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos” são objeto de averiguação, pois há divergência doutrinária entre os que defendem a sua utilização como expressões equivalentes e os que defendem a sua distinção. A compreensão que parece ser a majoritária e ao mesmo tempo com contornos de se apresentar como sendo a mais adequada, é a de que o termo “direitos fundamentais” se aplica aos direitos do ser humano, reconhecidos e positivados na esfera do Direito Constitucional positivado de um determinado Estado, enquanto que a expressão direitos humanos guardaria relação com os documentos de Direito Internacional, haja vista referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente da sua vinculação a uma ordem constitucional determinada.<sup>8</sup>

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França de 1789, trazia no art. 16 a advertência de que “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos (fundamentais) nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.<sup>9</sup>

Fernando Rodrigues Martins sintetiza o entendimento ao concluir:

Teremos direitos humanos fundamentais toda vez que a Constituição Federal positivar direitos humanos hauridos em declarações de cunho eminentemente social, alcançando nesse desiderato a imposição mundial hodierna no que respeita à globalização: ‘a exigência universal de imposição dos direitos humanos através da democratização do discurso’.<sup>10</sup>

Joaquim Gomes Canotilho manifestou seu pensamento em defender a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, elevando aqueles à condição de direitos naturais e que independem de positivação, ao passo que esses precisam ser garantidos em uma sociedade democrática.

Nas lições de Canotilho:

As expressões “direitos do homem” e “direitos fundamentais” são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão

<sup>8</sup> SARLET, 2008, p. 35-36.

<sup>9</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 3.

<sup>10</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues. Direitos Humanos Fundamentais e relações jurídicas contratuais. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 58, p. 55-74, abr./jun. 2006.

jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaciotemporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.<sup>11</sup>

Analisando dentro de uma perspectiva do direito germânico, também se entendem como fundamentais os direitos que cabem ao indivíduo não como ser humano, mas apenas enquanto membro do Estado, direitos que não são anteriores ao Estado, mas que só são outorgados por ele. Nesta segunda construção encontram-se os direitos fundamentais como direitos individuais e, por via da construção da autovinculação, produz-se um compromisso do exercício do poder do Estado sobre os direitos fundamentais.<sup>12</sup>

O exercício, assim como a diversidade de funções assumidas, sustenta que os direitos de proteção (defesa) e os direitos de prestação (inseridas dentro da própria atividade estatal como implementador de políticas), servem para nortear a própria dimensão da análise dos direitos fundamentais. Ingo Sarlet manifestou-se sobre as múltiplas funções desses direitos:

Não há como deixar de considerar as diversas funções exercidas pelos direitos fundamentais e que igualmente assumem relevância no que diz com a questão da eficácia, além de apresentar certo grau de vinculação com a problemática das formas de positivação dos direitos fundamentais no texto constitucional. Neste sentido, necessário relembrar que os direitos fundamentais, em razão de sua multifuncionalidade, podem ser classificados basicamente em dois grandes grupos, nomeadamente os direitos de defesa (que incluem os direitos de liberdade, igualdade, as garantias, bem como parte dos direitos sociais - no caso, as liberdades sociais - e políticos) e os direitos à prestação (integrados pelos direitos a prestações em sentido amplo, tais como os direitos à proteção e à participação na organização e procedimento, assim como pelos direitos a prestações em sentido estrito, representados pelos direitos sociais de natureza prestacional.)<sup>13</sup>

No que se refere à aplicação dos direitos fundamentais defende-se que devam ser aplicados de modo difuso, ou seja, o seu alcance deverá atingir a todos, sem estabelecer categoria(s) específica (s). Os titulares são toda a coletividade,

<sup>11</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 393.

<sup>12</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 48.

<sup>13</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 268.

assim como a obrigação de respeitá-los a todos se impõe, independente de sua condição ou natureza.<sup>14</sup>

O aspecto relevante do estudo é evidenciar a liberdade de expressão como direito fundamental previsto em documentos internacionais que procuram tutelar a proteção dos direitos humanos. A transcendência desses direitos é atestada por sua incorporação em diplomas supranacionais de direitos humanos, tais como a Convenção Americana de Direitos Humanos (promulgada pelo Decreto nº 678, de 6/11/1992)<sup>15</sup>, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (promulgado pelo Decreto nº 592, de 6/7/1992)<sup>16</sup> e a Declaração Universal de Direitos do Homem (adotada e proclamada pela Resolução nº 217 A - III da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10/12/1948).<sup>17</sup>

Na esteira dos diplomas internacionais acima relacionados, a Convenção Europeia de Direitos Humanos, publicada em 1953 pelo Conselho da Europa, dispõe em seu art. 10: Liberdade de expressão:

1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia. 2. O

<sup>14</sup> BRASIL. STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4815/DF*. 2015d. Voto da Ministra Relatora, Carmem Lúcia Antunes Rocha. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4815relatora.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2015.

<sup>15</sup> Artigo 15. Direito de reunião. É reconhecido o direito de reunião pacífica e sem armas. O exercício de tal direito só pode estar sujeito às restrições previstas pela lei e que sejam necessárias, numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e liberdades das demais pessoas (BRASIL. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. *Diário Oficial da União*, 9 nov. 1992a).

<sup>16</sup> Artigo 19. §1. Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões. §2. Toda pessoa terá o direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, de forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha (BRASIL. Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. *Diário Oficial da União*, 7 jul. 1992b).

<sup>17</sup> Artigo XVIII. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular.

Artigo XIX. Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

Artigo XX. 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de reunião e associação pacíficas (ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Resolução 217 A (III). Paris, 10 dez. 1948).

exercício destas liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir.<sup>18</sup>

A Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, de 1986, prevê, em seu art. 9º: “1. Toda a pessoa tem direito à informação. 2. Toda a pessoa tem direito de exprimir e de difundir n as suas opiniões no quadro das leis e dos regulamentos”.<sup>19</sup> Por último a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000, no art. 11: Liberdade de expressão e de informação:

1. Todas as pessoas têm direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber e de transmitir informações ou ideias, sem que possa haver ingerência de quaisquer poderes públicos e sem consideração de fronteiras. 2. São respeitados a liberdade e o pluralismo dos meios de comunicação social.<sup>20</sup>

A elaboração de todos esses estatutos normativos, além de consolidar os direitos fundamentais no plano internacional, traz como corolário a imposição por toda a comunidade, do dever de assegurar os direitos ali previstos, sem ressalvas em relação ao cumprimento, se apenas pelo Estado ou pelo particular, mas por todos indistintamente.

Todos esses estatutos serviram de inspiração para a consolidação da liberdade de expressão na Constituição brasileira de 1988, a exceção da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia que tem publicação no ano de 2000, que em razão da relevância do tema para este trabalho, optou-se por compilar os dispositivos legais que possuem relação direta com o objeto desenvolvido, extraídos do texto constitucional:

<sup>18</sup> CONVENÇÃO EUROPEIA PARA OS DIREITOS DOS HOMENS. Roma 4/11/1950. Disponível em: <[http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf)>. Acesso em: 12 set. 2015.

<sup>19</sup> CARTA AFRICANA DOS DIREITOS DOS HOMENS E DOS POVOS. Aprovada pela Conferência Ministerial da Organização da Unidade Africana (OUA) em Banjul, Gâmbia, em janeiro de 1981, e adotada pela XVIII Assembleia dos Chefes de Estado e Governo da Organização da Unidade Africana (OUA) em Nairóbi, Quênia, em 27 de julho de 1981. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/africa/banjul.htm>>. Acesso em: 12 set. 2015.

<sup>20</sup> CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA. Disponível em: <[http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf)>. Acesso em: 12 set. 2015.

Art. 5º da Constituição Federal: IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei; IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. [...] §2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística<sup>21</sup>.

Da análise dos dispositivos acima citados evidencia-se a evolução legislativa do texto constitucional de 1988 em cotejo com as constituições brasileiras anteriores. No direito brasileiro, a liberdade de pensamento e de expressão foi desde a primeira constituição - a Carta de Lei de 25 de março de 1824, outorgada como Constituição do Império, contemplada como direito fundamental, de maneira mais ampla ou mais restrita. A Carta Imperial (Carta de Lei 25.3.1824) dispunha em seu art. 179: Art. 179. IV. Art. 179 – IV:

Todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publical-os pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fórma, que a Lei determinar.<sup>22</sup>

A Constituição de 24.2.1891, primeira promulgada na República, preceituava:

Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes: § 12. Em qualquer assumpto é livre a manifestação do pensamento pela imprensa ou pela tribuna, sem dependencia de censura, respondendo cada um pelos abusos que commetter, nos casos e pela fórma que a lei determinar. Não é permittido o anonymato (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926).<sup>23</sup>

<sup>21</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 de outubro de 1988.

<sup>22</sup> Id. *Constituição Política do Império do Brasil*, de 25 de março de 1824, Art. 179. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)>. Acesso em: 13 set. 2015.

<sup>23</sup> Id. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1981*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm)>. Acesso em: 13 set. 2015.

A Constituição de 16.6.1934 estabelecia:

Art.133. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 9) Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento, sem dependência de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos independe de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda, de guerra ou de processos violentos, para subverter a ordem política ou social.<sup>24</sup>

A carta de 10.11.1937, outorgada durante o governo do presidente Getúlio Vargas, não deixou de formalizar aquele direito fundamental ao prever:

Art. 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...]  
15) todo cidadão tem o direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, ou por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescritos em lei.<sup>25</sup>

A Constituição do Brasil de 18.9.1946 preceituava em seu art. 141:

Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 5º - É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe<sup>26</sup>.

É de se realçar que na vigência dessa Constituição sobreveio o Ato Institucional n. 2, de 1966, que alterou este parágrafo 5º do art. 141, segundo dispôs em seu art. 12: “A última alínea do §5º do 141 da Constituição passa a vigorar com a

<sup>24</sup> BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)>. Acesso em: 16 set. 2015.

<sup>25</sup> Id. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm)>. Acesso em: 16 set. 2015.

<sup>26</sup> Id. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm)>. Acesso em: 16 set. 2015.

seguinte redação: Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de subversão, da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe."

A Carta de 24.1.1967 estampava, no parágrafo 8º do seu art. 150:

Art. 150 - § 8º - É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação sem sujeição à censura, salvo quanto a espetáculos de diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos independe de licença da autoridade. Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe.<sup>27</sup>

A Emenda n. 1, de 17.10.1969, tecnicamente nova Carta a substituir a anterior, passou a vigorar como texto normativo básico do Brasil. Trazia em seu texto:

Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 8º É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação independentemente de censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos não depende de licença da autoridade. Não serão, porém, toleradas a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes.<sup>28</sup>

Na vigência daquele texto sobreveio, dentre outros provimentos de inegável agressão àquele direito fundamental, o Ato Institucional n. 5, de 13.12.1968, que se sobrepunha ao texto outorgado como Emenda n. 1, de 1969. Nesse período várias publicações de atos institucionais serviram para retirar da Constituição Federal o fundamento de validade das demais normas que integram o ordenamento jurídico estatal. Sobre os atos institucionais editados nos períodos ditatoriais no Brasil, Carmem Lúcia Antunes Rocha manifestou:

Desconstitucionalizaram o Estado sem aviso. Amordaçaram a voz da sociedade. Pior: trancafiaram direitos fundamentais, cujo embasamento não se põe no Estado constitucional para o homem, mas por ser delas titular o homem se positivam eles. No Ato Institucional n. 5, de 13.12.1968, avisava-

<sup>27</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm)>. Acesso em: 16 set. 2015.

<sup>28</sup> Id. *Emenda Constitucional n. 1*, de 17 de outubro de 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm)>. Acesso em: 16 set. 2015.

se, na epígrafe mesma e também em seu art. 1º. estar-se a manter a Carta de 1967. Era um ato autorizativo da prevalência formal de normas que não tinham supedâneo na força do direito; impunha-se, às expressas, o direito da força.<sup>29</sup>

No Ato Institucional de nº 5 foi imposto restrições que não iam ao encontro do previsto na carta de 1967, o que evidenciou um flagrante retrocesso ao que até então se tinha conquistado, resgatando, assim, o cerceamento de um direito ao impedir qualquer manifestação de assunto de interesse político. No art. 5º do AI5, dispunha: “A suspensão dos direitos políticos, com base neste Ato, importa, simultaneamente, em: III - proibição de atividades ou manifestação sobre assunto de natureza política;”.

Em 29.5.1970 foi publicado o Decreto Legislativo n. 34, pelo qual foi aprovado o Decreto-Lei n. 1077, de 1970. Nesse se dispunha sobre a “execução do artigo 153, § 8º, parte final, da Constituição da República Federativa do Brasil”. O decreto estabeleceu:

Art. 1º Não serão toleradas as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes quaisquer que sejam os meios de comunicação.  
Art. 2º Caberá ao Ministério da Justiça, através do Departamento de Polícia Federal verificar, quando julgar necessário, antes da divulgação de livros e periódicos, a existência de matéria infringente da proibição enunciada no artigo anterior.

Parágrafo único. O Ministro da Justiça fixará, por meio de portaria, o modo e a forma da verificação prevista neste artigo. Art. 3º Verificada a existência de matéria ofensiva à moral e aos bons costumes, o Ministro da Justiça proibirá a divulgação da publicação e determinará a busca e a apreensão de todos os seus exemplares. Art. 4º As publicações vindas do estrangeiro e destinadas à distribuição ou venda no Brasil também ficarão sujeitas, quando de sua entrada no país, à verificação estabelecida na forma do artigo 2º deste Decreto-lei.

Dessa maneira a livre expressão não era de fato livre, pois estava condicionada a uma suposta “moralidade pública”, assim como aos “bons costumes”, onde se estabeleciam juízos de censura abertos, submetidos à arbitrária apreciação por parte dos detedores do poder nos regimes autoritários então vigentes. Em nome das chamadas “moralidade pública” e “bons costumes” mecanismos de controle foram estabelecidos para inibir ou proibir toda a manifestação da expressão que fosse contrária aos interesses governamentais, servindo-se como álibis para conter a exteriorização de tudo aquilo que se pensava.

---

<sup>29</sup> BRASIL, 2015d.

Pela análise do direito da liberdade de expressão nas constituições brasileiras conclui-se que as experiências democráticas brasileiras, que serviram para consolidar o referido direito, em algumas situações foram sucumbidas, em nome da “ordem” e da “paz social”, em momentos históricos específicos, o que desencadeou concessões sobre os direitos fundamentais, suprimindo-os a bel prazer dos seus governantes.

Nessa trajetória de reconhecimento universal das mais variadas formas de exteriorizar a liberdade de expressão, e aí se inclui a utilização da informação através dos meios de divulgação digital; níveis diversos de proteção foram assumidos, cerceando-se de garantias que acabaram por identificá-las ao próprio conceito de democracia<sup>30</sup>, a tal ponto que todas as concepções de democracia têm, na atualidade, a liberdade de expressão e suas garantias como dados essenciais, característicos e substanciais.<sup>31</sup>

É de J. J. Gomes Canotilho a advertência:

A liberdade de expressão permite assegurar a continuidade do debate intelectual e do confronto de opiniões, num compromisso crítico permanente. Com essa qualidade, ela integra o sistema constitucional de direitos fundamentais, deduzindo-se do valor da dignidade da pessoa humana e dos princípios gerais de liberdade e igualdade, juntamente com a inerente exigência de proteção jurídica. A liberdade de expressão em sentido amplo é um direito multifuncional, que se desdobra num cluster de direitos comunicativos fundamentais (Kommunikationsgrundrechte) que dele decorrem naturalmente, como seja, por exemplo, a liberdade de expressão stricto sensu, de informação, de investigação acadêmica, de criação artística, de edição, de jornalismo, de imprensa, de radiodifusão, de programação, de comunicação individual, de telecomunicação e comunicação em rede. As liberdades comunicativas encontram-se ainda associadas a outras liberdades, como a liberdade de profissão, a livre iniciativa econômica, de prestação de serviços e o direito de propriedade.<sup>32</sup>

Distinguir liberdade de expressão e direito à informação é relevante para a compreensão dos institutos principalmente no que se refere ao âmbito de proteção e controle, bem como para a demarcação dos limites e responsabilidades decorrentes

<sup>30</sup> “Democracia significa assegurar a formação e a boa captação da opinião pública. Significa garantir a soberania popular, para que os rumos do Estado acompanhem fidedignamente os resultados e as manifestações dessa soberania” (MELLO, Marco Aurélio. Liberdade de expressão, dignidade humana e Estado democrático de direito. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. *Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 238).

<sup>31</sup> VENTURA, Adrián. *Libertad de expresión y garantías*. Buenos Aires: La Ley, 2009, p. 754.

<sup>32</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes; MACHADO, Jónatas E. M. Constituição e código civil brasileiro: âmbito de proteção de biografias não autorizadas. In: GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; SANTOS, Márcio Gil Tostes dos. *Constituição Brasileira de 1988*. Reflexões em comemoração ao seu 25º aniversário. Curitiba: Juruá, 2014, p. 132.

do exercício desses direitos. Pode-se assim exemplificar: os fatos são susceptíveis de prova da verdade; por outro giro as opiniões ou juízos de valor, devido à sua própria natureza abstrata, não podem ser submetidos à comprovação.

Daí resulta que a liberdade de expressão tem o âmbito de proteção mais amplo que o direito à informação, pois este se correlaciona ao limite interno da veracidade. No Estado de direito democrático exige-se do sujeito, no que se refere ao direito à informação, um dever de diligência ou apreço pela verdade, no sentido de se dar publicidade sobre a fonte dos fatos noticiáveis e verificada a seriedade da notícia antes de divulgação.

Todas as maneiras de exteriorizar a liberdade de expressão através da manifestação do pensamento, da opinião, da divulgação da notícia, uma vez imbricados, configuram-se como posições jurídicas ativas, de titularidade individual e exercício coletivo, oponíveis a terceiros e ao Estado, sujeito passivo primordial da esfera de liberdade constitucionalmente garantida.

Assim sendo, a tutela que visa efetivar as liberdades de expressão abrangem uma obrigação que se pode chamar de negativa, pois visa a não intromissão por parte dos poderes públicos (vertente defensiva tradicional), assim como um dever positivo de proteção (dimensão objetiva) em face à intromissão de terceiros; por tudo isso, compreende a garantia encomendada ao Estado, que o direito seja fruído regularmente, sem impedimento ou perturbação.

Uma vez reconhecida a liberdade de expressão e de informação (obtida e/ou publicada) na rede mundial de computadores, faz-se necessário trazer à discussão se os direitos fundamentais estabelecidos no art. 5º da CF/88 se aplicam apenas à relação entre o sujeito e o Estado, ou se, também, à relação entre os particulares.

Diante deste panorama colocam-se as questões: Aquele que utiliza a rede mundial de computadores, manifestando suas opiniões e informando usuários sobre os acontecimentos, deve respeitar os direitos fundamentais previstos no texto constitucional, em especial a dignidade da pessoa humana? Pode-se recorrer à aplicação dos direitos fundamentais sob o aspecto da horizontalização em busca da efetivação dos direitos ali estabelecidos? De que maneira as relações privadas estão vinculadas aos direitos fundamentais sem desprestigiar sua autonomia?

As respostas a todas estas questões serão objeto de análise ao longo da dissertação, mas, adianta-se que sempre pretenderá alcançar a resposta constitucional mais correta e adequada, que privilegia a interpretação que vá ao

encontro da integridade. A regulamentação do ambiente digital deve levar em conta um regime sistematizado e de proteção à vida privada, ao sigilo das comunicações e aos dados pessoais. A construção do Marco Civil da internet deve considerar a existência desses contornos, assumindo, nesse contexto, a posição de avanço na regulamentação da tutela dos dados pessoais e na concretização legislativa de direitos fundamentais.

### 1.1 Breves considerações sobre as dimensões dos direitos fundamentais

A classificação dos direitos fundamentais em função das gerações ou dimensões<sup>33</sup> tem uma relevância maior no aspecto da normatividade,<sup>34</sup> devendo-se compreender que as gerações (ou dimensões) dos direitos fundamentais não são excludentes, mas cumulativas, de modo que os direitos de uma nova geração são somados aos das gerações anteriores formando assim uma relação de complemento entre as gerações.

A análise das gerações ou dimensões dos direitos fundamentais não se reflete somente nos campos filosóficos e teóricos mas também para fins didáticos, uma vez que as gerações traduzem uma afirmação dos direitos fundamentais em razão das mutações sociais.

---

<sup>33</sup> Permanece certa divergência a respeito da nomenclatura a ser dada à evolução histórica de inserção dos direitos fundamentais nas constituições, sendo que alguns entendem que a terminologia correta seria a expressão “geração”, e outros afirmam que o termo correto seria “dimensão”. Paulo Bonavides faz referência expressa ao termo gerações dos direitos fundamentais para explicar a inserção histórica deles nas constituições de vários países ao dispor: “os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e quantitativo [...]” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 563). Em sentido oposto: Ingo Sarlet faz uma defesa a respeito do termo dimensões, explicando a causa de sua opção por tal termo: “Em que pese o dissídio na esfera terminológica, verifica-se crescente convergência de opiniões no que concerne à ideia que norteia a concepção das três (ou quatro, se assim preferirmos) dimensões dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, tendo tido sua trajetória existencial inaugurada com o reconhecimento formal nas primeiras Constituições escritas dos clássicos direitos de matriz liberal-burguesa, se encontram em constante processo de transformação, culminando com a recepção, nos catálogos constitucionais e na seara do Direito Internacional, de múltiplas e diferenciadas posições jurídicas, cujo conteúdo é tão variável quanto as transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica ao longo dos tempos” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 55).

<sup>34</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 291.

### Nas lições de Norberto Bobbio:

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de vez por todas.<sup>35</sup>

Não foi por outra razão que o marco inicial dos direitos fundamentais consistiu na associação desses direitos ao direito de liberdade do indivíduo em face do Estado, consistindo na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, um estatuto histórico que reconheceu os direitos de liberdade e de igualdade perante a lei. A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, em seu art. 19, ao dispor que todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, implica a liberdade de manter as suas próprias opiniões sem interferência e de procurar, receber e difundir informações e ideias por qualquer meio de expressão independentemente das fronteiras. Esse dispositivo serviu de inspiração para elevá-lo, no texto constitucional brasileiro de 1988, à categoria de direito fundamental, consagrando a liberdade de expressão e de opinião.

Esses direitos, relacionados à autonomia dos indivíduos, inserem-se na categoria dos direitos de primeira geração, os quais correspondem, nas lições de Paulo Bonavides,<sup>36</sup> a direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

A massificação das relações econômicas, o abuso do poder econômico, a exploração nas relações de trabalho, são algumas das consequências da Revolução Industrial. Uma vez associadas aos pós-guerras fizeram com que o Estado deixasse de ser visto como um opositor dos particulares para ser um provedor e protetor de direitos. Essa nova compreensão da função atribuída ao Estado reconhece aos indivíduos direitos cuja nota distintiva é a sua dimensão positiva (obrigações de fazer impostas ao Estado), uma vez que não se cuida mais, conforme observação de Ingo Wolfgang Sarlet, de liberdade *do* e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado.<sup>37</sup>

Referidos direitos, classificados como de segunda geração, consolidam-se em um estágio mais avançado do Estado e da Sociedade Industrial, e por isso constituem a base do *Welfare State* que defende a ideia de que o homem possui

<sup>35</sup> BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova edição, 7. reimpr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 9

<sup>36</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 517.

<sup>37</sup> SARLET, 2008, p. 55.

direitos indissociáveis à sua existência enquanto cidadão, estes direitos são direitos sociais. De acordo com essa concepção todo indivíduo tem direito, desde seu nascimento, a um conjunto de bens e serviços que lhe devem ser oferecidos e garantidos de forma direta através do Estado, ou indiretamente, desde que o Estado exerça seu papel de regulamentar isso dentro da própria sociedade civil, e compreendem o direito ao trabalho, a uma habitação digna, à saúde, dentre outros, competindo ao Estado prover e concretizar esses direitos.

As alterações na ordem social deixam em evidência a desagregação, a pobreza, o desemprego, os baixos salários, a violência, o individualismo, entre outras características que se observam na nascente da sociedade industrial. A informação, com a sociedade industrial, ganha novos contornos. Em razão da mudança de horizonte novos sentidos são atribuídos à informação, que neste momento histórico, passa a ganhar contornos de direito.

A preocupação com o meio ambiente e o desenvolvimento tecnológico constituem os alicerces dos direitos de terceira geração. Também denominados de direitos de fraternidade ou solidariedade, possuem como particularidade a questão referente à sua titularidade,<sup>38</sup> haja vista serem direitos conferidos à proteção de grupos humanos, não existindo titularidade individual determinada. São considerados de titularidade difusa e podem ser exemplificados como o direito à paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente, ao patrimônio histórico, cultural e o direito de comunicação.<sup>39</sup>

Em relação ao reconhecimento de outras dimensões não há consenso doutrinário. É defendido que no direito à democracia, à informação e ao pluralismo estão caracterizados os direitos fundamentais de quarta geração. Para Liliana Minardi Paesani os direitos e liberdades de quarta geração são aqueles que estão em fase de reconhecimento e estão inseridos no campo da manipulação genética, da bioética e das novas tecnologias da comunicação.<sup>40</sup> Entre as novas tecnologias da comunicação está a utilização das ferramentas da internet, para informar e ser informado, a liberdade de informação e de expressão. Devido à amplitude de possibilidades diversas de liberdade de expressão, este direito ganha novo contorno,

---

<sup>38</sup> Neste sentido, SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 293-297; LORENZETTI, 1998, p. 154; SARLET, 2008, p. 56.

<sup>39</sup> BONAVIDES, 2002, p. 523.

<sup>40</sup> PAESANI, Liliana Minardi. *Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 6.

que acaba por desencadear a necessidade de pensar em reforços e limites no modo de exercê-los.

Nos dizeres de Patrícia Peck Pinheiro:

A internet é mais um meio de comunicação eletrônica, formada não apenas por uma rede mundial de computadores, mas, principalmente, por uma rede mundial de indivíduos. Indivíduos com letra maiúscula, porque estão inseridos em um conceito mais amplo, que abrange uma individualização não só de pessoas físicas como também de empresas, instituições e governos. A internet elimina definitivamente o conceito de corporação unidimensional, impessoal e massificada. Isso significa profunda mudança na forma como o Direito deve encarar as relações entre os indivíduos.<sup>41</sup>

Um novo modo de exercer direito fundamental surge em decorrência da evolução da informação. A utilização dos espaços virtuais para difundir informações trouxe uma nova reflexão sobre a liberdade de expressão, que tutela o direito de externar ideias, opiniões e manifestações do pensamento em geral. Tanto em sua dimensão individual como, especialmente, na coletiva, entende-se que as liberdades de informação e de expressão servem de fundamento para o exercício de outras liberdades, o que justifica sua posição de preferência em tese (embora não de superioridade) em relação aos direitos individualmente considerados.

A internet ampliou a dimensão do direito fundamental de informação. A proliferação dos conteúdos publicados assim como a rapidez com que os destinatários recebem esses conteúdos, trouxe ao direito fundamental de informação uma nova tensão. A partir do reconhecimento de novos direitos desencadeou-se um processo de regulação. Assim sendo, o reconhecimento de novos direitos associados a uma regulação poderá desencadear novas tensões, a partir do instante em que os fundamentos dos marcos regulatórios podem ocasionar práticas de controle prévio da informação, o que poderá resgatar mecanismos de censura.

Devido às novas formas de exercício de direitos fundamentais decorrentes da amplitude da dimensão deles em razão da evolução social, amplia-se a tutela de proteção diante dos desafios postos pela vida contemporânea. Na esteira desse entendimento, a concepção que identifica os direitos fundamentais como princípios objetivos legitima a ideia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das práticas advindas do poder estatal (direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa), mas também a proteção

---

<sup>41</sup> PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito Digital*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 3.

dos direitos fundamentais nas tentativas de violação destes mesmos direitos por particulares (agressões promovidas por terceiros).

Esses direitos não contêm apenas proibição de intervenção, mas expressam, também, um postulado de proteção. A ideia de um dever genérico de proteção, fundado nos direitos fundamentais, atenua, com bastante evidência, a separação entre a ordem constitucional e a ordem legal, possibilitando o reconhecimento da irradiação dos efeitos desses direitos sobre toda a ordem jurídica positivada.

A implementação e efetivação dos direitos fundamentais estão diretamente vinculadas às questões que envolvem o exercício da cidadania e da democracia. A democracia, para que subsista e se realize plenamente, impõe a efetivação dos direitos fundamentais, pré-requisitos que são para uma sociedade que se apresenta em constante transformação.

O Estado de direito, para ser um Estado democrático, necessita, além da separação das atividades estatais, estar atrelado à concretização e efetivação dos direitos fundamentais. Para isso deve-se buscar um Estado que permita um espaço para o debate de ideias com o propósito de traçar objetivos para a implementação de políticas que priorizam um interesse coletivo. Tais objetivos devem ser buscados não só pelo Estado, mas também pela sociedade civil, todos em busca da concretização de direitos, inclusive os atrelados ao desenvolvimento econômico.

O avanço da tecnologia e os movimentos sociais provocam discussões sobre novos direitos ou novas formas de exercê-los. Assim, a evolução da sociedade e dos grupos sociais acarreta a necessidade de revisitar institutos jurídicos que não ficam inertes a essas transformações. Nesse contexto a sociedade parece se reinventar diante de processos sociais articulados interdependentes, como a globalização e a revolução tecnológica.

Para a exemplificação do exposto resgata-se que na antiguidade o espaço público onde se instituíam discussões e debates sobre temas de interesse social era chamado de ágora. Ao ampliar o debate para discutir assuntos de interesse e repercussão social, a ágora permitia a manifestação do sujeito no exercício da cidadania. Aos poucos a ágora foi sendo substituída pelos mecanismos formais de representação parlamentar, e devido à globalização e à revolução tecnológica a ágora se reconstrói cotidianamente. Com a utilização das ferramentas da internet a ágora virtual, com as suas redes de relacionamento, revelam uma das novas formas

de utilização e de redefinição do espaço público.<sup>42</sup> Trata-se de uma nova forma de participação, onde os sujeitos parecem se reinventar nesse novo espaço (até pouco tempo desconhecido), que cresce de forma avassaladora resultante de transformações sociais em curso.

Os movimentos sociais que se utilizam do espaço virtual (a rede) para propagação dos seus ideais são considerados novos tipos de movimentos democráticos, os quais reconstróem a esfera pública no espaço de autonomia constituído em torno da interação entre localidades e redes da internet. Com isso, conduzem à constatação da potencialidade do espaço virtual da internet em difundir informações e incentivar os cidadãos a aderirem às manifestações, organizando seus detalhes e estratégias. Assim, funda-se um novo paradigma de uma “cidadania ativa”, modernizando a democracia,<sup>43</sup> porque o avanço tecnológico e, por consequência, a expansão da comunicação em massa definem o modo de mobilização e de mudança social na era da internet.

Devido a toda essa mutação percebe-se uma mudança nos modos de ser. Os modos de ser ampliam-se com a velocidade das informações, pelas ferramentas utilizadas, pela informalidade das notícias. Nesse contexto, uma vez ampliados os modos de ser da coisa, é necessária a revisão de como disciplinar, ou, se se deve disciplinar, não o novo, mas o modo de ser antigo.

## 1.2 Direitos fundamentais e relações privadas: âmbito de proteção e alcance

Da Interpretação das normas contidas na Constituição brasileira promulgada no ano de 1988 tiram-se diretrizes para todos os institutos do direito. A Constituição, entre outras finalidades, serve como instrumento de organização dos poderes e de garantia dos cidadãos contra as medidas arbitrárias e intervencionistas praticadas pela Administração Pública, e, por isso, assume atribuições das mais variadas, destacando-se o seu caráter normativo e centralizador. Manoel Gonçalves Ferreira Filho assevera:

---

<sup>42</sup> VIEIRA, José Ribas; CARVALHO, Flávia Martins de. Estado de natureza: internet ajuda na redefinição do espaço público. *Revista consultor jurídico*, 25 jun. 2011.

<sup>43</sup> CARVALHO, Ana Cristina Azevedo P. *Marco Civil da internet no Brasil: análise da Lei 12.965/14 e do direito de informação*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2014. v. 1.

As Constituições podem assumir, pelo menos, dez funções diferentes, a saber: função de garantia; função organizativa ou estruturante; função limitativa; função procedimental; função instrumental; função conformadora da ordem sociopolítica; função legitimadora; função legalizadora; função simbólica; e função prospectiva.<sup>44</sup>

Ao atribuir este caráter normativo às normas constitucionais, destaca-se como expoente e incentivador, Konrad Hesse, o qual reconhece que a interação entre o sistema social e o sistema normativo pressupõe “vontade da Constituição”. Estabelece ainda:

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem.<sup>45</sup>

O reconhecimento da força normativa da Constituição é premissa substancial na materialização de uma ordem jurídica revestida de legitimidade, que é, por sua vez, pressuposto básico para se alcançar uma ordem socioeconômica. Para tanto é necessário o incentivo à concretização da ordem constitucional, pelos aplicadores do direito.

O reconhecimento de que a Constituição está no centro do sistema jurídico conduz ao pensamento de que os poderes públicos, assim como os particulares, devam estar a ela subordinados, e, por consequência, imperativo se faz uma releitura do direito privado. Através do reconhecimento da força normativa e centralizadora do texto constitucional permitiu-se desenvolver linhas teóricas que têm como objeto o exame da chamada constitucionalização do Direito Civil. Não foi outro o entendimento de Daniel Sarmento ao expor:

A prioridade na concretização dos direitos fundamentais é, de fato, do legislador, razão pela qual as normas jurídicas, inclusive as do Direito Privado, gozam de presunção de constitucionalidade. Assim os juízes devem aplicar tais normas na resolução dos casos concretos que envolvam direitos fundamentais, e só podem afastar-se delas se lograrem demonstrar a sua inconstitucionalidade. Neste caso, pesará sobre eles o ônus da argumentação. Todavia, isto não obsta a aplicação direta da Constituição aos casos concretos, quando inexistir regra ordinária específica tratando da

<sup>44</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 63-75.

<sup>45</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991, p. 19.

matéria, ou quando a aplicação da mesma revelar-se em descompasso com as normas e valores constitucionais<sup>46</sup>.

Ao legislador compete estabelecer o conteúdo dos direitos fundamentais; para tanto, é preciso regulamentar seu exercício através de leis que gozam da presunção de constitucionalidade. A solução de conflitos privados, cuja solução deva ser a aplicação direta de direitos positivados na Constituição, deve ser utilizada de maneira excepcional, quando há incompatibilidade da norma infraconstitucional com preceitos constitucionais, ou ainda, quando ocorrer a inadequação ou insuficiência da proteção conferida pelo legislador ao direito fundamental ameaçado ou violado.

Os direitos fundamentais foram e estão sendo sedimentados a partir de necessidades históricas e em função cada vez maior da complexidade de questões que atingem a sociedade contemporânea. Devido ao fato de terem surgido com as revoluções burguesas, eram pensados em seu aspecto negativo, ou seja, sua função primordial era a defesa do cidadão contra possíveis arbitrariedades do Estado. Deste modo os direitos fundamentais eram aplicados nas relações verticais, uma vez que o cidadão era a parte mais frágil da relação, onde o Estado ocupava uma posição de destaque.

Após a Segunda Guerra Mundial começou-se a perceber que não apenas o Estado poderia violar direitos fundamentais. A violação se estende também aos particulares que poderiam violar direitos fundamentais de outros particulares sob o manto do exercício da autonomia privada. A partir desse instante, especialmente na Europa, passa-se a discutir a possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais, não mais quando em um dos polos da relação estiver o Estado, ou seja, nas relações verticais, mas também em uma relação jurídica envolvendo particulares, ou seja, em uma relação linear de poder, em relações chamadas de horizontais.

A partir da análise do art. 5º, §1º da Lei Fundamental (que trata da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais) percebe-se que, apesar de vários artigos e ensaios sobre o tema, o mesmo carece de um tratamento sistemático. Em razão da relevância dogmática da questão, principalmente a partir da promulgação da Constituição de 1988, busca-se, cada vez mais, uma interpretação que vá ao encontro da horizontalização dos direitos fundamentais, atingindo a relação entre os particulares, e neste contexto é mister

---

<sup>46</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 241.

discutir sobre a aplicabilidade e a efetividade desses direitos.

As reflexões acerca da vinculação dos particulares a esse amplo rol de direitos se fazem necessárias, especialmente no âmbito do direito privado, ramo igualmente sujeito ao fenômeno crescente da constitucionalização. A discordância sobre questões pontuais envolvendo as teorias referentes aos direitos fundamentais não impede o esforço de transposição dessas construções teóricas para os mais diversos ramos do direito, porquanto o que se procura por meio da importação das teorias dos direitos fundamentais é contribuir para o processo de reconstrução e de releitura de institutos fundamentados nas relações privadas.

A despeito da evolução constitucional em matéria de direitos fundamentais, algumas questões se apresentam importantes, como, v. g., os diferentes níveis de proteção desses direitos, passando pela sua fundamentação e legitimação. A doutrina civilista vem promovendo leituras constitucionalizadas dos institutos integrantes do Direito Civil, com o objetivo de contribuir para a produção e aplicação de um direito legítimo, que encontre amparo no sistema constitucional vigente. Com efeito, pode-se afirmar que os direitos fundamentais gozam de uma eficácia irradiante que igualmente penetra as relações jurídicas entre particulares, dada sua condição de princípios informadores do ordenamento jurídico pátrio. Neste contexto busca-se a reflexão sobre a aplicação dos preceitos básicos da chamada Teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

De origem alemã (*Drittwirkung*) fruto de elaborações da doutrina e da jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional, a também denominada eficácia em relação a terceiros consiste, em linhas gerais, na possibilidade de um particular pleitear proteção judicial e reparação de danos causados por outro particular que tenha violado direitos fundamentais não direcionados exclusivamente ao Estado.

A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais fizeram desenvolver algumas teorias (que não são o objeto central de estudo deste trabalho), que com o fim de contextualizá-las serão apresentadas. A proposta é trazer os principais fundamentos de duas teorias (uma que defende a aplicação de forma direta e a outra pela aplicação indireta) defendendo ao final pela aplicação da teoria da eficácia direta.

Essas teorias trabalham com duas diferentes vertentes<sup>47</sup>: na primeira,

---

<sup>47</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*.

descreve-se o fenômeno de transposição de institutos cuja regulamentação era realizada unicamente pelos códigos privados (propriedade, família, contrato etc.) para as constituições contemporâneas. Na segunda vertente, a proposta dos teóricos da constitucionalização do direito privado é demonstrar a repercussão da incidência imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e proceder a uma interpretação das normas infraconstitucionais em conformidade com a Constituição.

### 1.2.1 A teoria da eficácia direta (imediata) nas relações privadas

A teoria da eficácia imediata (*unmittelbare Drittwirkung*) - também conhecida como a teoria da eficácia direta - foi desenvolvida, inicialmente, por Hans Carl Nipperdey e adotada pela Câmara Primeira do Tribunal Federal do Trabalho. Na Alemanha esta teoria não ganha posição de destaque, mas em outros países como Itália, Portugal e especialmente a Espanha a teoria da eficácia imediata tem recebido novos desenvolvimentos e sua influência é crescente. Essa teoria não se limitou aos casos de desigualdade entre particulares, eis que os direitos fundamentais são posições jurídicas concedidas pela Constituição aos particulares em suas relações com outros particulares, independentemente de seu poder ou sua influência.<sup>48</sup>

Pelo exposto percebe-se que a teoria da eficácia imediata se afasta explicitamente da teoria da eficácia mediata do Tribunal Constitucional alemão. A teoria da eficácia mediata (*mittelbare Drittwirkung*) - também denominada teoria da eficácia indireta (*indirekte Drittwirkung*) - foi formulada, inicialmente, por Günther Dürig e recebeu um decisivo impulso ao ser adotada pelo Tribunal Constitucional alemão no Caso Luth (1958).

Nessa concepção da eficácia mediata os direitos fundamentais não incidem nas relações entre particulares como direitos subjetivos constitucionais, mas como normas objetivas de princípio (princípio objetivo), como um sistema de valores ou uma ordem objetiva de valores.

---

Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

<sup>48</sup> STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004, p.164 ss.

Embora formulada e defendida sob distintos matizes, manteve um núcleo duro e estável de sentido que, conforme elucida Wilson Steinmetz, pode assim ser resumido: a) normas de direitos fundamentais produzem efeitos (eficácia) nas relações entre particulares por meio das normas e dos parâmetros dogmáticos, interpretativos e aplicativos, próprios do direito privado; b) a eficácia de direitos fundamentais nas relações entre particulares está condicionada à mediação concretizadora do legislador de direito privado, em primeiro plano, e do juiz e dos tribunais, em segundo plano; c) ao legislador cabe a criação de regulações normativas específicas que delimitem o conteúdo, as condições de exercício e o alcance desses direitos nas relações entre particulares; d) na ausência de desenvolvimento legislativo específico caberá ao Juiz e aos Tribunais dar eficácia às normas de direito fundamental por meio da interpretação e aplicação dos textos de normas imperativas de direito privado, especificamente sobre aqueles textos que trazem cláusulas gerais (v.g., ordem pública, bons costumes, boa-fé, abuso do direito), buscando dar uma interpretação em conformidade com os valores objetivos da sociedade que servem de fundamento às normas de direitos fundamentais ou com os valores que defluem dessas normas.<sup>49</sup>

Para essa teoria o efeito jurídico dos direitos fundamentais é um efeito diretamente normativo que modifica as normas de direito privado existentes, sem se tratar de um direito vinculante ou dispositivo.<sup>50</sup>

Defende-se que o reconhecimento da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas significa admitir que os particulares podem ser sujeitos passivos dos direitos reconhecidos constitucionalmente, e que este reconhecimento independe de uma mediação legislativa (estatal), ou seja, ainda que inexista regulamentação do exercício do direito ou mesmo delimitação do seu conteúdo, os direitos fundamentais podem ser invocados nas situações jurídicas em que se envolvam os particulares.

Os direitos fundamentais, além de garantir os direitos de liberdade em face do Estado, possuem a atribuição de estabelecer as bases necessárias para uma vida em sociedade. Desta forma, os acordos de direito privado, os negócios e os atos jurídicos não podem contrariar aquilo que se convencionou chamar de ordem pública.

---

<sup>49</sup> STEINMETZ, 2004, p. 136 ss.

<sup>50</sup> STEINMETZ, loc. cit.

Recorrendo-se às lições de Ingo Sarlet, a questão da eficácia privada, eficácia externa (ou eficácia em relação a terceiros) ou horizontal dos direitos fundamentais, teve seu maior desenvolvimento na doutrina e jurisprudência alemã na segunda metade do século XX, serviu de inspiração para outras doutrinas europeias, além de constituir um dos mais controversos temas da dogmática dos direitos fundamentais, além de servir como base de sustentação da denominada constitucionalização do direito privado.<sup>51</sup>

A teoria da eficácia imediata, na síntese de Naranjo de La Cruz,

[...] dispõe que os direitos fundamentais, em sua dupla vertente subjetiva e objetiva, constituem o fundamento de todo o ordenamento jurídico e são aplicáveis em todos os âmbitos de atuação humana de maneira imediata, sem intermediação do legislador. Por isso, as normas de direitos fundamentais contidas na Constituição geram, conforme a sua natureza e teor literal, direitos subjetivos dos cidadãos oponíveis tanto aos poderes públicos como aos particulares.<sup>52</sup>

Uma vez acolhida a tese da eficácia direta dos direitos fundamentais, nas relações entre os particulares, ela (a tese da eficácia direta) poderá ser utilizada para fundamentar pretensões, independente da atuação estatal, o que não retira do Estado o controle sobre os atos privativos, especificamente aqueles que não foram objeto de regulação pelo legislador.

Há direitos fundamentais que em virtude da sua formulação são direcionados diretamente aos particulares, como o direito à indenização por dano moral ou material no caso de abuso do direito de livre manifestação de pensamento (art.5º, IV e V, da CF), o direito à inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI, da CF) e o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas (art. 5º, XII, da CF).<sup>53</sup>

Apesar de a Constituição brasileira vigente não consagrar expressamente a vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais, encontra respaldo no argumento de acordo com o qual, em virtude de os direitos fundamentais constituírem normas de valor válidas para toda a ordem jurídica (princípio da unidade da ordem jurídica) e da força normativa da Constituição, não se pode aceitar que o direito privado venha a formar uma espécie de gueto à margem da

<sup>51</sup> SARLET, 2014, p. 392.

<sup>52</sup> DE LA CRUZ, Rafael Naranjo. *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*: la Buena Fe. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2000, p. 215.

<sup>53</sup> SARLET, op. cit., p. 394.

ordem constitucional.<sup>54</sup> Os referidos argumentos não são suficientes para afastar toda a discussão existente sobre o alcance e a forma de vinculação, ou seja, o seu *modus vinculandi*.

Uma vez positivada a aplicação imediata, discute-se sobre quem serão os destinatários das normas de direito fundamental, o que provoca discussões doutrinárias que podem ser sintetizadas em algumas vertentes, que neste trabalho optou-se em analisar quatro delas, que podem assim ser elucidadas:

- a) no ordenamento jurídico brasileiro os particulares devem respeitar os direitos fundamentais na exata medida em que forem concretizados por leis infraconstitucionais, desenvolvendo um efeito de irradiação na interpretação da legislação;<sup>55</sup>
- b) a eficácia do direito fundamental nas relações entre particulares deve ser mediada por lei, o que possibilitará a aplicação direta quando da omissão legislativa;<sup>56</sup>
- c) sempre que o conflito não puder ser resolvido com base na lei, ou se ela existe, mas apresenta lacuna, aplica-se diretamente a constituição nas relações interprivadas;<sup>57</sup>
- d) para esta última concepção, ainda que se inclinem em prol de uma necessária vinculação direta (imediata) dos particulares aos direitos fundamentais, reconhece, todavia, que o modo pelo qual se opera a aplicação desses direitos nessas situações não é uniforme, o que reclama soluções diferenciadas, que levam em consideração a existência ou não de uma relação de desigualdade.<sup>58</sup>

Reconhece-se que as normas jurídicas que disciplinam relações privadas encontram fundamento de validade na Constituição Federal e que o Juiz ao fazer aplicação das normas deve buscar a melhor interpretação. Sobre as normas jurídicas e os direitos fundamentais, Daniel Sarmento manifestou:

A prioridade na concretização dos direitos fundamentais é, de fato, do legislador, razão pela qual as normas jurídicas, inclusive as do Direito

---

<sup>54</sup> SARLET, 2014, p. 397.

<sup>55</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 114.

<sup>56</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

<sup>57</sup> FACCHINI NETO, 2006, p. 403.

<sup>58</sup> SARLET, 2008.

Privado, gozam de presunção de constitucionalidade. Assim os juízes devem aplicar tais normas na resolução dos casos concretos que envolvam direitos fundamentais, e só podem afastar-se delas se lograrem demonstrar a sua inconstitucionalidade. Neste caso, pesará sobre eles o ônus da argumentação. Todavia, isto não obsta a aplicação direta da Constituição aos casos concretos, quando inexistir regra ordinária específica tratando da matéria, ou quando a aplicação da mesma revelar-se em descompasso com as normas e valores constitucionais.<sup>59</sup>

Defende-se que na presença de regras específicas (previstas na legislação infraconstitucional) essas devem ser aplicadas para resolver questões com o fim de encontrar a resposta mais adequada ao conflito jurídico. Em casos de inexistência de uma previsão normativa (lacuna) ou pela necessidade de uma digressão para além da semântica, recorre-se às normas constitucionais que se apresentam como instrumentos, de aplicação direta e imediata, que servirão de validade das decisões.

### 1.3 Direito fundamental à liberdade de expressão na hermenêutica de Ronald Dworkin

Ronald Dworkin, um dos representantes daquilo que hoje se convencionou chamar de pós-positivismo jurídico (que em uma perspectiva teórica procura resgatar os princípios morais e os valores éticos para dentro da racionalidade do direito), afirma que normas são valores ou que não há mais como separar normas de valores.

Exatamente por não mais separar normas de valores, o positivismo se revela insuficiente e acaba por pedir algo novo, por isso surge a perspectiva de Dworkin. O modelo juspositivista é entendido como reducionista ao tentar encerrar todo o espectro de condutas sociais e individuais dos sujeitos a um código binário positivo negativo ou mandatório-permissivo, que ao se deparar com questões como as três teses apontadas por Dworkin teriam que se render à concepção voluntária do julgador. As três teses apontadas por Dworkin são: 1 - a existência de lacunas no âmbito da decisão judicial, pelo fato de que há espaços onde opera a validade (fora ou além do binômio jurídico: validade-invalidade) dos atos regidos pelo direito que comportam indeterminações insolúveis; 2 - os próprios termos da lei são imprecisos ou fluidos; 3 - no plano da argumentação jurídica, ambos os lados de uma dada

---

<sup>59</sup> SARMENTO, 2006, p. 241.

controvérsia teriam argumentos igualmente fortes para provar que é o outro lado que está errado ao ponto de esta situação gerar um impasse sem solução.<sup>60</sup>

Ao defender a partir da matriz hermenêutica de Dworkin a autonomia do direito e a necessidade de que as decisões judiciais sejam decisões de princípios e não de política, não se propõe uma separação exclusivista entre direito e política. O que se pretende é mover para além do paradigma juspositivista clássico que identifica o direito como norma legal escrita e imposta coercitivamente pelo Estado. Este paradigma não se sustenta na teoria de Dworkin porque ele descarta a noção juspositivista de direito como conjunto de normas positivas e aponta para a construção de um entendimento de direito visto como amálgama de normas positivas, princípios e diretrizes políticas (as quais ao seu turno se remetem aos objetivos sociais que deveriam ser alcançados pela interpretação e aplicação do direito).<sup>61</sup>

Por isso a relevância do tema proposto na perspectiva de Ronald Dworkin, pois Dworkin entende ou entenderia que o tema proposto está na linha tênue entre o positivismo e um modelo moral que, em razão do surgimento de novos direitos, entre eles o de expressar nas plataformas digitais, não encontra respostas em uma perspectiva tradicional em razão da insuficiência da sua compreensão. Neste plano evidencia-se a autonomia do direito defendida por Dworkin e que as decisões judiciais sejam decisões de princípios e não de política. Nos termos da doutrina da responsabilidade política, os juízes têm para si o dever de, no momento da decisão judicial, decidir conforme o direito segundo argumentos de princípios e não argumentos de política.

O tema abordado no presente trabalho chama por Dworkin por trazer em seu bojo questões especialmente delicadas e que não poderiam ser respondidas a partir de uma dogmática positivista. Daí a necessidade de um referencial que faça a leitura de eventos patentemente novos em busca de uma solução que encontre a melhor resposta, a partir da integridade de sua interpretação, considerando o ordenamento como um todo.

Para melhor compreender o referencial, relevante é a conceituação de direito para Dworkin. O jurista reconhece a imensidão de variáveis que compõem o

---

<sup>60</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 175-216.

<sup>61</sup> CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 55.

fenômeno do direito, em constante mutação e cujas relações de conexão que existem entre elas também estão em constante transformação. Diante de uma realidade tão multifacetada e mutável é clara a dificuldade em construir um conceito de direito que pretenda abranger toda a “essência” do fenômeno jurídico. Diante da realidade mutável do direito, a definição de direito depende do exame dos procedimentos, conforme disposto por Ronald Dworkin:

O direito não é esgotado por nenhum catálogo de regras ou princípios, cada qual com seu próprio domínio sobre uma diferente esfera de comportamentos [...] o império do Direito é definido pela atitude, não pelo território, o poder ou o processo. [...] é uma atitude interpretativa e autorreflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido<sup>62</sup>.

E prossegue:

O caráter contestador do direito é confirmado, assim como é reconhecido o papel criativo das decisões privadas. [...] A atitude do Direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nosso projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter.<sup>63</sup>

O que Ronald Dworkin quer demonstrar é que os valores podem ser aplicados como normas. Assim, ou se realiza tal valor ou não realiza. É nesse sentido que Dworkin entende a dimensão do peso dos princípios e para esse autor o peso nesta concepção está na argumentação.

Na visão dworkiana os princípios se apresentam como padrões de moralidade<sup>64</sup> transpositivos, mormente, para solucionar casos difíceis<sup>65</sup> que não

<sup>62</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 492.

<sup>63</sup> DWORKIN, loc. cit.

<sup>64</sup> “Afim, a pergunta aqui passa a ser: o que é a moral política? E esta pergunta é importante exatamente porque permite vislumbrar a posição teórica de Dworkin, como liberal. A pergunta sobre qual seja a moral política nos leva à ideia da solução correta para o caso controverso ou difícil (hard case): igual respeito e igual atenção. Esta fórmula registra um importante passo evolutivo dentro do pensamento de Dworkin, isto porque, em sua primeira fase, revela-se simplesmente como um liberal, que se dedica a enfatizar a importância do valor kantiano da autonomia individual. Nesta fase, desenvolve suas concepções na base da defesa do Estado liberal não intervencionista, ou intervencionista na medida da necessidade de proteção das liberdades individuais. Nesta medida, o bem privado de cada um é simplesmente algo de interesse dos particulares, sendo a justiça uma tarefa alheia a isto, pois o mercado define o espaço da satisfação da noção de felicidade (escolha dos melhores bens para si) individual de cada um. Dworkin, em sua segunda fase, passa a entender que a satisfação do bem particular de cada um (privado) não pode ser conquistada sem que alguns elementos de justiça (público) intervenham

encontram solução ou amparo no direito positivo. Dworkin é crítico da teoria de Hart ao dizer que o juiz, ao se deparar com um *hard case*, ele cria e não aplica o direito, pois não encontrando solução na regra, cria nova regra para o caso, usando sua discricionariedade, o que vem a ser um ponto combatido pelos ensinamentos de Dworkin. Em uma perspectiva dworkiana estaria o juiz aplicando um direito novo a uma situação já existente, para resolver fato já ocorrido. Dworkin explica:

A conhecida história de que a decisão judicial deve ser subordinada à legislação é sustentada por duas objeções à originalidade judicial. De acordo com a primeira, uma comunidade deve ser governada por homens e mulheres eleitos pela maioria e responsáveis perante ela. Tendo em vista que, em sua maior parte, os juízes não são eleitos, e como na prática eles não são responsáveis perante o eleitorado, como ocorre com os legisladores, o pressuposto acima parece comprometer essa proposição quando os juízes criam leis. A segunda objeção argumenta que, se um juiz criar uma nova lei e aplicá-la retroativamente ao caso que tem diante de si, a parte perdedora será punida, não por ter violado algum dever que tivesse, mas sim por ter violado um novo dever, criado pelo juiz após o fato.<sup>66</sup>

É nesse ponto que ingressa a ideia de que o trabalho do juiz é um trabalho construído em conjunto, pois não se pode ser um solipsista, devendo, portanto, ter uma visão do direito como um “todo coerente e íntegro”, no que a doutrina e os precedentes, desde que “adequadamente compreendidos”, o socorrerão. A leitura moral da Constituição, nesse aspecto, é o primeiro passo para que se possa livrar os juízes do “protagonismo” que o positivismo com sua discricionariedade lhes legou.<sup>67</sup>

Nesta passagem, Dworkin deixa clara sua posição contrária à discricionariedade pregada por Hart.<sup>68</sup> Propõe, então, uma teoria que afirma a necessidade de correlação entre direito, princípios, moral, política e até mesmo economia para a solução dos casos difíceis. Quando o magistrado apenas usa de

---

para o consentimento da realização deste bem particular. ‘Igual respeito e igual atenção, esta é a norma fundamental da moral política dworkiniana’” (BILLIER, JeanCasien; MARYIOLI, Aglaé. *História da filosofia do direito*. Tradução de Maurício de Andrade. São Paulo: Manole, 2005, p. 426).

<sup>65</sup> Casos difíceis ou *hard cases* são aqueles cuja interpretação apresenta divergências, isto é, não há um acordo sobre a solução jurídica correta para o caso. Dworkin explica que os *hard cases* existirão quando uma ação judicial não puder ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição. Nessa perspectiva dworkiana ocorre o abandono da visão semântica da norma, cedendo a análise aos aspectos principiológicos a ele ligados (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: WMF, Martins Fontes, 2010b, p. 127).

<sup>66</sup> DWORKIN, 2007, p. 132.

<sup>67</sup> MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. Florianópolis: Conceito, 2010. 232 p. (Coleção Lenio Luiz Streck).

<sup>68</sup> OMMATI, José Emílio Medauar. *Liberdade de Expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014a, p. 79.

sua “discrecionalidade” perante o *hard case* que decidiu, acaba por incorrer em retroatividade de norma ao caso, ou seja, legisla sobre novos direitos jurídicos vez que cria novo direito, o que é inadmissível.

Por se tratar de um tema novo, o exercício da liberdade de expressão na era digital, na concepção dworkiana, pode se considerar um *hard case*, por constituir situações novas, desafiadoras e potencialmente atraentes para decisões que não encontram fundamentação “afinada” com interpretações comprometidas com os pilares de um Estado democrático, que deva privilegiar os princípios constitucionais e democráticos já conquistados.

Daí a importância de se “articular” a leitura da Constituição, impedindo “os juízes de afirmarem que a Constituição expresse suas próprias convicções”, mas lembrando que um povo é governado pelo que os legisladores disseram, pois, mais que um documento, a Constituição requer uma interpretação que compreenda a história e a atualidade. Para tanto a observância aos princípios passa pela adequação e coerência, abordando questões de peso na justificação de uma decisão.<sup>69</sup>

Para que o discurso se ajuste à relevância que os princípios possuem no desenvolvimento da teoria de Dworkin, é proposta a discussão sobre o que venha a ser o direito. Afirma o jurista que há ausência de consenso sobre o que seria exatamente, afirmando ser inegável que há uma dimensão moral associada a um processo judicial legal<sup>70</sup> evidenciada pela ocorrência de decisões judiciais baseadas em princípios políticos, e que, em decorrência disso, a lei frequentemente se torna aquilo que o juiz afirma.<sup>71</sup>

Para fundamentar suas colocações, Dworkin propõe a reflexão que os operadores do direito não possuem uma visão clara se o direito se resume a um apanhado de normas, princípios e precedentes que deveriam ser aplicados a casos assemelhados apenas, ou se esse mesmo processo de aplicação de normas, princípios ou precedentes deveria (ou poderia) se deixar influenciar por critérios transcendentais de justiça (muitos deles subjetivos e peculiares a apenas alguns julgadores).

Os questionamentos apresentados fizeram desenvolver uma teoria segundo

---

<sup>69</sup> DWORKIN, 2010b, p. 132.

<sup>70</sup> DWORKIN, 2007, p. 3-4.

<sup>71</sup> Ibid., p. 4.

a qual o direito é um conceito de interpretação e que possui uma prática argumentativa, o que levou Dworkin a ressaltar uma terceira concepção do direito que é a integridade. Esta concepção faz com que o conteúdo do direito dependa de interpretações mais sofisticadas e concretas da mesma prática jurídica que começou a interpretar. O princípio da integridade se mostra relevante nas decisões, uma vez que é de uma perspectiva interna, a do juiz, que podemos avaliar seu impacto, reconhecendo a força superior da integridade no desempenho da função jurisdicional.

Por isso o jurista se tornou defensor de uma interpretação construtiva e por isso mais adequada ao marco referencial deste trabalho, que propõe a (re)construção da liberdade de expressão e a discussão sobre a censura quando da utilização das plataformas digitais. Neste contexto, revela-se importante, para a adequação deste trabalho, refutar o conceito de direitos fundamentais como sendo valores, para, a partir daí, na concepção de Ronald Dworkin, afirmar que os direitos fundamentais não entram em conflito e que não há colisão entre esses direitos.

O problema não está na compreensão de que os direitos fundamentais são valores, eles assim o são. O problema é achar que por serem valores os direitos fundamentais devam ser aplicados gradualmente na medida do possível, a partir de uma otimização realizada por meio do postulado da proporcionalidade. Essa perspectiva é problemática uma vez que permite decisionismo judicial, de decisões arbitrárias, desprovidas de argumentação e, portanto, inadequadas.

Para combater os decisionismos Dworkin defende, através da sua teoria hermenêutica crítica, que a decisão de um caso produz um “acréscimo” em uma determinada tradição. Isso é ilustrado quando se compara a dinâmica de aplicação judicial do direito com um romance escrito em série por romancistas.<sup>72</sup> Cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante.

Cada romancista escreve o seu capítulo não de forma livre ou desprendida do narrado anteriormente (dentro da sua esfera subjetiva), podendo, no entanto,

---

<sup>72</sup> Ilustra-se com a metáfora do “romance em cadeia” (*chain novel*), elaborada por Dworkin — em sua clássica obra *Uma questão de princípio* —, segundo a qual cada juiz deveria se considerar parte de um complexo empreendimento em cadeia, ao lançar-se à criação e à interpretação jurisprudenciais. Dworkin analisa a semelhança do Direito com a literatura, concebendo a interpretação jurídica como a extensão de uma história institucional do Direito, que se desenvolve a partir de inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas (DWORKIN, 2000, p. 175-216).

utilizar-se de liberdade de criação, pois o que se espera é que o leitor não note que o autor não é mais o mesmo. Neste sentido, é necessário manter a coerência da história com o que já foi escrito preparando o leitor para os próximos capítulos. As mudanças de personagens e da trama podem surgir, mas não em um processo de adjudicação de uma moral social ou de uma política concreta.

O que se espera dos autores é a criação, da melhor maneira possível, do romance em elaboração. A complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade.<sup>73</sup> O direito segue a mesma lógica: tanto na atividade legislativa quanto nos processos judiciais de aplicação, o que se chama direito nada mais é que um produto coletivo de uma determinada sociedade em permanente (re)construção.<sup>74</sup>

Neste contexto a tese da única “resposta correta” é uma importante contribuição da teoria de Ronaldo Dworkin para a compreensão do direito. O modo como foi desenvolvida essa teoria mostra uma resistência às teses fundamentadas pelas concepções do que é convencional ou do pragmatismo, principalmente no que se refere à discricionariedade judicial, ancorando a legitimidade dos provimentos estatais na integridade do direito.

No esteio das lições de Dworkin, a “resposta” correta pode ser compreendida a partir de uma busca pela melhor interpretação para um caso concreto, considerando para tanto a integridade do direito - isto é, todo o processo de compreensão dos princípios jurídicos ao longo da história do desenvolvimento da sociedade deve ser considerado com o fim de dar continuidade a essa história,

---

<sup>73</sup> DWORKIN, 2007, p. 276.

<sup>74</sup> Assim caem por terra as pretensões das teorias que busquem - quer na literatura, quer no Direito - atingir a interpretação do autor. Sobre esse ponto deve-se indagar: (1) é possível descobrir o que autor realmente pretendia? e (2) isso é realmente importante? O autor lembra que a própria noção de “intenção” pode ser mais problematizada do que uma mera descrição de um estado mental do autor. Por meio do exemplo de uma montagem contemporânea da peça de Shakespeariana *O Mercador de Veneza*, Dworkin ilustra que a repetição estrita das intenções do autor ao conceber a personagem Shylock pode representar uma traição ao próprio propósito do autor ao imaginá-lo e construí-lo inicialmente. O intérprete, então, tem a tarefa de fazer o que Gadamer nomeou de “fusão de horizontes”, de modo que a interpretação deve, de alguma maneira, unir dois períodos de “consciência” ao transportar as intenções de Shakespeare para uma cultura muito diferente, (DWORKIN, 2007, p. 68). Os intencionalistas, então, desconsideram que um autor pode separar o que escreveu de suas intenções e crenças, de modo a tratá-las como objeto em si. Por isso mesmo, pode-se compreender que novas conclusões são possíveis, permitindo que um livro possa ser lido de modo mais coerente, da melhor forma possível. Talvez fosse possível isolar as opiniões de um autor - fruto de um momento específico - mas, mesmo que isso fosse considerado como “intenções”, estar-se-ia ignorando outros níveis de intenções, como exemplo, a intenção de criar uma obra que não seja assim determinada. Mas isso passa despercebido pelos defensores da escola de intenção do autor, ao tornarem o valor de uma obra de arte a partir de uma visão restrita às possíveis intenções de quem a produziu.

corrigindo eventuais falhas, em vez de criar novos direitos a partir da atividade jurisdicional. Para tanto é necessário converter princípios em valores e reduzir o processo (dialético/discursivo) de aplicação do direito à esfera da racionalidade solipsista do julgador.<sup>75</sup>

Nas lições de Rafael Lazzarotto Simioni:

a resposta certa tem muito de intuição, ela tem muito daquela intuitividade hermenêutica que parte de fortes convicções pessoais prévias a respeito de princípios morais importantes para compreender e decidir o direito adequadamente. Os quais Dworkin vai apresentar na forma de uma teoria política, quer dizer, na forma de uma hermenêutica política: uma concepção hermenêutica de interpretação jurídica como um empreendimento político adequado e justificado em sólidos e convincentes princípios de moralidade política da comunidade.<sup>76</sup>

Diante de um caso para o qual não existe uma resposta imediata nem na legislação nem nos anais do Congresso ou de qualquer outra instituição, não estará aberta a via para que o julgador crie o direito, pois a criação do direito é tarefa do legislador e esta função não é delegada ao seu intérprete.<sup>77</sup>

Diante do exposto propõe a reflexão que o problema do direito não é meramente de técnica ou de aplicação de mecanismos previamente estabelecidos para a solução de um caso concreto. O problema está na aplicação no sentido que Gadamer dá a essa expressão. Para o filósofo alemão a aplicação não é tornar algo abstrato em algo concreto, mas é realizar uma fusão de horizontes de sentido (acima explicitado) em que as perspectivas do texto e do leitor possam dialogar e construir um significado atual que faça sentido para o momento presente. Essa atividade, que já envolve compreensão e interpretação em um todo unitário, não pode abandonar a ética.

Para contrapor as construções defendidas por Ronald Dworkin apresenta-se a reflexão de Robert Alexy sobre o caráter dos direitos fundamentais: são valores ou normas deontológicas? Para Alexy os direitos fundamentais são valores que entram em colisão, e uma vez ocorrida a colisão deve-se resolvê-la por meio de uma ponderação, juridicamente realizada através da proporcionalidade.

Sobre a colisão entre princípios Robert Alexy manifestou seu

<sup>75</sup> PEDRON, Flávio Quinaud. Esclarecimentos sobre a tese da única “resposta correta”, de Ronald Dworkin. *Revista do Conselho da Justiça Federal*, ano XIII, n. 45, abr./jun. 2009.

<sup>76</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do Positivismo Clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Ed. Juruá, 2014, p. 331.

<sup>77</sup> BILLIER; MARYIOLI, 2005, p. 426.

posicionamento:

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência.<sup>78</sup>

Na linha do desenvolvimento do trabalho não se mostra adequada a solução dos problemas no prisma de Robert Alexy, uma vez que ele defende que os valores podem entrar em conflito, e quando isso ocorre o intérprete não poderá ignorá-los. Caberá a ele, quando ocorrer colisão de princípios, identificar qual interesse avulta ser o mais importante. Se tal situação ocorre é porque ao intérprete se apresentam vias alternativas de solução, que após a análise dos casos concretos, e recorrendo-se da racionalidade e da argumentação, estarão aptas para a solução da controvérsia.

Isso ocorre porque para Robert Alexy os direitos fundamentais são basicamente princípios e, enquanto tais, eles apresentam a dimensão do peso que os diferencia das regras. Nessa vertente os direitos fundamentais são relativos, pois não há direitos fundamentais absolutos. É proposto que ao intérprete cabe solucionar tal colisão através do método da proporcionalidade, isso porque os direitos fundamentais se apresentam como uma ordem concreta de valores.

Ao defender que ao intérprete caberá solucionar “através da proporcionalidade e do relativismo” estará defendendo os decisionismos judiciais a partir de concepções que entendem o sistema jurídico como um sistema aberto, pulverizado por cláusulas gerais, o que serve de fundamento para que o intérprete faça a escolha entre as opções existentes.

Dessa forma percebe-se que com o postulado da proporcionalidade abandona-se a busca pela única decisão correta, que sucumbe a um método já prefixado, em que os próprios valores dos aplicadores envolvidos não são

---

<sup>78</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 93-94.

tematizados, gerando um déficit na racionalidade da decisão.<sup>79</sup>

Em outra concepção e refutando o método da proporcionalidade, e analisando a ponderação sob outro viés, Dworkin defende que a ponderação significa que o responsável pela decisão deverá decidir por aquele conjunto de argumentos mais consistentes em face de todo o ordenamento jurídico. Assim, a ponderação não é método de modo a aplicar os princípios de forma gradual, na medida do possível, em grau de otimização, como pretende Robert Alexy.<sup>80</sup>

Manifestando-se de forma crítica ao método da ponderação e contrário àquela concepção Lênio Streck defende que a admissão da discricionariedade judicial e de decisionismos (o que dá no mesmo) é próprio do paradigma positivista que o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito procura superar, exatamente, pela diferença “genética” entre regras e princípios (além da nova teoria das fontes e do novo modelo hermenêutico que supera o modelo exegético-subsumtivo, refém do esquema sujeito-objeto). Por mais paradoxal que possa parecer, os princípios têm a finalidade de impedir “múltiplas respostas”. Portanto, os princípios “fecham” a interpretação e não a “abrem”, como sustentam, em especial, os adeptos das teorias da argumentação, por entenderem que, tanto na distinção fraca como na distinção forte entre regras e princípios, existe um grau menor ou maior de subjetividade do intérprete. A partir disso é possível dizer que é equivocada a tese de que os princípios são mandados de otimização e de que as regras traduzem especificidades (donde, em caso de colisão, uma afastaria a outra, na base do “tudo ou nada”, pois dá a ideia de que os “princípios” seriam “cláusulas abertas”, espaço reservado à “livre atuação da subjetividade do juiz”).<sup>81</sup>

Por isso é relevante a discussão sobre a liberdade de expressão, especificamente quando o meio usado for o das plataformas digitais e das práticas de censura prévia que visam a controlar os conteúdos publicados. Trata-se de princípios que estariam em rota de colisão? Entende-se que não, pois, mais uma vez em Dworkin, se o direito é valor isso não significa que devo aplicá-lo na maior medida possível em seu grau máximo de otimização, como pretende o método da proporcionalidade, mas sim que o valor vale ou não vale. Assim não há conflito entre os referidos direitos, mas uma coexistência onde um não impedirá a manifestação

---

<sup>79</sup> OMMATI, 2014a, p. 6.

<sup>80</sup> DWORKIN, 2000.

<sup>81</sup> STRECK, 2009, p. 166.

do outro, através da construção de uma teoria que unifique os valores em um todo coerente e consistente.

Por isso a defesa da construção de uma teoria consistente e unificada dos valores, de modo que eles não entrem em colisão. Ao trazer esta concepção para os direitos fundamentais percebe-se que as “colisões” entre os direitos fundamentais sempre são aparentes, pois, na situação concreta é possível perceber quem tem ou não direitos. Contrariando o que se afirma majoritariamente, direitos fundamentais somente farão sentido em um ordenamento democrático se forem absolutos, pois se afirma ter um direito fundamental, tal direito não pode ser restringido.

Na visão de Dworkin os princípios jurídicos, diferentemente das regras, não apresentam as consequências jurídicas decorrentes de sua aplicação ou de seu descumprimento, assim como não estabelecem as condições que tornam a sua aplicação necessária; ao contrário, enunciam uma razão que conduz a um argumento e a uma determinada direção. Os princípios não são susceptíveis de enumeração e por isso possuem a dimensão de importância relativa ao caso concreto, que é parte integrante do seu conceito; assim quando os princípios estão em conflito, o juiz deve ponderar<sup>82</sup>, levando em conta a força relativa de cada um deles, devendo-se aplicar aquele que for o mais adequado ao caso concreto, como se fosse uma razão que se inclinasse para um posicionamento e não para outro. Logo, há uma diferença importante no emprego do termo por um autor como Dworkin - que dele faz uso no sentido de realizar uma reflexão - e por outro como Alexy - que o utiliza no sentido de colocar interesses concorrentes e sopesá-los.

Indo ao encontro da proposta do trabalho e fazendo consideração se há “colisão” entre a liberdade de expressão e a vedação a práticas discriminatórias, José Emílio Medauar Ommati posicionou-se:

A constituição assegura a todos a liberdade de expressão, contudo, ao

---

<sup>82</sup> Aleinikoff busca traçar um panorama da utilização da chamada “ponderação ou balanceamento”, que os tribunais norte-americanos alegam adotar, a partir do início do século XX. Aponta o autor que em vários casos não é preciso vislumbrar a questão a partir da ótica do conflito entre interesses a serem ponderados; desse modo, ele assinala uma importante diferença que parece ser olvidada pelos seus defensores: nem sempre ponderar significaria algo como colocar interesses concorrentes (ou princípios) numa balança e sopesá-los. Dentro da tradição norte-americana, ponderar acaba por significar, ainda, refletir; de modo que a solução dos conflitos entre princípios envolve muito mais um exercício de reflexão que vai culminar com uma construção teórica acerca do princípio adequado do que um tratamento axiológico (ALEINIKOFF, T. Alexander. *Constitutional law in the age of balancing*. *Yale law journal*, New Haven, v. 96, n. 5, abr. 1987).

mesmo tempo, criminaliza práticas discriminatórias. Estariam tais direitos em conflito? A resposta é negativa. Na verdade há uma delimitação do direito fundamental de livre expressão, o que implica dizer que as pessoas podem falar o que quiser, desde que sua expressão não viole a igual dignidade dos demais membros da comunidade. **A dificuldade se encontra pelo fato de que somente após o proferimento do discurso é que se poderá visualizar se o falante exerceu legitimamente seu direito ou foi além do que devia, já que a Constituição de 1988 proíbe a censura prévia.**<sup>83</sup> (grifo nosso).

Se o ordenamento jurídico é pautado nos pilares de um Estado Democrático de direito cujos fundamentos de validade estão inseridos no próprio texto constitucional, permitiria a abertura de interpretações que, para fundamentar as decisões, buscasse a construção de novos princípios? Estaria o julgador livre na criação de princípios para justificar a tomada de decisões?

Na perspectiva em elaboração a partir do marco teórico de Dworkin a resposta seria negativa, pois não poderá o julgador considerar a liberdade de expressão um direito a ser exercido em sua máxima efetividade, ao ponto de comprometer outros direitos também estabelecidos que também gozam de proteção. Se se imaginar o caráter absoluto da expressão nas plataformas digitais, teria o julgador que “encontrar” algum princípio para fundamentar a sua convicção, e se não encontrasse, estaria aberta a via para a sua criação.

Sobre a avalanche de princípios utilizados para fundamentar as soluções das controvérsias, Lenio Streck propõe a reflexão sobre a construção desenfreada de princípios desprovidos de normatividade, conceituados das mais diversas formas. A esse fenômeno Lenio Streck denomina de panprincipiologismo. Trata-se da construção de princípios de forma voluntária por juristas que em sua construção se afastam da deontologia do direito e que por isso fundamentam as decisões em aspectos de subjetividade afastando-se da imperatividade da lei. A tarefa do Juiz é aplicar a lei e não adaptá-la conforme suas convicções.<sup>84</sup>

Todos esses “princípios” são desprovidos de normatividade, fruto da criação da interpretação de juristas que para resolver os casos concretos elaboram princípios e os equiparam a valores.<sup>85</sup> Os princípios não devem ser utilizados de

<sup>83</sup> OMMATI, 2014b, p. 50.

<sup>84</sup> DWORKIN, 2007, p. 141.

<sup>85</sup> “a referência reiterada a “valores” demonstra bem o ranço neokantiano que permeia o imaginário daqueles que pretendem fazer uma dogmática jurídica crítica. De fato, não é exagero afirmar que, em termos teóricos, a grande maioria dos juristas brasileiros permanece, de algum modo, atrelada ao paradigma filosófico que se formou a partir do neokantismo oriundo da escola de Baden (e da noção de moral pós-convencional). Ou seja, ainda estamos reféns de um culturalismo

forma desenfreada e descomprometida com a normatividade, mas sim utilizados para fazer as interpretações adequadas dos institutos jurídicos à Lei Maior. A construção desenfreada de novos princípios vai ao encontro da permanência das velhas formas de interpretar e aplicar o direito, que culminam por sustentar ativismos e decisionismos.

Ao tratar o direito e a Constituição como uma ordem concreta de valores, passíveis de ponderação em caso de conflito entre textos normativos há uma perda de racionalidade da decisão. Como mostra Ronald Dworkin não há problema em tratar os princípios e o direito como um todo como valor. A questão é compreender que os valores entram em conflito.

E quando os valores entram em “conflito” o Juiz se apresenta como o Juiz boca da lei abrindo vias para a discricionariedade que é o modo que o próprio sistema encontrou para “preencher” as semânticas que a subsunção não consegue suprimir.

E de fato o Juiz boca da lei seria um obstáculo para uma interpretação adequada, especialmente em casos ligados à liberdade de expressão e à censura na internet, novidades que nos direcionam para um *hard case*.

Lenio Streck propõe a reflexão de que não é a imperatividade da lei ou a criatividade sem limites dos seus intérpretes que se constituem como “inimigos da autonomia do direito” e da democracia, mas sim, as condições pelas quais se dá a atribuição de sentido no ato de interpretar e aplicar. Para Lenio Streck fizeram a “positivação de valores” quando anunciam princípios constitucionais como circunstância que facilita a “criação”, em segundo momento, de todo tipo de princípio como se paradigma do Estado Democrático de Direito, uma espécie de pedra filosofal da legitimidade principiológica”, da qual pudessem ser retirados tantos princípios quantos necessários para solucionar os casos difíceis ou “corrigir” as incertezas da linguagem.<sup>86</sup>

Com fundamento nas lições de Lenio Streck defende-se uma adequada compreensão dos princípios, ao invés de se construir um princípio para solucionar cada problema concreto que surgir. Assim se estará preservando a autonomia do

---

ultrapassado que pretendia fundar o elemento transcendental do conhecimento na ideia sintética de valores, que representariam, por sua vez, o complexo destes valores que comporia o mundo cultural” (STRECK, 2009, p. 475).

<sup>86</sup> Ibid., p. 476.

direito ao invés de se permitir que convicções pessoais, carregadas de subjetividade e discricionariedade, influenciem as decisões judiciais. Há de se pautar por construções que mantenham a coerência do ordenamento jurídico com o fim de afastar decisões solipsistas, que tendem a equiparar os princípios aos valores.

O que se verifica são as antigas formas de interpretação do direito que seguem modelos que prezam o apego ao axiológico, que tendem a fazer interpretações que valorizam a intersubjetividade. Por isso é frequente decisões judiciais tão discrepantes, pois nelas existe uma carga valorativa, intersubjetiva, pessoal, que oscila conforme as convicções de cada julgador.

Nas lições de Lenio Streck:

Se o constitucionalismo contemporâneo – que chega ao Brasil apenas ao longo da década de 90 do século XX – estabelece um novo paradigma, ou proporciona as bases para a introdução de um novo –, o que impressiona, fundamentalmente, é a permanência das velhas formas de interpretar e aplicar o Direito, o que pode ser facilmente percebido pelos Códigos ainda vigentes (embora de validade constitucional duvidosa em grande parte). Em tempos de intersubjetividade (refiro-me à transição da prevalência do esquema sujeito-objeto para a relação sujeito-sujeito), parcela considerável de juristas ainda trabalha com os modelos (liberais-individualistas).<sup>87</sup>

A teoria da integridade proposta por Dworkin visa, inclusive, afastar esta carga solipsista, na medida em que torna o juiz responsável por suas decisões de acordo com os princípios de uma comunidade, independentemente de suas convicções pessoais.

Fazendo a transposição das ideias apresentadas para a hermenêutica de Ronald Dworkin e indo ao encontro do que se propõe neste trabalho, o fundamento das liberdades de expressão e de imprensa não se centra apenas na promoção de um livre mercado de ideias. Utilizando o argumento para o direito norte-americano, mas, que pode ser usado no direito brasileiro, mostra que a primeira emenda à Constituição dos Estados Unidos que, justamente, trata das liberdades de expressão e de imprensa, pode ser interpretada de muitas formas:

A teoria que prevalece entre os norte-americanos supõe que os direitos constitucionais de livre expressão - inclusive a liberdade de imprensa, que, na linguagem constitucional, significa qualquer expressão tornada pública, e não apenas a dos jornalistas - destinam-se à proteção do público. Isto é,

<sup>87</sup> STRECK, Lenio. O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>>. Acesso em: 02 out. 2015.

protegem não quem fala ou escreve, mas o público que deseja atingir. Segundo essa visão, jornalistas e outros autores estão protegidos da censura para que o público em geral possa ter acesso à informação de que necessita para votar e conduzir seus negócios de maneira inteligente.<sup>88</sup>

Para disciplinar e coibir condutas que possam lesionar direitos individuais em razão de práticas que, utilizando a fundamentação da liberdade de informação e de imprensa, possam acarretar danos, necessário se faz pensar em mecanismos de controle com o fim de “disciplinar” ou “conter” a informação.

Neste contexto ao tratar da liberdade de expressão e da censura é necessário recorrer-se aos princípios com o fim de fazer a melhor interpretação que o caso requer. Para tanto se deve repudiar as concepções de cunho político e se apegar a construções jurídicas utilizando-se de experiências anteriores. Por isso é que a vivência da época da ditadura militar e a transição para a redemocratização servem de experiência para analisar a liberdade de expressão naquele ambiente histórico do vivenciado hoje, uma vez que novos meios de exercitar a expressão e novos direitos difundiram-se com a utilização da internet.

O que se pretende é fazer uma interpretação adequada do exercício do direito de expressão para que com isso as interpretações (quando da aplicação das leis) não se revelem como instrumentos que reflitam concepções pessoais que não se amoldam aos fundamentos de um Estado democrático e em constante evolução.

Entenda-se, no entanto, que interpretação, no sentido assumido por Dworkin, não é nem criação e nem mesmo ato de vontade da autoridade decisória. Interpretação parece significar a retomada do sentido social, sob as circunstâncias de uma nova situação.<sup>89</sup> Nessa perspectiva é necessário se apegar a(s) construções passadas preparando-se para construções futuras em um verdadeiro processo de continuidade e sem interrupção da história. E a análise da liberdade de expressão no “palco” virtual é uma realidade que precisa ser explorada, que se funda no exercício das liberdades de outras épocas, que acabam por culminar no exercício de novos direitos, daí a necessidade de se apegar aos princípios que se revelam mais adequados para a reconstrução de novas interpretações.

Assim, a concepção de Dworkin se revela adequada na tentativa de elucidar

---

<sup>88</sup> DWORKIN, 2000, p. 574.

<sup>89</sup> A respeito: “É certamente daí que resulta a definição do direito como coerência narrativa, isto é, a retomada ininterrupta da história jurídica passada e sua reconstrução interpretativa que nesse sentido, não trai nem o conteúdo dessa história, nem sua estrutura institucional” (BILLER; MARYIOLI, 2005, p. 423).

que conceitos como o de liberdade de expressão (aqui entendido também quando se utiliza as plataformas digitais) requerem análise fundamentada na hermenêutica que, com relação à aplicação do direito, considera a dimensão da história (as decisões judiciais anteriores, os trabalhos preparatórios de legislação) para aplicá-los no presente, uma vez que serve de referencial para melhor compreender e até mesmo melhor se apropriar do passado.

Nesta construção tudo o que serviu de fundamento para a garantia da liberdade de expressão, no passado (e aqui se inclui antes e após a constituição de 1988), serve de inspiração para novas construções, em um verdadeiro ensaio, em que visa descartar concepções que não mais se viabilizam no presente, e construções e reconstruções mais próximas do momento atual.

Para tanto, recorre-se a uma hermenêutica crítica, porque a atitude de interpretar hoje a liberdade de expressão em um contexto digital não implica em, necessariamente ou exclusivamente, dar continuidade ao que já se iniciou, em todos os seus detalhes, mas é, ao contrário, a de examinar seu sentido, de maneira que as regras devem ser compreendidas, aplicadas, estendidas, modificadas, precisadas ou limitadas em função desse sentido.

## **2 NOTAS PRÉVIAS SOBRE LIBERDADE: DO MODELO CONVENCIONAL A NOVAS CONSTRUÇÕES DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO**

O sentir-se livre para o exercício de direitos, para a manifestação da expressão, da escolha dos caminhos a seguir revela que a análise da liberdade, em um primeiro instante, passa pela condição do sujeito. O sujeito se revela como protagonista do exercício de liberdades no convívio social ou na busca pela efetividade dos seus direitos. Em cada momento histórico a concepção de sujeito e liberdade se altera em razão de construções já existentes ou em desenvolvimento, como formas de respostas aos casos difíceis que se apresentam.

Na modernidade tem a presença do sujeito oprimido, aquele vinculado a conceitos estabelecidos a partir do gênero ao qual pertence, ficando o seu modo de agir vinculado a condutas traçadas a partir da segregação entre os dois gêneros. Aqui é onde se estabelece a separação, no mundo social, de comportamentos, do que se pode ou não pode fazer, em razão da divisão provocada pela própria condição do gênero. Nesse panorama o sujeito se reprime em não poder exercer a sua liberdade a partir das suas convicções, em razão de condutas e comportamentos que lhe são impostos, pondo em discussão a própria condição do se sentir livre.

No entanto a opressão vivida pelo sujeito vai aos poucos sucumbindo, em razão de novas construções e perspectivas, que acabam por desvelar para um modelo plural que se caracteriza pela libertação dos sujeitos, rompendo as barreiras das diversidades, propondo assim novas reflexões, revisitando conceitos nos quais está inserido o de liberdade.

Isso tudo se deve à mudança de paradigma vivido pelas sociedades democráticas. Se na modernidade o eixo central está na individualidade, para o qual o indivíduo “correto” é aquele que atende às expectativas do gênero, na pós-modernidade o paradigma plural implica em tolerar as posturas que sejam discordantes. A busca por viver em liberdade em um Estado que se denomina de democrático passa pelo rompimento de conceitos rígidos de comportamento, permitindo, a partir das transformações sociais, que a noção de liberdade se

aproxime cada vez mais da noção de sujeito da pós-modernidade, que repensa o conceito de ser livre a partir da “quebra” de conceitos previamente definidos.

O exercício de liberdades está intimamente ligado à ordem social para que ela seja exercida. É tarefa árdua a tentativa de vislumbrar o exercício de uma liberdade em um espaço onde não se preza pela ordem, pois o exercício do direito de liberdade reclama por uma ordem social que deve ser estabelecida junto com a efetivação de outros direitos. Assim revela-se importante a manutenção da ordem pública, que neste sentido significa a condição de convívio coletivo pacífico, de estabilidade e respeito pelas instituições e a observância dos direitos individuais e coletivos.

Além disso, a ordem deve ser mantida, também, como mecanismo de enfrentamento das ameaças que podem desencadear o esfacelamento das estruturas que garantem o exercício de liberdades, sem coibir as manifestações de uma sociedade plural, que nasce ou enfatiza o respeito ao diferente em sua perspectiva no modo de ser e de viver. É a possibilidade da ruptura da polarização da modernidade permitindo, assim, que todos possam expressar, ampliando as formas de expressão, principalmente quando se operacionaliza através das plataformas digitais, constituindo um novo direito quando comparado com outros direitos já assegurados.

Isso porque se vive uma sociedade plural que constantemente é ameaçada por compreensões já existentes, e essas compreensões são usadas para atacar comportamentos daqueles que agem de forma contrária aos princípios e valores morais previamente estabelecidos.<sup>90</sup>

Assim, a liberdade de pensamento e de expressão são direitos decorrentes da diversidade de uma sociedade plural, que provoca constantemente a necessidade de revisitar institutos jurídicos, permitindo a ampliação de espaços que servem de instrumento para que todos possam se manifestar.

Os direitos que se buscam alcançar lastreados na liberdade devem coexistir dentro de um ambiente onde outros direitos também devam ser respeitados; por isso a aproximação dos conceitos de liberdade, progresso e ordem se mostram

---

<sup>90</sup> Sobre os valores e os princípios”, para melhor compreensão da proposta apresentada neste trabalho, remeta-se ao capítulo “1”, especificamente no item “1.4” onde os mesmos são discutidos e analisados na concepção dworkiana.

adequados em uma tentativa de ajustá-los de modo que fiquem afinados com um discurso que preza pelo respeito às diferenças.

Revela-se coerente com o sentido de sociedade democrática que o exercício de liberdades seja compreendido em um ambiente não receptivo a subversões que possam aniquilar direitos ou repudiá-los em detrimento de outras pessoas. Por isso a liberdade de agir fica condicionada aos princípios republicanos que serviram de inspiração para a consolidação da democracia, e qualquer tentativa de subversão da ordem pública não pode prosperar.

Por isso se defende que em um Estado democrático as manifestações que trazem em seu bojo descontentamentos, incluídas aquelas em relação às medidas adotadas pelos governantes, não devam atentar contra os fundamentos do Estado democrático ao ponto de defender, p. ex., o resgate de regimes autoritários, que, entre outras características, cerceiam a liberdade de expressão.

Partindo para uma análise a partir das conceituações jurídicas, em um contexto jurídico constitucional a liberdade parece ser entendida como todo poder de autodeterminação do homem, ou seja, todo poder que o homem exerce sobre si mesmo, autorregulando o seu corpo, o seu pensamento, a sua inteligência, a sua vontade, os seus sentimentos e o seu comportamento, tanto na ação como na omissão, nomeadamente, autoapresentando-se como ser livre, criando, aspirando e aderindo aos valores que reputa válidos para si mesmo, escolhendo as suas finalidades, ativando as suas forças e agindo, ou não agindo, por si mesmo.<sup>91</sup>

Ao propor um conceito de liberdade como inerente à condição humana e evidenciando a relevância da liberdade para a ramificação de outros direitos, Pimenta Bueno dispôs:

a liberdade é o próprio homem, porque é a sua vida moral, é a sua propriedade pessoal a mais preciosa, o domínio de si próprio, a base de todo o seu desenvolvimento e perfeição, a condição essencial do gozo de sua inteligência e vontade, o meio de perfazer seus destinos. É o primeiro dos direitos, e salvaguarda de todos os outros direitos, que constituem o ser, a igualdade, a propriedade, a segurança e a dignidade humana... O bem ser do homem é tanto maior quanto maior é a sua liberdade, quanto menor é o sacrifício ou restrições dela.<sup>92</sup>

<sup>91</sup> SOUSA, Rabindranath Capelo de. V. A. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 258.

<sup>92</sup> BUENO, José Antonio Pimenta. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Brasília: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958, p. 382.

Os atos estatais que visam criar obstáculos para conter as manifestações pela efetividade de direitos, incluídos aqueles direitos decorrentes das liberdades, provocam a criação, no meio social, de novas formas de exercer antigos direitos ou que novos direitos surgem como resposta às práticas coercitivas que não se sustentam em sociedade em transformação.

É nesse caminhar que o avanço tecnológico trouxe uma nova perspectiva ao conceito de liberdade, que ultrapassa as fronteiras, não havendo mais segmentos sociais que não sofram, de forma direta ou indireta, reflexos da era digital na sua maneira de ser ou de agir.

Neste panorama se evidencia a necessidade de pensar (ou repensar) o tema da liberdade, na medida em que a liberdade individual (no sentido de proteger e assegurar direitos individuais) se contrapõe à prerrogativa estatal, que permite, em algumas situações, o cerceamento dos direitos individuais, quando, p. ex: nas práticas decorrentes de investigações criminais para a apuração de ilícitos.<sup>93</sup>

Uma forma de permitir a coexistência entre a liberdade individual e a atuação estatal é a busca de pontos de equilíbrio. Não foi outro o entendimento de José Afonso da Silva ao dispor: “Autoridade e liberdade são situações que se completam. É que a autoridade é tão indispensável à ordem social - condição mesma da liberdade - como esta é necessária à expansão individual”.<sup>94</sup>

Nesse panorama de liberdade e autoridade algumas considerações sobre a liberdade de informação e de imprensa<sup>95</sup> como corolárias da liberdade de expressão clamam por considerações. A liberdade de expressão é um direito mais amplo, já que se refere ao direito de todo e qualquer cidadão de expressar suas opiniões com liberdade, de modo a promover o desenvolvimento da sociedade.

Entre as modalidades de expressão, a atuação da imprensa no Brasil constitui uma das formas mais usuais da liberdade da expressão e da informação, e por isso não escapou da análise de Luís Roberto Barroso:

---

<sup>93</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. A internet como autonomia recíproca de acesso à informação. In: GRECO, Marco Aurelio; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Direito e internet*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 243.

<sup>94</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 226.

<sup>95</sup> Não pouco comum, a liberdade de informar assim como a liberdade de atuação da imprensa são alvos de controle da atuação estatal, através de tentativas (muitas vezes efetivas) de controle prévio da informação, mas também através da censura praticada por alguns sujeitos, que mesmo não sendo vedada expressamente na Constituição, existe e insiste em estar presente na sociedade pós-moderna.

Além das expressões *liberdade de informação* e de *expressão*, há ainda uma terceira locução que se tornou tradicional no estudo do tema e que igualmente tem assento constitucional: a liberdade de imprensa. A expressão designa a liberdade reconhecida (na verdade, conquistada ao longo do tempo) aos meios de comunicação em geral (não apenas impressos, como o termo poderia sugerir) de comunicarem fatos e ideias, envolvendo, desse modo, tanto a liberdade de informação como a de expressão.<sup>96</sup>

Em uma breve contextualização histórica, a liberdade de imprensa foi assegurada aos brasileiros em 28 de agosto de 1821, assinada por D. Pedro I. Cento e cinquenta e um anos depois, precisamente no dia 6 de setembro de 1972, o decreto de D. Pedro foi censurado pelo Departamento da Polícia Federal, com a seguinte ordem a todos os jornais do país: "Está proibida a publicação do decreto de D. Pedro I, datado do século passado, abolindo a Censura no Brasil. Também está proibido qualquer comentário a respeito". A proibição de se referir, nos meios de comunicação de massa, ao ato de D. Pedro sinaliza a orientação da censura, que protegida pela própria censura, não hesitava em fazer proibições vergonhosas, segura de que aquelas não chegariam ao conhecimento público. Como se vê, a censura partiu de um Estado autoritário, protegia-o e, protegendo-o, protegia a si.<sup>97</sup>

Em uma sociedade dinâmica como a atual, o exercício da liberdade de expressão vai sendo reconstruído a partir da diversidade dos meios de comunicação, que possibilitam informar os indivíduos e veicular as ideias. Tudo isso faz parte do processo democrático que por sua vez possui relação direta com a forma de circulação das informações, ou seja, a disponibilidade de acesso à informação de forma mais abrangente se apresenta como uma difusão da efetivação do direito fundamental de informar e de ser informado.

Defende-se que toda liberdade, por mais ampla que seja, encontra limites, que servem para garantir o desenvolvimento da sociedade e o respeito aos direitos fundamentais de qualquer sujeito. Por isso o evoluir do modelo tradicional de liberdade para o de liberdade em uma rede informatizada, onde a liberdade se manifesta em reciprocidade, pois a informação posta individualmente é simultaneamente para os outros. Por isso nesta concepção o indivíduo deixa de ser

---

<sup>96</sup> BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão versus direitos de personalidade: colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: FARIAS, Cristiano Chaves (Org.). *Leituras complementares de direito civil: o direito civil-constitucional em concreto*. Salvador: Editora Juspodivm, 2009, p. 97-135.

<sup>97</sup> SOARES, Glaucio Ary Dillon. *Censura durante o regime autoritário*. Disponível em: [http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs\\_00\\_10/rbcs10\\_02.htm](http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_10/rbcs10_02.htm). Acesso em: 16 set. 2015.

visto como um ente isolado (agente) que se relaciona com outros (paciente) e vice-versa, para ser como um ente comunicativo, uma unidade agente/paciente, em uma rede de conexões, uma espécie de liberdade que se manifesta em reciprocidade.<sup>98</sup>

O modelo clássico de agente e receptor da informação merece ser revisitado uma vez que no espaço virtual não há agente ou paciente, mas agente/paciente em um complexo comunicativo em rede.

Nos dizeres de Tercio Sampaio Ferraz Junior:

O meio eletrônico faz da liberdade (como decisão íntima) uma questão de técnica de acesso à informação. São problemas dessa natureza que tem provocado a necessidade de novos conceitos de proteção na esfera privada, em que o primado deve ser dado à comunicação (e não aos conteúdos da decisão de informar), entendendo-se, nesse contexto, a liberdade não como liberdade à comunicação, mas por meio da comunicação.<sup>99</sup>

Tratando o tema de forma incidental, pois possui relação com o que está sendo desenvolvido, clama-se por responsabilizar aquele que utiliza o direito de expressar para fazer incitações às práticas do racismo, do discurso ao ódio e de discriminação de todas as espécies, ou seja, deve-se respeitar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, sendo assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação, além da garantia do direito de resposta, proporcional ao agravo (art. 5º, V, X, CF/88). Por essa razão o art. 5º da Constituição Federal, no inciso IV, garante a livre manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.

Utilizando-se da prerrogativa da coercibilidade, o Estado inibe liberdades que possam violar direitos de outros sujeitos. A resposta para certos abusos deve vir do Estado, que deve encontrar soluções adequadas para solucionar controvérsias, isso porque os direitos são invocados não só em face do Estado quando se mostra ineficiente ou quando não efetiva direitos fundamentais a contento, mas também, a observância aos direitos deve ser feita por todos os sujeitos envolvidos nas relações entre os sujeitos<sup>100</sup>; quando isso ocorre o Estado não é partipante direto, restando a

---

<sup>98</sup> FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 245.

<sup>99</sup> Ibid., p. 244.

<sup>100</sup> Refere-se à teoria da aplicação de forma direita, entre os particulares, do respeito aos direitos e garantias previstos no texto constitucional. Trata-se da chamada horizontalização dos direitos fundamentais, indo além do reconhecimento da teoria da eficácia mediata ou indireta.

ele intervir para garantir a horizontalização dos direitos fundamentais.<sup>101</sup>

A complexidade da questão que envolve a liberdade de expressão, censura e direito de se informar são matérias que provocaram o Supremo Tribunal Federal (STF) quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI nº 4815<sup>102</sup>. Por unanimidade, o Plenário do STF julgou procedente a ADI e declarou inexistente a autorização prévia para a publicação de biografias.

Seguindo o voto da relatora, Ministra Cármen Lúcia, a decisão da interpretação conforme a Constituição da República aos artigos 20 e 21 do Código Civil, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença de pessoa biografada, relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas).

Em passagem do voto da ministra relatora destacou-se o caráter multifacetário da expressão, ao permitir manifestações sobre si mesmo, sobre os outros, sobre as instituições, a possibilidade de contar e recontar fatos, por isso é colacionada a transcrição:

O direito à liberdade de expressão – transcendendo o cogitar solitário e mudo e permitindo a exposição do pensamento - permeia a história da humanidade, pela circunstância mesma de ser a comunicação própria das relações entre as pessoas e por ela não apenas se diz do bem, mas também se critica, se denuncia, se conta e reconta o que há de vida e da vida, da própria pessoa e do outro, fazendo-se a arte exprimindo-se o humano do bem e do mau, da sombra e do claro. E forma-se pela expressão do que é, do que se pensa ser, do que se quer seja, do que foi e do que se pensa possa ser a história humana transmitida [...].

Do exposto extrai-se que a expressão é inerente às relações humanas e por isso se manifesta de várias formas abrangendo manifestações sobre si mesmo assim como sobre o outro, elogiando ou criticando fatos do cotidiano e comportamento das pessoas. Inclui, também, a narrativa de histórias vividas ao longo do tempo, e cada narrativa se apresenta como uma construção ou uma reconstrução a partir da visão daquele que manifesta. Por isso o caráter dinâmico da expressão por estar em constante afirmação, por ser um direito que pode se

<sup>101</sup> Remete-se ao capítulo “1” onde foi traçado o panorama da vinculação dos direitos fundamentais, não só em face do Estado, mas o respeito nas relações entre os particulares.

<sup>102</sup> Na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4815, a Associação Nacional dos Editores de Livros (ANEL) sustentava que os artigos 20 e 21 do Código Civil conteriam regras incompatíveis com a liberdade de expressão e de informação.

manifestar de diversas maneiras em razão dos variados meios de transmissão da palavra.

Diante das colocações a liberdade de informação consagrada em textos constitucionais, sem nenhuma forma de censura prévia, constitui uma característica de uma sociedade democrática contemporânea, uma vez que compreende a faculdade de expressar livremente ideias, pensamentos e opiniões, assim como o direito de comunicar e receber informações sobre fatos, sem impedimentos nem discriminações.

Ao direito fundamental à informação estão atrelados os atos de comunicar assim como os de receber livremente informações das mais variadas espécies, não se esquecendo da proteção que deve ser dispensada ao emissor assim como ao receptor.

A compreensão do direito de expressar passa por pensamentos, ideias e as opiniões, enquanto o direito de informação abrange a faculdade de comunicar e receber livremente informações sobre fatos que podem ser considerados noticiáveis. Neste contexto a liberdade de expressão é uma forma de exteriorização da própria liberdade de pensar e por consequência de expor o resultado deste pensar.

Um dos desafios que se apresenta, na pós-modernidade, surge em razão dos novos direitos ou novas formas de exercer os antigos. Vive-se em um ambiente propício à multiplicidade dos meios de transmissão da palavra, assim como de outra forma de expressão, ampliando definições tradicionalmente estabelecidas nos ordenamentos jurídicos e impondo novas formas de pensar o direito de expressar, sem provocar o esvaziamento de outros direitos. Por isso, defende-se a coexistência dos direitos inseridos em um ordenamento jurídico de forma que possibilite um “diálogo” entre eles, sem recorrer à exclusão de um ou outro.

Por serem frutos de uma evolução social e democrática, decorrentes, muitas vezes, de lutas e conquistas históricas, os modos de exercício de liberdades serviram de inspiração para a positivação de direitos. A liberdade é um desafio constante e em constante evolução. Muito se evoluiu, mas é um direito dinâmico que se transforma, constrói e reconstrói sistematicamente.

## 2.1 Direito de informação e direito à informação: formas de participação dos sujeitos

No Brasil a disciplina constitucional da informação compreende, basicamente, o direito de acesso às informações em geral, resguardando-se o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional (art. 5º, XIV), e o direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, no prazo da lei, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII).<sup>103</sup>

O direito de acesso às informações em geral compreende a liberdade de obter informações, não sendo impedido de se informar, e o direito de manter-se informado, bem como de escolher a que deseja receber. Além do mais, o acesso à informação é essencial para resgatar o sentido de participação política do cidadão e garantir a efetivação dos direitos fundamentais em uma sociedade democrática.

A participação política e a ampliação das formas de difusão da informação são necessárias para a formação plural de uma sociedade. Assim, a Lei nº 12.965/2014 que trata do Marco Civil da internet, no capítulo sobre os direitos e garantias do usuário, reconhece o acesso à internet como sendo um direito indispensável ao exercício da cidadania, além de apontar outros direitos específicos a serem observados, tais como a inviolabilidade e o sigilo das comunicações pela internet e a não suspensão da conexão.

Nesse contexto a internet se revela uma importante forma de comunicação participativa em massa, pois permite a abertura para o pluralismo de expressões refletidas, ampliando, através do acesso global instantâneo, as comunicações individuais ou organizacionais.

A capacidade de reunir comunidades de interesses, de modo rápido, via internet, pode fortalecer virtualmente qualquer causa ou esforço comum, pois os acessos abertos, sua interatividade e sua capacidade para ampliar a conversa individual asseguram a expansão exponencial da participação do cidadão no

---

<sup>103</sup> No mesmo art. 5º, a Constituição Federal também prevê o instrumento jurídico constitucional que garante o exercício do direito à informação aos cidadãos: o *habeas data*. Através da ação do *habeas data* os responsáveis pelo armazenamento de dados são obrigados a fornecer as informações requisitadas nos termos da lei; surgiu como reação aos abusos dos organismos de segurança, em uma época de investigações sigilosas com cunho político, promovendo assim a transparência nos setores público e privado e buscando evitar que o Estado armazene informações incorretas ou excessivas a respeito do cidadão.

processo político.<sup>104</sup>

A análise sobre o avanço tecnológico e seu reflexo social no fortalecimento da participação dos cidadãos foi apreciada por Marco Aurélio Greco, que assim manifestou:

A tecnologia, especialmente a informática, trouxe a pulverização da participação social. O indivíduo não é mais uma figura abstrata que possa ser tratado e ter sua conduta disciplinada genericamente; não é mais um “objeto” do processo político e da criação de normas jurídicas. O indivíduo é alguém que, a todo instante, pode estar praticando atos, ativamente, que repercutem na estrutura de poder; é um verdadeiro “agente” que instaura múltiplas relações com outros indivíduos situados em qualquer parte do mundo, sem que a estrutura estatal possa controlar ou, muitas vezes, sequer tenha conhecimento.<sup>105</sup>

Este novo perfil social que vai se formando com a expansão da informação pode estabelecer, se assim já não o faz, uma relação direta e continuada da coletividade com o poder público, criando uma descentralização do Estado e possibilitando a participação nas decisões. É uma forma de exercício democrático utilizando os meios eletrônicos, uma vez que possibilita a participação dos cidadãos nas questões sociais, nas decisões e na eleição dos representantes.

Para que o exercício democrático através da internet atinja um número maior de pessoas, requer-se a ampliação do acesso na rede, o que acabou sendo positivado no art. 2ª, VI, da Lei nº 12.965/2014, que dispõe sobre a disciplina do uso da internet no Brasil, e tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como a finalidade social da rede.

Por se tratar de um dos fundamentos do Marco Civil, a finalidade social da rede se relaciona com a ampliação ao acesso, e por isso merece considerações: trata-se de um fundamento que permite interpretações variadas em razão da subjetividade presente nas suas próprias palavras.

Como forma de fazer uma interpretação mais adequada recorre-se às lições de Dworkin para interpretar a “finalidade social da rede”, no sentido da promoção do acesso à informação através da internet, procurando fazer uma integração do fundamento (que é o respeito à liberdade de expressão) com a capacidade que a internet possui de chegar a um grande número de pessoas, principalmente em um

---

<sup>104</sup> HINDLE, John. *A internet como paradigma: fenômeno e paradoxo*. Tradutor: Luciano Videira Monteiro. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 1997, p. 15.

<sup>105</sup> GRECO, Marco Aurélio. *Internet e Direito*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2000, p. 14.

país de extensão territorial como o Brasil.

Nesta linha de intelecção, Frederico Lima de Oliveira considerou:

A finalidade social a ser buscada pela lei geral haverá de ser aferida no caso concreto a partir da reserva legal que se apontar pela legislação geral em comento. [...] O acesso à internet é visto como essencial para o exercício da cidadania e daí temos que tal prioridade legal haverá de ser ajustada, sempre buscando a conformidade entre o texto da lei e a Constituição [...]. De outra parte, a finalidade social a ser buscada nas hipóteses fáticas vindouras há de observar [...] a unidade entre o conteúdo da lei geral e da legislação conformadora que virá a delimitar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais envolvidos, mesmo porque, em circunstâncias fáticas de aplicação das disposições legais gerais e das normas delimitadoras de seus fins, em se considerando a reciprocidade de seus efeitos, há de se tomar como parâmetro a extensão dos significados do(s) dispositivo(s) da legislação geral no contexto social alcançado.<sup>106</sup>

Como formas de participação dos sujeitos nos caminhos que envolvem as liberdades de expressão, informação e de imprensa propõe-se fazer considerações de modo a contextualizá-las para melhor compreender a expressão na utilização das plataformas digitais que hospedam opiniões, críticas, informações e entretenimentos.

A dicotomia entre as liberdades de informação e de expressão se revela pertinente ao objeto de estudo deste trabalho, consignando que a liberdade de informação diz respeito ao direito individual de comunicar livremente fatos e ao direito difuso de ser deles informado; a liberdade de expressão, por seu turno, destina-se a tutelar o direito de externar ideias, opiniões, juízos de valor, ou seja, visa abranger as diversas formas de manifestar o pensamento.

Conforme dispõe o art. 220 da Constituição Federal do Brasil, *in verbis*: art. 220. “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”.<sup>107</sup> O enunciado apresentado pode ser considerado como consequência da experiência política negativa do regime de exceção, durante o qual a imprensa e a informação foram submetidas à censura.

Ainda sobre a restrição da manifestação da expressão, a teoria da *preferred position*, consagrada originariamente pela Suprema Corte americana, sustenta que os limites à liberdade de expressão, que ocuparia uma posição de preferência no ordenamento, deveriam ser colocados apenas em situações absolutamente

<sup>106</sup> OLIVEIRA, Frederico Lima de. *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 121.

<sup>107</sup> BRASIL, 1988.

excepcionais, sob pena de prejudicar a democracia e o direito à formação de uma opinião pública livre, ressaltando o caráter público das liberdades de informação e de expressão. Trata-se de uma cláusula genérica que não pode ser utilizada para fundamentar práticas arbitrárias que possam violar liberdades individuais.

Um ponto que merece destaque em razão da subjetividade que apresenta é a disposição que no exercício da liberdade de informação e de expressão há de atender ao interesse público, o que leva a concluir que este interesse é avaliado em razão do conteúdo da publicação veiculado pelo agente e é presumido.<sup>108</sup>

A superação dessa presunção por algum outro interesse, público ou privado, poderá ocorrer, legitimamente, nas situações-limite, excepcionais, de quase ruptura do sistema. Como regra geral, não se admitirá a limitação de liberdade de expressão e de informação, tendo-se em conta a já mencionada *preferred position* de que essas garantias gozam.

Um aspecto do conflito potencial entre as liberdades de informação e de expressão e seus limites envolve não as normas em oposição, mas as modalidades disponíveis de restrição de tais liberdades. A restrição<sup>109</sup> mais radical, porém excepcional é a proibição prévia da publicação ou divulgação do fato ou da opinião, que pode eliminar a liberdade de informação e/ou de expressão.

Em seguida, a própria Constituição admite a existência de crimes de opinião (art. 53, *a contrario sensu*), bem como a responsabilização civil por danos materiais ou morais (art. 5º, V e X), ou seja: o exercício abusivo das liberdades de informação

---

<sup>108</sup> “Se a liberdade de expressão e informação, nos seus primórdios, estava ligada à dimensão individualista da manifestação livre do pensamento e da opinião, viabilizando a crítica política contra o *ancien régime*, a evolução daquela liberdade operada pelo direito/dever à informação, especialmente com o reconhecimento do direito ao público de estar suficientemente e corretamente informado; àquela dimensão individualista-liberal foi acrescida uma outra dimensão de natureza coletiva: a de que a liberdade de expressão e informação contribui para a formação da opinião pública pluralista – esta cada vez mais essencial para o funcionamento dos regimes democráticos, a despeito dos anátemas eventualmente dirigidos contra a manipulação da opinião pública” (FARIAS, Edilson Pereira. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2000, p. 166-7).

<sup>109</sup> Qualquer restrição deve ser determinada por ordem judicial observado o devido processo legal, impondo ao Poder Judiciário a autoridade para restringir a liberdade de expressão quando for necessário para salvaguardar outros direitos que não possam ser protegidos ou compostos de outro modo menos gravoso. Em relação à concessão de liminares defende-se a utilização de forma moderada, em casos excepcionais, para evitar a qualquer pretexto o cerceamento do direito de expressar (CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 51).

e de expressão poderá ocasionar a responsabilização civil ou mesmo criminal. Por fim, previu ainda o direito de resposta (art. 5º, V) como mecanismo de sanção.

Os aspectos relacionados à vedação da censura como restrição prévia à liberdade de expressão e suas construções serão trabalhados no item 2.2 evidenciando a relevância do instituto para a compreensão das hipóteses discutidas.

A liberdade de expressão e informação decorrentes das novas tecnologias da comunicação através da utilização das ferramentas da internet, para informar e ser informado constituem ampliações da manifestação do pensamento.

Por se tratar de formas de ampliação do pensamento que repercutem nas esferas jurídicas em um “território” até então desprovido de regulação, a Lei 1.965/2014 preocupou-se em manter as conquistas obtidas desde o fim do período da ditadura militar, ao tratar de questões do tipo: tráfego de dados, guarda de registros de conexão à internet, guarda de registros de acesso e aplicações na rede, responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros e a requisição judicial de registros.

As opções adotadas privilegiam a responsabilidade subjetiva, como forma de preservar as conquistas para a liberdade de expressão decorrentes da chamada Web 2.0<sup>110</sup>, que se caracteriza pela ampla liberdade de produção de conteúdo pelos próprios usuários, sem a necessidade de aprovação prévia pelos intermediários.

Sobre a ampliação da produção dos conteúdos desprovidos de controle prévio permitem-se questionamentos sobre os riscos da fala livre. A manifestação sobre tudo e todos pode gerar consequências a partir do momento em que repercutem negativamente, provocando lesões aos direitos fundamentais dos sujeitos receptores daqueles discursos nos quais foram alvos.

O que se percebe, especialmente no uso das plataformas digitais, é que os

---

<sup>110</sup> Web 2.0 é um termo usado para designar uma segunda geração de comunidades e serviços oferecidos na internet, tendo como conceito a Web e através de aplicativos baseados em redes sociais e tecnologia da informação. A Web 2.0 foi criada em 2004 pela empresa americana O'Reilly Media. O termo não se refere à atualização nas especificações técnicas, e sim a uma mudança na forma como ela é percebida por usuários e desenvolvedores, ou seja, o ambiente de interação e participação que hoje engloba inúmeras linguagens. A Web 2.0 aumentou a velocidade e a facilidade de uso de diversos aplicativos, sendo responsável por um aumento significativo no conteúdo existente na internet. A ideia da Web 2.0 é tornar o ambiente *on-line* mais dinâmico e fazer com que os usuários colaborem para a organização de conteúdo (O QUE É WEB 2.0? Disponível em: <<http://www.significados.com.br/web-2-0/>>. Acesso em: 25 ago. 2015).

emissores das mensagens, ao utilizarem o espaço virtual, esquecem que o espaço para a manifestação é virtual, mas as consequências repercutem no mundo real. Por isso, ao defender a fala livre é necessária compreensão da liberdade de expressão com responsabilidade. A ideia de que o ambiente virtual “abduz” o usuário para outro mundo não é verdadeira, pois o espaço é o mesmo, o que se modifica é o espaço físico.

A comunicação que se faz através da internet transformou o espaço virtual não apenas em uma ferramenta para as pessoas se comunicarem e realizarem o processo de informação, mas também para se expressarem, reunirem-se e se associarem e até mesmo para lutarem por direitos. Por outra vertente a internet tem caráter paradoxal, pois ao mesmo tempo em que promove a inserção pode promover a exclusão, se partir para a defesa da fala livre desprovida de responsabilidade.

Pode-se afirmar que hoje não há “palco” maior para o exercício da fala livre que a utilização dos meios digitais, especialmente nas redes sociais. Nesse sentido, as relações humanas devem ser repensadas a partir da utilização do espaço virtual, pois as relações desenvolvidas são frágeis. A fragilidade dessas relações se torna evidente, e, segundo Zygmunt Bauman <sup>111</sup>, se mistura e se condensa com laços momentâneos, frágeis e volúveis, em um mundo cada vez mais dinâmico, fluido e veloz, seja real ou virtual.

Os tempos são “líquidos” porque tudo muda muito rapidamente. Nada é feito para durar, para ser “sólido”. As relações sociais (pessoais, trabalho, em comunidade, em conjunto) não são mais estáveis, concretas e duráveis. Com a globalização e a abertura social, por ser incompleta, a sociedade se tornou “impotente como nunca antes”, tendo dificuldade em decidir com certeza o caminho a seguir.

A leitura das relações feita por Bauman deve ser vista com cautela, porque os novos caminhos, aqui entendidos como o direito de expressar nas plataformas digitais, não estão prontos no sentido de estarem definidas as formas de utilização e regulação. O próprio meio onde se propaga a expressão é fluido em razão da dinâmica e da velocidade, e por isso requer um constante analisar, construindo e reconstruindo novas interpretações, o que acaba por gerar insegurança no

---

<sup>111</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Tempos Líquidos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007, p. 13.

caminhante. Exatamente em razão da fluidez das relações desenvolvidas nos espaços virtuais, as consequências das postagens feitas fazem surgir casos difíceis que desafiam para a construção de soluções que prezem pela adequação e coerência com a própria afirmação do direito fundamental à expressão.

É desafiador analisar a repercussão de um direito no uso das ferramentas digitais por estar transitando em conceitos que, em razão dos avanços da pós-modernidade, não mais são suficientes a fundamentar as respostas para os casos analisados. Não foi por outra razão que os artigos iniciais da Lei nº 12.965/2014 tratam dos princípios, objetivos e fundamentos do uso da internet no Brasil que devem ser interpretados em unidade com a Constituição Federal considerando a reciprocidade dos seus efeitos.

## 2.2 Liberdade de expressão e censura

As práticas que visam conter ou controlar os conteúdos daquilo que se fala ou publica são relevantes para a compreensão do exercício da liberdade de expressão. Seja na forma escrita ou falada e independente do meio usado para difundir as informações, pode se deparar com práticas de censura que visam ao controle ideológico<sup>112</sup> como forma de contenção das vozes que possam se levantar contra a atuação estatal.

O exercício de liberdades enquanto valor juridicamente tutelado é garantido pelo Estado, mas pode ser usado também em oposição aos arbítrios estatais. O que

---

<sup>112</sup> Os aparelhos do Estado funcionam simultaneamente pela repressão e pela ideologia, com a diferença que o aparelho (repressivo do Estado) funciona de maneira massivamente prevalente pela repressão, enquanto os aparelhos ideológicos de Estado funcionam massivamente prevalente pela ideologia. O aparelho repressivo constitui um todo organizado cujos diferentes membros estão subordinados a uma unidade de comando, a da política da luta de classes aplicada pelos representantes políticos das classes dominantes que detêm o poder do Estado. P. ex.: o exército, a polícia, as prisões e outros. Os aparelhos ideológicos do Estado são realidades que se apresentam ao observador imediato sob a forma de instituições distintas e especializadas. São múltiplos, distintos, relativamente autônomos e suscetíveis de oferecer um campo objetivo a contradições que exprimem, sob formas ora limitadas, ora extremas, os efeitos dos choques entre a luta de classes capitalista e a luta de classes proletária, assim como das suas formas subordinadas. A unidade entre os diferentes aparelhos ideológicos de Estado é assegurada, na maioria das vezes em formas contraditórias, pela ideologia dominante, a da classe dominante. São exemplos do aparelhamento ideológico: o aparelho escolar, o religioso, o familiar, o político, o sindical, o de informação e outros (ALTHUSSER, Louis. *Ideologia e aparelhos ideológicos do Estado*. Tradução de Joaquim José de Moura Ramos. Lisboa: Editora Presença; Martins Fontes, 1970, p. 41-52).

se verifica é que os sujeitos estão acostumados a conviver com instâncias censoras, que em nome da manutenção da ordem e pacificação social, impõem aos demais as vontades do rei.

Por outro viés a censura pode ser usada como mecanismo de dominação por desencadear um processo de alienação nos sujeitos. Invocando condutas que sejam consideradas “corretas” adotam-se formas de censura que mitigam ou dificultam o pluralismo, que é essencial para as liberdades pessoais. Isso tudo porque a censura estatal ou particular<sup>113</sup> provoca o receio, por parte dos sujeitos, de não serem acolhidos no meio social.

Seja em razão do aparelhamento repressivo ou ideológico do Estado (vide nota de rodapé nº 112) a censura como mecanismo de dominação “furta” a ágora uma vez que retira dos sujeitos a possibilidade de expressar, ou se mantido o direito de expressar que seja um discurso conforme estabelecido pelos aparelhamentos<sup>114</sup> acima descritos.

Por isso a censura é uma forma de reprimir e oprimir, que vai restringir a informação, o livre expressar, limita o acesso à informação, retira do sujeito a condição de protagonista da expressão; por todas essas restrições é que a censura reduz a ágora retirando-lhe o espaço de manifestação do pensamento.

Ao longo do desenvolvimento do trabalho e perfilhando a linha ideológica é defendida a proteção a todas as formas de expressão como forma de fomentar o debate vigoroso, aberto e plural em uma democracia. Assim para melhor compreensão do tema proposto, a discussão sobre a censura e as formas de exercê-la merece destaque, o que restou evidenciado no texto constitucional e nas lições de J. J. Gomes Canotilho, que define a censura, em um sentido estrito assim como em um sentido mais amplo, segue diferenciando-as:

Em sentido estrito, censura é a restrição prévia à liberdade de expressão

---

<sup>113</sup> “O homem, sujeito de outros direitos que se pretende preservar - ou tanto se alega - também não pode praticar a limitação ou a extinção do direito à liberdade de expressão do outro em relação ao pensar sobre alguém. A censura particular não é legalmente vedada. Mas não é novidade na história, nem menos grave a censura implícita ou expressa e exercida por particulares” (BRASIL, 2015d, p. 47).

<sup>114</sup> “O aparelhamento repressivo do Estado funciona de uma maneira massivamente prevalente pela repressão, embora funcione secundariamente pela ideologia. Não há aparelho puramente repressivo. Ex.: O exército e a polícia funcionam simultaneamente para assegurar a sua própria coesão e reprodução e pelos valores que projectam no exterior” (ALTHUSSER, 1970, p. 46 e 47). Ver nota 112.

realizada por autoridades administrativas, que resulta na vedação à veiculação de um determinado conteúdo. Este é o significado mais tradicional do termo. [...] Em sentido um pouco mais amplo, a censura abrange também as restrições administrativas posteriores à manifestação ou à obra, que impliquem vedação à continuidade da sua circulação. A censura posterior pode envolver, por exemplo, a apreensão de livros após o seu lançamento, ou a proibição de exibição de filmes ou de encenação de peças teatrais depois de sua estreia. Ela também é inaceitável, por ofender gravemente a Constituição.<sup>115</sup>

Um procedimento do poder público que visa impedir a livre circulação de ideias (que muitas vezes podem ser contrárias aos detentores do poder) é uma espécie de censura. Uma manifestação contrária, que tende a repelir práticas que o Estado julga ser mais relevantes, é objeto de aniquilação por parte dos censores oficiais.

A censura se apresenta como uma imposição autoritária e unilateral de ideias e opiniões, utilizada pelos Estados para garantir a manutenção de um modelo que vai ao encontro dos seus fins: maior rigidez no controle da publicação dos conteúdos e menos questionamentos sobre as políticas adotadas pelos governantes.

É recorrente a associação da censura aos regimes autoritários, exposta no voto do julgamento da ADI 4815:

A censura é, com frequência, lembrada em relação ao ilegítimo e perverso atuar ilegítimo do Estado. Prática comum em regimes autoritários ou totalitários, não é, contudo, exclusividade do Estado. Mas a censura permeia as relações sociais, propaga-se nas circunstâncias próprias da vida. A censura recorta a história, reinventa o experimentado, pessoal ou coletivamente, omite fatos que poderiam explicitar a vida de pessoa ou de povo em diferentes momentos e locais. Censura é repressão e opressão. Restringe a informação, limita o acesso ao conhecimento, obstrui o livre expressar o pensado e o sentido.<sup>116</sup>

A análise sobre a censura e suas práticas decorre, cada vez mais, da popularização da informação que implica em um grande número de pessoas manifestando suas opiniões sobre os mais variados temas, assim como a rapidez com que as informações são difundidas na era digital. Neste panorama os meios virtuais ampliam o acesso à informação, à democracia e à participação, e por isso toda discussão sobre os mecanismos de regulação do ambiente virtual.

<sup>115</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Porto, Almedina, 2013, p. 275.

<sup>116</sup> BRASIL, 2015d, p. 47.

Coerente com os fundamentos de um Estado democrático estabelecidos em seu próprio texto, a Constituição brasileira promulgada em 1988 preocupou-se em dispor, de forma explícita, que os princípios sobre liberdade de pensamento, de expressão, de atividade artística, cultural e científica, não podem ser restringidos com fundamento em práticas de censura que possam impedir a efetivação de referidos direitos. Ao consagrar o direito à liberdade de expressão, a legislação brasileira se mostra em harmonia com o tipo de Estado democrático e com o direito internacional dos direitos humanos.

Em razão do próprio momento histórico da promulgação da Constituição o seu texto privilegiou as formas diferentes de expressão como resposta a toda uma opressão vivida. Foi a primeira vez na história do Brasil que a população participou diretamente da elaboração da Constituição, a sua promulgação foi decisiva para fazer a ruptura com a Constituição de 1967, criada durante o período do regime militar no Brasil (1964-1985) e que criou Atos Institucionais, decretos que restringiam direitos e garantias do cidadão. Por isso a Constituição se revela como um marco histórico na transição do regime autoritário para o resgate do regime democrático.<sup>117</sup>

A proibição da censura no ordenamento brasileiro é uma consequência da observância às normas constitucionais e internacionais declaratórias de direitos fundamentais; daí a proibição de qualquer espécie de censura, seja de natureza política, ideológica ou artística (art. 220, § 2º). Ainda assim permeiam tentativas (muitas vezes eficazes) de controle prévio das formas de expressão; por isso, a liberdade de expressão é um direito que carece de constantes lutas para ser garantido, uma vez que sofre ameaças das mais variadas formas.

Ao proibir a censura o art. 5º da Constituição brasileira garante a livre manifestação do pensamento, vedando o anonimato (art. 5º, IV CF/88). A censura a qual a Constituição Federal proíbe é a censura prévia, como forma de controle das postagens, publicações, conteúdos, mas a censura *a posteriori* (que é uma sanção àquele que se utiliza da expressão para atingir direitos fundamentais de outros) é elementar para a democracia; por isso, deve-se conter o anonimato para a

---

<sup>117</sup> O texto do Preâmbulo reflete o momento histórico da promulgação da Constituição assim como reflete as aspirações de que deveria ser instrumento: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil”.

identificação dos infratores.

O que se rechaça é a censura prévia como forma de controle da informação, feita por alguém que não é o autor da expressão, com o fim de impedir a produção, a circulação ou a divulgação do que se pensa. É uma forma de controle da expressão do outro. Neste contexto surge a figura do censor que não se limita a cercear a expressão do pensamento, mas a controlar, no sentido de filtrar o que se pode passar aos outros.

Cesare Beccaria no séc XVIII já preceituava:

Um governo que tem necessidade de censores ou de qualquer outra espécie de magistrados arbitrários, prova que é mal-organizado e que sua constituição não tem força. Num país em que o destino dos cidadãos está entregue à incerteza, a tirania oculta imola mais vítimas do que o tirano mais cruel que age abertamente. Este último revolta, mas não avilta.<sup>118</sup>

Por isso associa as atitudes dos censores com a alienação uma vez que impede as pessoas de exteriorizar suas opiniões sobre aquilo que se vê, escuta ou lê. Retira do sujeito a condição de partícipe do processo de construção de novas ideologias, de novas perspectivas, ao ponto de aniquilar as manifestações contrárias sobre os diversos assuntos. Uma das formas de manter o sujeito desinformado provocando a alienação é criar mecanismos para impedi-lo de buscar o que se deseja, impedindo-o de se manifestar sobre os fatos da vida.

No uso das plataformas digitais, a censura prévia encontra maior dificuldade de ser infiltrada, uma vez que muitas postagens atingem, em tempo recorde, milhares de pessoas, que através do uso do seu celular, *tablets*, *notebooks* acessam quase que ao mesmo tempo manifestações do mundo todo. Daí a dificuldade em conter as expressões nesses espaços, daí o novo direito decorrente da sua utilização e da sua repercussão.

A contenção da manifestação da expressão se torna ainda mais difícil quando ocorrem os fenômenos da viralização, que é o chamado efeito viral na internet, que são aquelas postagens que chegam a atingir, em pouco espaço de tempo, um número elevado de acessos e se tornam alvo de comentários nas redes sociais e nos aplicativos de conversação assim como nas rodas sociais.

O que se busca é harmonizar a liberdade de expressão com a vedação à

---

<sup>118</sup> BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. Tradução de Paulo M. Oliveira. Bauru: Edipro, 2010, p. 99.

censura<sup>119</sup>, uma vez que o exercício do referido direito não é ilimitado e por isso deve ser balizado com o respeito aos outros direitos. A indagação proposta por Lênio Streck se revela pertinente com o objeto de estudo deste trabalho: Qual é o limite da liberdade de expressão? Em nome dessa liberdade, é possível dizer qualquer coisa? Na democracia tudo pode?

Lênio Streck trouxe este questionamento em razão de discursos que envolviam intolerância religiosa que circularam nas redes sociais.<sup>120</sup> Concluiu-se que tanto a proteção da liberdade de religião e crença, quanto a tutela da liberdade de expressão não implica indiferença do Estado para com esses campos. A liberdade de expressão não deve ser interpretada como um direito absoluto em uma democracia, uma vez que implica o exercício da tolerância, diante opiniões divergentes e de discursos que possam ser antagônicos ao de outro interlocutor.

Em nome da liberdade não se pode criar permissividades; por isso é necessário afastar condutas que sejam prejudiciais à pacificação pública.<sup>121</sup> O discurso do ódio está na “contramão” da garantia constitucional da liberdade de expressão, e por isso as publicações nas redes não devem estimular comportamentos que incitam a violação de concepções religiosas, morais e culturais.<sup>122</sup>

---

<sup>119</sup> Um conceito ainda mais amplo de censura envolve os atos judiciais, que, em linha de princípio, também não podem proibir a comunicação de mensagens e informações ou a circulação de obras. Porém, aqui já não é mais possível falar numa vedação absoluta, mas apenas numa forte presunção de inconstitucionalidade das medidas judiciais que impliquem neste tipo de restrição à liberdade de expressão. É que, não sendo a liberdade de expressão um direito absoluto, em algumas hipóteses extremas pode ser admissível a proibição de manifestações que atentem gravemente contra outros bens jurídicos constitucionalmente protegidos (CANOTILHO et al., 2013, p. 275).

<sup>120</sup> Trata-se de uma série de vídeos na internet em que pastores de uma determinada igreja pentecostal promovem discursos de ódio e intolerância contra as religiões afro-brasileiras (umbanda e candomblé), e, por isso, o Ministério Público Federal entrou com uma ação judicial para retirar tais vídeos do ar. O juiz federal do Rio de Janeiro encarregado do caso negou a retirada dos vídeos, sob o argumento, em um primeiro momento, de que as “manifestações religiosas afro-brasileiros não se constituem em religião” e que a elas faltariam “traços necessários de uma religião”, como um “texto-base”, a exemplo da Bíblia ou do Alcorão. Apontou, ainda, a ausência de uma estrutura hierárquica e de um Deus a ser venerado. A pressão social foi grande contra a decisão e o juiz reexaminou a ação, dizendo que, agora, reconhecia que candomblé e umbanda eram religiões. Mas não mandou retirar os vídeos, dizendo que foram feitos ao abrigo da liberdade de expressão (STRECK, Lenio. *A democracia admite discursos de intolerância?* 2014a. Disponível em: <<http://ordemeliberdadebrasil.blogspot.com.br/2014/05/a-democracia-admite-discursos-de.html>>. Acesso em: 16 set. 2015).

<sup>121</sup> Ibid.

<sup>122</sup> A Suprema Corte americana tem dado proteção à liberdade de expressão permitindo o que se convencionou chamar de *hate speech*, ou seja, o discurso destinado a promover o ódio, ou aversão, por motivos de sexo, religião, origem étnica ou nacionalidade. Tais discursos podem tomar forma de palavras faladas, mensagens escritas, gestos ou outros tipos de atos que insultam ou intimidam pessoas ou grupos, estimulando a violência. Nessa linha de inteligência a Suprema

Por isso, novamente o tema invoca as lições de Ronald Dworkin por defender que os direitos de liberdade (e aqui incluiu o da liberdade de expressão) apresentam um conteúdo moral. A ideia de leitura moral da Constituição significa que o direito é uma parte da moral política da comunidade, compreendida em termos mais gerais, porém, diferenciada, com sua substância específica, uma vez que aplicável a estruturas institucionais distintas.<sup>123</sup>

Assim, conforme a leitura moral, os dispositivos que tratam da igualdade e da liberdade devem ser compreendidos da maneira mais natural sugerida por sua linguagem: referem-se a princípios morais abstratos e, por referência, incorporam-nos como limites aos poderes do Estado.<sup>124</sup>

Diante dessa compreensão, os juízes não podem dizer que a Constituição expressa suas próprias convicções<sup>125</sup>, que os dispositivos morais abstratos expressam um juízo moral particular qualquer, por mais que esse juízo lhes pareça correto, a menos que tal juízo seja coerente, em princípio, com o desenho estrutural da Constituição como um todo e também com a linha de interpretação constitucional predominantemente seguida por outros juízes no passado.

O que deve ser considerado é a realização do trabalho em equipe junto com os demais funcionários da justiça do passado e do futuro, que elaboram juntos uma moralidade constitucional coerente, cuidando para que suas contribuições se harmonizem com todas as outras.

As obras de Ronald Dworkin servem para a reflexão central deste trabalho, uma vez que a liberdade de expressão, exercida das mais variadas formas e utilizando os variados meios de comunicação, inclusive as plataformas virtuais, não devem ser cerceadas com fundamento em interpretações advindas de concepções individualistas, sem que estejam em consonância com a interpretação que preze pela observância dos direitos e garantias previstos na Constituição Federal.

Em outra vertente, o controle sobre a informação foi objeto de citação por

---

Corte vem declarando inconstitucionais leis que restringem a liberdade de expressão baseadas no argumento de que discursos, mensagens ou condutas em geral são ofensivos ou inadequados (OMMATI, 2014a, p. XXVIII).

<sup>123</sup> DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010a, p. 51.

<sup>124</sup> Id., 2006, p. 10.

<sup>125</sup> O Juiz Federal do Rio de Janeiro responsável pela análise do discurso de ódio contra as religiões afro-brasileiras explicitou o fundamento da sua decisão dizendo o que é e o que não é religião, ou seja, trouxe a sua convicção sobre o que é religião; esta interpretação parece não adequada, pois a Constituição reconhece o pluralismo social e cultural e condena o racismo social, cultural e de classes, além de resgatar direitos culturais aos indivíduos e comunidades.

Francisco Fonseca em seu texto ao dispor que a informação desperta condutas para estabelecer controles autoritários e, portanto, censórios, e que tal comportamento é uma prática comum na história brasileira. Daí a preocupação com a liberdade de expressão e com mecanismo de controle que venha a se constituir, tanto em âmbito nacional como internacional, repelindo-se qualquer tentativa de censura.<sup>126</sup>

A premissa da liberdade com responsabilidade foi suscitada por Francisco Fonseca ao pontuar que qualquer convivência - sob pena da legitimação de um efetivo poder sem controle e mesmo de um pensamento único – quanto à permissividade dos meios de comunicação e igualmente deletéria à democracia. Afinal, em nome da “liberdade de expressão”, sem a contrapartida de responsabilização, observou-se na história a existência de **verdadeiras máquinas de produção do consenso devido à atuação uníssona “supressora” de vozes discordantes.**<sup>127</sup> (Grifo nosso)

O sistema constitucional brasileiro estabelece norma taxativa, a proibição de qualquer censura, valendo a vedação ao Estado e também a particulares. Tem-se, assim, assentada a horizontalidade da principiologia constitucional, aplicável a entes estatais ou a particulares. Quer-se dizer: os princípios constitucionais relativos a direitos fundamentais não obrigam apenas os entes e órgãos estatais. São de acatamento impositivo e insuperável de todos os cidadãos em relação aos demais.

Assim, o exercício do direito à liberdade de expressão não pode ser cerceado pelo Estado nem por outros sujeitos, salvo nos limites impostos pela legislação para garantir a igual liberdade do outro.

A proibição da censura constitui um dos pontos mais relevantes da liberdade de expressão, por ser a liberdade de expressão uma forma de concentração de diferentes modos de comunicação e de interação, mantendo assim a continuidade do debate e a formação crítica constante. A prática se destaca negativamente, não só por cercear a expressão, mas como óbice ao exercício de outras liberdades.

Anota Canotilho:

A liberdade de expressão permite assegurar a continuidade do debate intelectual e do confronto de opiniões, num compromisso crítico permanente. Com essa qualidade, ela integra o sistema constitucional de direitos fundamentais, deduzindo-se do valor da dignidade da pessoa

---

<sup>126</sup> FONSECA, Francisco César Pinto. *Mídia, poder e democracia*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcpol/n6/n6a03.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2015.

<sup>127</sup> Ibid.

humana e dos princípios gerais de liberdade e igualdade, juntamente com a inerente exigência de proteção jurídica. A liberdade de expressão em sentido amplo é um direito multifuncional, que se desdobra num cluster de direitos comunicativos fundamentais (Kommunikationsgrundrechte) que dele decorrem naturalmente, como seja, por exemplo, a liberdade de expressão stricto sensu, de informação, de investigação acadêmica, de criação artística, de edição, de jornalismo, de imprensa, de radiodifusão, de programação, de comunicação individual, de telecomunicação e comunicação em rede. As liberdades comunicativas encontram-se ainda associadas a outras liberdades, como a liberdade de profissão, a livre iniciativa econômica, de prestação de serviços e o direito de propriedade.<sup>128</sup>

Inerente ao direito à liberdade de expressão encontra-se uma presunção de inconstitucionalidade de todas as formas de censura, particularmente de censura prévia, seja ela pública ou privada. A proibição da censura é de âmbito geral, do ponto de vista dos conteúdos expressivos, dos meios de comunicação envolvidos e dos destinatários por ela vinculados, valendo diante de qualquer entidade ou poder, de direito ou de facto, que esteja em condições de impedir a expressão ou divulgação de ideias e informações.<sup>129</sup>

Por derradeiro chama Dworkin para elucidar a importância de a vedação à censura constar expressamente no texto constitucional, uma vez que a interpretação constitucional do instituto reclama por atualizações em razão das constantes transformações sociais.

As atualizações na interpretação do texto constitucional, na ótica dworkiana, são necessárias em razão de a constituição ser um projeto coletivo onde se admite que todos possam estabelecer normas de convívio social; daí, a necessidade de a interpretação ser uma atividade coletiva, em que cada nova geração assume o que foi feito no passado para aprimorar o que será feito no futuro. Isso tudo porque a constituição se utiliza de uma linguagem que permite ser atualizada em cada momento histórico específico, que nas palavras de Dworkin se chama leitura moral da Constituição.<sup>130</sup>

Ainda no esteio de Dworkin é essencial à democracia coparticipativa<sup>131</sup> que os cidadãos sejam livres, em princípio, para expressar qualquer opinião que tenham,

<sup>128</sup> CANOTILHO; MACHADO, 2014, p. 128-129.

<sup>129</sup> CANOTILHO; MACHADO, loc. cit.

<sup>130</sup> DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade*. A leitura moral da Constituição Norte-Americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 1 a 59.

<sup>131</sup> Dworkin defende a concepção coparticipativa de democracia. Segundo esta concepção "as instituições são democráticas até o ponto em que permitem aos cidadãos se governarem a si mesmos, coletivamente, por meio de uma parceria, na qual cada um é membro ativo e igual". Esta percepção da democracia se opõe à denominada concepção majoritarista, que nada mais é do que o governo calcado num aspecto quantitativo: a decisão por maioria (DWORKIN, Ronald. A

por mais que tais opiniões sejam rejeitadas, odiadas ou temidas pelos outros cidadãos. Grande parte da pressão a favor da censura nas democracias contemporâneas não é gerada por tentativa oficial de ocultar segredos do povo, mas pelo desejo da maioria de cidadãos de silenciar aqueles cuja opinião desprezam.

Nas lições de Dworkin:

Se uma maioria de cidadãos tiver o poder de recusar a um concidadão o direito de expressar sempre que considerar suas ideias perigosas ou agressivas, então ele não é um igual na competição argumentativa pelo poder. Devemos permitir a cada cidadão, que pretendemos ter a obrigação de cumprir nossas leis, uma voz igual no processo que produz tais leis, mesmo quando justamente detestamos suas convicções, ou então perdemos o direito de lhes impor nossas leis. A liberdade de expressão impõe esse princípio e, assim, protege a igualdade dos cidadãos.<sup>132</sup>

Por isso Dworkin defende que uma estrutura constitucional que garanta a liberdade de expressão contra a censura oficial protege os cidadãos em seu papel democrático de soberanos, isso porque, para Dworkin se permitir que as autoridades possam punir a crítica a suas decisões ou proibir a publicação de informações que possam levar a tal crítica ou extinguir novos partidos ou jornais que possam expor os seus erros, o povo não estará no poder, ou pelo menos não estará totalmente no poder.<sup>133</sup>

### 2.3 Liberdade de expressão, informação e espaço virtual: o novo em expansão

O direito de informar e de ser informado pode ser compreendido como um desdobramento dos direitos fundamentais de expressão e de comunicação, em seus âmbitos de acesso à informação, de livre manifestação e formação do pensamento, através do acesso a serviços do governo e da possibilidade de interação estabelecida com representantes políticos, sendo ainda condição para o pleno exercício da democracia.

---

*virtude soberana*. A teoria e a prática da igualdade. Tradução: Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 510.

<sup>132</sup> Ibid., p. 502.

<sup>133</sup> Ibid., p. 513.

A defesa da liberdade de expressão em seu aspecto mais amplo (de buscar, receber e transmitir informações) assim como o não afastamento de responsabilidades posteriores dos seus interlocutores foi positivada na Convenção Interamericana de Direitos Humanos que em seu art. 13 vedou a censura prévia ao dispor:

[...] Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha. E no inciso II do artigo 13º da Convenção, se tem: O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.<sup>134</sup>

Evidencia-se que esse diploma normativo, publicado em 1969, revela-se atual em seus fundamentos e ao permitir buscar, receber e difundir informações sem fronteiras se abre a possibilidade de utilização de meios, os mais variados e existentes, de exercer esse direito, incluindo o espaço virtual como ambiente propício para expandir o direito de expressão, sem fronteiras. Além de considerar que o acesso à informação é essencial para resgatar o sentido de participação política dos cidadãos e garantir a efetivação dos direitos fundamentais, que são considerados expoentes de uma sociedade democrática.

Devido à relevância do direito de informação para a compreensão do que se defende neste trabalho, colaciona-se a citação de José Gomes Canotilho e Vital Moreira sobre o tema:

O direito de informação é a liberdade de transmitir ou comunicar informações a outrem, assim como sua forma positiva, de direito a informar e aos meios para informar, como também a liberdade de obter informação, não sendo impedido de informar-se, assim como sua forma positiva, de direito a ser informado. Portanto, ele diz respeito à procura, ao acesso, ao recebimento e à difusão de informações ou ideias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada qual pelos abusos que cometer.<sup>135</sup>

<sup>134</sup> CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITO HUMANOS. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <[http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em: 11 set. 2015.

<sup>135</sup> CANOTILHO, José Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 225.

O acesso a que se refere Canotilho consiste na possibilidade de a informação estar disponível àquele que pretende obtê-la ou que existam meios que permitam a obtenção dela, efetivando o exercício do direito de informar. A partir do acesso às informações, difundem-se as notícias, ampliam-se as discussões e fomenta-se a consciência coletiva.

Nas plataformas digitais o acesso não corresponde apenas à navegação, mas também à produção de conteúdo, seja pelo uso de ferramentas *on-line*, incluindo aí as chamadas redes sociais, seja pela intervenção nos processos comunicativos, por meio de comentários ou respostas a conteúdos já publicados; para além da perspectiva do direito individual há o aspecto coletivo que reflete o potencial de desenvolvimento social e de promoção das comunicações pela internet.

A comunicação feita no uso das plataformas amplia as possibilidades de produção de significados, contribui para a reflexão sobre a própria sociedade, possibilita o acesso à informação em qualquer lugar onde esteja, ou seja, torna-se um ambiente múltiplo que permite informar, ser informado e interagir.

O ambiente interativo e dinâmico facilita o livre fluxo de informações essencial para a criatividade e inovação, gerando desenvolvimento social, cultural e econômico. Por isso as plataformas e os serviços *on-line* exercem um papel fundamental nesse processo. Nesse contexto revelam-se algumas controvérsias, tais como a remoção de conteúdo ilícito e a responsabilidade das plataformas que possibilitam aos usuários publicar conteúdo *on-line*.

A questão é que as possibilidades de expressão se ampliam, mas não nos atentamos para o fato de que liberdade de expressão não implica em ausência de responsabilidade pelo que se expressa. Devido à maior incidência de manifestações públicas (redes sociais) aumenta, potencialmente, o número de violações a direitos individuais (e coletivos - gênero, religião, etnia); daí, a necessidade de pensar em parâmetros de controle.

Por estas razões, a necessidade de uma legislação que objetive a construção de parâmetros regulatórios do espaço virtual mostra-se relevante, uma vez que esse espaço é palco de divulgação de informações das mais variadas categorias. (A discussão sobre a regulação do espaço virtual será feita no capítulo 3.)

O espaço virtual é um novo meio de difundir informações e propagar direitos decorrentes, entre outros, do próprio avanço da democracia. Hoje temos a

proliferação de novos direitos e a reivindicação deles de forma mais substancial, isso tudo devido, inclusive, a essas novas formas de difundir a informação.

Não obstante o caráter da difusão da informação através das ferramentas da internet, o que se busca averiguar é o uso adequado dessas ferramentas, e para isso é preciso perceber o espaço virtual como instrumento para difundir direitos, assim como o seu uso poderá servir, também, para práticas ofensivas que visem à restrição de direitos.

As manifestações publicadas nas plataformas digitais são reais, repercutem no modo de ser e de viver das pessoas, ainda que o ambiente de divulgação seja virtual. Essa é a novidade, a virtualidade do ambiente permite a sensação de despreendimento do real, ao ponto de se criar uma falsa ideia de o usuário estar “blindado” no uso das plataformas.

Em razão dessa falsa blindagem é comum os usuários se manifestarem sobre assuntos de modo mais crítico sem se ater às consequências que ocorrerão no mundo real, o que contribui para a falsa ideia de falta de responsabilidade no mundo virtual. Por isso surge a discussão sobre as formas de regulação do espaço virtual, que em razão do modo como se pretende regular estará resgatando controles prévios de informação e cerceando a liberdade de expressão. Em razão da especificidade da questão, o capítulo 3 estará discutindo o Marco Civil da internet (criado pela Lei nº 12.965/2014) como instrumento que pretende garantir direitos no espaço virtual.

A questão se torna relevante em razão da utilização do espaço virtual como meio de difundir informações, por se tratar de um local múltiplo, o qual pode ser palco de diversos tipos de atividades de caráter público e privado, p. ex.: acessar informações governamentais e firmar contratos eletrônicos. É certo que o potencial das ferramentas de acesso à internet abre inúmeras possibilidades de comunicação, de ensino e aprendizado, como também de controle, mas especialmente a potencialidade que tem o espaço virtual em propiciar o exercício do direito de informação, um dos pilares da democracia.

As tecnologias da informação e comunicação fizeram emergir o papel da informação no espaço virtual da internet, e, para tanto, tornou-se necessário garantir às pessoas o acesso a essa tecnologia.

Como forma de preparação para o último capítulo levantam-se considerações sobre a lei que institui o Marco Civil da internet. Pela análise do art.

3º, I, da Lei nº 12.965/2014 um dos princípios de regência da lei é a liberdade de expressão, ou seja, tem-se uma expansão da garantia da liberdade de expressão, inclusive quando usados os meios virtuais, nos termos da Constituição Federal. Sobre a liberdade de expressão no Marco Civil da internet, Willis Santiago e Henrique Garbellini analisaram:

O art. 3º elenca dentre os princípios de regência da disciplina da internet no Brasil a garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, fazendo a expressa ressalva de que o exercício desta garantia deve ser efetivado nos termos da Constituição Federal, como bem ressalva a parte final do dispositivo legal. Não obstante ser despicienda em face do princípio da supremacia da Constituição, esta ressalva contextualiza a liberdade de expressão na internet dentro do quadro geral da liberdade constitucional de expressão, o que nos faz recordar que a teoria constitucional e a própria jurisprudência do STF não compreendem este direito fundamental como uma garantia absoluta e exclusiva. Ponto que andou bem o art. 3º do Marco Civil ao elencar a liberdade de expressão na internet, ao lado das garantias, também consagradas no texto constitucional de 1988, de proteção da privacidade, da vida privada e a proteção da comunicação de dados pessoais (inc. X e XII do art. 5º)<sup>136</sup>

Assim a disposição contida no art. 3 da Lei nº 12.965/2014, que disciplina o uso da internet e estabelece como um dos seus princípios a liberdade de expressão, tem como referencial de interpretação a Constituição Federal, que é o instituto que servirá de esteio para interpretar a garantia da expressão na utilização das plataformas digitais, dentro de um contexto maior que é a liberdade constitucional de expressão.<sup>137</sup>

Caso emblemático ocorrido foi a decisão judicial proferida pelo juízo da 1ª

<sup>136</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. *Marco Civil da Internet*. Lei 12.965/2014. São Paulo: Ed. RT, 2014, p. 89-90.

<sup>137</sup> A jurisprudência adequou-se ao referido no art.3º da Lei nº 12.965/2014, como no julgamento do TRE da Paraíba: “Eleições 2014. Recurso. Internet. Blog Pessoal. Pessoa física. Postagens. Supostamente difamatórias e caluniosas. Ofensa direta a candidato do executivo estadual. Não configurada. Crítica a administração contundente. Possibilidade. Rigor mitigado nas redes sociais primárias e blogs pessoais. Política de intervenção mínima da justiça eleitoral. Liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento (art.3º, I, da Lei12.965/2014-Marco Civil da Internet). Desprovido. “Não se pode pressupor a existência de um pleito eleitoral harmonioso, em ambiente completamente asséptico, caracterizado por linguagem elegante, com troca de gentilezas entre os adversários e no qual os candidatos possam apresentar suas ideias e propostas completamente imunes a qualquer crítica. É preciso prestigiar a liberdade de crítica, dosando adequadamente a intervenção da Justiça Eleitoral a cada caso judicializado, para manter o pleito livre de influências que efetivamente possam ocasionar o desequilíbrio entre os candidatos. É tênue a linha do equilíbrio entre a intervenção judicial e a censura nas eleições, que pode ser nociva à democracia na exata medida em que se corre o risco de cercear o livre exercício da crítica válida, espécie do gênero liberdade de expressão, garantia individual e coletiva amplamente consagrada na Constituição Federal de 1988 (Ac.TRESC 29.608.2014)” (TER-SC, Recurso em Representação 78936, Ac29951, de 18.08.2014, da relatoria do Juiz Fernando Vieira Luiz, publicado em sessão de 18.08.2014). Recurso desprovido” (PARAÍBA. TRE-PB, RP 148524 PB, j.29.09.2014, rel. José Guedes Cavalcanti Neto. *DJ* 29 set. 2014c).

Vara Criminal de São Bernardo do Campo-SP <sup>138</sup>, em 16 de dezembro de 2015, onde em caráter liminar, bloqueou o serviço de mensagens instantâneas, denominada *whatsapp*, em todo o país, pelo período de 48 horas.

A decisão repercutiu negativamente indo além das fronteiras do país e desencadeou comentários nas redes sociais, cobertura pela imprensa escrita e falada, por ter deixado pessoas sem a possibilidade de utilizar um aplicativo instantâneo, de conversação, que tem serviço de voz. Calaram as “vozes” de milhares de pessoas que utilizam o aplicativo, não só para o entretenimento, mas para questões profissionais.

A medida foi adotada em razão do descumprimento por parte das operadoras de aparelhos celulares, por não terem informado os dados solicitados em procedimento criminal para a apuração de ilícitos. O processo tramita em segredo de justiça e as informações são obtidas através da imprensa.

A decisão judicial que deu origem ao bloqueio do *whatsapp* pretendia que se quebrasse o sigilo de dados trocados pelos investigados via aplicativo, mas a empresa não liberou os dados, por isso o bloqueio veio como uma represália. Outro ponto de conflito suscitado pelas empresas de telecomunicações é a necessidade de regulamentar o uso do aplicativo, pois ele permite que seja feita chamada de voz via internet, e essa função é típica de serviço de telecomunicações, como o *whatsapp* é aplicativo não poderia realizar este serviço. <sup>139</sup>

O bloqueio do *whatsapp* no Brasil repercutiu em vários países sendo um dos assuntos mais lidos. <sup>140</sup> A relevância de trazer este caso específico para a análise deste trabalho é no sentido de analisar a decisão judicial, que mesmo em caráter liminar, interrompeu processos de comunicação, ou impediu que os mesmos se iniciassem, colocando em questionamento se houve a restrição à liberdade de

<sup>138</sup> BRASIL. *Processo Judicial nº0017520-8.2015.8.26.0564*. Tribunal de Justiça de São Paulo, Comarca de São Bernardo do Campo-SP. A tramitação do processo, pela sua natureza, exige o segredo de justiça. 2015a. Disponível em: <<http://olhardigital.uol.com.br/noticia/whatsapp-sera-bloqueado-por-descumprir-ordem-judicial-de-julho/53778>>. Acesso em: 03 jan. 2016.

<sup>139</sup> Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/12/1719934-justica-determina-bloqueio-do-whatsapp-em-todo-brasil-por-48-horas.shtml>>. Acesso em: 03 jan. 2016.

<sup>140</sup> Segundo o Google Trends, que analisa as tendências da internet, na manhã de quinta-feira, dia 17/12/2015, o assunto é o mais popular do Chile, o 3º mais lido nos Estados Unidos, o 4º mais buscado da Índia e o 5º lugar na lista da Inglaterra. O bloqueio ao aplicativo está entre os dez mais populares também na França (9º lugar) e na Argentina (10º). O *site* de tendências do Google lista algumas das notícias mais populares no mundo sobre o tema. Dezenas de veículos de comunicação publicaram reportagens sobre o bloqueio, que tem sido tratado como “censura” (Disponível em: <<http://brasilianismo.blogosfera.uol.com.br/2015/12/17/bloqueio-ao-whatsapp-no-brasil-vira-um-dos-temas-mais-populares-do-mundo/>>. Acesso em: 03 jan. 2016).

expressar.

Ainda que a decisão tenha sido proferida por agente estatal encarregado do exercício da Jurisdição (Estado-juiz), mostra-se inadequada aos próprios princípios norteadores do Marco Civil da internet (os princípios do Marco Civil, finalidade e fundamentos serão tratados no capítulo 3). Com o fim de punir as empresas pelo descumprimento de uma ordem judicial, a repercussão da medida atingiu segmentos diversos da sociedade e os efeitos da decisão restringiram, ainda que temporariamente, a liberdade de expressar.

Na concepção dworkiana cabe ao juiz encarregado pelo ordenamento jurídico realizar o desenvolvimento institucional do direito, devendo prevalecer o ideal de integridade, porque para Dworkin direito não é apenas uma questão de fato, mas de interpretação.<sup>141</sup>

Ao mitigar o exercício da liberdade de expressão através do bloqueio de um aplicativo afastou-se o juiz da concepção de que o direito é um projeto político para a comunidade que se vê como uma associação de homens livres e iguais. Ainda: que o ideal de integridade exige do julgador coerência entre as decisões passadas e as decisões presentes, a partir dos princípios da igualdade e liberdade, como se os juízes dessem seguimento a uma obra coletiva.

Neste caso específico houve uma ruptura pelo juiz prolator da decisão da interpretação em cadeia, deixando de considerar decisões anteriores, estruturas, convenções, práticas, ou seja, ao que parece faltou ao julgador o olhar para os palcos digitais como novas formas de liberdade de expressão, e que qualquer medida que retire este direito evidencia, potencialmente, contornos de censura.

A decisão que levou ao bloqueio do aplicativo foi revogada no dia seguinte ao da proibição, também em caráter liminar, o que acabou por demonstrar a fragilidade da primeira decisão nos seus fundamentos, assim como a fragilidade do direito frente ao controle do virtual. Neste ponto resgata o que se discutiu no item 2.1 ao tratar da fluidez das relações nas plataformas digitais assim como os mecanismos de regulação, que desafiam a construção de soluções adequadas aos fundamentos democráticos.

O espaço virtual ainda é “terreno” desconhecido no que se refere a abranger as múltiplas repercussões jurídicas na utilização das plataformas, e malgrado a

---

<sup>141</sup> DWORKIN, 2007, p. 3-54.

existência da lei que instituiu o Marco Civil, em razão do campo aberto que é o ambiente virtual, toda a regulação está sendo desenvolvida.

As regras para a utilização do ambiente virtual ainda não respondem aos casos difíceis que surgem em razão da utilização da internet. Por isso, a compreensão para além da dogmática positivista se revela adequada para suprir as interpretações que possam atacar direitos já alcançados ou tratá-los como direitos que podem ser relativizados. Muito se avançou com a lei que trata do Marco Civil da internet, mas, em razão do que ocorreu com o bloqueio do *whatsapp*, demonstrou certa fragilidade da regulação, ao ponto de questionar se a medida serviu de ensaio para a retomada do controle prévio da liberdade de expressar, restringindo o direito de expressar pelo uso dos aplicativos.

### 3 O MARCO CIVIL DA INTERNET: LINEAMENTOS HISTÓRICOS, PRINCÍPIOS E ASPECTOS ESTRUTURANTES

Em um clima de crescente expansão da internet no Brasil e com o fim de harmonizar a interação entre o direito e a utilização das plataformas digitais, superando obstáculos críticos presentes, tanto nas instituições estatais quanto difusos na sociedade, foi criado através de um processo inovador que contou com a participação da sociedade e culminou em uma simbiose que equilibra direitos, responsabilidades, governos e corporações; o Marco Civil <sup>142</sup> da internet entrou em vigor no dia 23 de junho de 2014.

Como produto de um debate social e em meio a controvérsias, a Lei nº 12.965/2014 partiu da mobilização da sociedade civil, teve a internet como plataforma de debate e resultou em um texto que procurou abranger uma ampla diversidade de interesses sociais.

A Lei nº 12.965/2014, conhecida como o Marco Civil da internet no Brasil, é constituída por um conjunto de normas reguladoras do setor, que prevê os princípios para o uso da rede, os direitos e os deveres de usuários e provedores de serviços de conexão e aplicativos na internet. Considerado um texto pioneiro e por isso elogiado inclusive pelo criador da World Wide Web, Tim Berners-Lee, que se pronunciou favoravelmente à aprovação do projeto de lei, através de um comunicado oficial publicado em 24 de março de 2014, com os seguintes dizeres:

Eu espero que com a aprovação desta lei, o Brasil solidifique sua orgulhosa reputação como um líder mundial na democracia e no progresso social, e ajude a inaugurar uma nova era – onde os direitos dos cidadãos em todos os países ao redor do mundo sejam protegidos por leis digitais de direitos.<sup>143</sup>

Ainda que sancionado, publicado e em vigor, a proposta do marco desafia a todos que se dedicam ao estudo do tema, por ter estabelecido princípios e fundamentos do uso da internet no Brasil, sendo por isso considerado um estatuto inovador. Em razão da dinâmica do espaço virtual e da relação da sociedade cada vez mais imbricada com o

---

<sup>142</sup> O marco civil da internet (oficialmente chamado de Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014) é a lei que regula o uso da internet no Brasil, por meio da previsão de princípios, garantias, direitos e deveres para quem usa a rede, bem como da determinação de diretrizes para a atuação do Estado.

<sup>143</sup> Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2014/03/criador-da-web-divulga-apoio-ao-marco-civil-da-internet-no-brasil.html>>. Acesso em: 25 ago. 2015.

acesso ao mundo virtual, é que a regulação do espaço virtual é um constante evoluir em razão das múltiplas facetas que a internet apresenta, o que não afasta a necessidade de estabelecer regras claras para a utilização das plataformas.

Com vistas ao diálogo entre normas jurídicas e a rede mundial de computadores o Marco Civil partiu de inspirações sedimentadas no texto constitucional e no conjunto de recomendações apresentadas pelo Comitê Gestor da internet no Brasil - CGI.br <sup>144</sup> - no documento *Princípios para a governança e uso da internet* (Resolução CGI.br/RES/2009/003/P).

Este comitê foi criado através do Decreto nº 4.829, de 3 de setembro de 2003, publicado no D.O.U. de 04/09/2003, Seção I, pág. 24, que estabelece, além da criação do próprio Comitê Gestor, o modelo de governança da internet.

Responsável por estabelecer diretrizes estratégicas relacionadas ao uso e desenvolvimento da internet no Brasil, coordenar e integrar todas as iniciativas de serviços, promovendo a qualidade técnica, a inovação e a disseminação dos serviços ofertados, o CGI.br baseou-se em princípios do multissetorialismo e transparência e representa um modelo de governança que se revela democrático por permitir que vozes distantes e diferentes fossem ouvidas.

Por se tratar de um órgão que estabelece as diretrizes e regras do uso da internet a própria legitimidade do Comitê é objeto de análise neste trabalho. A sua composição está prevista no art.2º <sup>145</sup> do Decreto onde se estabeleceu a constituição do Comitê, reunindo representantes da administração direta do executivo federal, do setor empresarial e das comunidades científica e tecnológica entre outros. Procurou-se buscar a composição reunindo setores diversos que pudessem contribuir para o debate sobre os assuntos a ele afetos.

---

<sup>144</sup> Mais informações em <http://www.cgi.br/>. CGI.br - Lei do Marco Civil da Internet é uma grande vitória para os brasileiros. 23 abr. 2014. Disponível em: <http://www.defesanet.com.br/cyberwar/noticia/15103/CGI-br---Lei-do-Marco-Civil-da-Internet-e-uma-grande-vitoria-para-os-brasileiros/>. Acesso em: 09 set. 2015.

<sup>145</sup> Art. 2º O CGI.br será integrado pelos seguintes membros titulares e pelos respectivos suplentes: I - um representante de cada órgão e entidade a seguir indicados: a) Ministério da Ciência e Tecnologia, que o coordenará; b) Casa Civil da Presidência da República; c) Ministério das Comunicações; d) Ministério da Defesa; e) Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior; f) Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão; g) Agência Nacional de Telecomunicações; e h) Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico; II - um representante do Fórum Nacional de Secretários Estaduais para Assuntos de Ciência e Tecnologia; III - um representante de notório saber em assuntos de Internet; IV - quatro representantes do setor empresarial; V - quatro representantes do terceiro setor; e VI - três representantes da comunidade científica e tecnológica. (BRASIL. Decreto nº 4.829, de 3 de setembro de 2003. D. O. U. Brasília, 04 set. 2003, Seção I, p. 24).

A participação popular se efetivou através da possibilidade ofertada a todos aqueles que se interessam pelo tema de serem ouvidos através da abertura de canais de comunicação criados para essa finalidade, permitindo que o debate alcançasse segmentos diferentes em objetivos e em perspectivas.

Assim, nos bastidores da elaboração da lei regulatória da internet contou-se com a participação da sociedade que utilizou das “ágoras virtuais” para a manifestação do seu pensamento, permitindo que setores diversos pudessem contribuir para a construção de uma lei que trouxesse, além da definição de conceitos e fundamentos, os anseios de uma sociedade ávida em participar da elaboração de leis que regulem direitos relacionados ao mundo digital.

Em razão da dinâmica das relações que se desenvolvem, que requer um constante repensar de antigas construções e de construções futuras, a abertura de canais de modo permanente serviria para manter a ágora sempre ativa, e por que não “viva,” ao permitir que pessoas diferentes possam se manifestar em locais diferentes.

Para fundamentar este pensamento espelha-se, mais uma vez em Dworkin, que ao refutar a concepção de democracia como regra da maioria, a caracteriza pelo respeito à diversidade, ou a mesma consideração e respeito por todos que se encontram unidos tendo em vista um projeto comum.<sup>146</sup>

As consultas públicas realizadas para tratar das questões do Marco Civil se encaixam nesta noção de participação em busca de um projeto comum, por tratar de uma das formas de participação na tomada de decisões, sejam elas *on-line* ou não, o que acaba por diferenciá-las das audiências públicas, ao permitir contribuições de opiniões enviadas à distância por um período maior, e ampliam o lapso temporal de discussão.

Para além do sentido de compreender a consulta pública *on-line* como forma de participação popular, atribui-se também o sentido de comunicação política existente entre os países que buscam lançar fóruns de discussão baseados na internet. Assim as consultas públicas são iniciativas que partem do governo com o objetivo de posterior inclusão da sociedade civil.

---

<sup>146</sup> É por isso que Dworkin várias vezes utiliza a figura de uma orquestra como analogia para explicar o que vem a ser uma comunidade democrática. Assim como uma orquestra é formada por pessoas as mais diferentes, de localidades diferentes, com línguas, tradições, culturas diferentes, mas que, no entanto, estão unidas por um projeto comum, também uma comunidade democrática apresenta as mesmas características (DWORKIN, Ronald. *Liberalismo, Constitución y Democracia*. Buenos Aires: Isla e la Luna, 2003, p. 62).

Devido à importância das considerações feitas sobre os princípios, especialmente nas análises feitas no capítulo 1 e a subsequente hermenêutica de Ronald Dworkin, revela-se importante elencar os princípios expressos pelo Comitê Gestor, que foram positivados no art. 3º da Lei nº 12.965/2014.

Relevantes para a compreensão da legislação do Marco Civil, e não menos importantes na aplicação da solução dos casos específicos, os princípios relacionados ao uso da internet, assim foram delimitados, são eles: a) Liberdade, privacidade e direitos humanos: O uso da internet deve guiar-se pelos princípios de liberdade de expressão, de privacidade do indivíduo e de respeito aos direitos humanos, reconhecendo-os como fundamentais para a preservação de uma sociedade justa e democrática. b) Governança democrática e colaborativa: A governança da internet deve ser exercida de forma transparente, multilateral e democrática, com a participação dos vários setores da sociedade, preservando e estimulando o seu caráter de criação coletiva. c) Universalidade: O acesso à internet deve ser universal para que ela seja um meio para o desenvolvimento social e humano, contribuindo para a construção de uma sociedade inclusiva e não discriminatória em benefício de todos. d) Diversidade: A diversidade cultural deve ser respeitada e preservada e sua expressão deve ser estimulada, sem a imposição de crenças, costumes ou valores.

Ao fazer uma análise comparativa entre os princípios relacionados ao Marco Civil e aqueles consagrados na Constituição Federal de 88, conclui-se pela adequação entre eles, que se convergem e dialogam para manutenção de direitos já consagrados e em busca da efetivação de novos direitos, que em razão das novas tecnologias, podem surgir.

O art.3º, parágrafo único da Lei nº 12.965/14<sup>147</sup> vai ao encontro do acima exposto, pois permite a abertura para outros princípios, inclusive aqueles previstos em tratados internacionais, propondo a integração entre os princípios do Marco Civil com os também previstos na Constituição Federal, como forma de ratificar os direitos existentes; por isso a dificuldade em apartar as disposições contidas na Constituição Federal dos fundamentos, princípios e objetivos traçados pelo marco, pois adequada é a interpretação que preze pela coerência entre eles, uma vez que

---

<sup>147</sup> Art 3º da Lei nº 12.965/14, parágrafo único: “Os princípios expressos nesta Lei não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio, relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

estabelecem princípios ligados à democracia, à política e à justiça.

Para além das construções jurídicas foram estabelecidos princípios relacionados ao avanço das ferramentas utilizadas nas plataformas, o que acaba ampliando o acesso, são eles: a) Inovação: A governança da internet deve promover a contínua evolução e ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso. b) Neutralidade da rede: Filtragem ou privilégios de tráfego devem respeitar apenas critérios técnicos e éticos, não sendo admissíveis motivos políticos, comerciais, religiosos, culturais, ou qualquer outra forma de discriminação ou favorecimento. c) Inimputabilidade da rede: O combate a ilícitos na rede deve atingir os responsáveis finais e não os meios de acesso e transporte, sempre preservando os princípios maiores de defesa da liberdade, da privacidade e do respeito aos direitos humanos. d) Funcionalidade, segurança e estabilidade: A estabilidade, a segurança e a funcionalidade globais da rede devem ser preservadas de forma ativa através de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e estímulo ao uso das boas práticas. e) Padronização e interoperabilidade: A internet deve basear-se em padrões abertos que permitam a interoperabilidade e a participação de todos em seu desenvolvimento. f) Ambiente legal e regulatório: O ambiente legal e regulatório deve preservar a dinâmica da internet como espaço de colaboração.<sup>148</sup>

De todos os princípios acima relacionados conclui-se pela convergência da utilização da internet como meio de ampliação do acesso à informação (de informar e ser informado), além de servir de instrumento de comunicação com velocidade e alcance em grandes proporções. A abrangência da informação postada nas plataformas digitais alcança, em tempo recorde, milhares de pessoas que a partir das notícias e compartilhamentos iniciam um processo de interatividade, onde a liberdade de expressar se encontra em plena expansão.

Nos anais da lei do Marco Civil a neutralidade da rede foi objeto de calorosos debates, e a sua compreensão é essencial para o objeto de estudo deste trabalho. Mas o que vem a ser a neutralidade no uso da internet? A neutralidade consiste no fato de que o acesso à internet pelo usuário pode se dar de forma livre para quaisquer fins: realizar pesquisas ou compras, estabelecer comunicações,

---

<sup>148</sup> Cf. COMITÊ GESTOR DA INTERNET - CGI.br/RES/2009/003/P – *Princípios para a Governança e Uso da Internet no Brasil*. Disponível em: <<http://www.cgi.br/regulamentacao/resolucao2009-003.htm>>. Acesso em: 09 set. 2015.

como por *e-mail*, utilizar redes sociais em geral, visualizar e postar textos, fotos e vídeos, entre outros.

Dessa forma, o tratamento deve ser tanto quanto possível isonômico, não podendo haver diferenciação em razão do uso realizado pelo internauta, sendo possível apenas serem oferecidos pacotes com valores diversos para fins de velocidade de navegação. Assim, o usuário pode usar a conexão à internet para o fim que desejar (*e-mails, blogs* etc.) sem precisar pagar valores distintos para tanto e sem estar sujeito à fiscalização do provedor.<sup>149</sup> Por tudo isso a neutralidade da rede é condição essencial para a efetivação do direito de acesso às plataformas digitais como forma de pulverizar a liberdade de expressão e de informação.

Além do princípio da neutralidade da rede evidenciou-se no Marco Civil o princípio da proteção da privacidade dos dados pessoais do usuário. Os direitos, nesse sentido, incluem a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, assim como a inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet.

A proteção da privacidade e dos dados pessoais por estar elencada também no art. 3º da Lei nº 12.965/2014, como princípio do uso da internet no Brasil, não é objeto de análise pormenorizada neste trabalho, mas devido à sua relevância, o tema é tratado incidentalmente.

Muitas das violações ocorridas no ambiente virtual se devem ao fato de os sujeitos manifestarem suas opiniões de forma a violar outros direitos também protegidos. Quando da utilização do espaço virtual a proteção jurídica que se dá à imagem das pessoas, no mundo real, é também transportada para o mundo virtual. Muitos usuários ao utilizarem as plataformas digitais esquecem que as consequências do uso da “fala” se darão no mundo real, e, por isso, deve se precaver nas publicações que envolvam direitos da personalidade.

O espaço virtual como “palco” de respeito aos bens jurídicos relacionados aos direitos da personalidade não escapou da análise do Supremo Tribunal Federal:

Conflito negativo de atribuição. Ministério Público Estadual e Ministério Público Federal. Ausência de competência do STF. Precedentes. Ação Civil originária à qual se nega seguimento. O autor relata ter promovido, em 15.08.2014, o ajuizamento de Ação Civil Pública, com pedido de medida liminar, contra Apple Computer Brasil Ltda., Google Brasil Internet Ltda, e Microsoft Informática Ltda., em razão da comercialização e ampla difusão do aplicativo para smartphones denominado “secret”, por meio do qual

---

<sup>149</sup> TEIXEIRA, Tarcisio. *Curso de direito e processo eletrônico*. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 91.

diversas pessoas estariam sendo vítimas de constrangimentos e ilícitos contra a honra, sem que possa defender-se, dado o anonimato das postagens no citado aplicativo. [...] **foram emitidas recomendações à Apple Computer Brasil e à Google Brasil, para que apenas disponibilizem em suas lojas virtuais aplicativos que obedeçam à Constituição Federal e ao Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014), quanto à vedação do anonimato e à proteção do direito à privacidade, (grifo nosso)** recomendando, também, que somente voltem a disponibilizar o aplicativo “secret” aos usuários brasileiros depois da completa adequação à legislação pátria. [...] <sup>150</sup>

Ao postar o pensamento em uma plataforma digital a mensagem alcançará repercussão e não será possível, *a priori*, apurar as suas consequências, e tampouco se terá condição de controlar aonde a informação chegará. Por isso a defesa da liberdade de expressão atrelada à responsabilidade atribuída àquele que expressou. As informações lançadas sem um “endereço certo”, no sentido de não poder definir quem será atingido, encorajam aqueles que se utilizam de uma espécie de “anonimato” para ferir outras pessoas.

Mesmo com toda a evolução da comunicação com o uso das plataformas digitais e suas repercussões no mundo do direito e, malgrado o próprio texto da lei elencar os seus fundamentos, corre-se o risco, em nome da efetiva participação e da ampliação do acesso ao mundo virtual, da existência de decisões judiciais discricionárias, carregadas de juízo de valor, lastreadas em convicções pessoais, fundamentadas em princípios criados para a solução de casos específicos, e, portanto, descomprometidos com a normatividade. (no item 3.2 deste capítulo estará sendo discutido o decisionismo judicial).

Uma das questões mais conflituosas é a responsabilidade no uso das plataformas. Decorre do texto legal que é de responsabilidade dos usuários os conteúdos por eles publicados, eximindo a responsabilidade do provedor por danos decorrentes de conteúdo publicado por terceiros, excepcionando tal responsabilidade nos casos de descumprimento de ordem judicial. <sup>151</sup>

<sup>150</sup> BRASIL. STF, ACO 2507 ES, j.06.02.2015, rel. Min. Cármen Lúcia, DJE 11.02.2015c.

<sup>151</sup> Art. 18 e Art.19 da Lei nº 12.965/2014: “O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.” Art. 19. “Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.”

O art. 19 da Lei nº 12.965/2014 revela um ponto polêmico da lei ao prever que o provedor de aplicações da 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.

Guilherme Magalhães Martins criticou o dispositivo ao dispor:

Em plena era dos meios alternativos de solução dos conflitos, como a mediação e a arbitragem, o Marco Civil judicializa questões que já se encontravam resolvidas através de outros instrumentos mais ágeis, como os termos de ajustamento de conduta (TAC).

Assim a lei impõe àquele que se sente violado em seus direitos a provocação da atuação do órgão jurisdicional para requerer a retirada do conteúdo ofensivo, além de provocar o aumento da extensão do dano, uma vez que o mesmo ficará mais tempo disponível na rede. Os meios alternativos de resolução dos conflitos poderiam ter sido previstos pelo legislador, uma vez que a legislação processual caminha para a desjudicialização de muitos institutos e a prática tem revelado de modo satisfatório essas medidas.

Antes da promulgação da lei o Superior Tribunal de Justiça entendia como sendo responsabilidade solidária por conduta omissiva o caso em que ao ser comunicado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, o provedor deveria retirar o conteúdo publicado, conforme transcrição de julgado e sua ementa:

Civil, Processo civil e Consumidor. Reclamação. Resolução 12/09 do STJ. Internet. Provedor de pesquisa virtual. Filtragem prévia das buscas. Restrição dos resultados. Não cabimento. Conteúdo público. Direito à informação. Dados ofensivos armazenados [...]. Dever, desde que fornecido o Url da página original e comprovada a remoção desta da internet. Comando judicial específico. [...] Dispositivos legais analisados: arts. 220, § 1º, da CF/88, 461, § 5º, do CPC. [...] 2. **A filtragem do conteúdo das pesquisas feitas por cada usuário não constitui atividade intrínseca ao serviço prestado pelos provedores de pesquisa virtual, de modo que não se pode reputar defeituoso o site que não exerce esse controle sobre os resultados das buscas.** 3. **Os provedores de pesquisa virtual realizam suas buscas dentro de um universo virtual, cujo acesso é público e irrestrito, ou seja, seu papel se restringe à identificação de páginas na web onde determinado dado ou informação, ainda que ilícito, estão sendo livremente veiculados.** Dessa forma, ainda que seus mecanismos de busca facilitem o acesso e a consequente divulgação de páginas cujo conteúdo seja potencialmente ilegal, fato é que essas páginas são públicas e compõem a rede mundial de computadores e, por isso, aparecem no resultado dos sites de pesquisa. 4. Os provedores de

pesquisa virtual não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página onde este estiver inserido. 5. **Não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na web, reprimir o direito da coletividade à informação.** Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de informação assegurada pelo art. 220, § 1º, da CF/88, sobretudo considerando que a Internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa. 6. Preenchidos os requisitos indispensáveis à exclusão, da web, de uma determinada página virtual, sob a alegação de veicular conteúdo ilícito ou ofensivo - notadamente a identificação do URL dessa página - a vítima carecerá de interesse de agir contra o provedor de pesquisa, por absoluta falta de utilidade da jurisdição. Se a vítima identificou, via URL, o autor do ato ilícito, não tem motivo para demandar contra aquele que apenas facilita o acesso a esse ato que, até então, se encontra publicamente disponível na rede para divulgação. 7. **Excepciona o entendimento contido nos itens anteriores o armazenamento de dados em cache. Estando uma cópia do texto ou imagem ofensivos ou ilícitos registrados na memória cache do provedor de pesquisa virtual, deve esse, uma vez ciente do fato, providenciar a exclusão preventiva, desde que seja fornecido o URL da página original, bem como comprovado que esta já foi removida da Internet. (grifo nosso)** 8. Como se trata de providência específica, a ser adotada por pessoa distinta daquela que posta o conteúdo ofensivo e envolvendo arquivo (cópia) que não se confunde com o texto ou imagem original, deve haver não apenas um pedido individualizado da parte, mas um comando judicial determinado e expresso no sentido de que a cópia em cache seja removida. [...] (STJ - Rcl: 5072 AC 2010/0218306-6, Relator: Ministro MARCO BUZZI, Data de Julgamento: 11/12/2013,S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 04/06/2014).<sup>152</sup>

A proibição da remoção de conteúdos feita pelos provedores não se furtou da apreciação do legislador, uma vez que a remoção das publicações era uma prática que se fundava em uma possível proteção aos usuários de abusos cometidos por outros usuários.

Assim os provedores poderiam retirar vídeos, áudios, imagens e textos supostamente ofensivos, o que caracterizava uma verdadeira prática de censura (o que foi tratado no capítulo 2, item 2.2), permitindo, assim, p.ex., que políticos insatisfeitos com as críticas ou uma empresa inconformada com as reclamações pudessem realizar uma espécie de monitoramento sobre as publicações, que acabam por desencadear uma espécie de cerceamento à liberdade de expressão.

Nesta inteligência, o art. 19 da Lei nº 12.965/2014 afastou do provedor a responsabilidade em fazer a seleção dos conteúdos a serem publicados; se assim o

<sup>152</sup> BRASIL. STJ - Rcl: 5072 AC 2010/0218306-6, Relator: Ministro MARCO BUZZI, Data de Julgamento: 11/12/2013,S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 04/06/2014a).. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25138018/reclamacao-rcl-5072-ac-2010-0218306-6-stj>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

fizer estará violando o princípio da liberdade de expressão, caracterizando esta conduta como censura prévia. Após a publicação da lei, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro ao apreciar matéria que envolve responsabilidade do provedor decidiu:

Responsabilidade Civil e Processual Civil. Internet. Comentário difamatório publicado em website como se fosse de autoria do autor. Notificação do provedor do site e conversão do status do comentário para anônimo. Nome do autor, entretanto, que permaneceu indicado nos resultados do Google. Notificação da empresa mantenedora do serviço virtual. Não resolução do problema. Sentença de procedência que condena a ré na obrigação de desvincular o nome do autor à Url contestada, sob pena de multa diária [...] e indenização por danos morais. [...] **No cerne da controvérsia, a ré responde perante os usuários quando notificada a filtrar conteúdo publicado por terceiros e permanece inerte. (grifo nosso)** Ônus que decorre do empreendimento. Art. 19 da lei nº 12.965/14. Falsa autoria de comentários antiéticos que abalaram a reputação profissional do autor, Advogado, junto aos seus clientes. Ofensa à honra objetiva que rende reparação moral [...]. Parcial provimento do apelo do autor e desprovimento do apelo do réu.<sup>153</sup>

Assim, se houver a notificação do provedor sobre a existência de conteúdo considerado lesivo e tendo sido deferida pelo judiciário a remoção daquele conteúdo deverá o provedor fazer a retirada sob pena de responsabilidade civil por eventuais danos.

Evidencia-se que a responsabilização do provedor deve ocorrer observadas as disposições atinentes ao devido processo legal, que deverá primar pelos direitos e garantias fundamentais, os quais avultam o contraditório e ampla defesa.

Por fim e servindo de preparação para as reflexões dos próximos itens, a regulamentação dos aspectos civis da internet evidenciou a chamada sociedade de informação<sup>154</sup>, que acaba por contribuir para a evolução da regulação, em razão de novos interesses e situações jurídicas, tanto patrimoniais quanto existenciais. Por isso para a solução dos **hard cases** não deve se ater, intrinsecamente, aos

<sup>153</sup> RIO DE JANEIRO. TJ-RJ - APL 0444566-44.2012.8.19.0001, Relator: DES. LUIZ FERNANDO RIBEIRO DE CARVALHO, Data de Julgamento: 10/12/2014, TERCEIRA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 16/12/2014b 12:23. Disponível em: <<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/159448580/apelacao-apl-4445664420128190001-rj-0444566-4420128190001>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

<sup>154</sup> A expressão sociedade de informação surgiu na Europa, na conferência internacional de 1980, onde a Comunidade Econômica Europeia reuniu estudiosos para avaliar o futuro de uma nova sociedade assim denominada, tendo em vista a regulamentação da liberdade de circulação de serviços e medidas para a implementação de acesso aos bens e serviços por parte dos Estados membros. Foi então utilizada pela primeira vez a expressão TIC-Tecnologias da Informação e comunicação (MARTINS, Guilherme Magalhães. O direito ao esquecimento na internet. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). *Direito Privado e Internet*. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 4).

paradigmas do passado, que podem ser importantes para novas construções, mas não necessariamente dependente delas.

A compreensão da regulamentação dos aspectos civis da internet passa pelos aspectos centrais do paradigma da sociedade de informação, que representam segundo Manuel Castells a sua base material. Apontam-se como características de uma sociedade de informação, segundo Castells: a) a informação é sua matéria-prima, são tecnologias para agir sobre a informação; b) todos os processos de existência individual e coletiva são diretamente moldados pelo novo meio tecnológico, é a chamada penetrabilidade dos efeitos das novas tecnologias; c) a terceira característica é a lógica de redes que se refere à crescente complexidade da interação e aos modelos imprevisíveis do desenvolvimento derivado do poder criativo dessa interação; d) a tecnologia da informação é baseada na flexibilidade onde as organizações e instituições podem ser modificadas pela reorganização dos seus componentes; e) e, por último, a crescente convergência de tecnologias específicas para um sistema altamente integrado.<sup>155</sup>

A sociedade de informação influencia comportamentos, mudando os que são chamados de usuais e criando outros, regendo novas formas de comunicação, de relacionamentos interpessoais e a própria vida social.

Por isso novos horizontes se delineiam a partir das dinâmicas frenéticas assumidas na sociedade contemporânea como consequência das possibilidades resultantes da internet e de suas ferramentas. Assim, diante do novo surge necessariamente um vazio no modo de compreender o antigo, gerando uma má circularidade da interpretação. Com isso a necessidade de desconstruir sentido para recompor novos horizontes que se delineiam com a expressão nas plataformas digitais, com o fim de buscar a adequada compreensão e restaurar a circularidade hermenêutica.

Em razão da coerência com o marco teórico deste trabalho, cabe ressaltar que Dworkin não utiliza a mesma conceitualidade da hermenêutica filosófica, como o círculo hermenêutico, assim como os efeitos da história, as pré-compreensões. No entanto, nos argumentos de Dworkin há referências a essa perspectiva hermenêutica, tanto na sua fundamentação substancial, ao tratar das convicções importantes da moralidade política na comunidade, quanto na fundamentação

---

<sup>155</sup> CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Tradução de Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2010, p. 108-109.

interpretativa do direito, como um diálogo histórico entre o intérprete e os textos jurídicos.

É esta a razão de que em algumas passagens do desenvolvimento do texto há remissões às perspectivas hermenêuticas, evidenciando que as concepções de Dworkin, em uma perspectiva hermenêutica, porém não dogmática, estão inseridas no que se denomina de pós-positivismo, que assim podem ser sintetizadas: a) uma crítica à concepção semântica do positivismo jurídico; b) uma crítica ao procedimentalismo discursivo; e c) a convicção da possibilidade empírica e do direito a respostas corretas para os casos práticos.<sup>156</sup>

Diante destas colocações e preparando para os próximos itens, às críticas feitas por Dworkin à semântica positivista serão retomadas adiante por acreditar que a “leitura” mais adequada da liberdade de expressão na era digital deve se afastar das concepções positivistas, porque nessa concepção todo o direito se reduz a uma questão semântica, e por isso a dificuldade em articular uma resposta correta do direito. Em razão de as teorias semânticas permitirem que o intérprete construa proposições verdadeiras ou falsas, como se os sentidos dos textos representassem uma questão empírica de verdade ou falsidade, acabam por contribuir para que o Juiz “boca da lei” fique preso às armadilhas da interpretação baseadas na análise da linguagem.

### 3.1 Análise crítica do Marco Civil: um novo direito como tentativa de resolver antigos e novos problemas

O direito de acesso à internet bem como à expressão nas plataformas digitais são direitos que se apresentam como sendo novos, no sentido de exercício e efetivação. Diante do novo, com os seus benefícios e mazelas, os sujeitos se apresentam como partes integrantes desse processo, mas ao mesmo tempo sentem-se indefesos em face do desconhecido.

Mesmo se reconhecendo a pluralidade de sujeitos em uma sociedade pós-moderna, com os seus diferentes modos de ser e de pensar, diante do novo e em resposta ao medo, abrem-se as possibilidades para contenções exacerbadas, que

---

<sup>156</sup> SIMIONI, 2014, p. 325.

podem cercear direitos e garantias fundamentais. Por isso exige-se cautela na definição das regras da utilização dos espaços virtuais para que não se transforme em um meio de supressão de direitos, uma vez que o “terreno” é árido, fluido e em constante transformação.

A internet se apresenta como ferramenta de transformação cultural, social que dinamiza o tráfego de informações e assegura a liberdade de expressão. Por ser um território virtual onde livremente se veiculam ideias, opiniões, debates e tudo mais que signifique plenitude de comunicação<sup>157</sup>, é objeto de análise sob o prisma do direito, uma vez que o Marco Civil introduziu princípios fundamentais vigentes, novos institutos e elementos para o pensamento jurídico.

Nos dizeres de Patrícia Peck Pinheiro:

Estamos quebrando paradigmas. As relações atuais e a manifestação de vontade que as legitima já se tornaram eletrônicas. O arquivo original não é o mais o papel, mas o dado, que deve ser guardado de modo adequado à preservação de sua autenticidade, integridade e acessibilidade, para que sirva como prova legal...<sup>158</sup>

Ampliou-se o modo de comunicação com o uso das plataformas digitais. Modificou-se o modo de receptação da informação, deixando o cidadão de ser apenas o destinatário final do processo para ser protagonista desse processo. Assim manifestou Marco Aurélio Greco:

Os avanços da tecnologia permitiram que o indivíduo, isoladamente, pudesse, ao invés de “receber” a informação como etapa final de um processo que caminha na direção do usuário, ir “buscá-la” onde melhor entender. Esta inversão instaura um processo que caminha a partir do usuário final. Isto implica modificação do centro da decisão, na medida em que pulverizam-se os atos de cumprimento das leis e é dada abertura para uma infinidade de condutas que escapam, muitas vezes, a controles jurídicos. A internet é um bom exemplo, na medida em que o poder de escolha do usuário foi multiplicado muitas vezes.<sup>159</sup>

A reflexão que norteia este trabalho requer, sistematicamente, um novo olhar sobre a construção de institutos jurídicos que possuem relação com o tema, propondo uma (re)construção que possa contribuir para a consolidação da liberdade de expressão na era digital.

---

<sup>157</sup> BRASIL. STF. ADPF 130/DF. Relator: Carlos Britto. Julgamento: 30/04/09. *DJe*-208, divulgação em 05/11/09, publicação em 06/11/09. Ement Vol-02381-01, p-00001.

<sup>158</sup> PINHEIRO, 2007, p. XXXI.

<sup>159</sup> GRECO, 2000, p. 12.

O “campo” aberto das plataformas e dos aplicativos faz da internet uma espécie de via pública onde todos têm o direito de ir e vir livremente, acessar as notícias, postagens e as redes sociais. Os usuários transitam em espaços colocados à disposição do público, que pode entrar e sair sem pedir permissão, inclusive com a possibilidade de comentar e criticar sobre aquilo que lhe sobressalta aos olhos.

O sujeito que transita nas plataformas digitais exprime uma nova forma de exercício de liberdade, que deve ser conciliada com a de igualdade, ideia defendida por Dworkin, para quem a igualdade e liberdade são o cerne do ordenamento jurídico, não podem ser relativizadas e não entram em conflito. Os sujeitos do tempo real e interativo (seja na condição de protagonistas da informação ou receptores dela) expressam o seu direito em um ambiente regulado pelo Estado. Daí a dinâmica da era digital repercutir, de maneira veloz e visceral, na sociedade informatizada, rompendo barreiras temporais e territoriais.

A liberdade e a igualdade são princípios independentes e interdependentes, que devem ser conciliados com o princípio da liberdade de expressão no Estado Democrático de Direito, onde as pessoas são consideradas parceiras de um empreendimento político comum. Não é por outro motivo que no espaço virtual o tráfego de opiniões, ideias e expressões deve se operacionalizar de modo a possibilitar a participação de todos de modo igual, sem distinções, e que os sujeitos se sintam libertos para expressar suas convicções.

Estando as pessoas em parceria em um empreendimento político comum, os argumentos de princípios, que são argumentos baseados em convicções morais da comunidade, também produzem fortes convicções para justificar uma decisão jurídica. Os argumentos de princípio são insensíveis à escolha, por isso a decisão respeita e garante os direitos individuais ou coletivos, p.ex. direitos de igualdade, consideração e respeito. Como forma de justificar o exposto, a teoria de Dworkin, ao tratar de princípios morais, integridade, resposta correta, interpretação construtiva servem, não apenas como método de construção, mas também de validação do que se defende neste trabalho.

Toda a sistemática que envolve publicações, comentários, opiniões, nas mais variadas formas de expressar só é possível devido à relação existente entre o direito e a comunicação, que interligados nas plataformas digitais, exigem um pensar para além do modo de exercê-los (exercer o direito de expressão e exercer o direito de comunicação), mas também nas consequências do exercício desses direitos. Os agentes como sujeitos

ativos e passivos da informação, ao mesmo tempo se apresentam como sujeitos da liberdade de expressão em reciprocidade, porque o mundo virtual permite formas de interação rápidas e de alcance inimaginável.

Ao propor analisar a liberdade de expressão na internet, para além da sua relevância no processo de comunicação, interação e integração, o surgimento de fatos novos, a cada dia, a cada hora, requer constantes construções de interpretação, porque tudo é rápido demais. As transformações sociais cotidianas são constantes e o direito deve dar respostas a essas modificações, e no mundo virtual são muito mais velozes, utilizando a linguagem do meio, é um “boom” de transformações, exigindo do direito novas delineações de regulação.

Para tanto a regulação deve estar alicerçada em princípios deontológicos, que mantenham o já defendido sobre a intervenção mínima do Estado, à exceção quando ocorrer violação a outros direitos fundamentais, de modo a diminuir a atuação estatal, fechando portas para os ativismos, que se propõem a estabelecer “meios de regulação”, lastreados em suas próprias convicções, como ilustrado na capítulo 2 ao noticiar a decisão judicial que bloqueou o uso do *whatsapp* em todo o país, demonstrando a fragilidade do direito, nos *hard cases*, no que se refere à expressão e tecnologias.

Em razão dos avanços da tecnologia e as subsequentes repercussões jurídicas, é preciso desvelar os limites do controle jurisdicional do espaço virtual ou do ciberespaço<sup>160</sup>, território até pouco tempo atrás desconhecido que ganhou proporções inimagináveis com o surgimento da rede mundial de computadores.

A evolução tecnológica por estar em constante transformação reflete diretamente na realidade em que vivemos. A constante necessidade de atualização vai ao encontro do grande volume de informações que chegam a cada clique no espaço virtual. Com isso novas regras de conduta, nascidas da tendência crescente de proteção da privacidade, fonte da informação e governança corporativa, trouxeram novas exigências para a regulação do espaço virtual.

Vive-se uma interdependência como não vista antes, globalizada, interativa e em rede. Uma página da internet já nasce global, com responsabilidade e obrigações dentro de um cenário complexo de normas. Trata-se de uma extensão da comunicação

---

<sup>160</sup> Ciberespaço: expressão usada em 1984 por William Gibson em “Neuromancer” para descrever o “mundo” dos computadores e a sociedade que os rodeia. Cyberpunk era protagonista de “neuromancer”, um *hacker* futurista que utiliza as mais sofisticadas técnicas em computadores para atingir os seus objetivos. Disponível em: <<http://www.ua.pt/cicua/netsurfer/nsl/az.html>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

e daí a relevância do tema proposto que é tratar da liberdade de expressão nesse espaço. Hoje, uma das formas de comunicação mais usual, e por que não a mais ágil e prática, é a utilização das ferramentas através de aplicativos de conversação onde a transmissão da palavra e as formas de interação se ampliam, construindo e reconstruindo novas relações.

Sobre a funcionalidade da internet e a possibilidade de seus regulamentos, John Hindle se manifestou:

O espírito da internet está mais para vir a ser em vez de ser, está mais para incubação em vez de cultura, está mais para uma variedade de possibilidades de regulamentos em vez de um determinado regulamento, está mais para resistência do que para força. Como essas propriedades estão enraizadas nos princípios básicos de sua arquitetura - adaptação, roteamento sem conexão; robustez, protocolos extensíveis; e dimensionamento, sistemas aninhados - elas constituem um poderoso paradigma do usuário, que é característica na informação em rede. É precisamente essa propriedade emergente da internet que é a sua força peculiar e a fonte de seu poder imaginativo.<sup>161</sup>

A liberdade de expressão nas plataformas, as responsabilidades dos usuários, as controvérsias que demandam a provocação do judiciário são institutos que, em razão da novidade, fazem do ambiente virtual campo fértil de conflitos, não só pela fluidez das relações desenvolvidas ou em razão do alcance veloz das publicações, mas pelo fato do direito a ser aplicado na solução dos casos deve buscar a adequada interpretação da lei com a Constituição Federal. Não foi outra a análise feita por Lênio Streck, ao considerar:

“[...] o processo de interpretação da Constituição tem, sim, uma série de especificidades e peculiaridades, uma vez que a Constituição - entendida como espaço garantidor das relações democráticas entre o Estado e a Sociedade e como espaço de mediação ético-política da sociedade - é o topos hermenêutico conformador de todo o processo interpretativo do restante do sistema jurídico. A especificidade de uma hermenêutica constitucional está contida tão somente no fato de que o texto constitucional (compreendendo nele as regras e os princípios) deve-se autossustentar, enquanto os demais textos normativos, de cunho infraconstitucional, devem ser interpretados em conformidade com aquele.”<sup>162</sup>

O texto constitucional é dirigente e vinculativo e todas as normas (textos) infraconstitucionais devem passar pela Constituição de modo que estejam coerentes com o previsto em seu conteúdo material. Por isso a exigência da interpretação dos

---

<sup>161</sup> HINDLE, 1997, p. 11.

<sup>162</sup> STRECK, Lênio. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Uma exploração hermenêutica da Construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2014b, p. 357-358.

textos normativos à luz da Constituição, neste ponto, ataca-se a prática constante do protagonismo judicial defendido pela corrente positivista de Hart<sup>163</sup> e Kelsen, que estabeleceu o direito com um sistema de regras, que para o objeto deste trabalho não se mostra convincente a dar as respostas corretas aos problemas surgidos em razão da liberdade no espaço virtual.

A busca por um referencial que responda as questões que naturalmente surgem em razão de novos direitos acabou por encontrar na matriz teórica de Dworkin a sua melhor compreensão. Por ter sido um jurista que acompanhou a evolução das tecnologias e suas repercussões jurídicas, esteve inserido nesse processo que modificou as formas de expressão para além das fronteiras de um país. Dworkin vivenciou novas formas de expressar; por isso a sua teoria está apta para a busca de respostas corretas, passando pela compreensão de que a interpretação é atividade coletiva, atualizada em cada momento histórico específico.

Dworkin assistiu à evolução de modos já conhecidos de expressão e à criação de novos direitos decorrentes do uso de aplicativos, smartphones, plataformas digitais. Não é por outra razão que na sua teoria encontra os caminhos para que alcance a melhor resposta que o direito possa oferecer. Opositor da teoria positivista, ele procura entender o direito como prática de interpretação comprometida com princípios e convicções morais, que transcendem os textos legais e jurisprudenciais que devem ser tratados como uma exigência de integridade e coerência. (Discutiu-se no capítulo 1, item 1.3, a teoria da integridade desenvolvida por Dworkin).

Como modo de afastar o protagonismo judicial na análise dos casos controversos que acabam por desencadear decisionismos, a regulação do espaço virtual, que interfere diretamente na liberdade de expressar, clama por uma constante revisitação e por isso a necessidade de regras claras para evitar decisões axiológicas e descomprometidas com a normatividade.

---

<sup>163</sup> Hart afirmou que “os verdadeiros fundamentos do direito não estão em costumes empíricos entre alguém que ordena e outros que obedecem, mas sim na aceitação, pela comunidade, de uma regra fundamental que ele chamou de *rulle recognition*, de regra de reconhecimento. Uma regra que atribui a pessoas ou grupos a autoridade de criar as leis. **O fundamento do direito se desloca, assim, dos costumes históricos empíricos para as convenções sociais que formalizam a aceitação da comunidade em se submeter a um sistema de regras que outorga àquelas pessoas ou grupos, o poder de criar o direito válido. (grifo nosso)** [...] o problema do positivismo é que ele reduz o direito à lei ou a textos que representam convenções políticas e mais: reduz o conteúdo desses textos a uma questão empírica de verdade ou falsidade”. (SIMIONI, 2014, p. 326).

O combate ao decisionismo judicial se torna mais veemente em razão do deslocamento do centro das decisões dos demais poderes para o poder judiciário, em razão da inércia do executivo e do legislativo no que diz respeito à implantação dos direitos fundamentais, o que não está sendo diferente do direito de expressar na internet. Para Dworkin o combate à prática do decisionismo passa pela compreensão da necessidade das “respostas corretas” no direito, na defesa da sua autonomia e do seu necessário relacionamento com a moral que lhe é cooriginária, mas da qual não depende.

Para tanto a leitura moral da Constituição (trabalhada no capítulo 1) é o primeiro passo para que se possa livrar os juízes do “protagonismo” que o positivismo com sua discricionariedade lhe atribuiu. A leitura moral da Constituição exige uma compreensão em sua materialidade, e aí se defende o acréscimo dos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, que se apresentam como princípios de “moralidade política” que devem ser tomados como um todo coerente, cuja importância só se existencializa no caso particular.

Nos entraves sobre a liberdade de expressão nas plataformas digitais, quando demandam a apreciação do judiciário, a observância aos princípios do devido processo legal se justifica em razão de o processo<sup>164</sup> ser um direito e também uma garantia fundamental, uma condição de possibilidade de participação dos interessados, concorrendo para a concretização dos seus próprios direitos, tendo como sustentação a integridade do ordenamento jurídico.

O diálogo entre as partes deve ser permitido pelos julgadores para que possam ser ouvidos os seus argumentos, ou seja, é participação democrática em que ao apresentar suas razões utilizarão argumentos de princípio e relevantes para as causas em disputa.

Assim, toda vez que estiverem em disputa conflitos que envolvam a liberdade de expressão e o uso da internet, deverá ser dada às partes a participação na construção

---

<sup>164</sup> O agir do intérprete deve estar pautado pela ideia de que no Estado Democrático de Direito o processo é uma construção compartilhada que se dá a partir da principiologia constitucional, em que o contraditório, a ampla defesa, a igualdade e o respeito à integridade do direito estejam presentes em todo o iter processual e aferido desde o dever fundamental de justificar as decisões, ao modo de uma *accountability* hermenêutica. Salta-se do protagonismo do decisor à legitimidade da decisão propriamente dita. Trata-se, *mutatis mutandis*, daquilo que Gadamer especifica como interpretação: a iluminação das condições pelas quais se compreendeu. Afinal, não se interpreta para compreender, e sim compreende-se para interpretar (STRECK, 2014b, p. 355-356).

das decisões de modo a atender à leitura moral <sup>165</sup> da Constituição a respeito do processo, garantindo isonomia, contraditório, fundamentação das decisões jurisdicionais, para construir uma resposta constitucionalmente adequada.

Se a proposta suscitada neste tópico é a análise do marco, outra reflexão acaba por aguçar a sua compreensão, uma vez que se optou, neste trabalho, por se dedicar aos aspectos civis da regulação. A sua finalidade é ser instrumento regulador de direitos civis e constitucionais no espaço virtual, tendendo a substituir a repressão e a punição (típicos de um Estado intervencionista) pela criação de uma moldura de direitos e liberdades civis, que traduzissem os princípios insculpidos na Constituição Federal para o território da internet.

Por isso a delimitação do marco nos aspectos civis vai se desenvolvendo junto à concepção do Estado mínimo e interventor, considerando que no aspecto criminal o Estado atua na esfera da mínima intervenção, e dentre as intervenções possíveis (legítimas ou não), a penal é a mais indesejável por ser a mais violenta.

O que se tem é que na modernidade o grau mínimo de intervenção é fundamentado na perspectiva do Estado liberal. Na mudança de paradigmas, do liberal individual para o social plural, a questão do intervencionismo fica mais delicada, e por isso o Estado contemporâneo se afasta cada vez mais da intervenção que só se justifica para proteger direitos fundamentais.

Do que foi exposto, com a promulgação da lei que institui o Marco Civil, no que se refere ao controle estatal nos meios de expressão, a intervenção do Estado deve ocorrer de modo excepcional. Na concepção moderna a intervenção do Estado se fundamentava na contenção da violência e na manutenção da ordem, ao passo que na contemporaneidade a intervenção do Estado se justifica para a manutenção e efetivação de direitos. A intervenção fica cada vez mais indesejável e ilegítima, como, p. ex., a intervenção através da censura, que entre outros intuitos, tem na restrição moral a maior evidência.

Há uma prevalência pelo atuar livre dos sujeitos, na forma de ser e de expressar; por isso a concepção do sujeito plural da contemporaneidade aqui é resgatada. O Estado e a sociedade passam a conviver com as diferenças, porque sujeito, liberdade e participação caminham juntos. Sem sujeitos de direitos não há liberdade, e sem liberdade não há participação.

---

<sup>165</sup> No capítulo 2, item 2.2 foram feitas considerações sobre a leitura moral da Constituição na visão de Dworkin, que não se confunde com controle moral.

Mesmo evidenciando a todo instante a participação, a internet concomitante ao interesse que ela desperta nos internautas não pode justificar condutas que extrapolam o exercício de direitos no uso das plataformas, de modo a garantir no espaço virtual relações pautadas pelo respeito aos direitos de outrem, de modo recíproco. Pensar em uma forma de controle na utilização do espaço de modo a filtrar as publicações (conforme a conveniência de alguns), estará se resgatando a censura, que além da vedação constitucional, há o aspecto abominável que ela representa.

Entre as intervenções do Estado a censura é uma forma de manifestação de interferência nos discursos buscando assim a manutenção de relações, principalmente a de poder.<sup>166</sup> As publicações censuradas são manifestações que acabam por atingir outras formas de expressão, que ameaçam a manutenção de relações sustentadas em uma ideologia já conhecida previamente, que não pode sofrer ameaças de vozes dissidentes.

Os meios de expressão, comunicação, as convicções formadas em razão daquilo se vê e ouve são formas de exteriorização do poder. Esse ponto, em que vem à mostra a noção do discurso como instância de poder, chama por Michel Foucault que teceu considerações a respeito da ordem do discurso e dos mecanismos de sua legitimação e de sua exclusão. Para tanto, o filósofo partiu da suposição de que:

em toda sociedade a produção do discurso é ao mesmo tempo controlada, selecionada, organizada e redistribuída por certo número de procedimentos que têm por função conjurar seus poderes e perigos, dominar seu acontecimento aleatório, esquivar sua pesada e temível materialidade.<sup>167</sup>

Ao mesmo tempo em que se tem a liberdade de expressão como direito e garantia fundamental, onde se defende a livre exteriorização da palavra para que as vozes sejam ouvidas nas plataformas digitais, convive-se com discursos que a todo instante se manifestam como forma de disciplinar os sujeitos a serem subservientes a um modelo já existente, em nome da manutenção de estruturas de poder que não podem ser ameaçadas.

---

<sup>166</sup> No capítulo 2 foram feitas considerações sobre os aparelhos ideológicos do Estado fundamentado na teoria desenvolvida por Louis Althusser. Os aparelhos ideológicos do Estado são realidades que se apresentam ao observador imediato sob a forma de instituições distintas e especializadas; como exemplo tem-se o aparelhamento escolar, religioso, familiar, político, entre outros.

<sup>167</sup> FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. São Paulo: Loyola, 1996, p. 9.

Não é por outra razão que a censura consiste num procedimento do Poder Público que visa a impedir a livre circulação de ideias contrárias aos interesses dos governantes, que previamente estabelece os “padrões” que devem ser seguidos, cabendo aos censores aniquilar manifestações que sejam diferentes da ideologia do Estado.

Dessa forma ultrapassada a era onde o principal foco da liberdade de expressão era de limitar o Estado-censurador, convive-se, hoje, com a censura praticada pelas próprias instituições privadas que monopolizam o acesso e constituem mecanismos para a difusão cultural pelos canais de comunicação, seja por meio físico ou pela internet vigiada e controlada.

Neste contexto se analisa a função do Estado como garantidor da liberdade de expressão, sublinhando o risco representado pela construção independente de controle estatal de redes de comunicação privadas e das regras por elas produzidas; aqui se inclui, p. ex., a internet. Por outro lado, as dificuldades de implantação de políticas públicas de proteção dentro desse espaço privado levantariam as questões dos limites de intervenção do Estado.

O diploma legal, em seu art.1º da Lei nº 12.965/2014 estabelece que um dos escopos da lei é estabelecer os princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, mas a regulamentação acabou por provocar vozes discordantes, conforme crítica de Marcelo Frullani Lopes:

As alterações legislativas trazidas pelo Marco Civil da Internet e pela emenda ao Projeto de Lei 393/2011 podem aumentar, portanto, a insegurança que envolve a questão da restrição prévia à liberdade de expressão. Um ponto tão fundamental para a democracia não deveria ficar a mercê de decisões liminares não sujeitas a recurso, ou de decisões definitivas que não podem ser apreciadas pelo órgão judiciário uniformizador da interpretação da legislação infraconstitucional no país.<sup>168</sup>

Outra voz que se levantou contra o Marco Civil da internet foi de Roberto Barricelli:

O Marco Civil da internet é um retrocesso à liberdade dos indivíduos na internet brasileira e um perigo a todo cidadão ordeiro. Explico. O projeto de Lei 2.126/2011, também conhecido como Marco Civil da Internet, provavelmente

---

<sup>168</sup> LOPES, Marcelo Frullani. *Marco Civil aumenta insegurança sobre liberdade de expressão*. Disponível em: <[www.conjur.com.br/2014-abr-29/marcelo-lobes-marco-civil-aumenta-inseguranca-liberdade-expressao](http://www.conjur.com.br/2014-abr-29/marcelo-lobes-marco-civil-aumenta-inseguranca-liberdade-expressao)>. Acesso em: 16 set. 2015.

será votado hoje, 25.03.2014, e consiste em uma afronta à liberdade de expressão e ao livre mercado.<sup>169</sup>

As vozes discordantes da publicação da lei do marco civil não podem prosperar uma vez que a falta de um marco regulatório acabaria por trazer prejuízos à sociedade e aos usuários da rede, que na falta desse regulamento vivem a ameaça real de ter a liberdade de expressão tolhida.

Ao tecer considerações sobre a importância do marco evidencia-se, novamente, que é um instrumento que necessita de um constante revisitar, e para tal é necessário se ater aos princípios que introduzem o mundo prático no direito, “fechando” a interpretação, isto é, diminuindo o espaço da discricionariedade do intérprete.

A regulamentação do ambiente digital deve levar em conta um regime sistematizado e de proteção à vida privada, ao sigilo das comunicações e aos dados pessoais. O Marco Civil da internet considera a existência desses contornos, assumindo, nesse contexto, a posição de avanço na regulamentação da tutela dos dados pessoais e na concretização legislativa de direitos fundamentais.

Como forma de mitigar a intervenção do Estado nos espaços privados de comunicação, a elaboração do Marco Civil abriu a possibilidade de criação de novas formas de participação dos cidadãos, utilizando-se da rede inclusive no desenvolvimento de projetos elaborados, de maior complexidade, que exigem rigor técnico, como o caso da regulação do espaço virtual. A participação estava condicionada à utilização dos canais disponibilizados pelo comitê gestor, através dos fóruns em que os interessados manifestaram suas opiniões.

A participação na construção das normas de regulação evidencia o caráter democrático do Marco Civil, que, além disso, apresentou, em razão da falta de uma legislação específica, um estatuto inovador, e por que não inaugural, a dar suporte para a apreciação dos litígios que ocorrem nas plataformas virtuais.

Através do Marco Civil novas legislações virão para que se aprimorem as regras já estabelecidas, criando novas, tudo em razão da dinâmica das relações virtuais que se caracterizam por serem coletivas e inacabadas, que terminam por demandar constantes interpretações.

---

<sup>169</sup> BARRICELLI, Roberto. *Marco Civil da internet, um retrocesso a liberdade de expressão no Brasil*. Disponível em: <[www.epochtimes.com.br/marco-civil-internet-retrocesso-liberdade-expressao-brasil/#.VPNoj\\_nF-VM](http://www.epochtimes.com.br/marco-civil-internet-retrocesso-liberdade-expressao-brasil/#.VPNoj_nF-VM)>. Acesso em: 16 set. 2015.

### 3.2 Marco Civil e direito de expressão: nova tensão?

Em razão de manter sempre acesa a defesa da expressão na internet e retomando o delicado tema da regulação, o Marco Civil inovou ao trazer para o espaço virtual normas reguladoras em um ambiente onde uma das maiores dificuldades está, exatamente, em compatibilizar a liberdade de expressão e a função do Estado como agente garantidor de direitos fundamentais, agente responsável pelo exercício da função jurisdicional, além da função de coerção para reprimir aqueles que atentem contra a sua própria autoridade e contra a liberdade de outros sujeitos.

Para que seja possível compatibilizar a coexistência de direitos desapegando de construções fundamentadas em ponderações ou relativizações, defende o estabelecimento de regras, que quanto mais claras forem, reduzirão a discricionariedade, e o Marco Civil, neste contexto, apresenta-se como sendo coerente aos fins que se propôs, por ser um projeto (que acabou se tornando lei) comum, onde os contornos da expressão começaram a ser delineados.

Neste contexto, o Marco Civil procurou disciplinar o uso da internet e o estabelecimento dos direitos civis, sem perder a noção de que o meio digital é dinâmico, alvo de constantes alterações em razão de avanços tecnológicos (novos equipamentos, novas estruturas, novos aplicativos); por isso cada mudança na w.w. w.<sup>170</sup> (**World Wide Web**) é avassaladora, repercutindo na esfera jurídica, exigindo do direito uma dinamicidade de interpretação e construção que até então não havia, e a demora nas respostas provoca pontos de tensão entre a liberdade e a contenção.

A lei que propôs regular o uso da internet, com os seus princípios diretivos, exige do intérprete, em razão do caráter inovador, interpretações que acompanham também essa evolução. O direito fundamental à liberdade de expressão quando da promulgação da Constituição de 1988 sofre mutação em razão da liberdade de

---

<sup>170</sup> A WWW (World Wide Web ou, simplesmente, Web) é a parte multimídia da internet; portanto, possibilita a exibição de páginas de hipertexto, ou seja, documentos que podem conter todo o tipo de informação: textos, fotos, animações, trechos de vídeo e sons e programas e, especialmente, que permite conexões entre documentos (links). Na internet a informação é colocada em documentos denominados "sites" ou páginas. Assim, a WWW é formada por milhões de "páginas", ou "sítios", ou "locais" ou "sites", que podem conter uma ou mais páginas ligadas entre si, cada qual em um endereço particular, em que as informações estão organizadas. Disponível em: <<http://www.ufpa.br/dicas/net1/int-www.htm>>. Acesso em: 16 set. 2015.

expressão nas plataformas; por isso a importância das experiências passadas para o acréscimo de futuras interpretações.

A ideia acima defendida vai ao encontro da análise feita por Dworkin ao propor a integridade na interpretação das leis, ao exigir que se pergunte ao intérprete qual a interpretação da lei que melhor revela o projeto político que a inclui e justifica. Além dessa exigência moral, a integridade supõe também que o autor das leis seja personificado na forma de uma comunidade política dotada de unidade<sup>171</sup>, que a interpretação das leis seja concebida como a continuação da decisão política do legislativo, e que por último a interpretação não seja ativista no que se refere às políticas públicas.

Para tanto a interpretação, nesta compreensão, deve ser vista como uma atividade coletiva em que cada nova geração assume o que foi feito no passado para crescer, no sentido de dar maior robustez às construções do presente. Isso é possível porque a linguagem da Constituição é uma linguagem que permite ser atualizada conforme cada momento histórico específico. O direito de expressão, no atual momento histórico, requer uma interpretação que não despreze as ágoras virtuais (que foram tratadas no capítulo 2) por permitir que os sujeitos de uma sociedade informatizada delas participem, fomentando assim o acesso à internet, além do debate sobre vários assuntos, ampliando novos modos de expressar.<sup>172</sup> Por isso a interpretação do novo direito de expressar deve se voltar para as plataformas digitais e naquilo que se discute nas ágoras.

As ágoras virtuais, como espaços de difusão da informação e incentivo à participação, revelam-se como um acréscimo ao exercício da liberdade de expressão, implicando uma re(avaliação) normativa oriunda da utilização das plataformas digitais a um novo direito de expressar, constituído por uma forma de comunicação recíproca, com possibilidades e extensão inalcançáveis.

Em razão do seu caráter inovador, e espelhando nas lições de Lênio Streck

---

<sup>171</sup> É a concepção da comunidade democrática em Dworkin. Assim como uma orquestra é formada por pessoas as mais diferentes, de localidades diferentes, com línguas, tradições, culturas diferentes, mas que, no entanto, estão unidas por um projeto comum. (Cfr. LASSALE, 1985, p. 67).

<sup>172</sup> Trazendo para o tema proposto a participação popular se realiza através da utilização dos espaços virtuais que caracterizam verdadeiras “ágoras” dos internautas que exercem a liberdade de expressar opinando, não só sobre os rumos da internet, mas também em assuntos relacionados à cultura, religião, política. Por isso a necessidade de expandir o acesso à internet como forma de ampliação, também, do exercício da cidadania e da efetivação de direitos fundamentais.

é necessário pensar em um novo constitucionalismo <sup>173</sup> que exige uma nova teoria das fontes, uma nova teoria da norma e um novo modo de compreender o direito, para que se possam fazer interpretações constitucionalmente adequadas. As respostas até então dadas aos casos que envolvem a liberdade de expressão se apresentam (na sua grande maioria) como reféns do esquema sujeito-objeto, que sustenta um modo dedutivo-subsumitivo de interpretar. <sup>174</sup>

Assim clama por um novo paradigma no Estado Democrático de Direito que proporcione a superação do direito enquanto sistema de regras, fenômeno que se torna possível a partir dos princípios insculpidos no discurso constitucional, que representam a possibilidade de resgate do mundo prático até então negado pelo positivismo. <sup>175</sup>

O marco regulatório concomitante à edição de leis que estabeleçam as regras do “jogo” virtual, sem cair nas armadilhas do controle prévio, superando o positivismo jurídico por meio do afastamento do direito como interpretação semântica de textos jurídicos, vai se desvelando para uma visão do direito como integridade em relação aos princípios de moralidade política importantes para a comunidade.

Diante destas colocações, o que se objetiva é a repulsa às decisões judiciais que utilizam de forma desenfreada os princípios como meios de discursos de correção, provocando interpretações que não se afinam com o texto constitucional, ou seja, o que se pretende é a implementação dos princípios previstos na Lei nº 12.965/2014 junto com os seus fundamentos, que devem ser aplicados às questões práticas de modo a evitar a perda da práxis, que pode ocorrer quando os discursos da realidade não representem as concepções teóricas dos seus fundamentos.

Se houver a permissão para que o intérprete atue de modo a criar um novo

---

<sup>173</sup> “O novo constitucionalismo foi se transformando em um campo extremamente fértil para o surgimento das mais diversas teorias com a pretensão de responder às complexidades exurgidas dessa fase histórica que podemos denominar de pós-positivismo (compreendida como superação e não mera derivação do positivismo). [...] os últimos anos viram florescer teses que tinham o objetivo de superar o modelo de regras, resolver o problema da incompletude das regras, solucionar os casos difíceis (não “abarcados pelas regras” [...]) (STRECK, 2014b, p. 408).

<sup>174</sup> STRECK, Lênio. *Devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz*. 2006. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2006-jan-05/devemos\\_importar\\_sim\\_doutrina](http://www.conjur.com.br/2006-jan-05/devemos_importar_sim_doutrina)>. Acesso em: 18 jan. 2016.

<sup>175</sup> Id., 2014b, p. 408.

princípio a cada caso a ser apreciado <sup>176</sup>, é um fato complicador para a própria efetivação dos direitos previstos no Marco Civil, sem olvidar que os dispositivos lá definidos podem se tornar inócuos, e cair no vazio por não cumprirem os próprios fins para os quais foram estabelecidos.

Assim, para que a liberdade de expressão seja consistente com os princípios da igualdade e liberdade entendidos em uma relação que preze pelo respeito e consideração, aqueles que se utilizam das plataformas para proferir discursos difamatórios, ou incitar práticas de racismo, ou que pretendam a subversão da ordem pública, não devem ser proibidos de fazê-los, *a priori*, devido ao princípio democrático da expressão. <sup>177</sup>

Esta construção é no sentido de que, *a priori*, os sujeitos não realizam discursos de ódio, discriminatórios, que violem os direitos da personalidade; se assim o fosse esse discurso teria que passar pelo espaço público de discussão (ágoras virtuais) e aí aquele que proferiu o discurso tem a proteção constitucional para demonstrar que o seu discurso não fere a igualdade e a liberdade.

Se comprovar que ao proferir o discurso feriu a igualdade e a liberdade das categorias alvo dos discursos, defende-se que o discurso seja proibido e aquele que o proferiu seja responsabilizado, por ter violado os princípios de consideração e respeito, que são considerados essenciais para se viver em um ambiente democrático.

Aquele que profere discursos que incitam ao ódio deverá ser responsabilizado por seu ato. Não puni-lo seria uma forma de “endossar” a sua conduta, o que acabaria por provocar certa desigualdade na parceria democrática, com o surgimento de categorias privilegiadas que possam se sentir mais livres, inclusive para dizer o que quiser.

O que a liberdade de expressão estabelece é a vedação de o Estado proibir previamente qualquer forma de expressão. Assim, a democracia (por que não dizer que é uma das bases de sustentação da própria Constituição?) não “convive” com a censura prévia, tendo em vista princípios da igualdade e liberdade.

Com a diversidade dos dispositivos móveis, como celulares e *palm*s, todos conectados, a internet deixa de ser apenas uma rede mundial de computadores, devido

---

<sup>176</sup> Remete-se ao capítulo 1 onde, na linguagem de Lênio Streck, denominou-se de panprincipiologismo a criação desenfreada de princípios desprovidos de normatividade perdendo o seu caráter deontológico.

<sup>177</sup> OMMATI, 2014a, p. 100.

ao surgimento de novos meios de expressão, ou seja, o “território” onde se efetivam as expressões torna-se “aberto demais”; por isso é campo fértil para medidas que tendem a coibir o direito fundamental de se expressar. Por isso requer a definição adequada dos conceitos, a existência de paradigmas de interpretação coerentes com o ordenamento jurídico como um todo, de modo a evitar que toda uma história de conquistas de direitos possa se perder diante do vazio subjetivo das interpretações.

Outra questão considerada um desafio para a solução dos impasses é a tensão que emerge dos problemas relacionados à delimitação da jurisdição, em razão da criação de um território virtual múltiplo.<sup>178</sup> Como instrumento de divulgação, circulação e coleta de informações, a internet, tem como uma de suas características a exclusão das fronteiras físicas e a aproximação virtual, mas ao mesmo tempo real, daquele que está conectado, de modo a permitir, por meio de sua interatividade, o acesso aos dados inseridos na rede.

A aproximação virtual decorrente da expansão de um espaço emergente provocou a manifestação de Boaventura de Souza Santos, que assim concluiu:

Na atualidade a transformação mais profunda está a ocorrer nas concepções de espaço e tempo. Todas as instituições da modernidade foram construídas na base de um espaço-tempo privilegiado [...]. Este espaço-tempo está hoje a ser desestruturado sob a pressão de um espaço-tempo emergente, global e instantâneo, o espaço-tempo electrónico, o ciber-espaço.<sup>179</sup>

Assim, ao propiciar o advento do tempo real, a revolução das técnicas de comunicação “diminuiu” a distância no mundo, tornando-o mais integrado, na medida em que abre caminho para modos inéditos de comunicação e de transmissões culturais instantâneas e permanentes entre polos distantes, levando a proximidade física dos sujeitos a ser paulatinamente substituída pelos efeitos interativos das redes tecnológicas de interligação no tempo e no espaço.<sup>180</sup>

---

<sup>178</sup> A assinatura de tratados entre os países não é suficiente por si só para resolver os problemas de jurisdição decorrentes do espaço virtual. Mesmo com a existência de tratados e estando eles em vigor, deverão estabelecer obrigações específicas para que os Estados signatários tomem providências para efetivar garantias como a da liberdade de expressão, manifestação de pensamento e garantia da neutralidade da rede. Para tanto, defende-se que os países tenham legislação específica para as relações no espaço virtual como forma de fortalecer a afirmação do direito de informação e da expressão na internet (CARVALHO, A., 2014, p. 154).

<sup>179</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. *Os tribunais e as novas tecnologias de comunicação e de informação*. Estudos de direito da comunicação. Coimbra: Ed. IJC, 2002, p. 142.

<sup>180</sup> FARIA, José Eduardo. Informação e Democracia na economia globalizada. In: SILVA JUNIOR, Ronaldo Lemos; WAISBERG, Ivo (Org.). *Comércio Eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 20.

Todas estas reflexões estão inseridas dentro de um mesmo contexto, porque não se separa direito e tecnologia, principalmente quando o assunto é regulação. A era digital influencia na formação de cidadãos que exercitam a liberdade individual com reflexo na vida coletiva em uma sociedade totalmente conectada, em que a ação de um pode surtir efeitos e consequências em cascata para os outros.<sup>181</sup> Assim, a dinâmica da era da informação exige uma mudança mais profunda na própria forma como o direito é exercido e pensado em sua prática cotidiana.

Recomenda-se a criação de regras específicas para a regulação do espaço virtual, no sentido de viabilizar a incidência das normas jurídicas no espaço virtual. O que se espera é que as leis sirvam para proteger os direitos dos cidadãos na rede, e não acabe virando mordaza nem máquina de vigilância, sob pena de ser usada para atacar os mesmos direitos que se propõe defender.

Por se tratar de uma legislação específica preocupou-se com questões principiológicas, ao estabelecer parâmetros gerais acerca de princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, além de elencar diretrizes a serem perseguidas pelo Estado. Neste aspecto a lei se revela adequada ao que está sendo discutido neste trabalho, uma vez que por ser uma lei principiológica caberá ao intérprete, para a solução dos casos difíceis, analisar os princípios estabelecidos na lei, além de considerá-los dentro de uma integridade, evitando assim decisões judiciais discrepantes sobre casos semelhantes e afastando construções jurídicas desprovidas de normatividade.

Para evitar a armadilha das decisões solipsistas o espaço virtual necessita da regulação, com o estabelecimento de regras que preservem os direitos dos usuários, proteja a liberdade de expressão, garanta a neutralidade da rede, impedindo propostas autoritárias que desafiam a natureza aberta da internet.

Isso se deve ao fato do virtual “quebrar” a moldura dos já conhecidos modos de expressar (que não ficam tão expostos à dinamicidade dos fatos que ocorrem nessa comunicação em reciprocidade), em razão da multiplicidade dos meios digitais, da extrema permeabilidade da norma reguladora, que requer do legislador, a todo instante, um acautelamento das suas disposições para garantir a não interferência de um Estado Censor ou de atitudes particulares opressoras.

---

<sup>181</sup> PINHEIRO, 2007, p. XXXIII.

Como respostas às questões apresentadas é necessária a filtragem baseada na hermenêutica de Ronald Dworkin limitadora de decisionismos e construtora da integridade que exige, do ponto de vista do presente, a decisão jurídica que possa justificar os princípios utilizados nas decisões passadas como uma história digna de ser contada, justificada por princípios.

Tal dinâmica se torna necessária como norte para todos os ramos do direito, mas especialmente no tema da regulação do espaço virtual, o novo direito em expansão é a regra, e os tradicionais meios de expressar, a exceção; por isso a necessidade de controlar é inegociável. A controloação, por sua vez, esbarra em interesses particulares, interesses que antes se limitavam às ideologias do Estado, Social e Democrático, mas que na pós-modernidade se estendem nas relações privadas, que podem vislumbrar na regulação uma forma de imposição de suas ideologias, ou de meios explícitos da retomada da censura.

## CONCLUSÃO

A problemática que envolve o direito fundamental à liberdade de expressão no uso das plataformas digitais e suas correlações incluindo a discussão sobre o controle estatal do espaço virtual e o instituto da censura foram as principais reflexões trazidas neste ensaio.

Para escolha do objeto foi necessário que se concentrasse nas repercussões jurídicas e sociais e nos aspectos civis da lei que traça as diretrizes e uso da internet no Brasil.

Evidenciou-se o caráter inovador da internet que ampliou modos de comunicação e participação dos sujeitos quando expressam suas opiniões sem interferências, recebendo e compartilhando informações livremente, promovendo a integração, a inclusão social e o rompimento das barreiras sociais e culturais.

Para além do caráter inovador, as ferramentas virtuais são utilizadas como instrumentos de ampliação democrática, permitindo a pluralidade da expressão em setores diversos, além de aumentar potencialmente a incidência de conflitos. Em razão destas constatações, novas fontes de interpretação do direito demandam construções aptas a solucionar os casos que aparentemente não conseguem ser elucidados na linha de interpretação exegético-positivista de fazer e interpretar o direito.

Um aspecto a ser considerado é a possibilidade da utilização do espaço virtual para manipular a informação promovida por sistemas autoritários que culminam por alcançar os cidadãos, visando conter reações, caso os fatos fossem divulgados. Aqui se percebe o caráter paradoxal da internet uma vez que permite a modernização da democracia (através da intensificação da participação política), e, em outro contexto, sob o fundamento de proteger a ordem pública, limita o acesso à informação.

Sempre a contextualizando no paradigma do Estado Democrático de Direito, a internet é utilizada como instrumento da liberdade de expressão de ideias, o que acaba por englobar a liberdade do pensamento, porque pensar sem poder emitir o pensamento é uma forma de contenção prévia da liberdade de expressão; por isso a defesa pela oitiva das vozes da internet como forma de exercício da liberdade da palavra, sem olvidar dos riscos da fala livre, descomprometida com a veracidade dos fatos e que fulminam outros direitos fundamentais também assegurados.

Trata-se de formas múltiplas de interação e participação que envolvem setores diversos em um ambiente onde se defende a manifestação de opiniões e palavras, sem afastar a responsabilidade decorrente das publicações.

Partindo da concepção de que o Constitucionalismo do pós-guerra representou um rompimento com as constituições liberais, o que acabou por culminar com uma intervenção do Estado nas relações sociais, onde a constituição representa o elo entre o direito e a política, a fundamentar os intervencionismos. A lei que regula o uso da internet no Brasil tem o viés constitucional, por demandar a reflexão da atuação do Estado enquanto garantidor de direitos, partindo para uma conciliação entre os modos de intervenção (em situações excepcionais) e o respeito e garantia aos direitos fundamentais.

O trabalho se estruturou de modo que os capítulos iniciais serviram para contextualizar a liberdade de expressão como direito fundamental. Para tanto foi necessário revisitar a legislação nacional e estrangeira, que se revelou essencial para a consolidação da liberdade de expressão, ressaltando a necessidade de abrir a interpretação para novos modos de expressar e para os direitos decorrentes do uso das plataformas.

Utilizando as matrizes teóricas de Ronald Dworkin e Lênio Streck, as hipóteses apresentadas puderam ser desenvolvidas abrindo-se novos horizontes de reflexão, entre elas a refutação da afirmação que os direitos fundamentais colidem e quando isso ocorre é necessário ponderá-los. Não foi por outro motivo que os princípios foram sempre evidenciados no desenvolvimento do trabalho, como forma de evitar discursos que fossem ao encontro de concepções axiológicas, evoluindo para os decisionismos.

Isto porque a sociedade busca igual consideração e respeito de todos os indivíduos, construindo um governo democrático com fundamento na ideia de que somos regidos por princípios, e não por decisões que possuem a finalidade de manutenção de estruturas de poder.

O que se tem é que igualdade, liberdade, liberdade de expressão e proibição da censura são institutos jurídicos que, adequadamente interpretados, levam a que se entenda que a ideia de integridade *do* direito e *no* direito também se encontra no ordenamento jurídico e constitucional: isso porque o substrato é a ideia de que somos governados por princípios e o que se busca é fundar uma comunidade democrática de pessoas livres e iguais, ou seja, que tenham tratamento recíproco de respeito e cordialidade.

A integridade que se defende considera o direito como sendo um projeto político para uma determinada comunidade que se vê como uma associação de homens livres e iguais, além de exigir dos aplicadores do direito uma coerência entre as decisões passadas e presentes, a partir de princípios de igualdade e liberdade.

Na articulação que existe entre o direito e a moral, os princípios atuam como mecanismos de controle do exercício do poder político do Estado, daí a relevância da leitura moral da Constituição proposta por Ronald Dworkin.

Diante destas considerações, os direitos fundamentais, inclusive o da liberdade de expressão, devem ser tratados como princípios morais, na medida em que essa é uma perspectiva teórica adequada para a concepção de garantia destes direitos como fruto das conquistas históricas.

As conquistas da liberdade de expressão, passando pelo período de repressão à exteriorização das opiniões e ideias até o movimento da redemocratização, permitem que se faça uma leitura moral da Constituição. Esta leitura moral é possível através dos princípios, e se assim não o for, os princípios perdem força normativa, servindo como mais um mecanismo de controle frente aos possíveis arbítrios do Estado na proteção do direito à liberdade de expressão.

Por isso a discussão sobre a liberdade de expressão no uso das plataformas digitais e os meios de regulação se mostra coerente com a integridade, pois permite que os resultados da produção da hermenêutica política surtam efeitos na interpretação construtiva do direito. E por tratar de informações divulgadas em rede, em razão dos próprios avanços tecnológicos, requer uma constante revisitação das interpretações, em razão da fluidez do meio onde se exercita a liberdade.

Vale reiterar que a liberdade de expressão deve ser analisada com outros direitos fundamentais, e por isso a Constituição Federal veda o anonimato com relação à livre manifestação do pensamento, pois em uma sociedade democrática, a liberdade de expressão acarreta um dever de responsabilidade com relação à manifestação emitida, na medida em que esta fira direitos fundamentais de terceiros.

Ao final do capítulo fundamentou-se em Dworkin como filtro para contenção de decisionismos que são utilizados recorrentemente na solução dos casos novos, ou dos *hard cases*, quase todos (em se tratando de expressão no espaço virtual a avalanche de fatos novos nem sempre se submete a uma regra clara de direito), por isso a abertura para os decisionismos, combatida por Dworkin.

As críticas de Dworkin às concepções positivistas não se exauriram no capítulo 1, e por isso são trazidas nos demais capítulos, contextualizando e ilustrando as novas construções desenvolvidas, como forma de sustentação do marco teórico à adequação do tema proposto.

As discussões travadas no capítulo 1 foram essenciais para o desenvolvimento do capítulo 2 que trouxe a discussão sobre os novos contornos do direito de expressão e a proibição à censura; evidenciou-se a vedação de todo e qualquer discurso realizado previamente, e é neste ponto que a Constituição brasileira de 1988 estabelece a proibição à censura prévia, sem afastar a responsabilidade dos seus autores.

Ao evidenciar a vedação de controles prévios nos discursos não está rechaçada a contenção quando ocorrer violação a direitos e garantias fundamentais. A contenção deve se dar de forma reativa, quando, p.ex., determinados grupos utilizam os meios virtuais para difundir discursos de ódio (p.ex., incitação ao racismo) ou que atentem contra outros direitos fundamentais que devam ser observados.

Isso se explica em razão de a garantia constitucional da liberdade de expressão não ser absoluta, encontra limites morais e jurídicos, que na contemporaneidade se traduz no respeito dos direitos e garantias fundamentais de outros sujeitos. Conforme se trabalhou no capítulo 2 as liberdades públicas e os direitos decorrentes dela devem ser exercidos de modo a se harmonizarem, *observados os limites definidos na própria Constituição Federal*.

A tese da ponderação, defendida por Robert Alexy, foi discutida no capítulo 2, onde os direitos fundamentais são considerados valores e por isso podem entrar em conflito (colocando-os em rota de colisão), o que acaba por transformar a atividade cognitiva do julgador em decisões discricionárias, uma vez que os princípios são considerados mandados de otimização, isto é, normas que determinam que algo deve ser efetuado no maior alcance possível, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas, assim chega-se a proporcionalidade.

O uso da proporcionalidade, pelo julgador, toda vez que os princípios entram em “rota de colisão”, requer a observância ao princípio da motivação das decisões jurisdicionais. Nesta perspectiva fundamental não é dizer o que o juiz sente ou pensa, o que acaba por demonstrar um direcionamento pessoal, o que, por todo o exposto, parece ser insipiente para a teoria da integridade do direito.

Fundamentar é explicitar a partir dos fatos reconstruídos no processo (porque aquela decisão deve ser tomada em face dos dispositivos legais existentes),

desconsiderando o modo de sentir do julgador. Assim, uma adequada fundamentação conduz à ideia de única decisão correta no direito, ou, uma decisão adequada ao modelo constitucional, sob pena de a mesma estar eivada pela inconstitucionalidade, por violar o art. 93, IX, da Constituição de 88.

Isso só será possível quando a interpretação constitucional toma por objeto tanto o seu texto quanto o que foi construído no passado, sem estabelecer que a interpretação é refém da história institucional e nem do texto interpretado. Toda interpretação envolve o desvelar de uma complexa trama que no seu capítulo (*chain novel*), leva em consideração os seus personagens, a sua perspectiva histórica, a fim de ver consolidada a integridade que preserva as decisões futuras, como adequadas à formação de novos horizontes.

Neste contexto a liberdade de acesso à informação e expressão disponível na internet envolve a questão da censura, que embora não seja diferente de outras áreas, abrange elementos novos, entre eles a dimensão global, a facilidade com que os materiais são transmitidos e recebidos e a relativa privacidade de quem os profere. Neste desiderato a regulamentação do espaço sem a interferência de um controle prévio da informação, tomando-se como balizas os fundamentos de um Estado democrático, que prima pela observância dos seus princípios e fundamentos, serve para delinear novas legislações que se propuserem a aperfeiçoar a regulação.

Neste panorama há uma nova tensão entre liberdade e contenção diante de uma sociedade que se guia por um Estado Democrático de Direito plural e social, que se funda, entre outros princípios, na liberdade de expressão; por isso é preciso utilizar-se de mecanismos adequados para limitar a contenção e preservar os direitos e garantias fundamentais.

Ao final do capítulo 2 iniciaram-se as discussões sobre o novo direito de expressão no palco virtual e sua expansão, sinalizando o que viria no capítulo 3, que fez uma análise crítica do Marco Civil. O capítulo 3 destacou a elaboração do Marco Civil e os fins aos quais foi estabelecido. A situação anterior à publicação da lei do Marco Civil era de ausência de regulamentação civil da internet no país, o que acabava por culminar em insegurança jurídica, toda vez que as questões relacionadas ao direito e à internet eram passíveis de interpretações as mais discrepantes, e, por isso, era recorrente os juízes decidirem casos semelhantes com decisões opostas.

Toda legislação que propuser tratar da regulação deve se nortear em duas questões primordiais que devem ser respondidas: a liberdade que se quer na era virtual

é para todos? Essa liberdade tem limites? Estas duas indagações refletem o “terreno fértil” em que se debruçou. A liberdade que se quer no uso das plataformas é para todos, mas o seu exercício não se dá de forma irrestrita. Quando se usa da liberdade de expressão para impedir que o outro se manifeste não estará defendendo a expressão, mas praticando opressão, investindo-se na condição de “titular” dos direitos de expressar para impedir que o outro se expresse. Neste caso onde estará a comunidade de homens livres e iguais?

Ao fazer esta construção não se está defendendo os discursos de ódio, as expressões preconceituosas e de discriminação, que tendem a inferiorizar ou a não reconhecer a liberdade, que deve ser reconhecida, inclusive, na indiferença, preservando a dignidade da coletividade e de cada um, separadamente, como expressão constitucional do direito fundamental a ser tratado, não só pelo Estado, mas também por outros sujeitos, com igual respeito e consideração.

Os influxos ideológicos provenientes de conceitos já estabelecidos, ou de imposições estabelecidas para a preservação da manutenção das estruturas de poder, inclusive dos meios de comunicação, tornam a compreensão mais delicada, para perceber que o direito de expressão não é absoluto, e como defende Lenio Streck, a liberdade de expressão implica em “exercício de tolerância”.

Além disso, se a liberdade de expressão implica também em exercício de tolerância exige do julgador a aplicação da integridade, pois o Juiz ao afirmar que determinada liberdade é fundamental deve mostrar que sua fundamentação é compatível com princípios insculpidos em precedentes e com as estruturas principais da Constituição de 88.

Ressaltou-se ao longo do trabalho que a busca pela resposta correta passa pela integridade, que se afirma horizontalmente, pois um Juiz ao utilizar um princípio para a resolução de um caso deve atribuir importância aos outros casos que decidir, uma vez que o ponto central da integridade é o princípio, não a uniformidade, porque nas lições de Dworkin, somos governados por um ideal, razão pela qual a controvérsia se encontra no “seio” da história.

Assim os postulados da igualdade e da dignidade humana não são limites externos ou internos à liberdade de expressão, mas são entendidos como condição de possibilidade do próprio exercício da liberdade de expressão e, de maneira mais abrangente, da liberdade. Por isso a liberdade de expressão é uma projeção do direito que a todos se estende, de manifestar, sem a intervenção estatal *a priori*, o

seu pensamento e suas ideologias, expondo as suas ideias e propagando suas mensagens.

Para tanto é necessário uma releitura da legislação, com o fim de revisité-la e reconstruí-la, mas principalmente prender o arbítrio e a discricionariedade do juiz diante do novo que é contínuo; por isso o excesso de *hard cases* cria o risco de vulgarizá-los, tornando-os regra, contribuindo para desvincular o magistrado do sistema que propõe a regulação, redirecionando-o para sua consciência, para a partir daí o surgimento de decisões com argumentos de política.

O social muda constantemente; de suas mudanças vem ou deveriam vir as mudanças do direito. O nosso social virtual muda mais do que o social convencional, não é um direito virtual, é o direito do virtual.

A carga ideológica, associada à contenção e à promoção de informações, suas liberdades e restrições, faz com que este trabalho tenha merecido ser objeto de produção, permitindo a abertura para novos horizontes de reflexão e aprimoramento.

## REFERÊNCIAS

ALEINIKOFF, T. Alexander. Constitutional law in the age of balancing. *Yale law journal*, New Haven, v. 96, n. 5, abr. 1987.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALTHUSSER, Louis. *Ideologia e aparelhos ideológicos do Estado*. Tradução de Joaquim José de Moura Ramos. Lisboa: Editora Presença; Martins Fontes, 1970.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Resolução 217 A (III). Paris, 10 dez. 1948.

BARRICELLI, Roberto. *Marco Civil da internet, um retrocesso à liberdade de expressão no Brasil*. Disponível em: <[www.epochtimes.com.br/marco-civil-internet-retrocesso-liberdade-expressao-brasil/#.VPNoj\\_nF-VM](http://www.epochtimes.com.br/marco-civil-internet-retrocesso-liberdade-expressao-brasil/#.VPNoj_nF-VM)>. Acesso em: 16 set. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão versus direitos de personalidade: colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: FARIAS, Cristiano Chaves (Org.). *Leituras complementares de direito civil: o direito civil-constitucional em concreto*. Salvador: Editora Juspodivm, 2009, p. 97-135.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. *Curso de Teoria do Estado e Ciência Política*. São Paulo: Saraiva, 1995.

BAUMAN, Zygmunt. *Tempos Líquidos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. Tradução de Paulo M. Oliveira. Bauru: Edipro, 2010.

BILLIER, Jean Casien; MARYIOLI, Aglaé. *História da filosofia do direito*. Tradução de Maurício de Andrade. São Paulo: Manole, 2005.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova edição, 7. reimpr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 de outubro de 1988.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1981*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm)>. Acesso em: 13 set. 2015.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm)>. Acesso em: 16 set. 2015.

\_\_\_\_\_. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm)>. Acesso em: 16 set. 2015.

\_\_\_\_\_. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm)>. Acesso em: 16 set. 2015.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)>. Acesso em: 16 set. 2015.

\_\_\_\_\_. *Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, Art. 179*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)>. Acesso em: 13 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 4.829, de 3 de setembro de 2003. *D. O. U.* Brasília, 04 set. 2003.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. *Diário Oficial da União*, 9 nov. 1992a.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. *Diário Oficial da União*, 7 jul. 1992b.

\_\_\_\_\_. *Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm)>. Acesso em: 16 09 2015.

\_\_\_\_\_. *Processo Judicial nº0017520-8.2015.8.26.0564*. Tribunal de Justiça de São Paulo, Comarca de São Bernardo do Campo-SP. A tramitação do processo, pela sua natureza, exige o segredo de justiça. 2015a. Disponível em: <<http://olhardigital.uol.com.br/noticia/whatsapp-sera-bloqueado-por-descumprir-ordem-judicial-de-julho/53778>>. Acesso em: 03 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4815/DF*. Voto da Ministra Relatora, Carmem Lúcia Antunes Rocha. 2015b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4815relatora.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2015.

\_\_\_\_\_. STF. ACO 2507 ES, j.06.02.2015, rel. Min. Cármen Lúcia, *DJE* 11.02.2015c.

\_\_\_\_\_. STF. *ADI 4815*. Voto da Ministra Relatora, Carmen Lucia Antunes Rocha. 2015d. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 10 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. STF. ADPF 130/DF. Relator: Carlos Britto. Julgamento: 30/04/09. *DJe*-208, divulgação em 05/11/09, publicação em 06/11/09. Ement Vol-02381-01,pp-00001.

\_\_\_\_\_. STJ - Rcl: 5072 AC 2010/0218306-6, Relator: Ministro MARCO BUZZI, Data de Julgamento: 11/12/2013,S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: *DJe* 04/06/2014a). Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25138018/reclamacao-rcl-5072-ac-2010-0218306-6-stj>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Brasília: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958.

CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1995.

\_\_\_\_\_; MACHADO, Jónatas E. M. Constituição e código civil brasileiro: âmbito de proteção de biografias não autorizadas. In: GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; SANTOS, Márcio Gil Tostes dos. *Constituição Brasileira de 1988*. Reflexões em comemoração ao seu 25º aniversário. Curitiba: Juruá, 2014, p. 132.

CANOTILHO, J. J. Gomes et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Editora Saraiva; Porto, Almedina, 2013.

\_\_\_\_\_; MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CARTA AFRICANA DOS DIREITOS DOS HOMENS E DOS POVOS. Aprovada pela Conferência Ministerial da Organização da Unidade Africana (OUA) em Banjul, Gâmbia, em janeiro de 1981, e adotada pela XVIII Assembleia dos Chefes de Estado e Governo da Organização da Unidade Africana (OUA) em Nairóbi, Quênia, em 27 de julho de 1981. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/africa/banjul.htm>>. Acesso em: 12 set. 2015.

CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA. Disponível em: <[http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf)>. Acesso em: 12 set. 2015.

CARVALHO, Ana Cristina Azevedo P. *Marco Civil da internet no Brasil: análise da Lei 12.965/14 e do direito de informação*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2014. v. 1.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Tradução de Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL - CGI.br. *Princípios para a Governança e Uso da Internet no Brasil*. Resolução CGI.br/RES/2009/003/P. 2009. Disponível em: <<http://www.cgi.br/regulamentacao/resolucao2009-003.htm>>. Acesso em: 09 set. 2015.

CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITO HUMANOS. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <[http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em: 11 set. 2015.

CONVENÇÃO EUROPEIA PARA OS DIREITOS DOS HOMENS. Roma 4/11/1950. Disponível em: <[http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf)>. Acesso em: 12 set. 2015.

DE LA CRUZ, Rafael Naranjo. *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la Buena Fe*. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2000.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DUARTE, Hugo Garcez. O papel exercido pelos princípios e pela argumentação jurídica no pós-positivismo frente à efetiva tutela dos direitos fundamentais. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. XV, n. 107, p. 6, dez. 2012.

DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010a.

\_\_\_\_\_. *A virtude soberana*. A teoria e a prática da igualdade. Tradução: Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: WMF, Martins Fontes, 2010b.

\_\_\_\_\_. *Liberalismo, Constitución y Democracia*. Buenos Aires: Isla e la Luna, 2003.

\_\_\_\_\_. *O Direito da Liberdade*. A leitura moral da Constituição Norte-Americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes. 2000. p. 175-216.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.).

*Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FARIA, José Eduardo. Informação e Democracia na economia globalizada. In: SILVA JUNIOR, Ronaldo Lemos; WAISBERG, Ivo (Org.). *Comércio Eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FARIAS, Edilsom Pereira. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2000.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. A internet como autonomia recíproca de acesso à informação. In: GRECO, Marco Aurelio; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Direito e internet*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 243.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. *Direitos humanos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FONSECA, Francisco César Pinto. *Mídia, poder e democracia*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcpol/n6/n6a03.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2015.

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. São Paulo: Loyola, 1996.

GIBSON, William. *Neuromancer*. 1984. Disponível em: <<http://www.ua.pt/cicua/netsurfer/nsl/az.html>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

GRECO, Marco Aurélio. *Internet e Direito*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2000.

GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. *Marco Civil da Internet*. Lei 12.965/2014. São Paulo: Ed. RT, 2014.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.

\_\_\_\_\_. *Elementos de direito constitucional da república federativa da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998.

HINDLE, John. *A internet como paradigma: fenômeno e paradoxo*. Tradutor: Luciano Videira Monteiro. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 1997.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985.

LEI do Marco Civil da Internet é uma grande vitória para os brasileiros. 23 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.defesanet.com.br/cyberwar/noticia/15103/CGI-br---Lei-do-Marco-Civil-da-Internet-e-uma-grande-vitoria-para-os-brasileiros/>>. Acesso em: 09 set. 2015.

LOPES, Marcelo Frullani. *Marco Civil aumenta insegurança sobre liberdade de expressão*. Disponível em: <[www.conjur.com.br/2014-abr-29/marcelo-lobes-marco-civil-aumenta-inseguranca-liberdade-expressao](http://www.conjur.com.br/2014-abr-29/marcelo-lobes-marco-civil-aumenta-inseguranca-liberdade-expressao)>. Acesso em: 16 set. 2015.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS, Fernando Rodrigues. Direitos Humanos Fundamentais e relações jurídicas contratuais. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 58, p. 55-74, abr./jun. 2006.

MARTINS, Guilherme Magalhães. O direito ao esquecimento na internet. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). *Direito Privado e Internet*. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 4.

MELLO, Marco Aurélio. Liberdade de expressão, dignidade humana e Estado democrático de direito. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. *Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. Florianópolis: Conceito, 2010. 232 p. (Coleção Lenio Luiz Streck).

OLIVEIRA, Frederico Lima de. *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014.

OMMATI, José Emílio Medauar. *Liberdade de Expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014a.

\_\_\_\_\_. *Uma teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014b.

O QUE É WEB 2.0? Disponível em: <<http://www.significados.com.br/web-2-0/>>. Acesso em: 25 ago. 2015.

PAESANI, Liliana Minardi. *Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2014.

PARAÍBA. TRE-PB, RP 148524 PB, j.29.09.2014, rel. José Guedes Cavalcanti Neto. *DJ* 29 set. 2014.

PEDRON, Flávio Quinaud. Esclarecimentos sobre a tese da única “resposta correta”, de Ronald Dworkin. *Revista do Conselho da Justiça Federal*, ano XIII, n. 45, abr./jun. 2009.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito Digital*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

RIO DE JANEIRO. TJ-RJ - *APL 0444566-44.2012.8.19.0001*, Relator: DES. LUIZ FERNANDO RIBEIRO DE CARVALHO, Data de Julgamento: 10/12/2014, TERCEIRA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 16/12/2014. Disponível em: <<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/159448580/apelacao-apl-4445664420128190001-rj-0444566-4420128190001>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Os tribunais e as novas tecnologias de comunicação e de informação*. Estudos de direito da comunicação. Coimbra: Ed. IJC, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

\_\_\_\_\_. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

\_\_\_\_\_. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do Positivismo Clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Ed. Juruá, 2014.

SOARES, Glaucio Ary Dillon. *Censura durante o regime autoritário*. Disponível em: <[http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs\\_00\\_10/rbcs10\\_02.htm](http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_10/rbcs10_02.htm)>. Acesso em: 16 set. 2015.

SOUSA, Rabindranath Capelo de. V. A. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *A democracia admite discursos de intolerância?* 2014a. Disponível em: <<http://ordemeliberdadebrasil.blogspot.com.br/2014/05/a-democracia-admite-discursos-de.html>>. Acesso em: 16 set. 2015.

\_\_\_\_\_. *Devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz*. 2006. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2006-jan-05/devemos\\_importar\\_sim\\_doutrina](http://www.conjur.com.br/2006-jan-05/devemos_importar_sim_doutrina)>. Acesso em: 18 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Uma exploração hermêutica da Construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2014b.

\_\_\_\_\_. *O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>>. Acesso em: 02 out. 2015.

\_\_\_\_\_. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TEIXEIRA, Tarcísio. *Curso de direito e processo eletrônico*. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

VENTURA, Adrián. *Libertad de expresión y garantías*. Buenos Aires: La Ley, 2009.

VIEIRA, José Ribas; CARVALHO, Flávia Martins de. Estado de natureza: internet ajuda na redefinição do espaço público. *Revista consultor jurídico*, 25 jun. 2011.