



DIREITO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA INTERNET COMO DIREITO FUNDAMENTAL: UM ESTUDO À LUZ DA TEORIA DE ROBERT ALEXY

THE RIGHT TO FREEDOM OF EXPRESSION ON THE INTERNET AS A FUNDAMENTAL RIGHT: A STUDY IN THE LIGHT OF ROBERT ALEXY'S THEORY

Ana Maria Lima Maciel Marques Gontijo¹
Lucimara Aparecida Silva Antunes de Oliveira²
Vinicius José Marques Gontijo³

RESUMO

Como todo ambiente de interação e convivência, na internet, as pessoas exercem a liberdade de expressão, mas como é possível a convivência livre sem infringir os direitos dos demais? Pode o gestor ou provedor de sites retirar conteúdos ao seu arbítrio? Pelo método hipotético-dedutivo, faz-se um estudo da liberdade de expressão na internet à luz da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy. Considerando-se a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e a teoria do limite dos limites, conclui-se que restrições à liberdade de expressão devem ser de ordem constitucional ou em razão dela, o que deve ser analisado no caso concreto pelo julgador que sopesará os valores envolvidos, não tendo os administradores dos sites tal legitimidade.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Liberdade de expressão. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Limite dos limites.

ABSTRACT

Like any interaction and coexistence environment, on the Internet, people exercise freedom of expression, but how is it possible to coexist freely without infringing the rights of others? Can the site manager or provider remove content at its discretion? Using the hypothetical-deductive method,

¹ Mestranda em Direito das relações econômicas e sociais – Faculdade Milton Campos, Pós-Graduada em Direito Empresarial, Graduada em Ciências Contábeis – Faculdades Milton Campos, Graduada em Ciências Biológicas – Centro Universitário Izabela Hendrix, P. Educação Física – UFMG, <http://orcid.org/0000-0002-0375-7522> Orcid: <http://lattes.cnpq.br/3212542358496462> E-mail: anamacieltgontijo@hotmail.com.

² Mestra em Direito – Faculdade Milton Campos e Membro do Grupo de Pesquisa “A tutela da supraindividualidade, e da ordem econômica, em uma perspectiva constitucionalizada da intervenção punitiva” coordenado pelo Prof. Dr. Luciano Santos Lopes. ORCID <http://orcid.org/0000-0002-4579-3994> . <http://lattes.cnpq.br/6521756431541963> Graduada em Direito e Especialista em Ciências Penais – PUC/ MG. Especialista em Processo Penal – Instituto Damásio de Jesus/Ibmec.

³ Doutor e Mestre em Direito Comercial pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor no curso de mestrado stricto sensu da Faculdade de Direito Milton Campos. Professor nos cursos de graduação e de pós-graduação lato sensu da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogado. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/4788608045823418>. Orcid: <http://orcid.org/0000-0001-7787-0520>. E-mail: vmgontijo@hotmail.com.





we study freedom of speech on the Internet in the light of Robert Alexy's Theory of Fundamental Rights. Considering the horizontal effectiveness of fundamental rights and the theory of the limit of limits, it is concluded that restrictions on freedom of expression should be constitutional or due to it, which should be analyzed in the concrete case by the judge who will weigh the values involved, and the site administrators do not have such legitimacy.

Keywords: Fundamental rights. Freedom of expression. Horizontal efficacy of fundamental rights. Limit of limits.

1 INTRODUÇÃO

O surgimento da internet revolucionou as formas de comunicação, aproximou pessoas, criou oportunidades de trabalho e alterou a participação de todos em assuntos públicos. Propiciou um ambiente aberto para refutação de ideias por pessoas que de outro modo não teriam voz. A internet democratizou o acesso às informações e os mais diversos tipos de saberes. O ambiente cibernético se tornou um espaço de discussão para todos que se propuserem a participar, ficando a cargo dos participantes do próprio ciberespaço a manutenção ou expurgo de novas ideias.

Nesse contexto, a internet foi se tornando um espaço sem regras de conduta ou princípios basilares de convivência e publicações virtuais. Os provedores de internet e os gestores dos sites passaram a estabelecer políticas próprias de avaliação dos conteúdos, fazendo com que o usuário aderisse às políticas do site para participação. Daí começaram os problemas inerentes a todas as comunidades: como conviverem livremente sem infringir os direitos dos demais? Neste trabalho, busca-se responder à seguinte indagação: pode o provedor ou gestor dos sites retirar os conteúdos dos usuários da rede sem provocação dos eventuais atingidos e sem decisão judicial?

Adotando-se o método hipotético-dedutivo, com pesquisa doutrinária, legislativa e jurisprudencial, busca-se a responder às indagações propostas, o que poderá, ainda que timidamente, auxiliar nas controvérsias a respeito do direito fundamental de liberdade de expressão no meio virtual. Objetiva-se delinear esse direito como liberdade pública e apontar para as causas legítimas de sua limitação, afastando arbítrios. Objetiva-se também demonstrar qual é a eficácia desse direito perante o Estado e perante os particulares.

Nesta breve reflexão, fazemos um estudo das normas de direitos fundamentais segundo a Teoria da Norma Jurídica de Robert Alexy, adotado como marco teórico, para resolução do conflito da liberdade de expressão do usuário no espaço virtual e o a prerrogativa dos gestores para filtragem e controle editorial dos conteúdos postados, que fornecem o espaço por livre iniciativa. Estaria o usuário brasileiro sujeito aos arbítrios ou mesmo à censura pelos provedores? Ou o indivíduo possui direito de se expressar sem ter suas ideias expurgadas da web sem apreciação judicial?

Para tanto, disserta-se brevemente sobre os direitos fundamentais, bem como sobre soluções para colisões existentes e sobre conflitos entre regras na acepção de Alexy. Em seguida, faz-se uma reflexão a respeito do direito de liberdade de expressão como direito fundamental, colacionando apontamentos sobre a teoria de John Stuart Mill sobre a liberdade de expressão que só pode ser restringida se causar danos a outrem.

No próximo tópico, discorre-se a respeito da eficácia dos direitos fundamentais em face do Estado e do particular, em especial a liberdade de expressão, as hipóteses de limites ao seu exercício e dos limites aos limites, de modo a não esvaziar seu conteúdo.





2 NORMAS JURÍDICAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os Direitos Fundamentais são objeto de estudo e indagações quanto ao seu alcance, sendo basilar para a dignidade da pessoa humana. São basilares do Estado Democrático de Direito, conferindo limitações ao poder público nas esferas particulares. São variadas as nomenclaturas para os direitos fundamentais como liberdades públicas, direitos humanos fundamentais, dentre outros. Bulos sugere o uso da expressão *liberdades públicas em sentido amplo* para os direitos fundamentais que são “o conjunto de normas constitucionais que consagram limitações jurídicas aos Poderes Públicos, projetando-se em três dimensões: civil (direitos da pessoa humana), política (direitos de participação na ordem democrática) e econômico-social (direitos econômicos e sociais) (2014, p.526)”.

As liberdades públicas possuem ainda uma finalidade instrumental, podendo ser reivindicadas ao Estado quando restringidas ou descumpridas, especialmente sua atuação positiva por meio de prestações sociais, proteção em face de outrem e tratamento isonômico.

1.1 Reflexões sobre os Direitos Fundamentais

Devido à sua importância para o homem e para o bem comum, os direitos fundamentais foram objeto de uma teoria preconizada por Robert Alexy em sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais” em que trata da natureza jurídica dos direitos fundamentais enquanto normas que compreendem princípios e regras, propondo parâmetros para resolução de colisões entre princípios e conflito entre regras, ensinando que

Para a teoria dos direitos fundamentais, a mais importante delas é a distinção entre regras e princípios. Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico (ALEXY, 2015, p.85).

O desenvolvimento de uma teoria sobre os direitos fundamentais como dogmática busca fornecer fundamentos racionais para aplicação do direito em matéria de direitos fundamentais, concedendo segurança jurídica e a busca de soluções consistentes para conflitos de ordem constitucional.

A dogmática dos direitos fundamentais, enquanto disciplina prática, visa, em última instância, a uma fundamentação racional de juízos concretos de dever-ser no âmbito dos direitos fundamentais. A racionalidade da fundamentação exige que o percurso entre as disposições de direitos fundamentais e os juízos de dever-ser seja acessível, na maior medida possível, a controles intersubjetivos (ALEXY, 2015,p.43).

Nas lições de Robert Alexy, verifica-se a preocupação do autor em descrever a estrutura dos direitos fundamentais, de modo a aplicá-los efetivamente e de forma fundamentada, afastando o arbítrio do julgador. Para isso, parte do conceito de normas de direitos fundamentais que se subdividem em princípios e regras, ensinando que

Existem duas construções de direitos fundamentais, fundamentalmente, distintas: uma estreita e rigorosa e uma larga e ampla. A primeira pode ser denominada "construção de



regras", a segunda, "construção de princípios". Ambas essas construções em parte alguma estão realizadas puramente. Elas representam, contudo, tendências fundamentais diferentes e a questão, qual delas é a melhor, é uma questão central da interpretação de cada constituição, que conhece direitos fundamentais e uma jurisdição constitucional. (ALEXY, 2011, p.105)

O autor dedica considerável parte de seu trabalho a explicar a norma jurídica, no caso, normas de direitos fundamentais. Uma vez que se compreende a natureza da norma que se aplica, o julgador poderá exercer a jurisdição de forma mais fundamentada, com o exercício da ponderação entre princípios e aplicação de uma regra em detrimento de outra.

No presente trabalho em que se examina a liberdade de expressão na internet, importante dissertar sobre a internet como direito fundamental e como espaço democrático em que os direitos fundamentais não podem ser afastados. Isso porque o espaço virtual é como uma ampliação do ambiente em que a pessoa é utilizada para se expressar e interagir, bem como para se informar e adquirir conhecimentos. É um espaço em que todos podem produzir, consumir e interagir com conteúdos diversos. Pode-se dizer que a internet é (ou deve ser) um espaço democrático.

1.2 Colisão entre Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais podem se apresentar como princípios que podem e são aplicados como normas concretamente, concedendo direitos e como preceitos de dever-ser, independentes de uma regra correspondente. A Teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy confere autonomia aos princípios que até então eram subsídios para as regras, eram razões de aplicação, mas não possuíam caráter normativo. Por um princípio, podem-se verificar preceitos de dever-ser mandamentais ou mesmo proibitivos. Estes podem se apresentar também como regras de ordem constitucional, mas que estão sujeitas a aplicação tal como foram propostas. Para o autor,

Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas (2015, p.87).

O estudo dos princípios é extenso e complexo, tendo sido objeto de reflexão por vários teóricos. Pode ser concebido como razões para as regras ou como norma a ser aplicada pelo operador do Direito. Os princípios em Alexy são espécies de normas com conteúdo abstrato, perfazendo-se em mandamentos de otimização, ensinado que

princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas (2015, p.90)

Há o entendimento segundo o qual, embora sejam normas de espécies diferentes, não há como conceber uma regra dissociada do princípio que a sustenta. “O princípio só se ‘realiza’ a partir de uma regra. Não há princípio sem (alg) regra. Por trás de uma regra, necessariamente





DIREITO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA INTERNET COMO DIREITO FUNDAMENTAL: UM ESTUDO À LUZ DA TEORIA DE ROBERT ALEXY

haverá um princípio (STRECK, 2017, p. 244)”. A Crítica Hermenêutica do Direito de Lênio Streck (2017) traz-nos o entendimento de que os as regras são interpretadas à luz dos princípios que as instituíram, sendo indissociáveis. Entretanto, adverte que “ cabe registrar que esses elementos que permeiam o conceito de princípios constitucionais, embora projetem maior luz para o fenômeno da decisão judicial, não podem ser tidos como permissivas para a livre criação jurisprudencial do Direito (STRECK, 2017, p. 242). Disserta ainda o autor sobre a normatividade dos princípios, dando subsídios ao julgador para aplicação adequada do direito. Para Steck, isso se dá porque

em Dworking, a normatividade assumida pelos princípios possibilita um “fechamento interpretativo” próprio da blindagem hermenêutica contra discricionismos judiciais. Essa normatividade não é oriunda de uma operação semântica ficcional, como observamos na teoria dos princípios de Alexy. Ao contrário, ela tira seu conteúdo normativo de uma convivência intersubjetiva que emana dos vínculos existentes na moralidade política da comunidade (2017, p.242 e 243).

Para os fins desta breve reflexão sobre o direito fundamental de liberdade de expressão, filiamo-nos à Teoria dos Direitos Fundamentais preconizada por Alexy, segundo a qual princípios são espécies de normas jurídicas sujeitas a colisões, caso em que deverão ser ponderados no caso concreto. Assim,

Se dois princípios colidem - o que ocorre ,por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cede nem 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 (ALEXY, 2015, p. 94)

A resolução de litígios que envolvam liberdades públicas deverá se dar levando-se em conta a natureza do direito fundamental em questão, analisando se este possui regramento exaustivo ou se trata de mandamento de otimização. No caso em que um princípio colide com outros de não menos importância, o julgador sopesará os valores e os princípios garantidores do direito afetado em face de outro sem que se afaste um em detrimento do outro ou que se crie para o caso uma regra de exceção. Sobre conflitos entre princípios, vale transcrever escrito de Habermas para quem

no conflito entre princípios, não se faz necessária uma decisão do tipo “tudo ou nada”. É certo que um determinado princípio goza de primazia, porém não a ponto de anular a validade dos princípios que cedem o lugar. Um princípio passa à frente do outro, conforme o caso a ser decidido. No desenrolar dos casos, estabelece-se entre os princípios uma ordem transitiva, sem que isso arranhe sua validade (HABERMAS, 2003, p.259).

Os Direitos Fundamentais podem ainda ser normas com conteúdo de regras. A Teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy não propõe uma hierarquia entre regras e princípios. Esta propõe que, dada a especificidade das regras, estas possuem outra forma de tratamento. Não há hipótese de ponderação para o aplicador, devendo ser aplicada tal como preceitua ou afastada pela sua invalidade, ensinando que o autor que

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é urna distinção qualitativa, e não urna distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.(2015, p. 91).





Em se tratando de conflito entre regras de direitos fundamentais, a solução da teoria para conflitos é a aplicação de uma em detrimento da outra, quer seja por uma regra de exclusão, quer seja pela declaração de sua invalidade. “Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida. (ALEXY, 2015.pág. 92). Em se tratando de norma para a qual não haja regra excludente, o aplicador do Direito deve lançar mão da análise da superioridade, anterioridade e especialidade e demais formas de aplicações tradicionais.

A constatação de que pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida quando uma cláusula de exceção não é possível em um conflito entre regras nada diz sobre qual das regras deverá ser tratada dessa forma. Esse problema pode ser solucionado por meio de regras como *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*, mas é também possível proceder de acordo com a importância de cada regra em conflito. O fundamental é: a decisão é uma decisão sobre validade. (ALEXY, 2015 p.93)

Os Direitos Fundamentais não são absolutos conforme se dissertou até aqui, eis que podem ser restringidos pela própria Constituição ou em razão dela. A Lei Maior dispõe sobre casos em que o direito não pode ser exigido, dado que o fato se deu em situação não abarcada pela norma. Assim, como liberdades públicas oponíveis pelo particular em face do Estado, só podem ser restringidas pela própria Constituição ou por lei promulgada por mandamento e fundamento Constitucional.

Se se considerar como restritiva a cláusula que obsta à concretização de um princípio de direito fundamental, então se tem de admitir que, do prisma ontológico, tanto as restrições estabelecidas pelo legislador com respaldo expresso na Constituição quanto as limitações decorrentes diretamente do texto constitucional devem ser consideradas como cláusulas de restrição de direitos (MENDES, 2015, n.p.).

Consideram-se restrições legais aquelas limitações que o legislador impõe a determinados direitos individuais respaldadas em expressa autorização constitucional. Os diversos sistemas constitucionais preveem diferentes modalidades de limitação ou restrição dos direitos individuais, levando em conta a experiência histórica e tendo em vista considerações de índole sociológica ou cultural. Assim, um direito fundamental não pode ser afastado, somente pode dar lugar, no caso concreto, a outro de igual status por meio da ponderação.

Para Alexy, a ponderação realiza-se em três planos. No primeiro, há de se definir a intensidade da intervenção. No segundo, trata-se de saber a importância dos fundamentos justificadores da intervenção. No terceiro plano, então se realiza a ponderação em sentido específico e estrito. Alexy enfatiza que o postulado da proporcionalidade em sentido estrito pode ser formulado como uma “lei de ponderação” segundo a qual, “quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, mais significativos ou relevantes não de ser os fundamentos justificadores dessa intervenção (MENDES, 2015, n.p)

Entendidos os princípios como espécies de normas de direitos fundamentais e como os parâmetros para resolução de colisões e para resolução de conflitos entre regras, passa-se a dissertar brevemente sobre uma espécie de direito fundamental: a Liberdade de Expressão na internet. O dito até aqui serve-nos de parâmetros objetivos para solução de colisão desse direito com outros e de hipóteses em que podem ser limitados.



3 DIREITO FUNDAMENTAL DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A Constituição da República de 1988 trouxe um catálogo extenso de direitos fundamentais, visto que a grande preocupação à época, logo após o regime militar, era limitar o poder do Estado em face do cidadão. Dentre os direitos fundamentais, trataremos aqui do Direito de Liberdade de Expressão que será considerada como gênero que abarca a liberdade de opinião.

Dispõe a Constituição, em seu Art. 5º, dentre os Direitos e Garantias Fundamentais o da Liberdade de Expressão que

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

É pacífico que os direitos fundamentais não estão restritos ao rol do Art. 5º, tendo seu § 2º consagrado o “princípio da não tipicidade constitucional, isto é, as liberdades públicas logram uma abertura material, sendo enunciadas a título exemplificativo, e não taxativo (BULOS, 2014, p.717). Assim, sobre o direito fundamental da liberdade de expressão, ainda dispõe a Carta Suprema que

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 (BRASIL,1988).

Percebe-se que a Constituição cuidou de assegurar o exercício da liberdade de expressão que só pode ser mitigada por expressa disposição constitucional ou por Lei criada com permissivo da Lei Maior.

Sem dúvida, o estabelecimento de reservas legais impede a multiplicação de conflitos entre direitos individuais diversos. Não se deve olvidar, no entanto, que a técnica que exige expressa autorização constitucional para intervenção legislativa no âmbito de proteção dos direitos individuais traduz, também, uma preocupação de segurança jurídica, que impede o estabelecimento de restrições arbitrárias ou aleatórias.(MENDES, 2015, n.p)

Para se verificar o alcance da Liberdade de Expressão e em quais casos pode ser mitigada, passa-se a uma breve explanação sobre seu conceito e alcance.

3.1 Sobre a Liberdade de Expressão

Em se tratando de liberdades, importante é a concepção segundo o teórico John Stuart Mill, seu grande defensor. Para o autor, qualquer tentativa de silenciar o indivíduo não possui legitimidade, exceto se o que foi dito causar danos a terceiros. Ele defende a liberdade de se dizer qualquer coisa, emitir qualquer opinião, caso em que o que foi dito será submetido ao debate que



será determinante para seu destino. Para melhor ilustrar a concepção de liberdade de expressão segundo Mill, oportuna é a transcrição do trecho de sua obra *Sobre a Liberdade*:

Se todos os seres humanos, menos um, tivessem uma opinião, e apenas uma pessoa tivesse a opinião contrária, os restantes seres humanos teriam tanta justificação para silenciar essa pessoa como essa pessoa teria justificação para silenciar os restantes seres humanos, se tivesse poder para tal. Caso uma opinião constituísse um bem pessoal sem qualquer valor exceto para quem a tem, e se ser impedido de usufruir desse bem constituísse apenas um dano privado, faria alguma diferença se o dano estava a ser infligido apenas sobre algumas pessoas, ou sobre muitas. Mas o mal particular em silenciar a expressão de uma opinião é que constitui um roubo à humanidade; à posteridade, bem como à geração atual; àqueles que discordam da opinião, mais ainda do que àqueles que a sustentam. Se a opinião for correta, ficarão privados da oportunidade de trocar erro por verdade; se estiver errada, perdem uma impressão mais clara e viva da verdade, produzida pela sua confrontação com o erro — o que constitui um benefício quase igualmente grande (MILL, 2019, p.30).

Para Mill, todo argumento ou opinião, ainda que equivocados, tem a utilidade de submeter o pensamento dominante ao debate, trazendo à tona a verdade. Caso esteja correto ou, em estando errado, fez com que os argumentos em favor da opinião dominante fossem expressados, fortalecendo o argumento confrontado.

A negação a uma expressão de dada opinião traz indícios de que seja verdadeira, segundo Mill (2019). Já que não pode ser exposta ao debate, a ideia é em si frágil, razão pela qual se mantém unicamente pelos argumentos de autoridade e pela negação e censura de opiniões contrárias.

A discussão sobre liberdade de expressão ganhou contornos significativos em se tratando de opiniões expressas em sites, blogs e redes sociais. Segundo o Marco Civil da Internet, Lei 12.965/2014, o provedor de internet, os gestores de redes sociais e aplicativos só respondem pelo que seus usuários publicam se, após notificados judicialmente, não retiram o conteúdo lesivo. O STF afetou o tema com repercussão geral (Tema 987), ficando assim estabelecido:

Discussão sobre a constitucionalidade do art. 19 da Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) que determina a necessidade de prévia e específica ordem judicial de exclusão de conteúdo para a responsabilização civil de provedor de internet, websites e gestores de aplicativos de redes sociais por danos decorrentes de atos ilícitos praticados por terceiros. Ementa: Direito Constitucional. Proteção aos direitos da personalidade. Liberdade de expressão e de manifestação. Violação dos arts. 5º, incisos IV, IX, XIV; e 220, caput, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal. Prática de ato ilícito por terceiro. Dever de fiscalização e de exclusão de conteúdo pelo prestador de serviços. Reserva de jurisdição. Responsabilidade civil de provedor de internet, websites e gestores de aplicativos de redes sociais. Constitucionalidade ou não do art. 19 do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14) e possibilidade de se condicionar a retirada de perfil falso ou tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente somente após ordem judicial específica. Repercussão geral reconhecida. (STF, Tema nº 987, RE 1037396 RG, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI. Julgamento: 01/03/2018 Órgão Julgador: Tribunal Pleno - meio eletrônico, julgado em 01/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-063 DIVULG 03-04-2018 PUBLIC04-04-2018).

Percebe-se que pela decisão proferida no caso em repercussão geral a liberdade prevalece, reafirmando-se que a responsabilidade dos gestores de redes e provedores só se dá se não retiram em tempo publicações em que tenha sido proferida ordem judicial de exclusão. Entretanto, a situação reversa tem sido alvo de discussões. Os provedores e gestores que só são





responsabilizados se não cumprem ordem judicial de exclusão, têm se antecipado aos eventuais ofendidos ou agindo em interesse próprio e retirando deliberadamente conteúdos da internet com base nas políticas do site ou rede social, sem respaldo legal.

A Constituição não condiciona o exercício da liberdade de expressão a licença prévia, não podendo ser censurada (Art. 5º, IX, CR), Entende-se por censura o “o expediente contrário ao regime das liberdades públicas. Reveste-se numa ordem, num comando, proveniente do detentor do poder, o qual deseja impedir a circulação de ideias e ideais que se entrechocam com dogmas imutáveis (BULOS, 2014, p. 579)”. A licença é o pedido de permissão ao Estado para expressão de pensamentos e ideias. O Estado e tampouco o particular pode restringir a livre manifestação de pensamento e opinião.

3.2 Eficácia do Direito de Liberdade de Expressão

Os Direitos Fundamentais são oponíveis contra o Estado que deverá garantir seu exercício, vinculando os setores públicos. Em uma visão liberal, tem-se a concepção de que são direitos de defesa do indivíduo contra abusos do poder estatal, tratando-se de uma proteção ao plano particular. Essa concepção de direito como defesa não abarca direitos fundamentais prestacionais, cuja aplicabilidade é específica, não sendo exigíveis de pronto pelo indivíduo. Trata-se de direitos fundamentais limitadores dos poderes Estatais. No caso em tela, a liberdade de expressão, deve o Estado se abster de controlar a do indivíduo de se expressar, fazendo com que seu exercício seja pleno e otimizado na medida do possível quando colidente com outros direitos fundamentais.

A Constituição em seu §1º do Art. 5º esclarece que as normas de direitos e garantias fundamentais possuem eficácia imediata. Conforme ensina Ingo Sartlet, ao tratar da eficácia imediata dos direitos fundamentais, essas normas têm conteúdo principiológico, como mandatos de otimização. Para o autor,

o postulado da aplicabilidade imediata não poderá resolver-se, a exemplo do que ocorre com as regras jurídicas (e nisto reside uma de suas diferenças essenciais relativamente às normas-princípios), de acordo com a lógica do tudo ou nada, razão pela qual o seu alcance (isto é, o quantum em aplicabilidade e eficácia) dependerá do exame da hipótese em concreto, isto é, da norma de direito fundamental em pauta (2009, p.270 e 271).

Há casos em que a postura negativa do Estado não é suficiente para tutelar um direito fundamental, hipóteses em que o Estado deverá garantir seu exercício quando mitigados nas relações privadas. Nesse caso, esses direitos podem também ser opostos contra particulares quando estes o inviabilizam no caso concreto. Fala-se na eficácia horizontal dos direitos fundamentais, dentre outras nomenclaturas como eficácia privada ou externa. Há direitos com fácil percepção de aplicação entre particulares. Toma-se como exemplo os previstos no Art. 5º, IV e V que preveem o direito à indenização por danos causados pelo exercício abusivo da liberdade de expressão, bem como o direito de resposta. Uma vez que a pessoa é livre para se expressar, é também responsável pelas consequências em face do Estado e em face do ofendido cujo dano deverá ser reparado pelo ofensor.

Nas relações privadas, assim como nas relações do indivíduo com o Estado, há situações de desigualdade de condições entre os envolvidos, quer seja pelo poder econômico ou social. Conforme ensina Ingo Sarlet, existem certas discrepâncias entre os envolvidos em relações privadas em que direitos fundamentais são mitigados, ensinando o autor que



também na esfera privada ocorrem situações de desigualdades geradas pelo exercício de um maior ou menor poder social, razão pela qual não podem ser toleradas discriminações ou agressões à liberdade individual que atentem contra o conteúdo em dignidade da pessoa humana dos direitos fundamentais, zelando-se, de qualquer modo pelo equilíbrio entre valores e os princípios da autonomia privada e da liberdade negocial e geral que, por sua vez, não podem ser completamente destruídos (SARLET, 2009, p. 379).

Isso nos leva à reflexão da sujeição de um particular em face de outro no exercício da liberdade de expressão. A título ilustrativo, têm-se o caso da suspensão de contas em redes sociais por iniciativa de seus gestores sem apreciação judicial, em clara afronta à liberdade de expressão e em desacordo com o ordenamento jurídico brasileiro que possui previsão expressa sobre liberdade de expressão na internet na Lei 12.965 de 2014:

Art. 8º A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet. Parágrafo único. São nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que violem o disposto no caput, tais como aquelas que: I - impliquem ofensa à inviolabilidade e ao sigilo das comunicações privadas, pela internet; ou II - em contrato de adesão, não ofereçam como alternativa ao contratante a adoção do foro brasileiro para solução de controvérsias decorrentes de serviços prestados no Brasil (BRASIL, 2014).

Conforme regulamentação nacional da internet, não há disciplina para o provedor ou gestor de privilegiar a liberdade de expressão, ficando ao seu arbítrio mensurar o que vem a ser contra as políticas do site. O usuário que tem acesso ao judiciário para fazer valer sua liberdade de expressão contra o Estado não pode fazer o mesmo em relação ao particular gestor de sites da internet, considerando que este possui a prerrogativa de julgar o que é permitido e o que é proibido de ser publicado pelos usuários. Por isso é fundamental a aplicação dos direitos fundamentais perante os particulares. Nesse sentido, importante citar o posicionamento de Robert Alexy que reconhece a eficácia horizontal dos direitos fundamentais ensinando que

fazem parte dos direitos dos indivíduos em face do legislador, dentre outros, os direitos a proteção contra outros cidadãos e a determinados conteúdos da ordem jurídico-civil. Isso demonstra que as normas de direitos fundamentais também têm influência na relação cidadão/cidadão (ALEXY, 2015, p.524).

Fala-se ainda em eficácia mediata ou imediata dos direitos fundamentais entre particulares. Dá-se de forma mediata quando se aplica uma lei que realiza um direito fundamental, caso em que a parte a invoca para concretizar seu direito. Tratando-se de eficácia imediata, aplica-se a norma constitucional de direito fundamental no caso concreto como fundamento da aplicação ou afastamento de uma lei aplicável. A aplicação de normas de direitos fundamentais não deve estar dissociada da norma específica, estando o julgador a ela vinculado, bem como à dogmática e aos precedentes. “Se ele quiser se afastar disso, em virtude de princípios de direitos fundamentais, ele tem que assumir o ônus argumentativo” (ALEXY, 2015, p.541). Sua aplicação imediata a par ou na ausência da lei, como discorre Sarlet, deve se dar com cautela, explicando o autor que

a crítica de que se está a deslocar pra o Judiciário a decisão final sobre a ponderação dos direitos esgrimidos entre os sujeitos privados, ainda mais quando se está a invocar valores mais ou menos abstratos e sujeitos às mais variadas interpretações, o que, no nosso



entender, não impede uma eficácia direta (ainda mais no sentido de eficácia direta prima facie), mas impõe cautela redobrada no seu manejo (2009, p. 383).

Com o advento da internet e das redes sociais e a possibilidade de qualquer pessoa se expressar publicamente, a discussão sobre eficácia horizontal dos direitos fundamentais torna-se necessária. Isso porque, a despeito de se tratar de contrato de cunho privado entre o usuário e a rede social em questão, percebe-se que direitos fundamentais têm sido impedidos pelo particular que detém o poderio tecnológico, social e econômico, dando destaque ao que lhe favorece e muitas vezes impedindo expressões contrárias. A liberdade de imprensa voltou a ser alvo de verdadeiras censuras, havendo casos que são levados cotidianamente ao Judiciário que deve decidir entre liberdade de expressão e direito à informação bem como sobre potencial ofensa aos eventualmente atingidos.

Tecidos comentários sobre as normas de direitos fundamentais e sobre liberdade de expressão, para alcance dos objetivos do presente trabalho, passa-se a uma breve análise sobre os seus limites.

4 LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Como os demais direitos fundamentais, a liberdade de expressão não é absoluta. Em caso de colisão com outra liberdade pública, deve o julgador exercer o juízo de ponderação para dar maior efetividade a um direito no caso concreto, sem declaração de invalidade do outro, nos termos da Teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy, base teórica do presente escrito.

Nesta parte deste trabalho, dissertamos sobre os limites à liberdade de expressão, limites a estes limites e sobre a colisão da liberdade de expressão com outros direitos fundamentais.

4.1 Formas de Limitações à Liberdade de Expressão

A internet é um espaço público onde deve prevalecer a igualdade e liberdade de expressão. Enquanto os demais meios de comunicação tinham certo controle editorial, com a internet esse controle passou a ser posteriormente, fazendo com que estas tivessem seus efeitos bons ou ruins imediatamente. “Políticas de moderação mais ou menos liberais são implementadas para permitir aos responsáveis pelo site retificar ou suprimir a posteriori as colocações que não respondem ao seu caráter editorial (CARDON, 2012, p. 36)”. Entretanto, a escolha do que poderia permanecer ou não na rede estaria sujeita à arbitrariedade do gestor.

Para que o direito à liberdade de expressão no ciberespaço não seja esvaziada, como direito fundamental, seus limites devem ser de ordem constitucional ou em razão dela. Conforme lição de Alexy, “uma norma somente pode ser uma restrição a um direito fundamental se ela for compatível com a Constituição (2011, p.281)”. As restrições podem ser diretamente da Constituição ou infraconstitucionais, sendo implementadas por permissão ou autorização da Lei Maior.

Restrições a direitos fundamentais são, portanto, ou normas de hierarquia constitucional ou normas infraconstitucionais, cuja criação é autorizada por normas constitucionais. As restrições de hierarquia constitucional são restrições diretamente constitucionais, e as restrições infraconstitucionais são restrições indiretamente constitucionais (ALEXY, 2011, p. 286).

Conforme o autor, as restrições podem ser direta ou indiretamente constitucionais. As indiretas se apresentam como cláusulas de reservas em que o legislador é autorizado a criar leis de



restrição indireta, enquanto as diretas se apresentam por cláusulas restritivas dispostas no texto constitucional. A Lei maior prevê como limitações ou cláusulas restritivas a vedação ao anonimato, o direito de resposta e a responsabilização pelos danos causados, ao mesmo tempo em que veda a censura. A liberdade pública sob comento possui regramento específico na Constituição e, partindo-se da possibilidade da sua eficácia perante particulares, pode-se inferir que aquilo que o poder público não pode fazer (restrição a direitos fundamentais sem autorização da Constituição), tampouco o particular poderia. O particular não pode restringir direitos sem autorização legal ou constitucional.

A liberdade de expressão, além de seu conteúdo principiológico, possui ainda regramento de ordem constitucional, como dito acima, devendo qualquer limitação ser exaustivamente fundamentada.

Os direitos individuais enquanto direitos de hierarquia constitucional somente podem ser limitados por expressa disposição constitucional (*restrição imediata*) ou mediante lei ordinária promulgada com fundamento imediato na própria Constituição (*restrição mediata*). (MENDES, 2015, n.p.)

Para se delimitar o alcance e eficácia de um direito fundamental, é essencial se estabelecer ou reconhecer em que medida podem ser restringidos ou mesmo eliminados em certa situação. Em vista disso, os limites aos direitos fundamentais

podem, numa primeira aproximação e de acordo com a fórmula de Jorge Reis Novais, ser definidos como ações ou omissões dos poderes públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário) ou de particulares que dificultem, reduzam ou eliminem o acesso ao bem jurídico protegido, afetando o seu exercício (aspecto subjetivo) e/ou diminuindo deveres estatais de garantia e promoção (aspecto objetivo) que resultem dos direitos fundamentais (SARLET, 2009, p.387).

Os limites à liberdade de expressão, além dos direta ou indiretamente constitucionais, são também aqueles que constituem outros direitos fundamentais. Assim, publicações de cunho racista, preconceituoso, que venha a incitar violência ou com conteúdo falso – as *fake news* – não estão abarcados pela liberdade de expressão por ferirem outros direitos fundamentais, o que deverá ser demonstrado mediante contraditório e ampla defesa. Ofensas à honra também não estão abarcadas pela liberdade de expressão, mas deve ser comprovado o dolo de ofender, não sendo vedada a crítica, ainda que contundente. Nessa esteira, julgou o Supremo Tribunal Federal a respeito de críticas em entrevista jornalística em que só configurariam ilícito se fosse comprovado o dolo de ofender, sendo oportuna sua transcrição:

E M E N T A: LIBERDADE DE EXPRESSÃO - DIREITO DE CRÍTICA-PRERROGATIVA POLÍTICO-JURÍDICA DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL-ENTREVISTA JORNALÍSTICA NA QUAL SE VEICULA OPINIÃO EM TOM DE CRÍTICA - DENÚNCIA DE IRREGULARIDADES NO MUNDO ESPORTIVO - CIRCUNSTÂNCIA QUE EXCLUI O INTUITO DE OFENDER - AS EXCLUDENTES ANÍMICAS COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO DO ANIMUS INJURIANDI VEL DIFFAMAND - AUSÊNCIA DE ILICITUDE NO COMPORTAMENTO DO PROFISSIONAL DE IMPRENSA - INOCORRÊNCIA DE ABUSO DA LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO - CARACTERIZAÇÃO, NA ESPÉCIE, DO REGULAR EXERCÍCIO DA LIBERDADE CONSTITUCIONAL DE EXPRESSÃO - A QUESTÃO DA LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO (E DO DIREITO DE CRÍTICA NELA FUNDADO) EM FACE DE FIGURAS PÚBLICAS OU



NOTÓRIAS - JURISPRUDÊNCIA - DOUTRINA - SUBSISTÊNCIA, NO CASO, DA DECLARAÇÃO DE IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO INDENIZATÓRIA - AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. - A liberdade de expressão - que não traduz concessão do Estado, mas, ao contrário, representa direito fundamental dos cidadãos - é condição inerente e indispensável à caracterização e à preservação de sociedades livres, organizadas sob a égide dos princípios estruturadores do regime democrático. O Poder Judiciário, por isso mesmo, não pode ser utilizado como instrumento de injusta restrição a essa importantíssima franquia individual cuja legitimidade resulta da própria declaração constitucional de direitos - A liberdade de manifestação do pensamento traduz prerrogativa político-jurídica que representa, em seu próprio e essencial significado, um dos fundamentos em que repousa a ordem democrática. Nenhuma autoridade, por tal razão, inclusive a autoridade judiciária, pode prescrever (ou impor), segundo suas próprias convicções, o que será ortodoxo em política, ou em outras questões que envolvam temas de natureza filosófica, ideológica ou confessional, nem estabelecer padrões de conduta cuja observância implique restrição aos meios de divulgação do pensamento - O exercício regular do direito de crítica, que configura direta emanção da liberdade constitucional de manifestação do pensamento, ainda que exteriorizado em entrevista jornalística, não importando o conteúdo ácido das opiniões nela externadas, não se reduz à dimensão do abuso da liberdade de expressão, qualificando-se, ao contrário, como verdadeira excludente anímica, que atua, em tal contexto, como fator de descaracterização do intuito doloso de ofender. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência comparada (Corte Européia de Direitos Humanos e Tribunal Constitucional Espanhol) (AI 675276 AgR, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22/06/2010, DJe-071 DIVULG 13-04-2011 PUBLIC 14-04-2011 EMENT VOL-02503-02 PP-00299).

Ainda sobre os limites, destaca-se o critério de John Stuart Mill que sintetiza os limites aceitáveis às liberdades. Trata-se do princípio do dano, pelo qual só se justifica intervenção no agir, se comportar ou se expressar quando puderem causar danos aos outros. Para o autor,

É o princípio de que o único fim para o qual as pessoas têm justificação, individual ou coletivamente, para interferir na liberdade de ação de outro, é a autoproteção. É o princípio de que o único fim em função do qual o poder pode ser corretamente exercido sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra a sua vontade, é o de prevenir dano a outros. O seu próprio bem, quer físico, quer moral, não é justificação suficiente (MILL, 2019, p. 22).

Difícil é aferir o que pode causar o dano, com a antecipação das ações necessárias para impedir que dada opinião seja proferida e difundida. “Não devemos supor de modo algum que, se o dano, ou a probabilidade de dano aos interesses dos outros for capaz, por si só, de justificar a interferência da sociedade, tal interferência será sempre justificada (MILL, 2019, p.129)”. O princípio do dano é um bom parâmetro para se restringir ou não a liberdade de expressão, desde que comprovado, não podendo ser presumido para justificar censura privada.

4.2 Limites às Restrições à Liberdade de Expressão

Conforme o até aqui apresentado, vê-se que a liberdade de expressão como direito fundamental somente pode ser restringido por disposição constitucional ou legal com autorização constitucional. Considerando que os limites são de ordem externa ao direito fundamental, questiona-se se as restrições a eles impostas possuem limites. Caso as restrições não tivessem limites, estas certamente esvaziariam o direito fundamental. Desse modo, “as limitações impostas a esses direitos deverão observar, por sua vez, outros limites, que têm sido designados de *limite dos limites* (SARLET, 2009, p.389)”.



A realidade atual de pessoas comuns expressarem suas opiniões e ideias no ciberespaço faz com que se torne necessária a discussão sobre o limite das restrições para essa liberdade. O caso de liberdade de expressão em colisão com o direito à informação e vedação à censura já foi bem discutido nos tribunais superiores, mas o debate sobre a liberdade do indivíduo de se expressar sem censura prévia e privada continua em aberto. Clama-se pela regulação do conteúdo na internet por leis específicas. Daí a necessidade de reflexão da liberdade de expressão em ambiente virtual à luz da teoria do limite dos limites a serem impostos às liberdades públicas.

Alexy fala em restrição às restrições dos direitos fundamentais em que

uma restrição a um direito fundamental somente é admissível se, no caso concreto, aos princípios colidentes for atribuído um peso maior que aquele atribuído ao princípio de direito fundamental em questão. Por isso, é possível afirmar que os direitos fundamentais, enquanto tais, são restrições à sua própria restrição e restringibilidade (2011, p. 296).

Ingo Sarlet, ao tratar do limite dos limites, separa entre controle constitucional material e formal dos limites dos direitos fundamentais. Sendo formal, trata-se de forma e competência. Em sendo material, não pode a restrição atingir o núcleo essencial do direito em questão. Conforme o autor, embora não seja pacífico, a proibição ao retrocesso constitui também limitação aos limites dos direitos fundamentais (2009).

Dentre os limites dos limites estão a preservação do núcleo essencial, a razoabilidade e a proporcionalidade que evitam a proteção insuficiente. “A garantia de proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais aponta para a parcela do conteúdo de um direito sem a qual ele perde sua mínima eficácia, deixando, com isso, de ser reconhecível com um direito fundamental (SARLET, 2009, p. 402). A razoabilidade, em apertada síntese, é a adequação entre meios e fins, enquanto a proporcionalidade remonta à proibição do excesso que acarreta a proteção deficiente.

Em se tratando da liberdade de expressão em meio virtual, pode-se dizer que qualquer restrição a ela deve ser dar em razão de permissão ou previsão constitucional caso em que não se pode esvaziar o conteúdo do direito.

Se os limites às restrições devem ser respeitados pelo legislador e pelo julgador, o particular, ao restringir o direito de liberdade de expressão só pode fazê-lo nos limites da lei, oportunizando-se o contraditório e defesa, não podendo agir ao seu próprio arbítrio. A regulação da liberdade de expressão na internet não pode ser um retrocesso no direito fundamental conquistado, ao contrário, deve efetivar esse direito de forma igualitária.

4.3 Colisão entre Liberdade de Expressão na Internet e Outros Direitos Fundamentais

A Constituição de 1988 apesar de extensa e analítica e de trazer extenso rol de direitos fundamentais, não pôde prever e regulamentar todos os casos de colisões de direitos, ainda que haja hipótese de o legislador ordinário tratar de dadas situações atinentes a esses direitos. “Tendo em vista a caracterização dos direitos fundamentais *prima facie*, não raro encontram-se eles sujeitos a ponderações em face de situações concretas de colisão, nas quais a realização de um direito se dá ‘às custas’ do outro” (SARLET, 2009, p.383 e 384).

Não é raro se ver a suspensão ou exclusão de contas de usuários da internet em redes sociais, sem que tenha sido proferida ordem judicial. Vê-se um claro conflito entre a livre iniciativa e um bem maior, que é a promoção de tratamento igualitário e respeitoso, preservando seus direitos fundamentais.





DIREITO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA INTERNET COMO DIREITO FUNDAMENTAL: UM ESTUDO À LUZ DA TEORIA DE ROBERT ALEXY

Sobre a colisão entre liberdade de informação e expressão e eventual ofensa a pessoas em sede de informação jornalística, o STF decidiu pela prevalência da liberdade de informação (espécie de liberdade de expressão), rechaçando a considerada censura prévia, elegendo como medida própria a previsão constitucional do direito de resposta.

Ementa: AGRAVO INTERNO NA RECLAMAÇÃO. DIREITO CONSTITUCIONAL. DETERMINAÇÃO DE RETIRADA DE CONTEÚDO DA INTERNET. DECISÃO PROFERIDA EM SEDE DE TUTELA ANTECIPADA. CONFIGURAÇÃO DE CENSURA PRÉVIA. VIOLAÇÃO À ADPF 130. AGRAVO INTERNO PROVIDO. 1. A liberdade de informação e de imprensa são apanágios do Estado Democrático de Direito. 2. O interesse público premente no conteúdo de reportagens e peças jornalísticas reclama tolerância quanto a matérias de cunho supostamente lesivo à honra dos agentes públicos. 3. A medida própria para a reparação do eventual abuso da liberdade de expressão é o direito de resposta e não a supressão liminar de texto de jornalístico, antes mesmo de qualquer apreciação mais detida quanto ao seu conteúdo e potencial lesivo. 4. A reclamação tendo como parâmetro a ADPF 130, em casos que versam sobre conflitos entre liberdade de expressão e informação e a tutela de garantias individuais como os direitos da personalidade, é instrumento cabível, na forma da jurisprudência (Precedentes: Rcl 22328, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 09/05/2018; Rcl 25.075, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 31/03/2017). 5. In casu, não se evidencia que o intento da publicação tenha sido o de ofender a honra de terceiros, mediante veiculação de notícias sabidamente falsas. 6. Agravo interno provido. (Rcl 28747 AgR, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Relator(a) p/ Acórdão: LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 05/06/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-239 DIVULG 09-11-2018 PUBLIC 12-11-2018)

Verifica-se que o STF reafirmou a liberdade de imprensa, remetendo ao direito de resposta previsto na Constituição, “como uma garantia inviolável, possibilitando à pessoa física ou jurídica, pública ou privada, apresentar a sua versão dos fatos, corrigindo equívocos e desfazendo dúvidas quanto à sua imagem social (BULOS, 2014, p.569)”. A resposta deve ter o mesmo destaque, com a oportunidade de o ofendido demonstrar sua versão dos fatos, propiciada pelo meio de divulgação da ofensa. Os direitos colidentes no caso eram a liberdade de imprensa e eventual ofensa da honra.

Em se tratando de restrição da liberdade de expressão do usuário de redes sociais, os valores envolvidos são a livre manifestação de pensamento e de opinião que devem, ainda que seja em relação privada, ser exercidas segundo os princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana. O Superior Tribunal de Justiça já julgou pela necessidade de ordem judicial para retirada de conteúdo de rede social, devendo ser indicado precisamente o conteúdo a ser retirado⁴.

O Marco Civil da Internet, Lei 12.965 de 2014, em consonância com o direito fundamental de liberdade de expressão traz como fundamento do uso da internet esse direito em seu Art. 2º: “A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como: [...] II os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais” (BRASIL, 2014a). Em seu Art. 3º, I, dentre seus princípios estão “a garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal” (BRASIL, 2014b).

Assim, a restrição da liberdade de expressão de alguém deve se dar por expressa determinação judicial, não devendo o gestor ou provedor exercer esse juízo, ainda que amparado em regulamento interno. Trata-se de previsão expressa do Marco Civil da Internet:

⁴ STJ - AgInt no AREsp: 956396 MG 2016/0191700-4, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Publicação: DJ 11/05/2017.





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 (BRASIL, 2014 c).

A lei cuidou de isentar o provedor da responsabilidade por atos de terceiros com o claro objetivo de garantir a liberdade de expressão. Assim, a retirada de conteúdo ou exclusão de contas dos usuários de forma unilateral é flagrantemente ilegal e inconstitucional.

Considerando o direito envolvido, em caso de restrição da liberdade de expressão, o julgador deve se dedicar a fundamentar a decisão para lhe conferir legitimidade e fazer com que esta esteja no caminho para a solução de novos casos.

A pretensão à legitimidade da ordem jurídica implica decisões, as quais não podem limitar-se a concordar com o tratamento de casos semelhantes no passado e com o sistema jurídico vigente, pois devem ser fundamentadas racionalmente, a fim de que possam ser aceitas como decisões racionais pelos membros do direito. Os julgamentos dos juízes, que decidem um caso atual, levando em conta também o horizonte de um futuro presente, pretendem validade à luz de regras e princípios legítimos (HABERMAS, 2003).

A Constituição traz previsão expressa da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais em seu Art. 5º, § 1º. Isso deve ser considerado na aplicação do direito fundamental em questão entre indivíduo e Estado e entre particulares. Em ambos os casos, em caso de colisão de direitos fundamentais ou sua restrição, busca-se “uma solução norteada pela ponderação de valores em pauta, almejando obter um equilíbrio e concordância prática, caracterizada, em última análise, pelo não-sacrifício completo de um dos direitos fundamentais, bem como pela preservação, na medida do possível, da essência de cada um (SARLET, 2009, p.383)”. Aquilo que possuir regramento específico na Constituição e em leis infraconstitucionais que privilegiem a liberdade de expressão devem ser aplicadas diretamente.

5 CONCLUSÕES

A criação da rede mundial de computadores é indiscutivelmente revolucionária e democratizou, de certo modo, a comunicação e expressão de ideias e opiniões. A liberdade de expressão na internet, um direito fundamental dos usuários, deu voz para as pessoas indistintamente. Considerada aqui como limitação ao poder público e oponível a terceiros, neste caso, não possui tanta efetividade. Isso porque valores são utilizados como razões para restrições à liberdade de expressão, o que só se admite por permissão ou ressalvas constitucionais.

Pela Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, viu-se que a norma de direito fundamental pode ser um princípio ou uma regra. Assim, deve haver ponderação dos princípios como mandados de otimização e aplicação das regras em detrimento de outras, conforme meios de aplicações da hermenêutica tradicional, com declaração de invalidade da norma afastada. Embora haja essa categorização, os princípios e as regras são oriundos da Constituição. Não há, portanto, hierarquia entre ambos. Com isso, aplica-se racionalmente o direito fundamental.

A liberdade de expressão na Constituição possui ressalvas e consequências. Veda-se o anonimato, garante-se o direito de resposta e veda-se a Censura. A Lei 12.965/2014 trouxe



DIREITO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA INTERNET COMO DIREITO FUNDAMENTAL: UM ESTUDO À LUZ DA TEORIA DE ROBERT ALEXY

regulamentação da internet no Brasil, reafirmando a liberdade de expressão aos usuários e responsabilizando gestores e provedores somente em caso de não exclusão de conteúdo após determinação judicial. Ou seja, privilegiou a liberdade e neutralidade dos provedores. Considerando a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana e igualdade entre os usuários, estes não podem ter seus conteúdos e ideias retirados da rede se não apresentam clara ilicitude ou causam danos a terceiros. Nestes casos (crimes, danos e manifesta falsidade), poderá o administrador retirar o conteúdo, o que se torna a princípio legítimo, mas sujeito à apreciação judicial. Caso não concorde, o produtor do conteúdo poderá buscar judicialmente seu restabelecimento.

A liberdade de expressão na internet é uma liberdade pública de eficácia imediata, que deve ser exercida sem embaraços. Se nem o Estado pode impedir a manifestação de ideias e pensamentos, tampouco poderá fazê-lo o particular.

Conteúdos que desagradem alguns, que expressem posição política ou religiosa ou que sejam ainda críticas ácidas, não podem ser objeto de censura pelos administradores, sendo clara ofensa à Constituição. Caso haja requerimento da parte que se diz ofendida, somente o Judiciário poderá, fundamentadamente, retirar da Web uma opinião ou expressão, pois sopesará os princípios envolvidos ou aplicará a regra pertinente.

Não se nega, de forma alguma, limites à liberdade de expressão na internet, mas esses limites devem ser de ordem constitucional ou por lei infraconstitucional por ela autorizada, que deve ainda estar em consonância com o limite dos limites, ou seja, não pode o legislador esvaziar a essência de um direito fundamental. Outros limites dos limites que devem ser observados é o da proporcionalidade e da razoabilidade para que a proteção seja suficiente. Se a liberdade de expressão for óbice para o exercício de outras liberdades ou direitos individuais, o julgador deverá, com a ponderação desses direitos, privilegiar um deles no caso concreto, não podendo ser, de modo algum, tarefa dos administradores da internet.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Org./trad. Luis Afonso Heck. — 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. 168 p

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Editora Malheiros, 2015.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª edição, 3ª tiragem. Ed. Malheiros. São Paulo, 2003

BALDISSERA, W.; FORTES, V. Regulação das fake news: um dilema diante do direito à liberdade de expressão. **Direito e Desenvolvimento**, v. 12, n. 1, p. 18-36, 29 jul. 2021. Disponível em <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/957/734>, acesso em 29 de janeiro de 2022.

Bobbio, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 2ª ed. Revista. São Paulo, 2003.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional** - 8ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2014.





BRASIL, Senado. **Lei 12.965 de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Presidência da República, Brasília – DF. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm, acesso em 10 de fev. de 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal - **AgR AI: 675276 RJ** - Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 22/06/2010, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-071 14/04/2011. Disponível em https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/attachments/STF_AGR-AI_675276_77f61.pdf AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1644348181&Signature=Up9mzUzmJnpcu7ai5TQ6%2Bue7u8s%3D, acesso em 08 de fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 28747 AgR / PR**. Relator: Min. ALEXANDRE DE MORAES. Julgado em 05/06/2018. Publicado em 12/11/2018. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur394221/false>. Acesso em 29 de jan. de 2022.

CARDON, Dominique. **A democracia na Internet: promessas e limites**. Tradução Nina Vicent e Tiago Coutinho – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a factividade e validade**, volume \i. 2ª ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: 2003.

HORBACH, B. Os limites da liberdade de expressão. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 6, n. 20, p. 218-235, 30 set. 2012. Disponível em <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/299/577>. Acesso em 29 de jan. de 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade : estudos de direito constitucional (SérieEDB)** . – 4. ed. rev. E ampl. – São Paulo : Saraiva, 2012.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**; tradução Pedro Madeira. - [Ed. especial]. - Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 2011

MILL, John Stuart. **Da liberdade individual e econômica: princípios e aplicações do pensamento liberal** – São Paulo: Faro Editorial, 2019.

MOREIRA, Carla Barbosa. Bloqueado, suspenso, fora do ar: a atualidade da censura no espaço digital. **Cadernos de Estudos Linguísticos**, Campinas, SP, v. 60, n. 3, p. 847–868, 2018. DOI: 10.20396/cel.v60i3.8651532. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/cel/article/view/8651532>. Acesso em: 7 fev. 2022.

RUBIÃO, André; MIOTTO, Giovanna Zago. Liberdade de expressão e risco à saúde nas plataformas digitais durante a pandemia da covid-19: uma análise do controle dos discursos científicos a partir do caso mikovits. **Direito Público**, v. 17, n. 94, 2020.





DIREITO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA INTERNET COMO DIREITO FUNDAMENTAL: UM ESTUDO À LUZ DA TEORIA DE ROBERT ALEXY

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora 2009.

STEINMETZ, Wilson; DE MARCO, Cristhian Magnus. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais na teoria de Robert Alexy. **Revista da AJURIS**, v. 41, n. 134, 2014. Disponível em <http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/212>, acesso em 06 de fevereiro de 2022





Ana Maria Lima Maciel Marques Gontijo
Lucimara Aparecida Silva Antunes de Oliveira
Vinicius José Marques Gontijo

