



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

**A RELAÇÃO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O PRINCÍPIO
DEMOCRÁTICO FRENTE ÀS PARTICULARIDADES DO
CIBERESPAÇO**

Lucas Campeão Rodrigues

2022



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

**A RELAÇÃO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O PRINCÍPIO
DEMOCRÁTICO FRENTE ÀS PARTICULARIDADES DO
CIBERESPAÇO**

Lucas Campeão Rodrigues

Nº de Aluno: 61889

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, como requisito para a conclusão do Mestrado em Direito e Ciência Jurídica, grupo de Ciências Jurídico-Políticas com especialidade em Direito Constitucional, sob a orientação do Professor Doutor Domingos Miguel Soares Farinho.

2022

RESUMO

As possibilidades comunicativas trazidas pela popularização da internet - que potencializam a liberdade de expressão ao tornar mecanismos de profusão de ideias, opiniões e informações em larga e rápida escala acessíveis a grande contingente da população – acabam por, direta ou indiretamente, impactar as bases da democracia. Seja isso positivamente, ao facilitar o debate político, seja negativamente, principalmente através da proliferação de desinformação e discursos extremistas; seja ainda, em outra perspectiva, pela busca da inserção fática do indivíduo na comunidade política através do direito ao esquecimento. O objetivo deste estudo é tecer conclusões quanto a como o princípio democrático, principalmente seu conteúdo material, atua como balizador em situações de conflitos principiológicos que envolvam a liberdade de expressão na internet e que possa ter reverberações no exercício da democracia.

Princípio Democrático – Liberdade de Expressão – Internet - Desinformação – Discurso de Ódio – Direito ao Esquecimento

ABSTRACT

The communicative possibilities brought by the popularization of the internet - which enhance freedom of expression by making mechanisms for the profusion of ideas, opinions and information on a large and fast scale accessible to a large contingent of the population - end up, directly or indirectly, impacting the foundations of democracy. Be it positively, by facilitating political debate, or negatively, mainly through the proliferation of disinformation and extremist discourses; or, in another perspective, by the search for the factual insertion of the individual in the political community through the right to be forgotten. The objective of this study is to draw conclusions as to how the democratic principle, especially its material content, acts as a guide in situations of principled conflicts that involve freedom of expression on the internet and that may have reverberations in the exercise of democracy.

Democratic Principle - Freedom of Expression - Internet - Disinformation - Hate Speech
- Right to be forgotten

ÍNDICE

Introdução.....	06
1 – Regras, Princípios Constitucionais e Procedimentos de Resolução de Conflito Normativo: Breves Linhas Introdutórias	
1.1 – Regras e Princípios Constitucionais Como Espécies de Norma Jurídica.....	09
1.2 – O Posicionamento Quanto à Natureza Jurídica das Regras e Princípios Para Ronald Dworkin e Robert Alexy e o Tratamento em Hipóteses de Conflito Normativo.....	12
2 – O Princípio Democrático: Sua Caracterização Como Pilar Constitucional e a Relação Com os Direitos Fundamentais	
2.1 – Princípio Democrático Como Valor Constitucionalmente Estruturante.....	20
2.2 – O Princípio Democrático e os Direitos Fundamentais: A Busca pelas Condições da Integração Efetiva do Indivíduo à Comunidade Política e a Proteção das Minorias.....	24
2.2.1 – Os Direitos Fundamentais Como Instrumento de Defesa das Minorias em Uma Democracia.....	28
2.3 – A Influência da Internet Sobre o Princípio Democrático e a Ascensão uma <i>E-democracia</i>	32
2.3.1 – A Neutralidade de Rede: Um Requisito para a <i>E-democracia</i>	41
3 – A Liberdade de Expressão: Os Efeitos da Internet Sobre o seu Exercício	
3.1 – A Abrangência da Liberdade de Expressão: Um Direito Preferencial, Mas Não Ilimitado em uma Sociedade Democrática.....	43
3.1.1 – A Posição Preferencial da Liberdade de Expressão em Sua Perspectiva de Elemento Central da Democracia.....	49
3.2 – Os Efeitos Exponenciadores do Ciberespaço Sobre a Manifestação do Pensamento e as Consequências no Plano Democrático.....	55
4 – A Liberdade de Expressão e a Manipulação da Comunicação Democrática: Uma Abordagem na Perspectiva da Desinformação	
4.1. – Preliminarmente: Questões Terminológicas e de Definição.....	60

4.2 – O Princípio Democrático Na Era da Pós-Verdade: Desinformação, Efeito Bolha e o Risco à Democracia.....	63
4.3 – Considerações Sobre o Tratamento do Combate à Desinformação Dado Pela Primeira Versão do Art. 6º da “Carta Portuguesa de Direitos Humanos Na Era Digital”	74
4.4 – A Atuação em Concreto da Justiça Constitucional Para a Tutela do Princípio Democrático Face à Proliferação da Desinformação.....	86
4.4.1 - A Decisão Monocrática de Suspensão Temporária do Funcionamento do Aplicativo Mensageiro <i>Telegram</i> no Brasil.....	86
4.4.2 - A Decisão do Tribunal Superior Eleitoral do Brasil que Determinou a Cassação do Mandato de Parlamentar por Difusão de Desinformação em Rede Social.....	92

5 – O Discurso de Ódio Majorado Pela Internet e a Depreciação do Debate Político

5.1 – Considerações Sobre o Paradoxo da Tolerância Proposto Por Karl Popper.....	100
5.2 - Para Fins de Análise Comparada: O Entendimento Jurisprudencial Estadunidense Quanto à Matéria.....	105
5.3 - Os Riscos à Democracia Advindos de Uma Violação da Dignidade Humana Pela Difusão do Discurso de Ódio na Internet.....	108
5.4 - A Contenção do Extremismo na Internet: O Caso <i>Ewa Glawischnig-Piesczek v. Facebook Ireland</i> , Julgado Pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.....	113

6 - Os Efeitos da Aplicação do Direito ao Esquecimento Sobre o Princípio Democrático

6.1 – Considerações Iniciais e Delimitação do Objeto de Estudo.....	119
6.2 – A Relação Entre o Princípio Democrático e o Direito ao Esquecimento Pela Perspectiva da Apreciação Judicial de Casos Concretos.....	125
6.2.1 - O Caso “ <i>Google Spain, Google Inc. vs. Agência Espanhola de Proteção de Dados e Mário Costeja Gonzalez</i> ”, Julgado Pelo Tribunal de Justiça da União Europeia: Considerações Gerais sobre um Julgado Paradigmático.....	125
6.2.1.1 - Um Contraponto Com o Entendimento Adotado Pelo Tribunal de Justiça Federal da Alemanha: A Necessidade de Uma Ponderação Constitucionalmente Consistente dos Preceitos Fundamentais em Presença.....	129

6.3 – A Posição do Supremo Tribunal Federal Brasileiro no “Caso Aída Curi”	137
6.4 – Uma Conclusão Quanto ao Direito ao Esquecimento na Perspectiva do Princípio Democrático.....	145
Conclusão.....	148
Referências Bibliográficas.....	152
Lista de Decisões Judiciais.....	162

INTRODUÇÃO

A internet promove uma revolução no fluxo de dados que altera não só a forma como as comunicações são realizadas e informações são obtidas; mas também, verdadeiramente, toda a dinâmica social é impactada. Isso se deve a um ciberespaço descentralizado, onde qualquer um que queira pode criar, acessar ou compartilhar materiais que são acessíveis em qualquer localização, de maneira quase instantânea e ainda, em regra, sem uma limitação temporal, podendo serem encontrados a qualquer tempo.

Trata-se, no fim, de uma potencialização da liberdade de expressão. Tal direito fundamental, umbilicalmente ligado à democracia, faz com que sua correlação com o princípio democrático ganhe contornos específicos na internet. A identificação dos padrões jurídicos e as consequências fáticas daí resultantes é que serão o objeto central deste estudo.

Em outros termos, em virtude de sua inegável relevância nos procedimentos democráticos hodiernos, o objetivo aqui proposto é estudar e tirar conclusões quanto a como se dá a relação entre a liberdade de expressão e o princípio democrático dentro do ciberespaço, utilizando para tanto, primordialmente, a análise de casos concretos.

Buscando o objetivo proposto, o presente estudo será essencialmente, mas não formalmente, dividido em duas partes. A primeira, mais conceitual, englobando os capítulos 01 a 03, em que a intenção é estabelecer premissas e sedimentar ferramentas doutrinárias de ordem constitucional que possibilitem a compreensão dos pontos de vista aqui defendidos. Assim, inicialmente, serão traçadas algumas considerações quanto à natureza das regras constitucionais e o enquadramento delas em regras e princípios e o tratamento a ser dado em hipóteses de colisões.

Tal é imperioso, pois, como se verá no transcorrer deste estudo, a problemática da liberdade de expressão na internet reside basicamente nos conflitos com outros direitos fundamentais, e as soluções daí resultantes podem ter relevância direta sobre a forma com que a democracia é vivenciada.

Após, será a vez de destacar pontos de interesse do princípio democrático em si, salientando, principalmente, sua noção estruturante na ordem constitucional e sua relação com os direitos fundamentais, bem como tratar algumas noções acerca da *e-democracia*, que seria o resultante da experiência democrática dentro da internet.

Posteriormente, o objetivo será analisar algumas considerações de relevo para o tema central de nosso estudo quanto à própria liberdade de expressão, mais especificamente, entender seu âmbito de proteção e sua posição constitucional face a outros direitos de mesma natureza e de que forma a internet exerce influência no direito fundamental em questão.

Nota-se, assim, que a intenção dessa primeira parte não é esgotar o estudo dogmático dos institutos abordados, mas, de forma mais direcionada ao nosso objetivo, realçar os níveis de influência recíproca entre a liberdade de expressão e o princípio democrático diante das nuances do ciberespaço, bem como sublinhar as noções constitucionais impreteríveis para a solução de conflitos, principalmente de natureza principiológica, que possam existir nessa seara.

Após esse primeiro momento teórico introdutório, o foco será uma análise concreta, e, para tanto, serão abordados três grandes cenários em que a liberdade de expressão, maximizada através da arquitetura da internet, pode se relacionar de maneira específica com princípio democrático, quais sejam: a desinformação, o discurso de ódio e o direito ao esquecimento.

A justificativa de tais escolhas se deve, quanto à desinformação e ao discurso de ódio, pelo fato de que as facilidades comunicativas trazidas pelo ciberespaço permitem um canal para que grupos, cada um a seu modo, deturpem a livre manifestação de ideias e pensamentos com o intuito de poluir a esfera pública de debates, almejando confundir, enganar ou excluir indivíduos de uma equânime participação política.

Já o direito ao esquecimento vai por uma perspectiva reversa. O desiderato é entender como a busca de um indivíduo pela omissão de informações pessoais

pretéritas constantes na internet – informações essas eventualmente legítimas, mas que representam um peso ao exercício de direitos da personalidade na atualidade - pode ou não ter consequências para o princípio democrático, e caso tenha, de que forma pode um equilíbrio ser alcançado.

A proposta é abordar cada um daqueles três temas primeiramente tecendo uma parte teórica para, a partir daí, analisar casos concretos que possibilitem tirar conclusões quanto aos procedimentos adotados – ou que deveriam ter sido praticados - tanto pelo legislador, quanto pelo julgador, para a garantia de uma internet livre de censuras no que se refere à circulação de opiniões e informações, mas que, concomitantemente, assegure um resguardo jurídico que permita que, das facilidades comunicativas proporcionadas pela internet, possa advir a concretização de um ambiente democrático aberto e inclusivo no ciberespaço.

Após a análise de tais situações concretas, será possível concluir que o princípio democrático, para além de um caráter formal, tem um teor material que pode fundamentar uma episódica limitação da liberdade de expressão, como forma de tutela às engrenagens de uma salutar democracia. Essa noção é o elo que une juridicamente todas as abordagens trabalhadas nesta pesquisa.

Em síntese, o objetivo central desta pesquisa é analisar - principalmente através de estudo de situações concretas - a relação entre o princípio democrático e a liberdade de expressão dentro do ciberespaço, realçando as possibilidades positivas que tal relacionamento pode promover no sentido de uma democracia com maiores possibilidades de participação popular ativa, mas ressaltando os riscos em que essas mesmas facilidades comunicativas podem ocasionar aos preceitos democráticos quando deturpadas. Isso permitirá extrair conclusões quanto a parâmetros jurídicos de índole constitucional que podem ser adotados nas ponderações efetivadas que busquem resguardar os valores em presença, em especial, como o próprio princípio democrático, em sua face material, pode servir como balizador em tais ponderações.

1 - REGRAS, PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E PROCEDIMENTOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITO NORMATIVO: BREVES LINHAS INTRODUTÓRIAS

1.1 – Regras e Princípios Constitucionais como Espécies de Norma Jurídica

O objetivo central deste estudo é a análise da relação entre a liberdade de expressão e o princípio democrático, como ambos os institutos mutuamente, a depender do desenho daquela relação, limitam ou potencializam um ao outro, mas focando, mais especificamente, em como tal relacionamento se desenvolve dentro do ciberespaço, atendo-se às particularidades desse meio digital, que tanto diferem da “realidade física”, como veremos no transcorrer deste trabalho. É, no fim, a busca de uma abordagem contemporânea a um clássico dilema.

Pois bem, a compreensão daquela relação apenas é plenamente perceptível em suas variadas dimensões (seja na perspectiva norteadora da exegese da Constituição e da legislação infraconstitucional, ou mesmo da aplicação prática no caso concreto) tendo por base, inicialmente, a sedimentação da natureza jurídica dos institutos em comento e, para tanto, é inafastável o entendimento da liberdade de expressão e do princípio democrático dentro da noção de regras e princípios jurídicos.

Isso se faz necessário por ser essencial na compreensão do adequado enquadramento jurídico da mencionada relação entre o princípio democrático e a liberdade de expressão, em especial nas hipóteses em que o exercício de um pode episodicamente influenciar a produção de efeitos do outro, mormente levando em consideração as especificidades do ciberespaço.

Robert Alexy ressalta que a diferenciação entre regras e princípios é essencial pois ela é a base da teoria da fundamentação dos direitos fundamentais e a chave para a solução de problemas centrais em sua dogmática. Segundo afirma, sem tal distinção não seria possível o embasamento de uma teoria adequada sobre restrições a direitos fundamentais, ou uma doutrina satisfatória acerca de suas colisões, ou ainda compreender o papel daqueles direitos no sistema jurídico. Assim, com a ajuda da distinção entre regras e princípios, problemas quanto aos efeitos dos

direitos fundamentais perante terceiros e a repartição de competências entre parlamento e tribunal constitucional são mais bem equacionadas¹.

O mestre alemão ressalta ainda que a diferenciação em comento constitui a estrutura, verdadeira coluna-mestra, de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais, servindo de ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade na perspectiva dos direitos constitucionais básicos².

É que, indo mais especificamente ao ponto central desse estudo, para se entender a relação entre a liberdade de expressão e o princípio democrático é, antes de mais nada, inafastável que se atenha às características básicas de regras e princípios em geral, suas particularidades e densidades, permitindo uma categorização que possibilite a compreensão da relação aqui proposta, principalmente quando da aplicação daqueles institutos no caso concreto.

Nessa linha, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco ressaltam que, atentando-se às particularidades das normas constitucionais, tais normas, vistas em conjunto, pertencem a um sistema normativo, lhes concedendo uma ordem de propósito, configurando um todo tendente à coesão e que se busca ser harmônico. Aquelas normas, assim, asseveram os citados professores, podem ser enquadradas em dois tipos normativos³, quais sejam, as regras e os princípios⁴.

Isso porque, como aqueles mencionados doutrinadores salientam, tanto regras como princípios descrevem algo que deve ser, valendo-se de categorias

¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. 4ª tiragem. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2015. Pág. 85.

² *Ibidem*.

³ No mesmo sentido, entendendo regras e princípios como espécies de normas, entre outros: CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. Pág. 1160; ALEXY, Robert. 2015, *Op. Cit.* Pág. 87; e BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011. Págs. 276.

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. (Série IDP). Não Paginado (NP).

deontológicas comuns às normas: o mandado (determinando algo), a permissão (facultando algo) e a proibição (vedando algo)⁵.

Com base nos ensinamentos de Ronald Dworkin⁶, José Armando Ponte Dias Júnior ressalta que a grande vantagem de reconhecer os princípios como normas jurídicas se daria nas hipóteses de casos difíceis os quais não haveria uma regra ou precedente jurisprudencial expresso que o regulamente. Assim, o julgador, ao eventualmente decidir com base nos princípios, que, por serem espécie de normas, também integrariam o ordenamento jurídico, faz com que a decisão seja também inteiramente jurídica em sua forma e conteúdo, afastando, dessa forma, alegações de que o aplicador do direito teria se valido de elementos fora do direito para decidir⁷.

Mais especificamente abordando a diferenciação entre regras e princípios, o professor J. J. Gomes Canotilho ressalta que tal distinção - dentro do conceito maior de norma – é uma tarefa complexa⁸, sendo sugerido alguns critérios, a saber: (a) Grau de abstração: os princípios seriam normas com um nível maior de abstração quando comparado com as regras; (b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: já que os princípios, por serem vagos e indeterminados, necessitam de mediações concretizadoras do legislador e do intérprete, ao passo que as regras possuem uma menor abstração; (c) Caráter de fundamentalidade do sistema: os princípios possuem natureza estruturante ou papel essencial no ordenamento jurídico, tendo em vista sua posição hierárquica no sistema das fontes ou sua relevância no sistema jurídico; (d) Proximidade da ideia de direito: os princípios seriam padrões juridicamente vinculantes baseados na exigência de justiça, ou na ideia de direito, e

⁵MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. Cit.*

⁶ Ronald Dworkin desenvolve tal ideia na obra *Levando os Direitos a Sério*. (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.)

⁷ JUNIOR, José Armando Ponte Dias. **Princípios, Regras e Proporcionalidade: Análise e Síntese das Críticas às Teorias de Ronald Dworkin e de Robert Alexy**. In: *Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*. Vol. 27. Jul-Dez. 2007. Págs. 177- 200.

⁸ Muito dessa complexidade se deve, ressalta J.J. Gomes Canotilho, pelo fato de que não se esclarecem duas questões primordiais. Primeiro qual seria a real função dos princípios, se seriam meros canais de retórica argumentativa, ou verdadeiramente normas indicadoras de conduta. E segundo se haveria um mínimo comum entre regras e princípios, se sua diferenciação seria apenas de grau, ou também qualitativa. (CANOTILHO, J.J. Gomes. *Op. Cit.* Pág. 1161.)

as regras, por seu turno, possuiriam um conteúdo formal; (e) Natureza normogenética: os princípios seriam fundamento de regras, constituindo a base das regras jurídicas⁹.

Em realidade trata-se de um vasto debate dogmático o qual ainda não há uma pacificação conceitual na doutrina quanto à amplitude e definição do que sejam considerados princípios e regras, sendo que, conforme ressalta o professor Virgílio Afonso da Silva, mesmo já havendo abordagens doutrinárias acerca do tema ao longo do tempo¹⁰, é com base nos estudos efetivados por Ronald Dworkin e Robert Alexy que a questão ganhou um renovado interesse.

Assim sendo, tendo em vista a relevância dos posicionamentos dos dois mencionados autores, cabe agora ressaltar, a título de ilustração, os principais pontos das abordagens de Ronald Dworkin e Robert Alexy quanto à distinção entre regras e princípios, posto que tal pode representar valorosa ferramenta na compreensão do nível de correlação entre o princípio democrático e liberdade de expressão, foco central deste estudo.

1.2 – O Posicionamento Quanto à Natureza Jurídica das Regras e Princípios Para Ronald Dworkin e Robert Alexy e o Tratamento em Hipóteses de Conflito Normativo

O estudo das abordagens proporcionadas por Ronald Dworkin e Robert Alexy é relevante dentro da temática da correlação entre regras e princípios, posto serem verdadeiros vetores doutrinários da matéria. Dessa forma, o objetivo aqui é traçar linhas gerais sobre o tema, no que é essencial ao propósito central deste estudo¹¹, na visão clássica daqueles dois autores.

⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Op. Cit.* Pág. 1160.

¹⁰ O autor cita, por exemplo, a obra de Josef Esser, *Grundsatz und Norm*, que em 1956 já tratava do tema. (SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e regras: Mitos e Equívocos Acerca de uma Distinção**. In: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. Nº 01, 2003. Págs. 607 – 630.).

¹¹Para uma noção sistêmica e comparativa entre as visões de Ronald Dworkin e Robert Alexy, ver: SOUSA, Felipe Oliveira De. **O Raciocínio Jurídico entre Princípios e Regras**. In: *Revista de Informação Legislativa*. Vol. 48, Nº 192, Out-Dez. 2011. Págs. 95-109. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242932>; BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit.* Pág. 276.

Ronald Dworkin elabora sua concepção da categorização de regras e princípios partindo da noção de que ambos são espécies de normas jurídicas¹². Com base nesse raciocínio, ressalta que a diferença entre princípios e regras é de natureza lógica, os dois apontariam para decisões particulares sobre obrigações jurídicas de natureza específica, mas variando na orientação oferecida¹³.

As regras, mais especificamente, seriam aplicadas à maneira “tudo ou nada”. Assim, tendo em vista os fatos que uma regra estipula, ou ela é válida e por isso deve ser aceita, ou não é válida¹⁴ e em nada contribui com a decisão¹⁵.

Dessa forma, as determinações contidas em uma regra, suas imposições, permissões, ou vedações - se presentes todos os pressupostos para sua incidência - são aplicadas na íntegra, ou caso não possuam tais pressupostos, a norma não é aplicada, não caberia aqui, de acordo com Ronald Dworkin, um juízo de ponderação, como no caso dos princípios.

Assim sendo, Ronald Dworkin afirma que, estando duas regras em conflito uma delas não pode ser válida, e a decisão de qual deve ser abandonada ou reformulada se impõe mediante considerações que estão além das próprias regras, mas seguindo critérios¹⁶ como os de hierarquia, especialidade ou anterioridade¹⁷.

Já no que se refere aos princípios propriamente ditos, Ronald Dworkin afirma que, sendo eles relevantes para o caso concreto, são aplicados pela autoridade como uma razão pendendo para uma ou outra direção, enunciando uma motivação que conduz o argumento por um certo caminho, mas que ainda assim necessitaria de

¹² JUNIOR, José Armando Ponte Dias. *Op. Cit.*

¹³ DWORKIN, Ronald. 2002. *Op. Cit.* Pág. 39.

¹⁴ Ronald Dworkin exemplifica mencionando uma regra que afirmasse que um testamento é inválido caso não fosse assinado por três testemunhas. Se a exigência dessas três testemunhas é uma regra jurídica válida, nenhum testamento pode ser validado caso assinado apenas por duas testemunhas. Uma regra pode, naturalmente, ter exceções, mas seria impreciso e incorreto simplesmente enunciar a regra sem mencionar tais exceções (DWORKIN, Ronald. 2002. *Op. Cit.* Pág. 40).

¹⁵ *Ibidem.*

¹⁶ Como o clássico modelo proposto por Norberto Bobbio para solução de conflitos entre regras jurídicas, que pode ser aprofundado em: BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10ª ed. Brasília: UnB, 1999. Pág. 92 e ss.

¹⁷ DWORKIN, Ronald. *Op. Cit.* Pág. 43.

uma decisão particular. Viriam a ser, assim, como indicativos de razões a serem tomadas em um ou outro sentido¹⁸.

Os princípios teriam uma dimensão que as regras não possuem, que é a de peso ou importância, e quando eles colidem, o aplicador do direito deve levar em consideração a força relativa de cada um dentro do contexto do caso concreto¹⁹.

José Armando Pontes Dias - explanando o posicionamento de Ronald Dworkin²⁰ - aduz que os princípios se aplicam conjuntamente, adequando-se mutuamente, podendo seus comandos serem satisfeitos com base em níveis e intensidades diversas, assentados em critérios de ponderação que não são possíveis de serem utilizados no âmbito das regras, justamente por serem elas aplicadas no contexto do “tudo ou nada”²¹.

Em síntese, os conflitos entre princípios não se resolveriam mediante a exclusão de um ou de outro, como no caso das regras. Para Ronald Dworkin, haveria a necessidade de um exercício de ponderação, o conflito seria, assim, entre pesos atribuídos aos princípios com base em um fato específico²².

Tal não impediria que, em um outro contexto, o exercício de ponderação entre os mesmos princípios não apresentasse um resultado distinto, entendendo-se que em outra situação, tendo em vista as minúcias do caso concreto, os valores de importância fossem entendidos de maneira diversa.

Robert Alexy, por seu turno, como alhures mencionado, também entende que tanto princípios como regras são espécies de normas jurídicas. Partindo disso, e buscando desenvolver as ideias anteriormente publicadas por Ronald Dworkin, o mestre alemão afirma que os princípios seriam mandamentos de otimização, normas

¹⁸ DWORKIN, Ronald. *Op. Cit.* Pág. 42.

¹⁹ *Ibidem*

²⁰ *Ibidem*.

²¹ JUNIOR, José Armando Ponte Dias. *Op. Cit.*

²² DWORKIN, Ronald. *Op. Cit.* Pág. 42.

que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas disponíveis²³.

Isso significa que os princípios poderiam, na visão de Robert Alexy, serem satisfeitos em graus variados, e que a medida de sua satisfação não estaria vinculada às possibilidades fáticas tão somente, mas também jurídicas, que seriam determinadas pelos princípios e regras colidentes²⁴.

Já as regras, por sua vez, seriam normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Caso uma regra seja válida, então ela deve ser cumprida nos exatos termos por ela exigida, nem mais nem menos. As regras, assim, contêm determinações no âmbito daquilo que seja possível tanto fática como juridicamente. Portanto, para Robert Alexy, a diferenciação entre regra e princípio seria qualitativa e não de grau²⁵.

Indo especificamente quanto ao conflito entre regras, Robert Alexy afirma que tal somente pode ser resolvido “*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*”²⁶.

Assim, caso não haja uma cláusula de exceção, o conflito entre regras apenas poderia ser desfeito se uma delas for declarada inválida e extraída do ordenamento. Isso porque, segundo Robert Alexy, diferentemente do conceito de validade social ou de importância da norma, o conceito de validade jurídica não pode ser graduável, sendo que se a regra é válida e, portanto, aplicável, produz uma consequência jurídica válida; ou simplesmente ela não é válida e não aplicada²⁷.

E a identificação de qual regra é válida ou não pode seguir critérios como “lei posterior derroga lei anterior” e “lei especial derroga lei geral”, sendo que Robert

²³ ALEXY, Robert. 2015. *Op. Cit.* Pág. 90.

²⁴ *Ibidem.*

²⁵ ALEXY, Robert. 2015. *Op. Cit.* Pág. 91.

²⁶ ALEXY, Robert. 2015. *Op. Cit.* Pág. 92.

²⁷ *Ibidem.*

Alexy ressalta que, independentemente de qualquer coisa, no fim, se trata de uma decisão quanto à validade da regra²⁸.

Já no que se refere à colisão entre princípios, nessas hipóteses, um deles deverá ceder, o que não significaria que o cedente seria tido como inválido, ou que deve ser inserida uma cláusula de exceção (como no caso das regras). O que ocorreria é que, dado um caso concreto, sob determinadas condições, um princípio teria precedência sobre outro, o que não quer dizer que, em outras circunstâncias, o entendimento não possa ser o oposto. Assim, seria uma questão de peso atribuído a um princípio em uma análise de determinado caso concreto²⁹.

Nesse cenário, o legislador infraconstitucional, em uma busca de uma maior previsibilidade e segurança jurídica, tolhendo parte da liberdade interpretativa do julgador, até poderia, segundo Luís Roberto Barroso, traçar alguns parâmetros de interpretação em casos de conflitos principiológicos, em especial na esfera de direitos fundamentais. Ocorre que, fazendo isso, segundo o aludido professor, haveria dupla análise de constitucionalidade, tanto da lei em tese que traça essas linhas de ponderação prévia, quanto do caso concreto, diante do resultado produzido pela norma. Assim, a ponderação será a técnica aplicada no fim, tanto diante de parâmetros legislativos prévios de interpretação mais concretos, quanto na ausência deles³⁰.

Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco explicam o acima mencionado posicionamento de Robert Alexy com o exemplo de uma hipotética colisão entre a liberdade de expressão e o direito à privacidade. Ambos os institutos possuem natureza de princípio jurídico, não se diferenciam hierarquicamente, e nem constituem uma exceção ao outro, também não caberia se cogitar um critério cronológico. O conflito, assim, seria apurado mediante qual dos princípios teria um maior peso em determinado caso em apreço³¹.

²⁸ ALEXY, Robert. 2015. *Op. Cit.* Pág. 93.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Colisão ente liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei da Imprensa.** In: *Revista Direito Administrativo*. Nº 235, Jan-Mar. 2004. Págs. 01-36.

³¹ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. Cit.* NP.

Segundo aqueles autores, quando um indivíduo retratado por uma notícia de um jornal possui um status público relevante, o direito à privacidade teria, em tese, um peso menor do que se ele fosse uma pessoa anônima. Isso porque, ao menos em um primeiro momento - a depender naturalmente das minúcias do caso em análise - o interesse geral em informações atinentes a uma pessoa pública pode acabar por conceder à liberdade de expressão um peso maior nesta hipotética colisão de princípios quando contrastado com o direito à privacidade³².

Em geral, Luís Roberto Barroso ensina que a ponderação, quando bem realizada, segue três etapas: na primeira caberia ao intérprete identificar as normas aplicáveis à solução do caso, identificando os eventuais conflitos. Na segunda, seriam examinados os fatos, as circunstâncias e sua correlação com os elementos normativos³³.

Por fim, como terceiro critério - onde verdadeiramente se vislumbra a diferenciação para a mera subsunção do fato à norma, já que os princípios, por sua natureza, podem ser aplicados em maior ou menor intensidade, sem que isso afete sua validade - na ponderação os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos concretos são examinados de forma conjunta, apurando-se os pesos a serem aplicados e decidindo-se, assim, quão intensamente o grupo de normas a qual se identificou maior relevância deve prevalecer sob os demais. Sendo que todo esse processo seria conduzido por instrumentos como os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade³⁴.

Acerca do princípio da proporcionalidade, Robert Alexy afirma que ele se divide em três subprincípios, a saber: adequação; necessidade e proporcionalidade

³² ³² MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. Cit.* NP.

³³ O professor Luís Roberto Barroso ressalta aqui que os fatos e suas consequências têm assumido relevância especial na moderna interpretação constitucional, e que, embora princípios e regras tenham existência autônoma, seus reais sentidos apenas são vislumbrados quando em contato com situações concretas. (BARROSO, Luís Roberto. 2004. *Op. Cit.*)

³⁴ *Ibidem*.

em sentido estrito, sendo que todos eles expressam a ideia de otimização e, por isso, a natureza dos princípios implica o princípio da proporcionalidade e vice-versa³⁵.

O princípio da adequação obstaculiza a adoção de medidas que impeçam a realização de um princípio sem que se promova um outro princípio ou objetivo que justifique a adoção de tal medida, ou seja, um ato que restrinja um princípio deve ser adequado à valorização de um outro princípio ou meta a ser seguida que baseou a adoção de tal ato³⁶.

O subprincípio da necessidade aduz que, havendo duas formas igualmente adequadas de promoção de um determinado princípio, deve ser escolhida aquela que acarreta menor custo a um outro determinado princípio³⁷.

Por exemplo, como explanaremos com mais detalhes mais à frente neste estudo, quando da aplicação de um direito ao esquecimento, a liberdade de expressão sofreria uma menor restrição se, naturalmente a depender do caso em análise, em vez de determinado conteúdo que se quer ser “esquecido” ser simplesmente obliterado, fossem adotadas outras medidas, como a desindexação dos motores de busca, ou o ocultamento das referências que permitam a identificação do indivíduo³⁸, de forma a não suprimir totalmente uma informação legítima, mas ainda sim garantido o fim almejado pelo direito ao esquecimento no caso.

Por fim, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito expressa o que significa a otimização na perspectiva das possibilidades jurídicas – no sentido de que quanto maior a restrição em um princípio, maior a importância da satisfação do outro princípio colidente - averiguando-se os custos e os benefícios das medidas adotadas, após terem sido verificadas a adequação e a necessidade, que operam no campo fático³⁹.

³⁵ ALEXY, Robert. **Constitutional Rights and Proportionality**. In: *Revus - Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*. Nº 22, 2014. Págs. 51-55. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2426876.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ ALEXY, Robert. 2014. *Op. Cit.*

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Ibidem*.

Essa ponderação de princípios ganha ainda especial relevo no âmbito da internet, quando, ao se efetivar o juízo de ponderação, o julgador deverá acrescentar à equação circunstâncias específicas, como a velocidade e massividade do tráfego informativo, e as consequências que daí advêm, como será visto em detalhes no item 3.2 desta pesquisa.

Assim, a título de síntese, será enfatizada a lição do professor J. J. Gomes Canotilho quando afirma que os princípios são normas jurídicas que impõe uma otimização, possuindo graus de concretização diversos, de acordo com condições fáticas e jurídicas. Ademais, os princípios convivem de maneira conflitual, eles coexistem e, por serem regras de otimização, permitem o balanceamento de distintos valores e interesses, não respondendo à lógica do “tudo ou nada”, atinente às regras, podendo, assim, serem objeto de ponderação⁴⁰.

Já as regras, por seu turno, são normas que prescrevem uma exigência de maneira imperiosa (impondo, permitindo ou proibindo), sendo cumpridas nos exatos termos prescritos - nem mais, nem menos - caso válidas; ou não cumpridas, se inválidas. Não haveria espaço para outra solução. A convivência entre regras conflitantes seria antinômica, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias⁴¹.

Longe de esgotar o tema, como visto amplo e denso, além de que maiores aprofundamentos poderiam desviar do foco deste trabalho, o objetivo deste tópico é trazer delineamentos constitucionais que possam ser úteis quanto às razões do tratamento jurídico a ser dado nas hipóteses em que se correlacionam o princípio democrático e a liberdade de expressão.

Assim, tecida essa parte introdutória geral quanto à natureza dos princípios e regras, podemos passar ao estudo do princípio democrático em si, buscando alcançar a compreensão de seus elementos estruturantes e suas particularidades.

⁴⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Op. Cit.* Pág. 1161.

⁴¹ *Ibidem.*

2 – O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO: SUA CARACTERIZAÇÃO COMO PILAR CONSTITUCIONAL E A RELAÇÃO COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 – Princípio Democrático como Valor Constitucionalmente Estruturante

Ressaltado esse conceito geral quanto à diferenciação entre regras e princípios constitucionais e os procedimentos a serem adotados em caso de colisão normativa, o objetivo agora passa a ser a análise de aspectos de relevo do princípio democrático. Mais especificamente, é traçar linhas sobre sua natureza jurídica e seus elementos caracterizadores, focando na busca de uma nitidez quanto ao seu envolvimento e correlação com a liberdade de expressão. Importa salientar que, na esteira do abordado anteriormente, trataremos nesta dissertação o princípio democrático como verdadeira espécie de norma jurídica⁴². Os desdobramentos que daí advêm será o nosso objeto de estudo no tópico que se segue.

Jorge Miranda aduz que por democracia se entende a forma de governo em que o poder é atribuído ao povo - a todos os cidadãos - na perspectiva de uma comunidade política, sendo exercido em harmonia, com base na vontade expressa do povo nos termos prescritos no texto constitucional. Não seria a democracia mera titularidade do poder no povo, mas o seu exercício pelo povo⁴³ - os cidadãos, em conjunto com os governantes. Tal exercício necessita ser atual, traduzindo em uma vontade política autônoma. Assim, segundo Jorge Miranda, democracia significa que a vontade do povo, quando manifestada nos termos constitucionais, deve ser critério de atuação dos que governam⁴⁴.

Nota-se, assim, que o princípio democrático é nuclear no direito constitucional em qualquer sociedade que, naturalmente, almeje ser democrática e

⁴² Miguel Aragon afirma que o objetivo da constituição é justamente tornar a democracia um preceito jurídico, já que não há Direito fora do Direito e por isso a democracia, fora do ordenamento, pode ser um princípio político, mas não jurídico. (ARAGON, Manuel. **La Eficacia Jurídica del Principio Democrático**. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Nº 24, Ano 08, Set-Dez. 1988. Pág. 09-45.)

⁴³ Seguindo a clássica máxima do ex-presidente estadunidense Abraham Lincoln, proferida no *Discurso de Gettysburg*, que bem lapida a essência da democracia, como sendo o “*government of the people, by the people, for the people*”

⁴⁴ MIRANDA, Jorge. **Constituição e Democracia**. In: *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*. Nº 65, Jul-Set. 2017. Págs. 61-84.

indique em seu texto constitucional tal pretensão. Em que pese a pretensa obviedade dessa afirmação, tal se reveste de especial importância ao se buscar na interpretação de tal princípio sua perspectiva aglutinadora para o ordenamento jurídico como um todo.

Nas palavras de J. J. Gomes Canotilho, a articulação entre regras e princípios de variadas matizes permite o entendimento da constituição como um sistema sedimentado em princípios estruturantes fundamentais que, por seu turno, se assentariam em subprincípios e regras constitucionais que dão concretude a tais princípios estruturantes⁴⁵.

Haveria assim, de acordo com o mestre português, certos princípios tidos como estruturantes, representativos de ideias básicas de toda a ordem constitucional, sendo verdadeiras engrenagens do “*estatuto jurídico político*”. Tais princípios, seriam, (na ordem portuguesa, mas também extensível à brasileira), entre outros, o do Estado de direito, o republicano e o princípio democrático⁴⁶.

Dessa forma, os mencionados princípios, além de outros com as mesmas características, ganham concretização através de outros princípios densificadores, clarificando seu sentido jurídico-constitucional, formando um verdadeiro sistema interno⁴⁷.

Especificamente sobre o princípio democrático, Manuel Aragón afirma que ele teria como característica singular, devido a seu caráter nuclear, definidor do Estado, a dupla capacidade de operar como princípio material e estrutural⁴⁸, possuindo ambas as dimensões⁴⁹.

Ressalta ainda que o princípio democrático, justamente por assumir contornos de núcleo do sistema, só é capaz de albergar um conteúdo excessivamente

⁴⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Op. Cit.* Pág. 1173.

⁴⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Op. Cit.* Pág. 1173.

⁴⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Op. Cit.* Pág. 1174.

⁴⁸ No Mesmo sentido, J. J. Gomes Canotilho. *Op. Cit.* Pág. 287.

⁴⁹ ARAGON, Manuel. *Op. Cit.*

geral, não vindo a ser categoria juridicamente operativa de maneira direta, sendo uma consequência própria dos princípios gerais terem um viés abstrato, necessitando de certas conexões para poderem intervir no âmbito jurídico⁵⁰.

J.J. Gomes Canotilho assevera que o princípio democrático teria como princípios definidores, que lhe emprestam concretude, entre outros, os princípios do sufrágio universal, da participação democrática dos cidadãos e separação dos poderes; e esses ainda seriam suscetíveis de densificações especiais, como por exemplo, o sufrágio que viria a ser concretizado pela liberdade de propaganda e imparcialidade nas campanhas eleitorais⁵¹.

E é justamente nos princípios, ou subprincípios, que concedem concretude ao princípio democrático que a interação com a liberdade de expressão se torna ainda mais evidente. Por exemplo, quanto ao sufrágio, a livre difusão de ideias e de plataformas políticas, bem como o embate de propostas é fundamental para municiar eleitores de informações para a escolha de seus candidatos, ao passo que a deturpação dessa liberdade de expressão por meio de desinformação pode retirar do mesmo eleitor a cognição da realidade fática, influenciando diretamente em seu voto.

Em termos práticos, a perspectiva estruturante do princípio democrático no texto constitucional, segundo Konrad Hesse, permite a produção de continuidade supra pessoal, já que o poder não se vincularia a uma pessoa, e, assim sendo, a manutenção da ordem política não se limitaria a indivíduos específicos⁵².

Para o mestre alemão, ainda na estrutura constitucional, a democracia fomenta a racionalização do processo político pelo seu próprio procedimento de formação da vontade política e sua publicidade. Por fim, a democracia seria - ainda como elemento estruturante na órbita constitucional - forma de limitação de poder,

⁵⁰ ARAGON, Manuel. *Op. Cit.*

⁵¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Op. Cit.* Pág. 1174.

⁵² HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. 20ª ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. Pág. 122.

conduzindo a uma auto legalidade de controle e limitações que seriam recíprocas, sendo pertinente para a contenção do abuso de poder⁵³.

Nesse mesmo sentido, J. J. Gomes Canotilho afirma que o princípio democrático, como princípio de organização, da titularidade, e do exercício do poder, permite estabelecer o domínio político de acordo com a autodeterminação e o autogoverno, sendo constituído, legitimado e controlado por cidadãos, também autorizados a participarem do processo da organização da forma de governo e de Estado vigentes⁵⁴.

Essa vertente estrutural do princípio democrático é fácil de se notar quando se atenta que sua ruptura é também a erupção do modelo social delineado nos textos constitucionais que se proponham a serem democráticos, baseado nas liberdades de escolha, alternância e representatividade do poder.

Assim, no que se correlaciona com o objeto central deste estudo, vale ressaltar como o princípio democrático, em seu viés de verdadeiro alicerce do sistema constitucional, é reiteradamente testado através de ferramentas do ciberespaço que acabam por potencializar elementos como desinformação, discursos de ódio e afins, que visam deliberadamente romper com um fluxo democrático constituído e, conseqüentemente, com as estruturas sociais delineadas nas Constituições, como veremos com maiores detalhes em momento oportuno.

A mitigação desses danos em potencial, de forma a prover o sensível equilíbrio entre as garantias de liberdade de manifestação de ideias e informações - fundamentais para a democracia - e a manutenção da higidez das bases democráticas, talvez seja hoje o maior desafio do constitucionalismo moderno.

⁵³ HESSE, Konrad. *Op. Cit.* Pág. 122.

⁵⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Op. Cit.* Pág. 290.

2.2 – O Princípio Democrático e os Direitos Fundamentais: A Busca pelas Condições da Integração Efetiva do Indivíduo à Comunidade Política e a Proteção das Minorias

Assentada, assim, a vertente estrutural do princípio democrático, nos cabe agora tecer algumas considerações quanto a seu valor material, especialmente sobre sua correlação com preceitos *jusfundamentais*. É que, como Ingo Wolfgang Sarlet ressalta, a democracia não é apenas um conjunto de princípios e regras organizatórias, mas possui, na realidade, estreita correlação com a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais como um todo, mormente, obviamente, aqueles atinentes aos direitos políticos e os de liberdade⁵⁵.

Na mesma linha, Jorge Reis Novais afirma que sem uma cultura de direitos fundamentais, nomeadamente os de natureza política, não há democracia, já que não seria garantida a participação de todos, rompendo-se a racionalidade que justifica a regra da maioria. Caso se prive parte da população de direitos, não se reconhecendo a igual e autônoma consideração no processo de deliberação e/ou de governança entre indivíduos, a vida democrática não seria livre nem igualitária e, portanto, o poder não seria democrático⁵⁶.

Não é à toa que, conjecturando tais explanações em um contexto fático, os regimes ditos ditatoriais se sustentam necessariamente em um contexto de supressão de certos direitos fundamentais. Isso é notório em uma perspectiva histórica, seja, por exemplo, com a proibição de associações ou da livre criação de partidos políticos, de forma a suprimir eventuais oposições; seja pela mitigação da liberdade de expressão, por meio da censura aos meios de comunicação⁵⁷, buscando-se modular uma falsa narrativa social que sustente o regime ditatorial.

⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. Ingo Wolfgang Sarlet; Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidieiro (Auts.). Capítulo 02: Dos Princípios Fundamentais. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2019. NP.

⁵⁶ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a Maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2016. Pág. 20.

⁵⁷ Nesse sentido, Jorge Bacelar Gouveia afirma que a principal diferenciação entre as ditaduras e os governos democráticos é que neste último aqueles que são governados influenciam e controlam os governantes. Desse modo, uma positivação da forma política democrática nas Constituições é reflexo da soberania popular, e dela vêm as escolhas e atuação do Estado. No fim, significa que os valores democráticos simbolizam um vínculo de confiança entre a sociedade e a comunidade política, vínculo esse pautado em controles jurídicos e políticos. (GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de Direito Constitucional**. Vol. I, 6ª ed., Coimbra: Edições Almedina, 2016. Pág. 181.).

Assim, J. J. Gomes Canotilho afirma que os direitos fundamentais têm uma função democrática, já que o exercício democrático do poder passa, precipuamente, pela contribuição de todos os cidadãos com base em uma participação livre, consubstanciada, por exemplo, no direito de associação, na formação de partidos políticos e na liberdade de expressão; que seriam direitos constitutivos do próprio princípio democrático. Envolve ainda a abertura do processo político através de criação e fomentação de direitos culturais, sociais e políticos⁵⁸.

Aqui se revela uma faceta material do princípio democrático, que é a imposição da atuação estatal no sentido de fomentar meios que garantam ao indivíduo uma estrutura mínima que possibilite o livre desenvolvimento de sua autodeterminação como cidadão e, conseqüentemente, como ser político.

O que se afirma é que um Estado apenas é plenamente democrático quando buscar mecanismos de acesso do seu povo à educação, alimentação, emprego, cultura, em patamares que garantam a inserção efetiva do indivíduo na sociedade, como parte integrante dela.

Em outros termos, a garantia da dignidade humana é um pressuposto do desenvolvimento da democracia na perspectiva do cidadão. Assim, não só os direitos de liberdade, mas também os sociais - aqueles ditos de segunda geração, que exigem uma prestação ativa do Estado - são indissociáveis da efetivação de preceitos basilares da democracia⁵⁹.

É que como Hannah Arendt assinala, as liberdades são essencialmente negativas, resultados da libertação, mas não representam o conteúdo concreto da liberdade, que é a participação nos assuntos públicos e a efetiva admissão na esfera pública⁶⁰.

⁵⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Op. Cit.* Pág. 290.

⁵⁹ Para aprofundamentos sobre as categorias de direitos fundamentais ver: MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional - Direitos Fundamentais**. Tomo IV. 5ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. Pág. 93 e ss.

⁶⁰ ARENDT, Hannah. **Sobre a Revolução**. Trad. Denise Bottman. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. Pág. 61.

Ou seja, a efetividade da participação política do indivíduo na sociedade representa o conteúdo da liberdade que pressupõe a democracia, e isso impõe, portanto, não apenas a liberdade pura e simples de participar dos processos democráticos, mas também que o Estado crie meios que impulsionem tal participação, através da garantia ao indivíduo de um mínimo existencial representado pela dignidade humana.

J.J. Gomes Canotilho afirma que o princípio democrático é um princípio jurídico-constitucional com dimensões materiais e dimensões organizativo-procedimentais. A perspectiva substancial se nota por ele condicionar a legitimidade do domínio político à realização de determinados valores e princípios (como a soberania popular, garantia dos direitos fundamentais, pluralismo de expressão, entre outros). Já na perspectiva normativa-processual, por vincular a legitimação do poder a determinadas regras e processos⁶¹.

Portanto, o conteúdo do princípio democrático deve englobar essa noção de promoção dos direitos fundamentais sem a qual uma democracia não é funcional. Isso será importante no decorrer deste estudo, quando se notará que o teor material do aludido princípio pode balizar a atuação do operador do direito quando da ponderação de valores em presença em uma análise de determinado caso concreto.

Assim, Marcelo Andrade Oliveira Cattoni de Oliveira, ao elencar o conteúdo do princípio democrático, salienta que ele - não exclusivamente - engloba (a) o reconhecimento do direito de dizer “não” e o respeito aos direitos políticos das minorias; (b) as variadas formas de participação e representação política dos diversos pontos de vista ideológicos existentes na sociedade nos processos legislativos e demais decisões jurídico-política de relevo; (c) garantia de fiscalização do governo por intermédio de direitos de participação nas variadas deliberações coletivas e sociais; (d) o reconhecimento de participações coletivas sociais e culturais, bem como a

⁶¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Op. Cit.* Pág. 290.

garantia de direitos sociais, econômicos e culturais, mediante ações afirmativas e políticas públicas que objetivam a inclusão social, econômica e cultural⁶².

Ao rol acima delineado, Ingo Wolfgang Sarlet afirma que podem ser incluídas, entre outras diretrizes, a defesa a direitos fundamentais, como as liberdades de expressão, manifestação, reunião e associação; além de um conjunto de direitos sociais que garantam⁶³ uma capacidade mínima para o exercício da liberdade⁶⁴.

Fica claro, portanto, que o princípio democrático, mais do que procedimentos e regras eleitorais, possui um conteúdo material, como demonstrado acima, que corresponde, em uma apertada síntese, à garantia constitucional de meios que busquem a inserção efetiva do indivíduo como um membro igual da comunidade política.

Importante ainda ressaltar o que com precisão afirma José Afonso da Silva, no sentido de que uma democracia não pressupõe que todos sejam instruídos, educados; mas sim que que nela se busque distribuir a todos cultura, educação, aperfeiçoamento, ou seja, um nível de vida digno. Assim, a Constituição deve estruturar um regime democrático consubstanciado nesses objetivos de igualização via direitos sociais e universalização de prestações sociais⁶⁵.

O que se depreende, no fim, é uma retroalimentação entre a democracia e os direitos fundamentais – ainda que haja alguma tensão entre ambos, como veremos nos tópicos seguintes – de forma que a existência de um depende da plena funcionalidade do outro.

⁶² OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Art. 1º, Parágrafo Único**. In: *Comentários à Constituição do Brasil*. J.J. Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet e Lenio Luiz Streck (Orgs.). 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. NP.

⁶³ Assim também se posiciona J.J. Gomes Canotilho, quando assevera que os direitos fundamentais, como direitos subjetivos a prestações sociais, econômicas e culturais, constituem dimensões impositivas para o preenchimento de tais direitos por meio do legislador democrático. Tal noção teria inspirado o Art. 2º da Constituição Portuguesa ao se referir a Estado *democrático baseado na soberania popular e na garantia dos direitos fundamentais*. (CANOTILHO, J.J. Gomes. *Op. Cit.* Pág. 291.).

⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. 2019. *Op. Cit.*

⁶⁵ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013. Pág. 130.

2.2.1 – Os Direitos Fundamentais como Instrumento de Defesa das Minorias em uma Democracia

Uma outra perspectiva da correlação dos direitos fundamentais e o princípio democrático, que deve ser ressaltada na busca da compreensão da abrangência daquele princípio, é que os direitos *jusfundamentais* constituem a principal ferramenta de defesa das minorias frente à maioria, que na democracia acabam assumindo o poder, ainda que - na maior parte das situações - por meio de representantes eleitos.

Inicialmente, é importante compreender o porquê de o princípio da maioria vigorar na democracia. Segundo Jorge Miranda, em congruência com a ideia de liberdade, a vontade da maioria resulta da autodeterminação dos membros da comunidade política, e qualquer decisão que seja imposta deve ser atenuada, já que, se a ordem social entrar em contradição em algum momento com os anseios de indivíduos, que seja no menor número deles⁶⁶.

Já na perspectiva da igualdade, segundo Jorge Miranda, partindo da premissa de que todos os cidadãos têm os mesmos direitos e deveres e, assim, devem ter o mesmo grau de participação na vida política, a vontade do maior número de cidadãos acaba se convertendo na vontade geral e, conseqüentemente, na do Estado⁶⁷.

O professor português ainda acrescenta a necessidade da inclusão de um elemento axiológico, sem o qual não seria possível nem o consentimento e nem a obrigatoriedade da decisão vinda do voto. Tal seria representado pela conexão entre igualdade e liberdade, baseada no reconhecimento da dignidade cívica de todos os sujeitos, e em uma liberdade com integração social dos indivíduos. Seria, em suma, “a exigência de uma igualdade livre ou de uma liberdade igual para todos”⁶⁸.

⁶⁶ MIRANDA, Jorge. 2017. *Op. Cit.*

⁶⁷ *Ibidem.*

⁶⁸ MIRANDA, Jorge. 2017. *Op. Cit.*

Jorge Reis Novais salienta que do princípio da dignidade da pessoa humana decorrem exigências de igualdade e de liberdade individual, que conduzem necessariamente à adoção da regra da maioria como elementar do funcionamento do sistema político. Assim, com base nisso, pode se extrair que se não houver democracia também não haveria verdadeiro respeito à dignidade humana, e, por conseguinte, Estado de Direito⁶⁹.

Pois bem, os direitos fundamentais, em seus primórdios, surgem como um mecanismo de defesa do indivíduo face ao poder estatal⁷⁰, em um momento que sobrelevou a necessidade de garantias de liberdades mínimas que proporcionassem ao cidadão o desenvolvimento de sua subjetividade.

Jorge Reis Novais sustenta que os direitos fundamentais representam um trunfo contra a maioria que governa, mesmo quando tal maioria decida segundo procedimentos democráticos e possuindo apoio social. Aqueles direitos seriam garantidos constitucionalmente a todos que se encontrem na situação tipificada na norma fundamental, podendo então serem invocados pelos cidadãos contra poderes públicos, ainda que sustentados democraticamente pela maioria da população⁷¹.

Assim, mesmo em um contexto de surgimento das modernas democracias constitucionais, em que a vontade do Estado passa a ser, em tese, a vontade da parte majoritária de seu povo, de certa forma o risco de domínio de um grupo sobre outro, desta feita da maioria⁷² sobre a minoria, justifica⁷³, também nessa perspectiva, o fomento e aprimoramento da noção de direitos fundamentais.

⁶⁹ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional**. Lisboa: AAFDL, 2017. Pág. 26.

⁷⁰ Para mais sobre a evolução histórica dos direitos fundamentais, em especial buscando um paralelo quanto a perspectiva de tais direitos em um Estado democrático, entre outros, ver: DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5^a ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014. Pág. 10 e ss.

⁷¹ NOVAIS, Jorge Reis. *Op. Cit.* 2017. Pág. 22.

⁷² Para aprofundamento sobre os limites ao princípio da maioria, ver: PATO, José Antonio Tardío. **Los Límites al Principio de La Mayoría No Sólo Derivados del Estado De Derecho, Sino También del Propio Estado Democrático. La Denominada Ley Catalana de Autodeterminación Como Ejemplo**. In: *Revista española de Derecho Administrativo*. Nº 189, Jan-Mar. 2018.

⁷³ É importante ressaltar aqui que os direitos fundamentais, longe de permanecerem estanque, sofreram notória evolução, hoje já sendo aceito, inclusive, sua aplicação até mesmo em certas relações entre particulares, expandindo o modelo clássico de sua atuação da além relação entre Estado e indivíduo, como previsto no Art. 18 da Constituição Portuguesa.

Ingo Wolfgang Sarlet salienta que a democracia não deve, no fim, resultar no arbítrio de maiorias sobre as minorias⁷⁴, principalmente porque na maior parte das vezes as ditas maiorias são obtidas de maneira restrita, ainda mais quando falamos de maiorias simples. Assim, o princípio democrático impõe o respeito pelas minorias⁷⁵, bem como sua promoção e proteção, que não se limita ao mero fato de poderem participar do processo de deliberação e muito menos pressupõe, em caso de derrota nas deliberações, se submeter de maneira subserviente à vontade nem sempre assentada e muitas vezes relativa imposta pela maioria⁷⁶.

Ronald Dworkin salienta que a democracia, para ser justa, requer que todo cidadão tenha direito a votar para definir qual é o desejo da maioria. Mas mais ainda, demanda que cada cidadão tenha não apenas um voto, mas tenha também voz, já que a decisão da maioria não será justa ao menos que todos tenham tido uma oportunidade de expressar suas atitudes, opiniões, medos, ou qualquer sentimento, não só na esperança de influenciar outros, o que seria crucialmente importante, mas também para confirmar seu posicionamento como um agente ativo da ação coletiva, e não apenas uma vítima passiva da maioria⁷⁷.

Trazendo isso para o foco deste estudo, naquele contexto, a liberdade de expressão ganha especial relevo na perspectiva das minorias. Primeiro quanto à possibilidade de livremente denunciar um desvio nas condutas de poder adotadas pelas ditas maiorias, buscando seus direitos de proteção bem como respaldo e

⁷⁴ Hans Kelsen afirma que uma vez que os princípios da liberdade e igualdade buscam minimizar a dominação em uma democracia, isso vale também no que se refere à relação entre maioria e minoria. Kelsen exemplifica com a então União Soviética que, na visão dele, não poderia se denominar uma democracia por, entre outros motivos, basear seu regime na supressão da minoria pela violência. Isso seria perceptível, segundo Hans Kelsen, quando Lenin afirmara: “*A verdadeira democracia impõe uma série de restrições à liberdade dos opressores, dos exploradores, dos capitalistas*”. Em seu raciocínio, o filósofo austríaco ressalta que na Ditadura do Proletariado aqueles que um dia foram “opressores”, “exploradores” e “capitalistas”, se ainda existirem, seriam tão somente a minoria do povo, e o domínio de tal minoria pela violência retiraria o teor democrático do regime soviético. (KELSEN, Hans. **A Democracia**. Trad. Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. São Paulo: Martin Fontes, 2000. Pág. 182-183.)

⁷⁵ Esse conteúdo material do princípio democrático aqui assinalado será visto de maneira concreta quando abordarmos, mais a frente neste estudo, a questão do discurso de ódio.

⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. 2019. *Op. Cit.*

⁷⁷ DWORKIN, Ronald. **Foreword to Extreme Speech and Democracy**. In: *Extreme Speech and Democracy*. Ivan Hare e James Weinstein (Orgs.). Nova York: Oxford University Press, 2009. NP.

sensibilização da opinião pública quanto ao elemento definidor de tal minoria (como, por exemplo, gênero, religiões minoritárias e sexualidade).

Além disso, é com base na liberdade de expressão que as minorias podem se articular no sentido de estabelecer um canal comunicativo sistematizado hábil a influir no posicionamento da maioria que em regra detêm o poder, principalmente, hoje, por meio das redes sociais⁷⁸, de forma a colocar em pauta no debate público o fomento e a proteção de seus direitos básicos⁷⁹.

Também é fato que, no reverso, a deturpação do exercício de certos direitos fundamentais pode corroer a estrutura representada pelo princípio democrático. Isso fica nítido também na própria liberdade de expressão quando utilizada como justificativa para o fomento de desinformação, discurso de ódio, e todo o tipo de manipulação que possa distorcer a democracia como um todo, como veremos detalhadamente em momento oportuno no transcurso do presente estudo.

Em conclusão, como ensina Jorge Miranda, em um panorama de irrestrito domínio da maioria, o princípio democrático poderia acarretar violação a conteúdo essencial de direitos fundamentais. Por outro giro, as próprias liberdades consubstanciadas nos direitos fundamentais podem servir como, por exemplo, justificativa para recusa a qualquer decisão política sobre sua modulação ou equilíbrio. Assim, é com base em uma conjugação constantemente renovada e atualizada aos moldes da sociedade, bem como com a complexa articulação entre órgãos políticos e jurisdicionais, que o fino equilíbrio entre o princípio democrático e o exercício dos direitos fundamentais pode ser alcançado⁸⁰.

⁷⁸ A título de exemplificação, no Brasil a *hashtag* “#PL490NÃO” assumiu grande relevância, chegando a ter mais de 60 mil menções nas redes sociais, objetivando pressionar parlamentares a votarem contra projeto de lei que buscava a remarcação de terras indígenas, que, segundo se alega, seria um projeto benéfico para grandes agricultores e altamente prejudicial para os índios. Fonte: EXTRA. **Internautas fazem tuitaço contra projeto de lei sobre demarcação de terras indígenas**. 22 jun. 2021. Disponível em: <https://extra.globo.com/noticias/brasil/internautas-fazem-tuitaco-contraprojeto-de-lei-sobre-demarcacao-de-terras-indigenas-25072451.html>. Acessado em 07 de dezembro de 2021.

⁷⁹ Para mais ver: MACHADO, Jónatas. E. M. **Liberdade de Expressão – Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. Págs. 81 e ss.

⁸⁰ MIRANDA, Jorge. 2017. *Op. Cit.*

O papel da Constituição aqui é garantir o balizamento dessa relação entre direitos fundamentais e democracia, positivando os limites da atuação da maioria no que se refere a salvaguarda dos interesses da população minoritária, especialmente por meio de cláusulas pétreas que garantam que certos direitos ou estruturas do Estado não sejam suprimidas em qualquer hipótese⁸¹, mesmo em um contexto de vontade das maiorias⁸².

A intrínseca relação entre direitos fundamentais e o princípio democrático no fim pode ser definida como uma inesgotável busca por um equilíbrio que assegure a incolumidade de ambos os institutos, mas sempre garantindo que tal busca não represente, ela própria, uma ausência de contornos que comprometa a essência tanto da democracia como das liberdades dos indivíduos abrigadas no texto constitucional.

2.3 – A Influência da Internet Sobre o Princípio Democrático e a Ascensão uma E-democracia

Não é demasiado hoje afirmar que a internet possui uma relação inexorável com o exercício dos preceitos democráticos. Tal relação é nítida e notória, possuindo reflexos jurídicos claros, e que serão nosso objeto de estudo nos desdobramentos seguintes. O ponto aqui é entender a intensidade de tal relação, se ela representa uma confluência capaz de transmutar a própria essência do princípio democrático.

Exemplo do que aqui se afirma se deu nas eleições brasileiras de 2018 para a presidência da república. O candidato vencedor, Jair Bolsonaro, possuía o direito a 08 segundos de propaganda no rádio e televisão por bloco, ao passo que o candidato com o maior tempo possuía 05 minutos e 32 segundos⁸³.

⁸¹ Isso, naturalmente, em uma perspectiva constitucional, desconsiderando situações de ruptura, como, por exemplo, revoluções que possam, por meio da força, instaurar um novo regime e extinguir a Constituição de determinado Estado, e, conseqüentemente, o valor jurídico então vigente das cláusulas pétreas.

⁸² SILVA, Pericles Batista da. **A democracia e os Direitos Fundamentais**. In: *Jus Navegandi*. 16 out. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22817/a-democracia-e-os-direitos-fundamentais>. Acessado em: 27 de dezembro de 2021.

⁸³ Fonte: G1. **TSE apresenta previsão do tempo de propaganda no rádio e na TV para cada candidato à Presidência**. 23 ago. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/noticia/2018/08/2018/08/23/tse-apresenta-previsao-do-tempo-de-propaganda-no-radio-e-na-tv-para-cada-candidato-a-presidencia.ghtml>. Acessado em 06 de janeiro de 2022.

Neste cenário, o candidato eleito focou praticamente toda a sua estratégia de comunicação utilizando as mídias digitais⁸⁴, o que inclusive gerou um processo de cassação de sua chapa no Tribunal Superior Eleitoral do Brasil, em virtude de suposto abuso de poder econômico, que teria financiado disparos massivos de notícias fraudulentas e ataques odiosos contra adversários por meio do aplicativo *Whatsapp*⁸⁵.

Um outro caso notório que pode ser utilizado para exemplificar essa relação é a utilização de dados de mais de 50 milhões de usuários do *Facebook*, sem o consentimento deles, pela empresa *Cambridge Analytica*⁸⁶, que teria o intuito de direcionar propaganda política favorável ao então candidato à presidência dos Estados Unidos nas eleições de 2016 Donald Trump⁸⁷, situação que será tratada com mais detalhes em momento oportuno.

Esses dois casos, amplamente divulgados, buscam apenas ilustrar aqui⁸⁸ como as eleições majoritárias para presidência da república em dois países com populações gigantescas conviveram com a influência direta dos meios digitais.

Isso se dá, principalmente, por uma possível transferência da predominância da ocorrência da esfera pública dos meios físicos para os digitais. Jürgen Habermas conceitua a esfera pública como sendo:

⁸⁴ É verdade que o candidato eleito Jair Bolsonaro sofreu um atentado à faca durante a campanha presidencial, o que deu a ele uma constante exposição na mídia tradicional, o que pode eventualmente ter compensado seu tempo de propaganda exíguo na rádio e televisão. (Fonte: G1. **Jair Bolsonaro leva facada durante ato de campanha em Juiz de Fora**. 06 set. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/zona-da-mata/noticia/2018/09/06/ato-de-campanha-de-bolsonaro-em-juiz-de-fora-e-interrompido-apos-tumulto.ghtml>. Acessado em 01 de maio de 2022.).

⁸⁵ O Tribunal Superior Eleitoral do Brasil entendeu que tal situação não poderia efetivar a cassação da chapa vencedora. O Acórdão referente a essa decisão será abordado em momento oportuno no decorrer deste trabalho.

⁸⁶ Tal caso será mais bem abordado no item 4.2.

⁸⁷ Fonte: THE NEW YORK TIMES. **Cambridge Analytica and Facebook: The Scandal and the Fallout So Far**. 04 abr. 2018. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2018/04/04/us/politics/cambridge-analytica-scandal-fallout.html>. Acessado em 06 de janeiro de 2021.

⁸⁸ Para mais análises nesse sentido, de influência da internet em processos democráticos específicos, ver: IOSIFIDIS, Petros e WHEELER, Mark. **Modern Political Communication and Web 2.0 in Representative Democracies**. In: *Journal of the European Institute for Communication and Culture*. 2018. Págs. 110 – 118.

“Uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos.”⁸⁹

Com a popularização do acesso à internet⁹⁰, principalmente com o advento da denominada *web 2.0*⁹¹, o debate e a síntese dos fluxos comunicacionais, mencionados por Jürgen Habermas, passaram a ser fortemente relevantes na esfera digital⁹², principalmente pelas potencialidades da internet, capaz de amplificar a voz do cidadão, fomentar debates entre indivíduos em diferentes partes do território de um Estado, ou mesmo do globo, resultando na criação de verdadeiras “ágoras digitais”, consubstanciadas especialmente, mais recentemente, nas redes sociais⁹³, o que acaba por influenciar na formação da opinião pública⁹⁴.

Nesse contexto, Andrew Chadwick afirma que a internet emergiria como um meio provedor de arenas para debate público que são relativamente espontâneos, flexíveis e autogovernados, permitindo que, ao menos em tese, cidadãos que foram

⁸⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade**. Vol. II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Pág. 92.

⁹⁰ Popularização no sentido de já ser acessível a uma gama de pessoas suficientes à constituição de uma nova esfera pública no ciberespaço, mesmo que a internet ainda seja um meio de comunicação que, por seu custo, não esteja disponível a todos de maneira equânime.

⁹¹ Entende-se por *web 2.0* a mudança de paradigmas da Internet. Inicialmente ela fora desenvolvida apenas para consumo passivo do usuário, como nas mídias tradicionais de rádio e televisão. A *web 2.0* vêm com o intuito de transformar o usuário também em um criador de conteúdos ativo na internet, nomeadamente através de blogs, criação de *sites* e, mais recentemente, as redes sociais, permitindo que qualquer um possa produzir e divulgar facilmente suas ideias através das possibilidades proporcionadas pela internet. O termo *web 2.0* fora inicialmente cunhado por Tim O’Reilly em 2005, quando passou a elencar os elementos que comporiam uma mudança nos conceitos da internet, com foco no usuário, que justificaria a nomenclatura *web 2.0*. (O’REILLY, Tim. **What Is Web 2.0 Design Patterns and Business Models for the Next Generation of Software**. In: O’Reilly. 30 set. 2005. Disponível em: <https://www.oreilly.com/pub/a/web2/archive/what-is-web-20.html>. Acessado em 18 de fevereiro de 2022.)

⁹² Carlos Blanco de Moraes ressalta que é um fato que a discussão no espaço público foi vastamente alargada na dita *blogosfera*, com o acesso individual ou em grupo de massas ao ciberespaço, em especial por meio de redes sociais, *blogs*, jornais eletrônicos; o que acabou por, em parte, por mitigar a concentração dos grandes meios de comunicação, como rádio, televisão e mídia impressa. (MORAIS, Carlos Blanco de. **O Sistema Político no Contexto da Erosão da Democracia Representativa**. Coimbra: Edições Almedina, 2018. Pág. 144).

⁹³ Para aprofundamentos da configuração das redes sociais como uma esfera pública de debates, ver: BALKIN, Jack. **How to Regulate (and Not Regulate) Social Media**. In: *Knight Institute Occasional Paper Series*, Nº 01, 25 mar. 2020. Págs. 1-29. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstractid=3484114>. Acessado em 10 de janeiro de 2021.

⁹⁴ Para mais acerca da correlação entre a esfera pública conceituada por Habermas e a internet, ver: BARROS, Chalini Torquato Gonçalves de e SAMPAIO, Rafael Cardoso. **Internet Como Esfera Pública? Análise de usos e repercussões reais das discussões virtuais**. In: *Cadernos PPG-AU/UFBA*. Vol. 09. Edição Especial. 2010.

progressivamente confinados em seus respectivos meios possam uma vez mais serem tidos como uma força pública⁹⁵.

É justamente nesse sentido que Jack Balkin, tratando mais especificamente das redes sociais, menciona que elas hoje têm basicamente três funções no âmbito da esfera pública. Primeiro, por facilitarem a participação nas artes, políticas e cultura. Segundo, as aludidas mídias organizariam a conversa pública, e as pessoas podem facilmente debater assuntos de seu interesse. E terceiro, por realizar curadoria da opinião pública, não apenas retirando ou reorganizando conteúdos⁹⁶ que nelas circulam, mas também regulando a velocidade de propagação de cada um desses materiais.⁹⁷

É essa a linha manifestada por Raphael Cohen-Almagor quando ressalta que os procedimentos democráticos estabelecem uma rede de considerações pragmáticas e um constante fluxo de informações relevantes, em que pessoas apresentam opiniões de forma persuasiva, buscando a aceitação de outros às suas propostas⁹⁸.

Assim, aquele professor afirma que o processo de deliberação ocorre com base em uma troca de informações em que propostas são apresentadas para serem acatadas ou criticadas, em um meio livre de coerções com atores formalmente iguais. Nesse cenário, a internet, por suas características tecnológicas, possibilita a participação direta das pessoas, eliminando barreiras geográficas, o que empodera

⁹⁵ CHADWICK, Andrew. **Web 2.0: New Challenges for the Study of E-Democracy in an Era of Informational Exuberance**. In: *A Journal of Law and Policy for the Information Society*. Vol. 5, Nº 01. dez. 2008. Págs. 09-42. Disponível em: https://heinonline.org/HOL/PAGE?public=true&handle=hein.journals/isjlp505&div=6&start_page=9&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults. Acessado em: 08 de janeiro de 2022.

⁹⁶ Isso levanta a questão do protagonismo que determinados poucos grupos econômicos acabam tendo no processo democrático. Redes Sociais como *Facebook*, *Twitter*, e *Youtube*, por exemplo, principalmente no período eleitoral, assumem uma condição de modulação do discurso público que ocorre em suas plataformas, podendo suprimir ou promover determinados atos comunicativos de acordo com seus algoritmos e Termos de Uso, o que acaba por poder ter influência no resultado de um pleito.

⁹⁷ BALKIN, Jack. *Op. Cit.*

⁹⁸ COHEN-ALMAGOR, Raphael. **Internet architecture, freedom of expression. and social responsibility: critical realism and proposals for a better future**. In: *Innovation: The European Journal of Social Science Research*. 2015, Vol. 28, Nº 02. Págs. 147-166.

cidadãos e promove a participação coletiva para a construção de normas e valores sociais⁹⁹.

Para exemplificar tal posicionamento, basta se atentar ao resultado da pesquisa efetuada pelo instituto *DataSenado*, que revelou que cerca de 45% dos brasileiros são influenciados por conteúdos acessados em suas redes sociais na hora de definir o seu voto¹⁰⁰.

Interessante ainda ressaltar que o valor jurídico dos fóruns de debate na internet foi recentemente reconhecido pela justiça estadunidense. Na ocasião, a Corte de Apelação do Segundo Circuito, em Nova York, proibiu¹⁰¹ o então presidente Donald Trump de bloquear cidadãos de sua conta na rede social *Twitter*¹⁰².

A alegação foi a de que a comunicação efetivada pelo então mandatário dos Estados Unidos no *Twitter* possui características eminentemente presidenciais, não podendo ser atribuídas ao cidadão¹⁰³ Donald Trump. Assim, a página do então presidente em comento acabou por ganhar contornos de comunicação oficial, sendo verdadeira ferramenta de governança. Com base nesse raciocínio, os bloqueios efetuados naquele ambiente representariam ações de Estado (*State action*¹⁰⁴),

⁹⁹ COHEN-ALMAGOR, Raphael. *Op. Cit.*

¹⁰⁰ Fonte: AGÊNCIA SENADO. **Redes sociais influenciam voto de 45% da população, indica pesquisa do DataSenado**. 12 dez. 2022. Disponível em: <https://www12.senadoleg.br/noticias/materias/2019/12/12/redes-sociais-influenciam-voto-de-45-da-populacao-indica-pesquisa-do-datasenado>. Acessado em 19 de abril de 2022.

¹⁰¹ Análise aprofundada deste caso fora feita por mim no Relatório de Justiça Constitucional no Curso de Mestrado Científico em Direito Constitucional, cadeira ministrada pelo professor doutor Rui Tavares Lanceiro, com o tema: “As Interações Democráticas Na Internet e Sua Tutela Pela Justiça Constitucional”.

¹⁰² Segundo Circuito de Cortes de Apelação dos Estados Unidos - *Knight First Amendment Institute at Columbia University v Trump*, N°. 18-1691. 2019. Julgado em 23 de março de 2020.

¹⁰³ Sobre as distinções jurídicas entre os discursos de um indivíduo como cidadão comum e aquele por ele proferido em razão de sua investidura em cargo eletivo, ver: VALLE, Jaime. **O Poder de Exteriorização do Pensamento Político do Presidente da República**. Lisboa: Editora AAFDL, 2013. Págs. 55-56; 82.

¹⁰⁴ A doutrina do ato de Estado (State Action Doctrine), é definida por Stephan Jaggi como: *The state action doctrine of the Supreme Court of the United States ('Court') formulates a seemingly simple principle: the US Constitution in general, and its individual rights in particular, apply only to state action, not to private action. State action, as a matter of principle, is all government action, ie action by the executive, legislature, and judiciary at the state and federal level; private action is all non-government action*. (JAGGI, Stephan. **State Action Doctrine**. In: *Oxford Constitutional Law*. Out. 2017. Disponível em: <https://oxcon.ouplaw.com/view/10.1093/law-mpeccol/law-mpeccol-e473>. Acessado em 14 de janeiro de 2021).

acabando, assim, por violar a primeira emenda da Constituição estadunidense¹⁰⁵ por inibir a liberdade de expressão daqueles cidadãos ao impossibilitá-los de participar dos debates¹⁰⁶ na página no *Twitter* do então presidente dos Estados Unidos.

A decisão em comento é paradigmática pelo reconhecimento de contornos constitucionais da página privada nas redes sociais de um ocupante de cargo eletivo, e a necessária garantia da tutela de certos direitos fundamentais ali exercitados, como, por exemplo, a liberdade de expressão em determinados contextos, como no caso da decisão alhures referenciada.

O fato é que a internet proporciona uma revolução comunicativa ao possibilitar a qualquer indivíduo, em tese, divulgar e ter suas ideias debatidas a nível político por um vasto número de cidadãos¹⁰⁷, e isso resulta em consequências diretas na experiência democrática¹⁰⁸, posto ser esse um instituto basicamente calcado na ampla circulação de ideias.

Esse cenário levou à formulação da denominada *e-democracia*, ou simplesmente democracia digital, que Ralf Lindner e Georg Aichholzer resumem como

¹⁰⁵ Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América: “*Congress shall make no law respecting a establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances*”.

¹⁰⁶ O *Twitter* tem como uma de suas ferramentas a possibilidade de que seguidores realizem comentários nas postagens do titular da conta, possibilitando uma interação que, porventura, pode vir a configurar um debate público. Isso é mais notório no presente caso por tal debate se dar na conta do presidente da república.

¹⁰⁷ A ministra Carmén Lucia, do Supremo Tribunal Federal do Brasil, ao proferir voto em um julgamento – até o momento da escrita deste trabalho ainda pendente de conclusão – que versa sobre se o presidente brasileiro poderia bloquear seguidores das suas redes sociais, manifestou o seguinte: “*A questão é nova e põe-se pela transformação dos meios de comunicação social. Por ela se promove, de um lado, a democratização pelos instrumentos tecnológicos postos à disposição das pessoas, que mune todos e cada qual dos cidadãos de voz e vez na participação política direta, possibilitada pelo uso de ferramentas das “redes sociais”. De outro lado, inventada a praça virtual tecnológica, há que se transferir a esse espaço virtual o reconhecimento de que “a praça é do povo”. Não há como cercear ou limitar o acesso de um a outro que nela se tenha resolvido acessar.*” (Supremo Tribunal Federal do Brasil – Mandado de Segurança 36.666/DF. *William de Lucca Martinez v. Presidente da República*. Plenário Virtual. Voto da Relatora Min. Carmén Lúcia proferido em 27 nov. 2020.).

¹⁰⁸ Importa salientar que, na vastidão de dados compartilhados dentro dos meios digitais, os posicionamentos de alguém, isolado, e sem uma relevância pública prévia, são difíceis de serem reverberados e debatidos em um contexto social amplo. A internet não garante uma plena igualdade no sentido de que cada ideia ali postada seja ouvida e repercutida de forma equânime.

sendo a prática da democracia com o suporte da mídia digital¹⁰⁹ na comunicação política e participação, que englobaria todas as formas de participação política, fazendo uso das mídias digitais, incluindo tanto mecanismos institucionalizados, como o engajamento civil¹¹⁰.

Em um certo reconhecimento de sua relevância, já no ano de 2009, o Comitê de Ministros do Conselho Europeu delineou doze recomendações¹¹¹ aos Estados-Membros sobre os preceitos da *e-democracia*. Entre eles podem ser destacadas as de número um, que aconselha o uso das oportunidades proporcionadas pela *e-democracia* para o fortalecimento da democracia, bem como instituições e processos democráticos; e a de número cinco, que prevê a cooperação a nível local, regional e internacional no desenvolvimento de conceitos e padrões que garantam os direitos fundamentais, a democracia e o Estado de Direito¹¹².

Tais recomendações se justificam posto que, apesar de um possível potencial aprimoramento nas estruturas democráticas que podem ser proporcionado se bem utilizado o dinamismo comunicacional proporcionado pela internet, fato é que há também um notório lado reverso, que é o próprio uso destas tecnologias para tumultuar e corromper as estruturas da democracia, como as mencionadas proliferações de desinformação, discursos de ódios e demais elementos nocivos que possam livremente circundar em um ambiente quase anárquico como o ciberespaço¹¹³.

¹⁰⁹ Tal também pode ter reflexos na perspectiva *offline*, como bem ressalta Van Dijk, como, por exemplo, com a realização de reuniões, manifestações políticas, convocadas pela internet, mas realizadas no ambiente físico. (VAN DIJK, Jan. **Digital democracy: Vision and reality**. In: *Public administration in the information age: Revisited*. I. Snellen, M. Thaens, e W. van de Donk (Orgs.). Amsterdam: IOS-Press, 2013. Págs. 49-61.).

¹¹⁰ LINDNER, Ralf e AICHHOLZER, Georg. **E-Democracy: Conceptual Foundations and Recent Trends**. In: *Studies in Digital Politics and Governance*. Leonhard Hennen, Iris Korthagen, Ira van Keulen, Georg Aichholzer, Ralf Lindner e Rasmus Ø. Nielsen (Orgs.). Gewerbestrasse: Springer Open, 2020. Pág.18.

¹¹¹ Além disso, no apêndice do referido documento, são indicados 80 princípios que regem a dita *e-democracia* (COUNCIL OF EUROPE. **Recommendation CM/Rec(2009)1 of the Committee of Ministers to member states on electronic democracy (e-democracy)**. Adotada em 18 de fevereiro de 2009. Disponível em: https://www.coe.int/t/dgap/goodgovernan/Activities/Key-Texts/Recommendations/RecommendationC.M_Rec2009_1_en_PDF.pdf.

¹¹² *Ibidem*.

¹¹³ Nesse sentido: MORAIS, Carlos Blanco de. *Op. Cit.* Pág. 146.

Além desses riscos notórios, cabe aqui mencionar que, na perspectiva da *e-democracia*, o populismo ganha também uma potencialização no alcance de suas práticas. Marcos César Botelho, Beatriz Pereira Junqueira e Gabriel Vieira Terenzi afirmam que o político populista possui em regra um discurso agressivo, simplório, buscando atrair uma espécie de admiração messiânica e tem como propósito salientar a sua figura como um homem do povo. Ademais, ainda que tal prática possa ser promovida sem os hábitos digitais, os algoritmos das redes sociais permitem uma onipresença do líder populista, permitindo que suas falas, gestos e atitudes coincidam justamente com aquilo que normalmente tais algoritmos buscam, que são reações extremas, catárticas e velozes¹¹⁴.

Não iremos aprofundar neste momento acerca dos riscos específicos¹¹⁵ que os processos comunicacionais na internet podem acarretar à democracia, posto que os principais deles serão o cerne dos desenvolvimentos posteriores deste estudo; mas cabe ressaltar aqui que essa utilização das redes sociais para a exploração e potencialização de ideais populistas, que encontram nas redes sociais terreno fértil para proliferação, aliado aos riscos trazidos pelas distorções nos fluxos comunicativos, como a desinformação e o discurso de ódio, não fazem com que a democracia, na esfera digital, seja encarada como espécie de oclocracia¹¹⁶.

É que o princípio democrático não é indiferente a este cenário, as estruturas constitucionais que protegem uma democracia funcional vigoram no ciberespaço da mesma forma que vigoram na esfera pública “*offline*”. A internet não é um mundo à parte. O que carece, de fato, é um maior enfrentamento do problema, na perspectiva

¹¹⁴ BOTELHO, Marcos César; JUNQUEIRA, Beatriz Pereira e TEREZI Gabriel Vieira. **Eleições, Populismo e Desinformação Digital: O Papel das Redes Sociais Frente a Estigmatização da Imprensa**. In: *Revista Estudos Institucionais*. Vol. 7, Nº. 02, Mai-Ago. 2021. Págs. 649-680.

¹¹⁵ Para uma visão geral sobre as possíveis intercorrências que podem resultar da experiência democrática no ciberespaço, ver: PAGALLO, Ugo. **The Broken Promises of Democracy in the Information era**. In: *Digital Democracy in a Globalized World*. Corien Prins, Colette Cuijpers, Peter L Lindseth e Mônica Rosina (Orgs.). Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2017. Págs: 77- 99.

¹¹⁶ Oclocracia, ou “*rule of the mob*” é um termo cunhado por Políbio (historiador grego do séc. II A.C.). Segundo Norberto Bobbio, tendo o termo “democracia” sido utilizado para identificar a forma boa de governo popular, Políbio introduziu uma nova palavra para designar o governo popular na sua forma corrompida, que seria a “oclocracia”. *Oclos* significa “multidão”, “massa”; quando o termo “massa” é empregado em sentido pejorativo. A oclocracia ocorreria dentro de um cenário de arrogância e ilegalidade de um governo popular. (BOBBIO, Norberto. **A Teoria das Formas de Governo**. Trad. Sérgio Bath. 10ª ed. Brasília: Editora UNB, 1988. Pág. 67).

de uma regulamentação específica que abarque as particularidades da internet, bem como uma atuação da Justiça Constitucional que leve em consideração as particularidades do ciberespaço quando da interpretação da Constituição, como veremos no transcorrer deste trabalho.

Além disso, é interessante o posicionamento de Marianne Kneuer de que o estudo do potencial democratizante da mídia digital geralmente segue uma linha ou muito otimista ou amplamente pessimista, criando hipóteses de uma melhora ou piora significativa da qualidade da democracia. O foco deveria, ao reverso, ser que a tecnologia não é por si só uma força democratizante, sendo neutra na realidade, e que os seus efeitos nas estruturas políticas dependem da maneira como é utilizada dentro de certo contexto¹¹⁷.

Por isso a autora, com precisão, se refere à *e-democracia* não como um modelo futuro para um diferente tipo de democracia, mas um conceito do uso geral da internet por atores políticos, mídia, organizações e cidadãos em processos de governança¹¹⁸.

É que, ainda que ferramentas digitais possam ser utilizadas para, por exemplo, consultas informais sobre a opinião da população quanto a determinadas situações¹¹⁹, ao menos no estágio atual não se vislumbra uma possibilidade de um exercício real de democracia direta¹²⁰ através da internet, ou seja, o princípio da representatividade ainda não fora de alguma forma suprimido.

¹¹⁷ KNEUER, Marianne. **E-democracy: A new Challenge for measuring democracy**. In: *International Political Science Review*. Vol. 35, 5ª ed. 2016. Págs. 666- 678.

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ A título de ilustração, o senador brasileiro Jorge Kajuru afirmou que votaria de acordo com o resultado de uma enquete realizada na sua página no *Facebook* na votação para escolha do presidente do Senado brasileiro. Em que pese o valor simbólico, a utilização de tais ferramentas, nesse modelo, é temerária, já que não possui valor científico, sendo facilmente manipuláveis; ademais, não é sempre que o público em geral possui conhecimentos técnicos e se aprofunda em detalhes para a tomada de decisões a esse nível de especificidade, algo que é, ou ao menos deveria ser, uma preocupação nos processos legislativos. (Fonte: CONGRESSO EM FOCO. **Kajuru usa as redes sociais para definir voto a presidente do Senado**. 02 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/temas/corruptao/kajuru-usa-as-redes-sociais-para-definir-voto-a-presidente-do-senado/>). Acessado em 07 de junho de 2022.

¹²⁰ Para um aprofundamento sobre as impossibilidades da democracia direta de uma maneira geral, ver: MORAIS, Carlos Blanco de. *Op. Cit.* Pág. 69.

Deveras, em uma visão ampla, nos moldes atuais - mas sem menosprezar possibilidades futuras as quais são impossíveis de se prever – *e-democracia* possui um caráter instrumental, buscando manejar mecanismos que possam influir nas bases previstas pelo princípio democrático nos textos constitucionais. Ressaltando sempre que tal manejo pode vir tanto a ser edificante quanto corrosivo à democracia, a depender das intenções e de como é utilizado.

Ainda dentro desse contexto da democracia digital, há outro fator que deve ser considerado, justamente por espelhar no ciberespaço uma noção de busca de igualdade entre todos os cidadãos quanto às possibilidades de liberdade de expressão e acesso à informação, princípios fomentadores da esfera pública. Trata-se da neutralidade da internet, que será abordada a seguir.

2.3.1 – A Neutralidade de Rede: Um Requisito para a E-democracia

A percepção de - não uma migração total - mas de uma notória confluência entre a esfera pública e o ciberespaço levanta o questionamento se tal movimento deve acarretar consigo a constitucionalização da neutralidade da internet (também conhecido como neutralidade da rede), ainda que como desdobramento de outros direitos fundamentais normalmente positivados nos textos constitucionais.

Inicialmente, cabe ressaltar no que tal neutralidade consiste. A criação daquele termo é atribuída a Tim Wu¹²¹ e, basicamente, quer dizer que a internet deve ser tida como pública e todo conteúdo - *sites*, aplicações, plataformas - devem ser tratados de forma igualitária, de forma que os provedores de acesso à internet não possam criar discriminações ou preferências quanto aos dados trafegados. O objetivo seria, segundo Lawrence Lessig e Mark A. Lemley, o de que os usuários possam

¹²¹ Tim Wu define a neutralidade da internet como: “*The idea is that a maximally useful public information network aspires to treat all content, sites, and platforms equally. This allows the network to carry every form of information and support every kind of application. The principle suggests that information networks are often more valuable when they are less specialized – when they are a platform for multiple uses, present and future. (For people who know more about network design, what is just described is similar to the “end-to-end” design principle).*” (WU, Tim. **Network Neutrality FAQ**. Disponível em: http://www.timwu.org/network_neutrality.html. Acessado em: 08 de abril de 2022.)

utilizar uma tecnologia aberta, proporcionando uma comunicação democrática mediante um tratamento igualitário a todos no ciberespaço¹²².

A relevância da questão é bem traçada por Maria Löblich e Francesca Musiani, no sentido de que o debate da neutralidade da rede não versa sobre meras questões técnicas¹²³. Na verdade, trata-se de um assunto político, central para a modulação dos espaços de comunicação atual e, conseqüentemente, para a esfera pública. O risco seria o de cada vez mais atores com grandes participações na cadeia de valor da internet monopolizarem o debate, impactando na arquitetura social, nas liberdades fundamentais e na expressão democrática¹²⁴.

Uma sociedade verdadeiramente democrática exige que o fluxo comunicacional seja amplo, inclusivo e acessível aos cidadãos, seja em uma perspectiva *online* ou *offline*; e é por isso que a ideia de neutralidade da rede caminha em paralelo com a consolidação da internet como esfera pública.

Por isso não é demasiado entender, em uma análise específica, que, por exemplo, dispositivos como o art. 9º da Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet Brasileiro) e o art. 10 da Lei n.º 27/2021 (*Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital*¹²⁵), ao preverem a neutralidade de rede, esboçam uma busca por uma concretização de traços do princípio constitucional democrático em tais legislações, justamente por terem como um dos objetivos a garantia de uma internet igualitária, plural e acessível sem distinções; características que são uma imposição daquele princípio para a esfera pública, virtual ou não.

¹²² LEMLEY, & LESSIG, Lawrence. **The end of end-to-end: preserving the architecture of the Internet in the Broadband Era**. In: *Berkeley: U.C. Berkeley Law and Economics School of Law*, 2000. Disponível em: http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=247737. Acessado em 08 de abril de 2022.

¹²³ No mesmo sentido, Victor Hugo Pereira Gonçalves afirma que a análise da neutralidade da rede apenas é relevante se entrelaçado com outros princípios que valorizem a inclusão digital, a busca da igualdade, a democracia e a dignidade da pessoa humana. (GONÇALVES, Victor Hugo Pereira. **Marco Civil da Internet Comentado**. São Paulo: Editora Atlas, 2017. NP.).

¹²⁴ LÖBLICH, Maria e MUSIANI, Francesca. **Net Neutrality and Communication Research The Implications of Internet Infrastructure for the Public Sphere**. In: *Annals of the International Communication Association*. Vol. 38, Nº 01, 2014. Págs. 339-367.

¹²⁵ Portugal - Art. 10 da Lei n.º 27/2021: Todos têm direito a que os conteúdos transmitidos e recebidos em ambiente digital não sejam sujeitos a discriminação, restrição ou interferência em relação ao remetente, ao destinatário, ao tipo ou conteúdo da informação, ao dispositivo ou aplicações utilizados, ou, em geral, a escolhas legítimas das pessoas.

Em arremate, como Jennifer L. Newman afirma, essencialmente a internet permite que mais pessoas se envolvam no processo democrático, isso porque ela acabou se tornando uma ferramenta importante no discurso político justamente por sua natureza neutra¹²⁶. Esse ponto de vista faz sentido por, como afirmado alhures, a igualdade nas condições participativas dos cidadãos serem imposições basilares do princípio democrático.

É que no contexto da *e-democracia*, de nada adiantaria toda a facilidade na difusão de informações e opiniões proporcionada pela internet se nesse aspecto houvesse segregações na transmissão de conteúdos, priorizando uns sobre outros e, conseqüentemente, minando a igualdade da esfera pública digital. Seria, no fim, uma situação contraproducente ao potencial que, sob certos aspectos, o ciberespaço pode oferecer à democracia.

Em síntese, a dita *e-democracia*, no fim, representa mecanismos, estruturas digitais que influenciam a experiência democrática. Por influenciar não se entende necessariamente aprimorar, um sentido de absoluta evolução. É que, se por certo há elementos catalisadores que fomentam um bom desenvolvimento democrático; por outro giro, a internet traz à democracia situações - como os fenômenos da proliferação de discurso de ódio e desinformação – que colocam em risco sua higidez e cujo equacionamento é fundamental para que as potencialidades proporcionadas pela *e-democracia* sejam de fato aproveitadas.

3 – A LIBERDADE DE EXPRESSÃO: OS EFEITOS DA INTERNET SOBRE O SEU EXERCÍCIO

3.1 – A Abrangência da Liberdade de Expressão: Um Direito Preferencial, mas não Ilimitado Em Uma Sociedade Democrática

Superada essa análise inicial, que objetivou traçar as bases do princípio democrático – partindo de uma abordagem geral da correlação entre princípios e

¹²⁶ NEWMAN, Jennifer L. **Keeping the Internet Neutral: Net Neutrality and its Role in Protecting Political Expression on the Internet.** In: *Hastings Communications and Entertainment Law Journal*. Vol. 31, 2008. Págs. 153-172.

regras e o procedimento nas hipóteses de colisões, passando pelo estudo de sua natureza estruturante da constituição, a correlação com os direitos fundamentais, até chegar no resultado de sua experiência no ciberespaço - cabe agora cabe tecer algumas considerações acerca da liberdade de expressão, naturalmente focada na temática aqui trabalhada, ou seja, a correlação com o princípio democrático no ciberespaço.

Antes, porém, é importante delimitar as fronteiras do nosso objeto de estudo. Assim, como bem lembra Ingo Wolfgang Sarlet, tratando da Constituição brasileira¹²⁷, a liberdade de expressão não fora positivamente prevista tal como se fosse um gênero que engloba outras manifestações do pensamento específicas¹²⁸. Isso não impediria, no entanto, segundo o autor, que a liberdade de expressão assumisse tal condição de gênero¹²⁹, já que a livre manifestação do pensamento também poderá ocorrer na esfera da comunicação social, do exercício da liberdade artística, ou da manifestação das opções religiosas, por exemplo¹³⁰.

Jónatas Machado vai além ao ressaltar a relevância da íntima associação que se estabelece entre a liberdade de expressão, como um verdadeiro “direito-mãe”, e a generalidade das liberdades da comunicação. Segundo o autor, em termos dogmáticos, tal levaria à construção do que chama de um *superconceito*, em que a liberdade de expressão, em sentido amplo, também chamada por alguns de “liberdade

¹²⁷ Para exemplificar, no Brasil, a liberdade de expressão está prevista de maneira ampla Art. 5º, IV, mas sendo vedado o anonimato. O inciso V do mesmo artigo garante o direito de resposta e a indenização por dano, material e/ou moral, à honra ou imagem daquele que se sentir lesado pela manifestação de terceiro. Já no inciso IX do Art. 5º da Constituição Federal do Brasil são previstas, de maneira específica, o direito de expressão da atividade artística, científica e de comunicação, independentemente de licença prévia. Além destes, o Art. 220 da Carta Magna brasileira, ao tratar da comunicação social, assevera que a manifestação do pensamento, criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, não sofrerão restrições, salvo o disposto na própria Constituição.

¹²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. 2019. *Op. Cit.*

¹²⁹ Em sentido oposto, José Melo Alexandrino afirma que: “*nem pelo seu fundamento, pelo seu objecto, nem pelo seu conteúdo, nem pelos seus limites, nem pelos seus titulares, o direito de informação ou a liberdade de imprensa se podem entender como um caso especial de liberdade de expressão*”. No entanto, o autor ressalta que a construção e utilização de um conceito abrangente de liberdades de comunicação é tolerável como um utensílio pragmático, ainda que não produza efeito normativo próprio. (ALEXANDRINO, José Melo. **O Âmbito Constitucionalmente Protegido da Liberdade de Expressão**. In: *Media, Direito e Democracia: I Curso pós-graduado em direito da comunicação*. MORAIS, Carlos Blanco de; DUARTE, Maria Luísa e CASTRO, Raquel Alexandra Brízida. (Orgs.). Coimbra: Edições Almedina, 2014. Pág. 43.).

¹³⁰ *Ibidem*.

de comunicação”, abrangeria a liberdade de expressão em sentido estrito, a de informação, de imprensa, entre outras correlatas¹³¹.

Assim, ao menos na elaboração desse estudo, a liberdade de expressão será abordada como um termo genérico que consagra também as demais hipóteses de manifestação do pensamento e informação, sendo, naturalmente, realçadas eventuais particularidades de determinado ato comunicacional específico quando for o caso¹³².

Feita essa ressalva inicial, cabe agora traçar o núcleo da liberdade de expressão, ou seja, esclarecer o mínimo a ser tutelado pelo texto constitucional. Isso se faz fundamental principalmente nas hipóteses de colisão entre direitos fundamentais, quando, em um juízo de ponderação, deve-se buscar ao máximo a preservação daquele conteúdo elementar, principalmente quando uma restrição demasiada poder acarretar, por ato reflexo, em conspurcação ao princípio democrático.

Mais especificamente, o âmbito de proteção de um direito fundamental é identificado, nas palavras de Gilmar Mendes, mediante a busca na norma constitucional que consagra os bens jurídicos por ela tutelada e a amplitude dessa proteção e, após, a verificação de restrições contidas no texto constitucional, bem como a identificação de reservas legais de índole restritiva¹³³.

Pois bem, é pacífico que a interpretação da norma garantidora da liberdade de expressão deve ser ampla e abrangente, prevendo o maior número de condutas comunicativas possíveis.

De maneira mais concreta, Ingo Wolfgang Sarlet assevera que o direito fundamental em comento abarca a liberdade de exprimir opiniões sobre fatos, ideias, juízos de valor sobre opiniões de terceiros, devendo ser compreendido de modo

¹³¹ MACHADO, Jónatas. E. M. *Op. Cit.* Págs. 371-372.

¹³² *Ibidem.*

¹³³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional**. 4ª ed. Série EDB. São Paulo: Saraiva, 2012. Pág. 34.

amplo, tutelando também os meios de expressão, os canais pelos quais a manifestação de pensamento é propagada, sendo tal conceito aberto e inclusivo, incluindo mesmo novas modalidades de comunicação, como a internet¹³⁴.

Essa amplitude da liberdade de expressão reflete tanto no âmbito subjetivo, sendo antes de tudo, como ressalta Daniel Sarmento, um direito negativo que protege seus titulares das ações do Estado ou, a depender do contexto, de terceiros; como também sua dimensão objetiva, quando acolhe um valor deveras importante para o funcionamento das sociedades democráticas, irradiando por todo o ordenamento, guiando processos de interpretação bem como aplicação das normas ao caso concreto¹³⁵.

J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira ressaltam ainda que as condutas comunicativas tuteladas pelos textos constitucionais, além de serem, como mencionado, o mais amplo possível, também é independente das finalidades¹³⁶ para as quais foram proferidas, como influenciar a opinião pública ou fins comerciais, por exemplo¹³⁷.

Ainda, segundo os mencionados professores, sequer um dever de se ater à verdade perante os fatos é um pressuposto da liberdade de expressão¹³⁸, embora tal seja relevante em hipóteses de juízos de ponderação quando da ocorrência de conflitos com outros direitos fundamentais¹³⁹.

É que, como Diogo Rais argutamente afirma, o direito não se preocupa isoladamente com a mentira já que, em maior ou menor medida, o ato de mentir é

¹³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. 2019. *Op. Cit.*

¹³⁵SARMENTO, Daniel. **Art. 5, IV.** *In: Comentários à Constituição do Brasil.* J.J. Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet e Lenio Luiz Streck (Orgs.). 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

¹³⁶ Ressalvando aqui que, como já mencionado, não existem direitos absolutos, e, assim, quando a finalidade da manifestação de opinião é deturpada e busca um objetivo que a torna indevida, isso extrapolaria o âmbito constitucional de proteção da liberdade de expressão, com no caso das popularmente denominadas *fake news*. Tal assunto será mais detidamente abordado no transcurso desse estudo.

¹³⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada.** Vol. I, 4ª ed, Coimbra: Coimbra Editora, 2007. Pág. 572.

¹³⁸ No mesmo sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. 2019. *Op. Cit.*

¹³⁹ *Ibidem.*

natural da conduta humana, estando tal mais afeito ao campo da ética do que ao jurídico. O que interessa ao direito é o dano efetivo ou potencial que pode uma mentira ocasionar, como a culpa ou dolo do agente de causar tal dano¹⁴⁰.

Pois bem, indo em direção ao objeto de nosso estudo, em uma correlação com o princípio democrático, é cediço que a liberdade de expressão é nuclear, indissociável e impreterível à democracia. Não se trata aqui de falar de importância, mas sim de uma mútua relação de essencialidade¹⁴¹, de forma que não se conjectura o livre exprimir de ideias em um cenário não democrático, ou, por outro giro, uma democracia sem a possibilidade desembaraçada de manifestação de pensamentos.

Jónatas E. M. Machado, elenca ainda as finalidades subjetivas da liberdade de expressão, que seriam: a busca pela verdade, o mercado livre de ideias¹⁴²; a autodeterminação democrática; o controle da atividade governativa e do exercício do poder; a criação de esfera de discurso público aberta e pluralista e da opinião pública; a garantia da diversidade de opiniões; a acomodação de interesses e transformação pacífica da sociedade; a promoção e expressão da autonomia individual e a concepção multifuncional e multi-sistêmica da comunicação¹⁴³.

Mais especificamente acerca da autodeterminação democrática, o autor ressalta o caráter instrumental da liberdade de expressão para sua proteção, bem como da preservação da soberania popular, constituindo a manifestação da conexão interna que existe entre a garantia de direitos fundamentais e o governo da

¹⁴⁰ RAIS, Diogo. **Desinformação no Contexto Democrático**. In: *Fake News e Regulação*. Georges Abboud, Nelson Nery Jr. e Ricardo Campos (Orgs.). 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. Pág. 149.

¹⁴¹ Importa ressaltar que essa relação de essencialidade mútua entre liberdade de expressão e princípio democrático, quando deturpada, impõe sérios gravames um ao outro, o que é notório nas hipóteses de desinformação, o que será analisado em momento oportuno.

¹⁴² Jónatas E. M. Machado e Iolanda A.S. Rodrigues de Brito conceituam “Mercado de Ideias” da seguinte forma: “*Trata-se de transpor, para a esfera pública, a analogia do mercado econômico, com suas características de abertura, concorrência, descentralização da autoridade e neutralidade do Estado. Pretende-se, desse modo, beneficiar consumidores, empresas e o próprio Estado, para além de favorecer a autonomia individual, a igualdade, a criatividade, a inovação e o progresso técnico.*” (MACHADO, E. M. Jónatas e DE BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues. **Liberdade de Expressão, Informações Falsas e Figuras Públicas. O Perigo de Manipulação da Esfera de Discurso Público**. In: *Boletim da Faculdade de Direito*. Tomo I, Vol. 95, Coimbra: Universidade de Coimbra, 2019. Págs. 43-96).

¹⁴³ Para um aprofundamento de cada item, ver: MACHADO, Jónatas. E. M. *Op. Cit.* Págs. 237 e ss.

comunidade. Assim, a proteção da liberdade dos meios de comunicação social passa a ser insofismável para a garantia da abertura e da publicidade do processo político-democrático, assumindo relevo quanto ao controle da maioria democrática e da proteção das minorias e da oposição¹⁴⁴.

O Professor Rui Linceiro sintetiza bem o aqui exposto quando afirma que, entendida em sua maior amplitude de proteção, a liberdade de expressão abrange a liberdade de informação – não apenas a narração de fatos, mas também a possibilidade de informar e de ser informado - o direito de exprimir e divulgar o pensamento, a liberdade de propaganda política, bem como, de forma mais qualificada, a liberdade de imprensa, além de abarcar também os meios através dos quais o pensamento pode ser difundido¹⁴⁵.

Dessa forma, Rui Linceiro ressalta que a liberdade de expressão, assim entendida, não é importante por si só, mas desempenha uma função essencial dentro de uma democracia efetiva e da garantia de outros direitos fundamentais, de tal forma que, sem a garantia de um amplo âmbito de proteção amplo da liberdade de expressão, preservado por tribunais independentes e imparciais, não pode se dizer estar diante de uma verdadeira democracia¹⁴⁶.

Nota-se, dessa forma, o caráter essencial da liberdade de expressão para uma democracia, premissa que guiará todo o presente estudo.

Assim, apesar de ressaltar que não existe hierarquia entre os direitos fundamentais, dada sua vasta abrangência de proteção e importância para a democracia, no próximo tópico será analisado se tal condição concede à liberdade de expressão alguma espécie de preferência quando da colisão com outros direitos fundamentais de igual valor, em especial quando esteja em causa circunstâncias de interesse social.

¹⁴⁴ MACHADO, Jónatas. E. M. *Op. Cit.* Págs. 237 e ss.

¹⁴⁵ LANCEIRO, RUI. **Pandemia, “infodemia” e liberdade de expressão.** *In: e-Pública.* Vol. 8 Nº. 03, Dez. 2021. Pág. 39-62.

¹⁴⁶ *Ibidem.*

3.1.1 – A Posição Preferencial da Liberdade de Expressão em Sua Perspectiva de Elemento Central da Democracia

Essa relevância da liberdade de expressão acaba fazendo com que aquele direito extrapole a esfera meramente individual do sujeito¹⁴⁷, adquirindo relevância social, o que pode corroborar com que tenha, nessa perspectiva, uma relativa preponderância quando contrastados com outros direitos de mesma hierarquia.

Importa frisar aqui, já de início, o termo “mesma hierarquia”, porque como bem afirma Luís Roberto Barroso, o princípio da unidade da constituição impede a existência de hierarquia jurídica entre normas constitucionais, de forma que os direitos fundamentais acabam por terem o mesmo *status* jurídico, bem como o mesmo patamar axiológico¹⁴⁸. Não existe, portanto, direitos fundamentais superiores a outros de mesma estirpe.

De forma concreta, caso superior fosse, a liberdade de expressão seria tida como um valor incondicional e intransponível, o que não é o caso. O direito fundamental em comento pode ceder quando, em um dado caso concreto, efetuando o juízo de ponderação, se entenda que sua supressão pontual seja inafastável para a tutela de outros valores *jusfundamentais*.

Nesse sentido, Sabrina Favero e Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e Cruz ressaltam que a doutrina da posição preferencial não afirma a existência de direitos absolutos, mas apenas que o ônus argumentativo para restringir determinados direitos é maior. No caso da liberdade de expressão, o que a levaria a ter esse verniz de preferência¹⁴⁹ decorre de seus fundamentos filosóficos e da constatação de que se

¹⁴⁷ Ingo Wolfgang Sarlet resalta que a democracia, por ser nuclear do Estado democrático de direito e para a dignidade humana, faz com que a liberdade de expressão acabe por representar um valor da comunidade política como um todo, adquirindo feições transindividuais. (SARLET, Ingo Wolfgang. 2019. *Op. Cit.*).

¹⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. 2004. *Op. Cit.*

¹⁴⁹ Em sentido oposto, o enunciado 613 da VIII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal do Brasil afirmou: “A liberdade de expressão não goza de posição preferencial em relação aos direitos da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro”. A justificativa é que os direitos fundamentais que colidem com a liberdade de expressão também possuiriam elevado peso abstrato, devido a sua conexão com a dignidade da pessoa humano, fundamento da república brasileira. (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **VIII Jornada de Direito Civil**. 2018. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corre> <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/j>

trata de um direito instrumental tanto para o exercício de demais direitos, como do próprio regime democrático¹⁵⁰.

O ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal do Brasil, nas razões de seu voto na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI) 4815¹⁵¹, elencou razões para a liberdade de expressão ter um caráter preferencial. Primeiro porque tal direito fundamental, especialmente em países que sofreram com ditaduras, possui uma história acidentada, sendo suprimida ao longo de anos, o que impõe uma necessidade de reafirmação constante¹⁵².

A segunda razão citada seria a de que a liberdade de expressão não é apenas um pressuposto democrático, mas também o é para o gozo de outros direitos fundamentais. Isso porque - para bem serem exercidos - direitos políticos, de associação, reunião, entre outros, necessitam de uma livre circulação de fatos, opiniões e ideias, para que cada indivíduo possa esclarecidamente participar do debate público. Sem liberdade de expressão não existe plenitude de outros direitos, nem autonomia pública ou privada¹⁵³.

Já a terceira razão elencada pelo ministro Luís Roberto Barroso é que a liberdade de expressão é fundamental para o conhecimento da história, aprendizado com a história e o conseqüente avanço social e conservação da memória nacional de um Estado¹⁵⁴.

ornadas-cej/viii-enunciados-publicacpublicacao-site-com-justificativa.pdf. Acessado em 07 de fevereiro de 2022.).

¹⁵⁰ FAVERO, Sabrina e CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e. **A Liberdade de Expressão Tem Uma Posição Preferencial?** In: *Rede Intramericana de Direitos Fundamentais e Democracia*. 2021. Disponível em: https://red-idd.com/files/2021/2021GT06_005.pdf. Acessado em 05 de fevereiro de 2022.

¹⁵¹ A referida ação tratava da necessidade ou não de anuência prévia do biografado para a publicação de biografias escritas ou em audiovisual. Ao fim, o Supremo Tribunal Federal do Brasil asseverou que tal exigência prévia não é imperiosa, sendo resguardados posteriormente os direitos de resposta e de reparação de danos caso o biografado se sinta lesado.

¹⁵² Supremo Tribunal Federal do Brasil - Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 4815, julgada em 10 de junho de 2015. Relator Min. Cármen Lúcia. Voto do ministro Luís Roberto Barroso.

¹⁵³ *Ibidem*.

¹⁵⁴ *Ibidem*.

No mesmo sentido, Jónatas Machado afirma ser incontornável a doutrina que sustenta a posição preferencial da liberdade de expressão, em sua vertente de pré-condição para o funcionamento do sistema político de maneira democrática¹⁵⁵.

Dessa forma, essa precedência da liberdade de expressão também deve ser notada dentro das especificidades de dado caso concreto, sendo mais nítida quando houver correlação com fatos de interesse da sociedade e para proteção de outros direitos fundamentais do indivíduo, ou seja, como força democrática. Isso nota-se, por exemplo, nos clássicos movimentos de colisão entre privacidade e liberdade de expressão, tendo esse último, em regra, uma maior margem de aplicabilidade quando se tratar de fatos atinentes a pessoas públicas - dado o interesse social que elas evocam -, do que teria, novamente em regra, quando fizesse referência a um indivíduo “anônimo”.

De fato, a liberdade de expressão possui uma posição preferencial dentro de certas circunstâncias, o que acarreta que, para que venha a ceder frente a outro direito de mesma hierarquia, impõe-se uma força argumentativa mais robusta. Por vezes, o caminho dessa robustez argumentativa, hábil a restringir a liberdade de expressão, é delimitada no próprio texto que consagra a liberdade de expressão, ao delinear parâmetros que devem ser observados nas hipóteses de eventual supressão de direitos de expressão.

É esse o posicionamento de Ingo Wolfgang Sarlet e Andressa de Bittencourt Siqueira, que, analisando a Constituição Brasileira, afirmam que essa Carta Magna tratou de estabelecer as hipóteses em que a liberdade de imprensa, manifestação de pensamento e informação podem sofrer restrições¹⁵⁶, ao passo que, quanto a demais direitos, isso normalmente deverá ser feito posteriormente pelo legislador ou pelo judiciário. Essa perspectiva, segundo os autores, aliada ao fato de

¹⁵⁵ MACHADO, Jónatas E. M. *Op. Cit.* Pág. 257.

¹⁵⁶ Por exemplo, Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco citam os dispositivos no texto constitucional brasileiro que preveem interferência legislativa na liberdade de expressão para coibir o anonimato; impor o direito de resposta e indenização por danos morais e à imagem quando há utilização indevida da liberdade de expressão; preservar a intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas e o acesso à informação. (MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. Cit.*).

serem as liberdades de expressão e informação estruturante em um regime democrático, acaba dando àquelas liberdades uma relativa posição preferencial *prima facie* ante os demais direitos da personalidade¹⁵⁷.

Um outro exemplo, já em contexto europeu, é a disposição contida na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que, no Art. 10, nº 2, que elenca as hipóteses em que a liberdade de expressão pode ser episodicamente restrita em uma sociedade democrática¹⁵⁸.

Sobre esse aspecto, Rui Lanceiro e Domingos Soares Farinho - tratando especificamente sobre o âmbito da aplicação da liberdade de expressão na convenção em comento – afirmam que um triplo teste existente no supramencionado dispositivo legal concede aos Estados membros certa margem para restrição da liberdade de expressão, que só podem ser efetivadas desde que previstas em lei, quando necessárias à uma sociedade democrática e desde que busque objetivos legítimos como, entre outros, a segurança nacional e a defesa da ordem¹⁵⁹.

Ademais, os autores relembram que qualquer restrição à liberdade de expressão deve ser justificada pelos Estados membros, sendo que para determinar o âmbito de proteção, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem analisa o tipo de expressão (política, comercial, artística...), os canais de difusão (escrita pessoal,

¹⁵⁷ (SARLET, Ingo Wolfgang e SIQUEIRA, Andressa de Bittencourt. **Liberdade de Expressão e Seus Limites Numa Democracia: O Caso das Assim Chamadas “Fake News” Nas Redes Sociais em Período Eleitoral no Brasil.** In: *Revista de Estudos Institucionais*. Vol. 06, Nº 02. Mai.-Ago. 2020, Págs. 534-578.).

¹⁵⁸ Convenção Europeia dos Direitos do Homem. – Art. 10 - 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 exercício desta 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 protecção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.

¹⁵⁹ FARINHO, Domingos Soares e LANCEIRO, Rui. **Liberdade de Expressão na Internet.** In: *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*. Paulo Pinto Albuquerque (Org.). Vol. 2, Título 3, Cap. 09, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2019. Págs. 1700-1739.

televisão, internet...), o público-alvo, e até mesmo a “verdade”, ao ser valorada, possui pesos e atribuições a serem balanceadas dentro de cada um daqueles contextos¹⁶⁰.

O que se menciona aqui é o cuidado e as minúcias com que os textos legais mencionados trataram as hipóteses de delimitação da liberdade de expressão, estreitando suas possibilidades de restrição a situações específicas e bem delimitadas.

Jónatas E. M. Machado e Iolanda A.S. Rodrigues de Brito, na mesma linha, afirmam que a liberdade de expressão, quando exposta a tentativas de restrição, mormente quando seu exercício vem no sentido de denunciar patologias que assolam diversos níveis sociais, alcança uma resistência reforçada quando em colisão com outros direitos, sendo que em uma sociedade democrática é imperioso que se assegure o maior número de condutas expressivas albergadas pelo direito à liberdade de expressão¹⁶¹.

É interessante essa menção dos autores quanto à garantia de condutas expressivas em uma democracia que sejam albergadas pela liberdade de expressão, essa ressalva se faz importante pelo fato de a liberdade de expressão não ser um direito ilimitado, não alcançando condutas comunicativas que possam, por exemplo, macular o próprio princípio democrático¹⁶².

Também vem bem ressaltar as lições de Robert Dahl que, ao responder à indagação sobre “*Por que a democracia exige a livre expressão?*”, a resposta foi no sentido de que não seria possível tornar conhecidos pontos de vista para persuadir outros cidadãos e convencer representantes a adotá-los sem a liberdade de expressão. Também não seria possível levar em consideração ideias de outros, seria assim o direito não apenas de ser ouvido, mas também de ouvir o que outros têm a dizer¹⁶³.

¹⁶⁰ FARINHO, Domingos Soares e LANCEIRO, Rui. *Op. Cit.*

¹⁶¹ MACHADO, E. M. Jónatas e DE BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues. *Op. Cit.*

¹⁶² Como nas hipóteses de desinformação ou prolatação de ideias antidemocráticas, como apologias a regimes ditatoriais, situações que serão mais detidamente analisadas no transcurso desse estudo.

¹⁶³ DAHL, Robert. **Sobre a Democracia**. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: Ed. UnB, 2001. Pág. 110.

Além disso, segundo Robert Dahl, para adquirir uma compreensão esclarecida de atos e políticas de governo, bem como para angariar competência cívica, os cidadãos precisam de oportunidades para expressar seu ponto de vista. Por fim, salienta ainda que sem a liberdade de expressão os cidadãos perderiam sua capacidade de influenciar o planejamento e as decisões do governo. Em suma, Robert Dahl afirma que: “*Cidadãos silenciosos podem ser perfeitos para um governante autoritário, mas seriam desastrosos para a democracia*”¹⁶⁴.

Jónatas E. M. Machado e Iolanda A.S. Rodrigues de Brito sintetizam bem o aqui salientado quando afirmam que a liberdade de expressão constitui dimensão estrutural de um Estado democrático, sendo inafastável ao autogoverno da comunidade política, à transformação pacífica da sociedade e à autorrealização individual e, portanto, não se limitaria a uma órbita autocentrada enquanto direito de expressão individual e coletiva; mas sim, a liberdade de expressão também vem para proteger os demais direitos constitucionais¹⁶⁵.

Segundo os autores, isso impõe uma vasta abrangência multifuncional das liberdades de comunicação, como as de informação, expressão da opinião e imprensa; alargando seu espectro teleológico, para que possa açambarcar um conjunto amplo de finalidades, como a preservação de uma proficiente esfera de discurso público, a garantia da formação de uma opinião livre, o controle da atividade dos governantes, entre outros¹⁶⁶.

Seguindo, em que pese essa restrição à limitação da liberdade de expressão prevista em certos documentos jurídicos, é de bom alvitre uma vez mais salientar, como na lição de Luís Roberto Barroso, que, por não haver hierarquia entre direitos fundamentais, a consequência é que, nas hipóteses de colisões entre os direitos em comento não é possível a criação, *a priori*, de regra abstrata e permanente

¹⁶⁴ DAHL, Robert. *Op. Cit.* Pág. 110.

¹⁶⁵ MACHADO, E. M. Jónatas e DE BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues. *Op. Cit.*

¹⁶⁶ *Ibidem.*

de prevalência de um sobre o outro, devendo as apurações sempre se basearem na análise do caso¹⁶⁷ concreto¹⁶⁸.

Pois bem, a consequência em concreto de uma precedência da liberdade de expressão é a exigência de uma robusta fundamentação jurídica e fática para que ela venha a ceder em um juízo de ponderação, principalmente nas hipóteses que no fim possa representar a restrição de circulação de atos comunicativos de interesse social; sempre se atentando ainda aos critérios de proporcionalidade, escolhendo-se medidas que acarretem menor restrição possível à livre circulação de pensamentos e informações.

Em arremate, como visto, é de se perceber ainda que essa precedência da liberdade de expressão frente a outros direitos constitucionais se deve primordialmente à sua intrínseca relação com o exercício da democracia. Isso significa, portanto, que quando deturpada e desviada de seus desígnios democráticos, essa qualificação de preferência da liberdade de expressão perde substancial nitidez, permitindo fundamentar, a partir daí, a remoção de determinados conteúdos do debate público, o que é bastante notório no caso das denominadas *fake News*, o que será mais detalhadamente analisado em momento oportuno.

3.2 – Os Efeitos Exponenciadores do Ciberespaço Sobre a Manifestação do Pensamento e as Consequências no Plano Democrático

A internet ao longo dos anos passa por um notório processo de intensa popularização, o que acaba, por conseguinte, potencializando sua importância como canal comunicativo. Segundo a Organização das Nações Unidas, em 2021, 4.9

¹⁶⁷ Nesse aspecto, ressalta-se a relevância do sistema de precedentes como garantidor, ao menos em tese, de uma maior previsibilidade da atuação do julgador, além de servir como força argumentativa nos casos sob análise, mormente naqueles que versem sobre hipóteses de conflito normativo de natureza principiológica. Quanto a tal tema, Gustavo Lyrio Julião ressalta que o homem, em sua vivência, é guiado por experiências pretéritas, e que utilizar lições do passado para solucionar problemas do presente e do futuro faz parte da razão humana. Trazendo essa assertiva para a linguagem técnico-jurídica, o mestre nos ensina que, ao contemplar um problema jurídico, o operador investiga a existência de julgados que versaram sobre matéria idêntica ou semelhante, passando a adotar seus fundamentos como modelo orientador para a solução do caso trazido à sua apreciação. (JULIÃO, Gustavo Lyrio. **Reclamação Constitucional: Do Comando Judicial aos Precedentes**. Londrina: Editora Thoth, 2020. Pág. 67.).

¹⁶⁸ BARROSO, Luis Roberto. 2004. *Op. Cit.*

bilhões de pessoas tinham acesso à internet, quase 800 milhões de indivíduos a mais do que no início da pandemia de COVID-19; em que pese o ainda elevado contingente de 2.9 bilhões de pessoas que não têm meios de acessar à rede mundial de computadores (96% desse número em países em desenvolvimento)¹⁶⁹.

Para além da frieza dos números, são infindáveis os usos e as possibilidades da internet como canal comunicativo, informativo, econômico, cultural e outros; o que, aliada à sua mencionada abrangência, a condiciona como elemento central da dinâmica social hodierna.

Não nos cabe aqui tecer maiores linhas acerca de obviedades como a indubitável importância da internet para a comunidade global, mas sim a relevância jurídica que tamanha inserção pode acarretar, bem como as características específicas daquele meio.

O ponto então seria de que forma as características específicas da internet¹⁷⁰ podem se correlacionar às bases dogmáticas da liberdade de expressão¹⁷¹. Tal foi bem explanado por Rui Lanceiro e Domingos Soares Farinho ao abordar a internet em duas perspectivas, quais sejam: a internet como espaço aumentado e como tempo instantâneo e permanente¹⁷².

Os autores salientam que é nítida a discrepância entre a realidade física e a virtual quanto ao armazenamento de conteúdos, posto que um simples servidor tem a capacidade de armazenar virtualmente o equivalente a milhares de livros físicos, por exemplo, além de tais conteúdos digitais poderem ser facilmente replicados por

¹⁶⁹ Fonte: G1. **Mais de um terço da população mundial não tem conexão com a internet, segundo a ONU**. 01 dez. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2021/12/01/mais-de-um-terco-da-populacao-mundial-nao-tem-conexao-com-a-internet-segundo-a-onu.ghtml>. Acessado em: 01 de março de 2022.

¹⁷⁰ Para maiores aprofundamentos sobre os efeitos exponenciadores da internet no espaço e tempo, ver: TSATSOU, Panayiota. **Reconceptualising 'time' and 'space' in the era of electronic media and communications**. In: *PLATFORM: Journal of Media and Communication*. Vol.1, jul. 2009. Págs. 11-32.

¹⁷¹ Para mais sobre o exercício da liberdade de expressão na internet, ver: BRAVO, Jorge dos Reis. **Liberdade de expressão na Era digital: o resgate de um direito humano?** In: *Revista do Ministério Público*. Nº 160, Out-Dez 2019. Págs. 09-58.

¹⁷² FARINHO, Domingos Soares e LANCEIRO, Rui. *Op. Cit.*

aqueles que deles tenham acesso. Segundo afirmam, tal volume de informações passíveis de serem facilmente compartilhadas acarreta consequências jurídicas, como uma exponenciação tanto do conteúdo como dos destinatários da liberdade de expressão¹⁷³.

Já o tempo na internet seria instantâneo e persistente. Instantâneo por permitir o envio de imagem e texto de forma quase imediata para um número praticamente ilimitado de usuários. Além disso, é persistente posto que o que se dissemina na internet é potencialmente permanente, na perspectiva do famoso jargão “a internet não esquece”, sendo possível que os dados que entrem no ciberespaço possam eventualmente perdurar e serem localizados e acessados por um período indeterminado¹⁷⁴.

Uma abordagem jurídica concreta da maneira persistente como o tempo pode ser vislumbrado na internet foi mencionada em decisão do Supremo Tribunal Federal do Brasil (STF) em que o ministro Alexandre de Moraes determinou a prisão em flagrante do deputado federal brasileiro Daniel da Silveira nos autos do inquérito 4.781/DF por divulgação de vídeo nas redes sociais em que incita uma ruptura democrática, além de ameaçar ministros do próprio STF¹⁷⁵. Naquela oportunidade, para justificar o flagrante, o mencionado ministro afirmou:

As condutas criminosas do parlamentar configuram **flagrante delito**, pois verifica-se, de maneira clara e evidente, a perpetuação dos delitos acima mencionados, uma vez que o referido vídeo permanece disponível e acessível a todos os usuários da rede mundial de computadores, sendo que até o momento, apenas em um canal que fora disponibilizado, o vídeo já conta com mais de 55 mil acessos. Relembre-se que, considera-se em flagrante delito aquele que está cometendo a ação penal, ou ainda acabou de cometê-la. Na presente hipótese, verifica-se que o parlamentar DANIEL SILVEIRA, **ao postar e permitir a divulgação do referido vídeo, que repiso, permanece disponível nas redes sociais, encontra-se em infração permanente e conseqüentemente em flagrante delito**, o que permite a consumação de sua prisão em flagrante.¹⁷⁶ (**grifo nosso**).

¹⁷³ FARINHO, Domingos Soares e LANCEIRO, Rui. *Op. Cit.*

¹⁷⁴ *Ibidem.*

¹⁷⁵ A decisão que determinou a prisão do deputado federal em questão será analisada com mais detalhes no tópico 5.1.

¹⁷⁶ Supremo Tribunal Federal do Brasil - Inquérito 4.781/DF. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Decisão de 16 de fevereiro de 2021.

Nota-se assim que fora justamente a disponibilização de vídeo tido como ilícito e a possibilidade de acesso de maneira imediata e contínua pelos usuários da internet que configurou a fundamentação do flagrante na prisão em questão¹⁷⁷. Em outros termos, o flagrante nesse caso fora sedimentado com base em uma característica específica da internet, qual seja, a possibilidade de acessar determinado material a qualquer momento e, a princípio, por um período indeterminado¹⁷⁸.

Acresce-se ainda a essas características - a internet como espaço aumentado e como tempo instantâneo e permanente - a possibilidade de a rede mundial de computadores facilitar o anonimato dos usuários, como por meio da criação de contas falsas nas plataformas virtuais e a utilização de VPNs para esconder a sua localização física. Isso que acaba por servir como espécie de escudo para o utilizador e estímulo à comunicação de ideias que, eventualmente, não seriam feitas caso a identidade daqueles que as propagam fosse facilmente identificável¹⁷⁹.

Por fim, voltando-se aos dados apresentados no início desse tópico, toda essa estrutura potencializadora da difusão de opiniões e informações é cada vez mais acessível à população em geral, sendo - já relativamente há algum tempo, direta ou indiretamente - parte integrante da rotina social.

¹⁷⁷ Em sentido contrário, discordando da posição do STF, Leonardo Schmitt de Bem e João Paulo Martinelli afirmam a prisão fora efetuada horas após a publicação do vídeo em comento, o que afasta o requisito temporal da prisão em flagrante, já que o agente não teria acabado de cometer o ilícito, nem estaria sendo perseguido pela autoridade, pelo ofendido, ou qualquer pessoa em uma situação que faça o presumir ser o autor da infração. Também não seria o caso de ação prolongada de crime permanente, já que a manutenção do vídeo na internet seriam desmembramentos naturais do ilícito já consumado. (DE BEM, Leonardo Schmitt e MARTINELLI, João Paulo. **Crime permanente e a prisão em flagrante do deputado Daniel Silveira**. In: *Migalhas*. 11 mar. 2021. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/depeso/341618/crime-permanente-e-a-prisao-em-flagrante-do-deputado-daniel-silveira>. Acessado em 04 de março de 2022.

¹⁷⁸ O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem se manifestou de maneira semelhante no caso *Times Newspapers Ltd. C. Reino Unido*. Aquela Corte, no caso, decidiu que os Tribunais Ingleses restringiram a liberdade de expressão do jornal *The Times* dentro dos limites legais ao considerar que a propositura de uma segunda ação por difamação pela manutenção de um artigo *online* com conteúdo difamatório - após a propositura de uma primeira com o mesmo desiderato - pode ser legítima e proporcional. (Tribunal Europeu dos Direitos do Homem - *Times Newspapers Ltd. C. Reino Unido*. Nº. 3002/03 e 23676/03. Julgado em 10 de março de 2009.). Para uma análise aprofundada do caso, especialmente quanto aos critérios empregados, ver: FARINHO, Domingos Soares e LANCEIRO, Rui. *Op. Cit.*

¹⁷⁹ Importa salientar que a constituição brasileira, ao prever a liberdade de expressão em seu Art. 5º, IV, expressamente veda o anonimato. A intenção é justamente que o indivíduo seja, de fato, livre para se manifestar, mas que eventualmente possa ser responsabilizado pelo excesso, como, por exemplo, nos crimes contra a honra.

Sobre esse ponto, Raphael Cohen-Almagor afirma que a teoria da liberdade de expressão na mídia física e na internet é a mesma, mas a construção é diferente, já que permite a qualquer um manifestar suas opiniões sem interferência, desde grandes conglomerados midiáticos, até pessoas comuns que normalmente não têm acesso direto a meios tradicionais como rádio e televisão para se expressarem¹⁸⁰.

Todos os fatores aqui elencados quando combinados alçam a liberdade de expressão a um patamar que exige por parte do julgador um trato específico das especificidades do meio digital ao analisar aquele direito fundamental quando conflitante com outros de mesma hierarquia.

É o caso, por exemplo, da clássica dicotomia entre privacidade e liberdade de expressão. Por certo, a privacidade exige uma tutela ainda mais acurada na internet - mas sempre sendo necessária a análise do caso concreto - tendo em vista os riscos de a intimidade do indivíduo ser eventualmente exposta a um vasto número de pessoas e de maneira quase perene; um tratamento diferente eventualmente poderia ser dado se tal conflito entre os direitos fundamentais em questão se desse em uma perspectiva *offline*, ainda que em hipóteses semelhantes, já que o potencial de alcance do conteúdo que atingiria a privacidade do indivíduo, ao menos em tese, tem um potencial mais restrito; mas sempre ressaltando que uma conclusão apenas pode ser obtida em análise casuística.

Sintetiza bem todo o aqui exposto neste tópico a seguinte consideração tecida pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) no caso *Węgrzynowski e Smolczewski v. Poland*, mais especificamente sobre se, em virtude das características particulares da internet, a proteção e promoção de direitos e liberdades devem ser adequadas a tal meio, para que possam ser condizentes com suas finalidades precípuas, vejamos:

“The Court has held that the Internet is an information and communication tool particularly distinct from the printed media, especially as regards the capacity to store and transmit information. The electronic network, serving billions of users worldwide, is not and potentially will never be subject to the same regulations and control. The risk of harm posed

¹⁸⁰COHEN-ALMAGOR, Raphael. **Internet architecture, freedom of expression. and social responsibility: critical realism and proposals for a better future.** In: *Innovation: The European Journal of Social Science Research*. Vol. 28, Nº 02, 2015. Págs. 147-166.

by content and communications on the Internet to the exercise and enjoyment of human rights and freedoms, particularly the right to respect for private life, is certainly higher than that posed by the press. Therefore, the policies governing reproduction of material from the printed media and the Internet may differ. The latter undeniably have to be adjusted according to technology's specific features in order to secure the protection and promotion of the rights and freedoms concerned.¹⁸¹

Ainda que os direitos fundamentais tenham a mesma essência tanto dentro como fora do ciberespaço, é de fato necessário, como bem fez o TEDH, que a interpretação dada e o juízo de ponderação efetivado no conflito entre aqueles direitos seja condizente com as perspectivas que são oferecidas por cada meio – digital ou não - em que tal conflito é vislumbrado, de forma a garantir um resultado que se aproxime de forma mais precisa da satisfação dos valores em presença.

Tendo por bases os elementos específicos do ciberespaço aqui elencados, nos próximos itens deste estudo serão abordadas hipóteses em que justamente tais características da arquitetura da internet, que por proporcionarem uma potencialização da liberdade de expressão, eventualmente podem ser utilizadas como ferramentas que ponham em risco certos preceitos democráticos basilares.

4 – A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A MANIPULAÇÃO DA COMUNICAÇÃO DEMOCRÁTICA: UMA ABORDAGEM NA PERSPECTIVA DA DESINFORMAÇÃO

4.1 – Preliminarmente: Questões Terminológicas e de Definição

Ponto central do debate da liberdade de expressão no ciberespaço, e que inevitavelmente acarreta reflexos sobre o princípio democrático, ao ponto de ganhar amplo destaque no debate social atual é o fenômeno das denominadas *fake news*, ou, mais apropriadamente, desinformação.

Primeiro ponto a ser abordado, portanto, e que dialoga com a própria essência do instituto e seus reflexos jurídicos e por isso é importante ser salientado,

¹⁸¹ Tribunal Europeu dos Direitos Humanos - *Węgrzynowski e Smolczewski v. Poland*. nº 33846/07. Julgado em 16 de julho de 2013.

é justamente a questão da nomenclatura¹⁸². *Fake news*, que literalmente significa “notícias falsas”, não corresponde na totalidade à essência do problema. É que como Diogo Rais bem lembra, *fake news* ora pode ser tida como uma notícia falsa, ora como uma notícia fraudulenta, uma outra vez uma reportagem problemática, ou ainda simplesmente¹⁸³ uma agressão a alguém de outra ideologia¹⁸⁴, e essa polissemia do termo dificultaria o seu sentido e alcance¹⁸⁵. É que a abrangência do que é englobado no termo reflete diretamente se determinado ato comunicativo é abrangido ou não no escopo da liberdade de expressão em uma democracia¹⁸⁶.

Para além da vagueza da nomenclatura, o *High Level Expert Group on Fake News and Online Disinformation*, instituído pela Comissão Europeia, alerta que a expressão *fake news* acabou por ser “apropriada” por grupos poderosos para taxar qualquer informação veiculada na imprensa que lhes desagradam, independentemente de seu teor verídico ou não, sendo, também por tal razão, sugerido o abandono do termo *fake News* e a utilização do vocábulo “desinformação”¹⁸⁷.

O termo desinformação também tem outra vantagem já que aborda o objetivo do ato comunicativo, que é causar confusão, uma falsa ou imprecisa noção

¹⁸² Segundo Domingos Soares Farinho o rigor conceitual é uma ferramenta importante na análise do fenómeno, sendo que do uso corriqueiro, mas por vezes inapropriado, do termo “*fake news*”, pesquisadores e instituições evoluíram para um sistema mais aprimorado de conceitos que busca distinguir características entre transmissões de informações falsas e/ou prejudiciais. (FARINHO, Domingos Soares. **The New “Right To Protection Against Disinformation” in Portugal**. In: *E-Pública*, Vol. 08 Nº 03. Dez. 2021. Pág. 78-97).

¹⁸³ Na verdade, poderia ser uma *fake news* qualquer ato comunicativo, até mesmo o silêncio, quando, a depender do contexto, objetiva deliberadamente levar a erro, para fins políticos e/ou financeiros, o receptor da mensagem.

¹⁸⁴ Igualmente, Tarlach McGonagle aduz que *fake news* é um termo simplório, que pode servir como uma ótima frase de efeito, invocando com flexibilidade diversos significados, mas aí residiria a problemática. *Fake news* pode sugerir uma vasta gama de expressões qualitativamente distintas, desde brincadeiras entre amigos, até propaganda beligerante, e os chamados para regulamentar a matéria tendem a ignorar tal vastidão de possibilidades, o que pode acarretar consequências jurídicas indevidas. (MCGONAGLE, Tarnach. **“Fake news”: False fears or Real concerns?** In: *Netherlands Quarterly of Human Rights*. Vol. 35, Nº 04, 2017. Págs. 203–209.).

¹⁸⁵ RAIS, Diogo. *Op. Cit.* Pág. 149.

¹⁸⁶ Em sentido semelhante: SARLET, Ingo Wolfgang e SIQUEIRA, Andressa de Bittencourt. *Op. Cit.*

¹⁸⁷ HIGH LEVEL EXPERT GROUP ON FAKE NEWS AND ONLINE DISINFORMATION. **A Multi-Dimensional Approach To Disinformation - Final report of the High Level Expert Group on Fake News and Online Disinformation**. Mar. 2018. Disponível em: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/News/final-report-high-level-expert-group-fake-news-and-online-disinformation>. Acessado em 31 de dezembro de 2021.

da realidade ao receptor da mensagem, ou seja, justamente um caminho oposto ao de “informar”. Já *fake news*, por seu turno, traz uma abordagem mais focada no veículo de tal ato comunicativo, uma notícia, mas que, como visto, tal veículo pode ser amplo e variado, e não necessariamente apenas uma “notícia falsa”, como a literalidade da tradução do termo dá a entender.

No entanto, tecidas tais considerações, o fato é que o termo *fake news* é amplamente utilizado, tanto no meio social como no acadêmico e, portanto, será aqui empregado como sinônimo de desinformação, mas com as ressalvas aqui levantadas¹⁸⁸.

Estabelecida essa abordagem geral quanto à nomenclatura e definição do fenômeno, importa salientar que não será aqui estudada a desinformação de maneira geral, tratando em minúcias suas questões dogmáticas¹⁸⁹, posto que fugiria do escopo do presente estudo. O objetivo aqui é mais conciso, ao buscar abordá-la como um reflexo de um exercício deturpado da liberdade de expressão e de que forma tal interfere na democracia.

Para tanto, de início, será trabalhada uma noção geral de como a massiva e reiterada exposição a uma desinformação direcionada, principalmente, por meio de algoritmos de redes sociais ou motores de busca pode influir na percepção de um indivíduo quanto à sociedade em que está inserido e como isso, por conseguinte, afeta a democracia.

Após, buscar-se-á trazer essa noção teórica para situações concretas, primeiro traçando comentários sobre a abordagem utilizada na *Carta Portuguesa de*

¹⁸⁸ Diogo Rais propõe ainda a utilização da nomenclatura “notícias fraudulentas”, já que, partindo da premissa de que verdade ou mentira habitam o campo da ética, na perspectiva jurídica, o que mais se assemelharia ao fenômeno aqui abordado seria a “fraude”, de forma que a denominação “notícias fraudulentas” também será utilizada no decorrer deste estudo. (RAIS, Diogo. *Op. Cit.*).

¹⁸⁹ Para aprofundamento acerca da desinformação, entre outros, sugere-se as obras: **Fake News e Regulação**. 3ª ed. Georges Abboud, Nelson Nery Jr. e Ricardo Campos (Orgs.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021; O. KLEIN, David e WUELLER Joshua R. **Fake News: A Legal Perspective**. In: *Journal of Internet Law*. Vol. 20, Nº 10, Abr-Mar. 2017. Págs. 5-13; SARDO, Alessio. **Categories, Balancing, and Fake News: The Jurisprudence of the European Court of Human Rights**. In: *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*. Vol. 33, Nº 02. Págs. 435-460; BROWN, Étienne. **“Fake News” and Conceptual Ethics**. In: *Journal of Ethics and Social Philosophy*. Vol 16, Nº 02, 2019. Págs. 144-154.

Direitos Humanos na Era Digital, mormente quanto à primeira redação de seu art. 6º, bem como, posteriormente, a análise de casos concretos apreciados pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil; até para que possa permitir uma visão comparada, o que é especialmente relevante no âmbito da internet, um meio sem fronteiras físicas definidas e de intensa intercomunicação entre pessoas e instituições de diversas localidades.

4.2 – O Princípio Democrático na Era da Pós-Verdade: Desinformação, efeito bolha e o Risco às Estruturas Democráticas

Como mencionado alhures, as características da internet potencializam a expressão de atos comunicativos ao fornecer meios de disseminar conteúdos de maneira quase instantânea, para um vasto número de receptores ao mesmo tempo e em possível condição de anonimato. Isso aliado à dinâmica da *web 2.0*, dando aos usuários a possibilidade de eles mesmos criarem e difundirem materiais no ciberespaço; criou-se, assim, um campo fértil para uma deturpação da liberdade de expressão, concretizado na desinformação da forma que conhecemos hoje.

Deturpação porque a liberdade de expressão pode ter como característica extrapolar a esfera meramente individual do sujeito, adquirindo feições sociais, principalmente quando serve como elemento concretizador do princípio democrático. Já as *fake news*, ao reverso, deliberadamente visam minar um saudável fluxo de informações verificadas, podendo ter o intuito de influir negativamente na democracia. Talvez seja essa a razão primordial pelo qual a desinformação, na perspectiva de uma verdadeira fraude comunicacional, não é protegida pela liberdade de expressão.

Foi justamente esse o entendimento do ministro do Supremo Tribunal Federal do Brasil Dias Toffoli ao relatar Recurso Extraordinário cujo objeto era, precipuamente, analisar o direito ao esquecimento dentro do ordenamento jurídico brasileiro¹⁹⁰. Naquela oportunidade, o ministro mencionou que, apesar de ter precedência, a liberdade de expressão pode ceder em situações em que seu exercício abusivo possa atentar contra o princípio democrático, como é o caso da

¹⁹⁰ Esse acórdão será analisado em detalhes em momento oportuno, estabelecendo uma comparação com o posicionamento do Tribunal de Justiça da União Europeia quanto ao tema.

desinformação, intolerância e discurso de ódio; já que o mencionado princípio compreende o equilíbrio dinâmico entre opiniões contrárias, pluralismo e a tolerância¹⁹¹.

Neste teor importa salientar as lições de Jónatas E. M. Machado e Iolanda A.S. Rodrigues de Brito quando afirmam que a esfera de discurso público deve ser protegida dos perigos inerentes à disseminação intencional de informações falsas, já que elas não servem para qualquer interesse legítimo em uma sociedade democrática. Assim, segmentos discursivos baseados na imputação dolosa de fatos falsos não encontram tutela na liberdade de expressão, pois, do contrário fosse, estaria se confrontando os fundamentos teleológicos subjacentes à própria garantia efetiva da liberdade de expressão¹⁹².

É que como Spencer McKay e Chris Tenove salientam, processos de tomada de decisão, fóruns políticos, e até conversas cotidianas relevantes na formação de um juízo de opinião, devem ser informados por meios dotados de alta demanda epistêmica, como órgãos científicos e debates robustos; e as campanhas de desinformação, por seu turno, promovem falsidades, ou imprecisões deliberadas, corrosivas, promovendo percepções errôneas e corrompendo fontes mais acuradas, o que é especialmente perigoso quando, por conta disso, surgem cidadãos hostis ao recebimento de conteúdos mais balizados¹⁹³.

Nesse cenário, dentro do ciberespaço, as redes sociais assumem protagonismo como mecanismo de proliferação da desinformação. Isso se deve, primordialmente, a três fatores, de acordo com Allcott Hunt e Matthew Gentzkow: primeiro porque os custos para entrar no mercado das redes sociais e produzir conteúdo informativo fraudulento é muito reduzido, aumentando a lucratividade da

¹⁹¹ Supremo Tribunal Federal do Brasil - Recurso Extraordinário 1.010.606 Rio De Janeiro. Nelson Curi e Outro(A/S) X Globo Comunicação e Participações S/A. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgado em 11 de fevereiro de 2021.

¹⁹² MACHADO, E. M. Jónatas e BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues De. *Op. Cit.*

¹⁹³ MCKAY, Spencer e TENOVE, Chris. **Disinformation as a Threat to Deliberative Democracy**. In: *Political Research Quarterly*. Vol. 74. 2020. Págs. 01-15.

estratégia de curto prazo e diminuindo a importância da construção de uma reputação a longo prazo dos criadores de materiais enganosos¹⁹⁴.

Segundo que o formato das mídias sociais, geralmente pequenas e rápidas doses de informação visualizadas em celulares ou janelas de feed de notícias, desestimulam e prejudicam o julgamento da veracidade de determinado artigo¹⁹⁵.

E por fim, as pessoas seriam mais propensas a ler mais materiais alinhados com suas posições ideológicas, o que é proporcionado tanto pelo algoritmo das redes, quanto aquilo compartilhado por amigos que integram a mesma rede social, já que também somos mais tendentes a manter proximidade com pessoas ideologicamente alinhadas¹⁹⁶.

Importa também ressaltar que as redes sociais, em regra, não possuem qualquer responsabilidade editorial sobre o material nela circundante, limitando-se, fora algumas situações de regulação específica¹⁹⁷, a observar se determinado conteúdo respeita ou não seus próprios termos de uso, que geralmente são mais pautados em questões mercadológicas do que na segurança comunicacional dos usuários.

Nesse sentido, alguns dados se fazem relevantes. Segundo pesquisa da *Reuters Institute for the Study of Journalism* de 2021, no Brasil a internet alcança cerca de 71% da população, sendo que destes 83% se informam majoritariamente online, e 63% daqueles que têm acesso à internet utilizam as redes sociais como fonte primária de informação. Já em Portugal, 78% da população possui meios de conexão ao

¹⁹⁴ HUNT, Allcott e GENTZKOW, Matthew. **Social Media and Fake News in the 2016 Election**. In: *Journal of Economic Perspectives*. Nashville. Vol. 31, Nº 02, 2017. Págs. 211-236.

¹⁹⁵ HUNT, Allcott e GENTZKOW, Matthew. *Op. Cit.*

¹⁹⁶ *Ibidem.*

¹⁹⁷ Sendo ainda hoje o exemplo mais notório de uma regulação dos procedimentos quanto a exclusão de conteúdos tidos como indesejáveis na das redes sociais, ainda que não especificamente acerca da desinformação, é a lei alemã denominada *NetzDG*. Tal lei, em linhas gerais, impõe àquelas plataformas que retirem de circulação material que violem certos dispositivos do código penal alemão em prazo, em regra, de 24 horas, ou 07 dias em situações mais difíceis. Para aprofundamentos quanto a referida legislação, ver: EIFERT, Martin. **A Lei Alemã para a Melhoria da Aplicação da Lei nas Redes Sociais (NetzDG) e a Regulação da Plataforma**. In: *Fake News e Regulação*. 1ª ed. Georges Abboud, Nelson Nery Jr. e Ricardo Campos (Orgs.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. Págs. 59-86.

ciberespaço, sendo que destes 77% se informam majoritariamente online, e, mais especificamente, 55% através das redes sociais como fonte primária¹⁹⁸.

Isso ilustra bem o poder da penetração que a difusão de conteúdos possui na sociedade atual através do ciberespaço, mais especificamente, as redes sociais. Como mencionado, é esse poder de penetração, aliado ao volume e à velocidade da difusão de conteúdos, conjuntamente com a adequada utilização dos algoritmos, principalmente das redes sociais, que criam o cenário no ciberespaço em que uma deturpada liberdade de expressão pode afetar de maneira decisiva a democracia.

Ainda traçando esse panorama, quando se fala nos algoritmos, que no fim colaboram massivamente na filtragem do conteúdo a ser recebido pelo usuário das redes sociais, é interessante notar o nível de sofisticação e precisão que a inteligência artificial já atingiu para um direcionamento focado. Pesquisa das universidades de *Stanford* e *Cambridge*, descobriu que computadores possuem capacidade de melhor julgar a personalidade de uma pessoa, utilizando para tanto somente as *curtidas*¹⁹⁹ em postagens no *Facebook* do que amigos e família do usuário²⁰⁰.

No estudo, pesquisadores coletaram um teste de autoavaliação de personalidade de 86.220 voluntários, ao passo que amigos e familiares também responderam a tal teste. Os pesquisadores notaram que computadores necessitaram analisar apenas 10 *curtidas* dos voluntários em postagens no *Facebook* para entender melhor sua personalidade do que os colegas de trabalho dele, precisaram ainda de 70 *curtidas* para compreender mais do que um amigo, 150 *curtidas* para mais do que um membro da família e 300 *curtidas* para uma compreensão maior do que seus próprios cônjuges. A pesquisa ainda ressalta que um usuário do *Facebook* tem por volta de 227 *curtidas* realizadas. Ou seja, a rede social em comento, em média, possui

¹⁹⁸ REUTERS INSTITUTE FOR THE STUDY OF JOURNALISM. **Reuters Institute Digital News Report**. 10ª ed. 2021. Disponível em: https://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/sites/default/files/2021-06/Digital_News_Report_2021_FINAL.pdf. Acessado em 12 de março de 2022.

¹⁹⁹ *Curtida, Like* ou *gostei*, são denominações de uma ferramenta constante em algumas redes sociais, como *Facebook, Twitter, Youtube*, entre outras em que um usuário demonstra publicamente aprovação ao conteúdo publicado por outro usuário.

²⁰⁰ UNIVERSITY OF CAMBRIDGE. **Computers using digital footprints are better judges of personality than friends and Family**. 2015. Disponível em: <https://www.cam.ac.uk/research/news/computers-using-digital-footprints-are-better-judges-of-personality-than-friends-and-family>. Acessado em 12 de março de 2022.

um nível de percepção da personalidade de seus usuários equivalente ao de um membro da família dele²⁰¹.

O poder de direcionar conteúdos desvirtuados e fraudulentos a pessoas específicas de acordo com seus gostos e crenças é o que faz com que a desinformação seja um instrumento de corrosão dos pilares democráticos tão eficaz. Simone Chambers afirma que pode parecer óbvio o risco caso cidadãos não possam distinguir fatos da ficção, mas durante muitos anos era preponderante no estudo da democracia que, em geral, cidadãos são mal-informados sobre questões de relevo e, por outro giro, buscam ativamente muito pouco pela verdade²⁰².

Assim, o problema não seria somente que a desinformação minaria capacidades racionais do cidadão, mas também que as *fake news* são uma forma de manipulação da elite que explora a fraqueza epistêmica dos cidadãos. Seriam assim a natureza manipuladora e propagandística o real risco²⁰³.

As *fake news* assumem, portanto, de acordo com Matthew Loveless, uma condição de verdadeira arma emocional que busca o esforço estratégico de manipular e obscurecer os sentimentos públicos quanto a quaisquer potenciais de ação política coletiva de forma a, muitas vezes, sobrecarregar as tentativas de o indivíduo raciocinar quanto a tópicos políticos. Em suma, o objetivo seria apelar para emoções, e não ao intelecto, embaralhando e dividindo a opinião pública para se beneficiar do caos resultante seja política, seja financeiramente²⁰⁴.

Nisso se baseia a denominada “pós-verdade²⁰⁵”, que reflete o resultado de uma massiva difusão de conteúdos, muitas vezes falsos ou distorcidos - e

²⁰¹ UNIVERSITY OF CAMBRIDGE. *Op. Cit.*

²⁰² CHAMBERS Simone. **Truth, Deliberative Democracy, and the Virtues of Accuracy: Is Fake News Destroying the Public Sphere?** *In: Political Studies*. Vol. 69, 2020. Págs. 01 – 17. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/0032321719890811>. Acessado em 15 de abril de 2022.

²⁰³ *Ibidem.*

²⁰⁴ LOVELESS, Matthew. **Information and democracy: Fake news as an emotional weapon.** *In: Democracy and Fake News: Information Manipulation and Post-Truth Politics*. Serena Giusti e Elisa Piras. Routledge (Orgs.) Londres: Routledge, 2021. NP.

²⁰⁵ O Dicionário *Oxford* elegeu a palavra “*post-truth*” como o vernáculo do ano de 2016, a definindo da seguinte maneira: *Post-truth is an adjective defined as 'relating to or denoting circumstances in which*

precisamente direcionados por força dos algoritmos sobre os quais se baseiam a arquitetura das redes sociais – que busca alcançar emoções e convicções prévias do indivíduo, o que faz com que sentimentos tenham mais relevância no fim do que fatos verídicos e apurados na construção da opinião pública.

Álex Grijelmo bem enfatiza que apesar de tudo poder ser facilmente verificável pela simplicidade do acesso à informação, isso pode ser superado com dois elementos básicos: a insistência e repetição sistêmica das falsidades²⁰⁶, além da desqualificação daquele que contradiz tal falsidade, ainda que seja uma fonte tida como confiável²⁰⁷.

De fato, a desqualificação de mídias tradicionais de informação é parte do *modus operandi* do propagador de desinformação, buscando com que pessoas as abandonem e utilizem fontes “alternativas” de informação, o que dá espaço a um aumento da audiência e fidelização de meios divulgadores de *fake news*, que normalmente se colocam fora do sistema comunicativo preponderante.

Dessa forma estaria configurada, o que o professor Álex Grimeljo, de forma irônica, chama de era da “pós-mentira”. Essa, segundo afirma, foi a receita para a execução de mentiras já clássicas na democracia recente, como a que levou milhões de estadunidenses a acreditarem que o ex-presidente estadunidense Barack Obama é um muçulmano estrangeiro; ou que, no contexto do *Brexit*, o Serviço Nacional de Saúde britânico teria por semana 350 milhões de libras para gastar caso o Reino Unido abandonasse a União Europeia²⁰⁸.

objective facts are less influential in shaping public opinion than appeals to emotion and personal belief. (OXFORD LANGUAGES. **Word of the Year 2016**. Disponível em: <https://languages.oup.com/word-of-the-year/2016/>. Acessado em 17 de março de 2022.)

²⁰⁶ Com base no jargão “uma mentira contada 1000 vezes se torna “realidade”.

²⁰⁷ GRIMELJO, Álex. **Pós-verdade: A arte de Manipular Multidões**. In: *El País*. 29 ago. 2017. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/08/22/opinion/1503395946_889112.html. Acessado em 17 de março de 2022.

²⁰⁸ *Ibidem*.

O risco desse cenário seria a inserção do cidadão em bolhas comunicativas²⁰⁹ - através dos instrumentos proporcionados pela internet – que o levasse a um ciclo vicioso de recebimento de informações deturpadas e condicionadas à sua própria visão de mundo, retirando dele as possibilidades de uma percepção mais acurada da sociedade, ou até mesmo uma abertura pessoal à participação em um debate propositivo para além de seus conceitos já pré-concebidos.

André Soares Oliveira e Patrícia Oliveira Gomes explanam a consequência disso ao mencionar que as bolhas comunicativas fazem com que todos pareçam concordar ou agir de forma semelhante, como se cada pessoa vivesse em um espelho de suas convicções, acreditando que aquilo é, de fato, um retrato nítido da sociedade. Além disso, segundo os autores, as bolhas facilitam o direcionamento da desinformação, radicalizando posicionamentos políticos por dificultar o contraponto de outra visão de construção social²¹⁰. É aqui que os riscos a preceitos da democracia ficam notórios.

É ilustrativo um estudo conduzido por Alessandro Bessi, Mauro Coletto, George Alexandru Davidescu, Antonio Scala, Guido Caldarelli e Walter Quattrociocchi que, com base em uma amostragem de 1.2 milhões de usuários do *Facebook*, concluiu que alegações infundadas reverberam por período comparável com as de informações verificadas, além disso, narrativas baseadas em teorias da conspiração, por reduzirem a complexidade da realidade, diminuem a incerteza que gera no receptor quanto a seu conteúdo, por serem mais fáceis assimilar. Este estudo também demonstrou que usuários das redes sociais afeitos a conteúdos de natureza conspiratória são mais engajados com a sua difusão do que aqueles tendentes a

²⁰⁹ Mais especificamente, Rui Tavares Lanceiro ressalta que as plataformas digitais podem acabar por exercer um forte controle sobre as informações as quais cada pessoa está exposta, bloqueando ou dificultando o acesso a conteúdos que, em tese, não seriam de interesse da pessoa. Assim, o acesso à informação passou a ser cada vez mais personalizado, criando uma distorção posto que a maioria dos dados informativos recebidos pelo indivíduo acaba por ser correlato às suas convicções prévias. (LANCEIRO, Rui Tavares. **Pandemia, “Infodemia” e Liberdade de Expressão**. In: *E-Pública*. Vol. 08 Nº 03, Dez. 2021. Págs. 39-62.)

²¹⁰ OLIVEIRA, André Soares e GOMES, Patrícia Oliveira. **Os Limites da Liberdade de Expressão: Fake News como Ameaça à Democracia**. In: *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*. Vol. 20, Nº. 02, Dez. 2019. Págs. 93-118. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1645>. Acessado em 14 de maio de 2022.

consumir materiais cientificamente apurados, a razão seria, possivelmente, dar visibilidade a conteúdos que normalmente estão fora do *mainstream*²¹¹.

Tal estudo demonstra bem a resiliência do fenômeno da desinformação, no sentido de que mesmo sendo uma problemática amplamente debatida no meio social, ainda assim seus riscos, ao que parece, ainda estão longe de serem contidos.

Em arremate, são bem-vindas as lições de Rebeca Helm e Hitoshi Nisuno quando afirmam que por conta das distorções ocasionadas pelo impacto das *fake news*, a polarização é aumentada e a busca pela “verdade” no âmbito do mercado de ideias, dificultada. Além disso, os danos ocasionados pela desinformação no processo de decisão democrática podem impactar e mitigar os benefícios - que, na realidade são fundamentais - da liberdade de expressão para a democracia. Isso imporia a necessidade de uma regulação cuidadosamente estruturada que efetivamente combata a desinformação²¹².

Trazendo esse cenário para termos mais concretos, correlacionando com o princípio democrático, tem-se o notório caso da *Cambridge Analytica*, no contexto das eleições presidenciais estadunidenses de 2016.

Em linhas gerais, tratou-se de uma situação em que usuários do *Facebook* realizaram um teste de personalidade em um aplicativo denominado *thisisyourdigitallife*, os dados obtidos nesses testes - como nome, profissão, moradia, gostos e hábitos – foram adquiridos e tratados pela *Cambridge Analytica* e, alega-se, teriam sido utilizados com fins de envio de materiais de cunho político direcionado – possivelmente muitas vezes deturpados e enquadráveis como desinformação²¹³ - favorável ao então candidato, e posterior vencedor do pleito, Donald Trump. Salienta-

²¹¹ BESSI, Alessandro; COLETTI, Mauro; DAVIDESCU, George Alexandru; SCALA, Antonio; CALDARELLI, Guido e QUATTROCIOCCHI, Walter. **Science vs Conspiracy: Collective Narratives in the Age of Misinformation**. In: *Plos One*. Vol. 10, Nº 02, 2015. Disponível em: <https://journals.plos.org/plosone/article/file?id=10.1371/journal.pone.0118093&type=printable>. Acessado em 17 de março de 2022.

²¹² HELM, Rebeca e NISU, Hitoshi. **Regulatory Responses to ‘Fake News’ and Freedom of Expression: Normative and Empirical Evaluation**. In: *Human Rights Law Review*. Vol. 21, 2021. Págs. 302-328.

²¹³ Fonte: BBC NEWS. **‘Cambridge Analytica planted fake news’**. 20 mar. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/av/world-43472347>. Acessado em 16 de março de 2022.

se ainda que não só apenas os dados dos usuários que realizaram o referido teste foram coletados, mas também de todos os que faziam parte de sua rede de contatos, totalizando, no fim, a coleta de material de cerca de 50 milhões de pessoas²¹⁴.

Apesar de que não se pode afirmar categoricamente que fora decisivo para o resultado da eleição, o fato é que uma parcela considerável de eleitores acabou sendo bombardeada por atos comunicativos precisamente direcionados às suas personalidades de forma a influir em sua percepção política e favorecer a um candidato.

Isso contraria a essência do princípio democrático, que busca, como elemento estruturante do texto constitucional, criar um ambiente que juridicamente resguarde um livre embate de ideias edificante da democracia, o que apenas é de fato possível quando cidadãos estejam desvinculados de amarras comunicativas, como aquelas que o denominado efeito bolha impõe.

Dessa forma, perante o cenário aqui desenhado, a regulação das plataformas digitais²¹⁵, efetivada de forma não a limitar a liberdade de expressão, mas sim criar garantias jurídicas que a potencialize e a direcione para seus fins precípuos, se torna imperiosa. Tal deve ser efetivada em uma modalidade de autorregulação regulada, em que as plataformas, detentoras dos códigos e do conhecimento técnico, atuem ativamente para remoção de conteúdos desinformativos, seguindo padrões e se submetendo à fiscalização do poder público²¹⁶.

²¹⁴ Fonte: THE NEW YORK TIMES. **Cambridge Analytica and Facebook: The Scandal and the Fallout So Far**. 04 abr. 2018. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2018/04/04/us/politics/cambridge-analytica-scandal-fallout.html>. Acessado em 16 de março de 2022.

²¹⁵ Não aprofundaremos aqui nos diversos modelos de regulação existentes. Para uma visão geral do tema, ver: MARSDEN, Chris; MEYER, Trisha e BROWN, Ian. **Platform values and democratic elections: How can the law regulate digital disinformation?** In: *Computer Law & Security Review*. Elsevier. Vol. 36, Abr. 2020. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/journal/computer-law-and-security-review/vol/36/suppl/C>. Acessado em 21 de março de 2021. Indica-se ainda: HELM, Rebeca e NISU, Hitoshi (*Op. Cit.*).

²¹⁶ A abordagem constitucional da regulação das plataformas digitais na contenção das *fake news* foi nosso o tema do relatório da matéria de Direito Constitucional, ministrada pelo Professor Domingos Miguel Soares Farinho, no Mestrado Científico em Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, com o título “A Contenção da Desinformação: Uma Abordagem Sob a Perspectiva Constitucional”.

Domingos Soares Farinho defende a evolução para um modelo²¹⁷ em que se vislumbra uma relação intrínseca entre público e privado, principalmente em um cenário de intensa confluência entre questões técnicas e as normas jurídicas. Seria, assim, um modelo em que as regras de funcionamento das plataformas sejam dialeticamente elaboradas mediante interação entre a autorregulação daquelas mídias digitais, semelhante com o que acontece hoje mediante os termos de uso e demais documentos; aliadas a propostas de correções de reguladores públicos²¹⁸.

Ainda que não se possa falar se tratar de regulação das plataformas digitais²¹⁹, até por ser direcionada aos candidatos e partidos políticos especificamente, em razão das eleições de 2022, o Tribunal Superior Eleitoral do Brasil expediu a Resolução, nº 23.671/2021, alterando a Resolução nº 23.610/2019, para regulamentar a propaganda eleitoral, contando com dispositivos específicos no combate à desinformação, a saber:

Art. 9º A utilização, na propaganda eleitoral, de qualquer modalidade de conteúdo, inclusive veiculado por terceiros, pressupõe que a candidata, o candidato, o partido, a federação ou a coligação tenha verificado a presença de elementos que permitam concluir, com razoável segurança, pela fidedignidade da informação, sujeitando-se as pessoas responsáveis ao disposto no art. 58 da Lei nº 9.504/1997, sem prejuízo de eventual responsabilidade penal.

Art. 9º-A. É vedada a divulgação ou compartilhamento de fatos sabidamente inverídicos ou gravemente descontextualizados que atinja a integridade do processo eleitoral, inclusive os processos de votação, apuração e totalização de votos, devendo o juízo eleitoral, a requerimento do Ministério Público, determinar a cessação do ilícito, sem prejuízo da apuração de responsabilidade penal, abuso de poder e uso indevido dos meios de comunicação.

O interessante dessa resolução é o reconhecimento pelo poder público dos danos que podem vir a ser ocasionados às eleições pela desinformação, criando um dever objetivo a candidatos e partidos políticos de zelarem pelas informações disseminadas por suas campanhas eleitorais, o que, apesar de obviamente não ser suficiente para sanar a situação, é de fato medida paliativa bem-vinda.

²¹⁷ Quanto à nomenclatura utilizada, o autor afirma que: “No sentido de distinguir “auto-regulação regulada” enquanto modelo auto-referido pela lei alemã NetzDG preferimos a designação “co-regulação ativa”. (FARINHO, Domingos Soares. **Delimitação do Espectro Regulatório de Redes Sociais**. In: *Fake News e Regulação*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. Págs. 29-91.)

²¹⁸ FARINHO, Domingos Soares. 2020. *Op. Cit.*

²¹⁹ Atualmente, no Brasil, há um projeto de lei específico de combate à desinformação ainda em trâmite no Congresso Nacional, sob o número 2630/2020.

É que, como bem lembrado por Ingo Wolfgang Sarlet, a relação entre liberdade de expressão e democracia é de mútuo condicionamento, assumindo um caráter complementar, dialético e dinâmico. Assim, por mais que à primeira vista se tenha a impressão de que mais liberdade de expressão acarrete mais democracia, poderá haver momentos ou situações que um daqueles institutos acarretem riscos ao outro²²⁰.

Assim, é de ressaltar que a liberdade de expressão, caso concebível de forma ilimitada, em um liberalismo extremado, tolerando fenômenos como a desinformação, o resultado é um duplo distúrbio. Primeiramente nas funções sociais inerentes àquele direito fundamental, ao não coibir a poluição da esfera pública com conteúdos fraudulentos, o que resvalaria na própria autodeterminação do indivíduo ao ter prejudicada a construção de um juízo político próprio que seja pautado em informações acuradas; além disso, como consequência, a própria democracia seria prejudicada, já que teria dificuldades para se enrobustecer em um cenário de cidadãos desinformados e polarizados.

É exatamente nesse ponto de ruptura - quando uma pretensa liberdade de expressão é utilizada para justificar atos comunicativos que deturpam sua própria essência e a da democracia - que devem atuar eventuais medidas regulatórias legislativas, ou, quando o caso, o próprio judiciário.

Isso porque, a correta identificação do liame em que a liberdade de expressão passa a ser um notório risco a preceitos democráticos é que vai determinar se as medidas para conter a disseminação da desinformação são de fato eficientes, necessárias e proporcionais, ou seja, constitucionalmente adequadas; ou se no fim são uma indesejada censura.

E tais medidas, independentemente da abordagem adotada, devem buscar sempre o menor custo possível à liberdade de expressão, sendo a supressão de conteúdos um ato extremo que deve ser adotada apenas em última instância quando outras – como, por exemplo, a utilização de uma notificação de checagem de fatos

²²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. 2019. *Op. Cit.*

informando que uma notícia é manipulada, ou campanhas educativas sobre uma autoproteção à desinformação, entre outros - forem ineficazes ou impossíveis de serem concretizadas. Essa premissa aqui abordada deve recair tanto sobre uma legislação que vise regular as plataformas onde normalmente a desinformação é mais difundida, quanto ao aplicador do direito no momento de ponderação dos valores em conflito.

Nesse sentido, abordaremos no item seguinte a opção legislativa inicialmente adotada por Portugal para a contenção da desinformação consubstanciada na denominada *Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital*, buscando, em essência, entender como a relação entre liberdade de expressão e as *fake news* ali era tratada, salientando as barreiras de ordem constitucional que uma regulação defeituosa nesse campo pode enfrentar, o que, no presente caso, culminou em revogação posterior de parte substancial de seu texto original.

4.3 – Considerações Sobre o Tratamento do Combate à Desinformação Dado Pela Primeira Versão do Art. 6º da “Carta Portuguesa de Direitos Humanos Na Era Digital”

A denominada *Carta Portuguesa de Direitos Humanos*²²¹ *na Era Digital*, aprovada pela Lei n.º 27/2021, de 17 de maio de 2021 (Doravante *Carta Portuguesa*), é uma legislação que busca ser inovadora, possuindo, ao menos no que aparenta, a intenção de sistematizar em um documento garantias *jusfundamentais* na internet. Em síntese, são tratadas ali situações como direito a um testamento digital, proteção contra a desinformação e contra a geolocalização abusiva, temas de cibersegurança, direito ao esquecimento, neutralidade de rede; apenas para citar alguns exemplos.

²²¹ José Melo Alexandrino ressalta a nomenclatura anômala da legislação, já que “direitos humanos” são, por natureza, direitos que não podem ser cingidos no âmbito estadual, e sim internacional. Assim, o Estado português, caso quisesse efetivar uma legislação de acerca de direitos humanos, deveria ter promovido uma conferência internacional, e não um processo legislativo. (ALEXANDRINO, José Melo. **Dez Breves Apontamentos Sobre a Carta Portuguesa De Direitos Humanos Na Era Digital**. In: *Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Universidade de Lisboa*. 2021. Disponível em: <https://www.icj p.pt/content/dez-breves-apontamentos-sobre-carta-portuguesa-de-direitos-humanos-na-era-digital>. Acessado em 30 de maio de 2022.).

Nesse sentido, em artigo de opinião publicado no jornal *Público*, a professora Maria Eduarda Gonçalves ressalta que a internet amplia as possibilidades de um indivíduo exercer suas liberdades de reunião, informação, expressão, associação, bem como as econômicas. Assim, o objetivo da mencionada *Carta Portuguesa* seria o de buscar a garantia, no espaço virtual, de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados²²².

No entanto, logo de início, chama a atenção certa redundância de parte dos direitos ali elencados²²³, como salienta Domingos Soares Farinho. Tal fato, segundo o autor, levanta problemas de aplicação, posto que o julgador pode encontrar diferentes normas na Constituição, em diplomas jurídicos internacionais vinculantes e na *Carta Portuguesa* que regulam a mesma matéria²²⁴. O mencionado professor ressalta ainda que a internet não é um domínio extrajurídico, e quaisquer direitos fundamentais ou humanos são aplicáveis no ciberespaço quando cabíveis²²⁵.

Pois bem, traçadas essas considerações gerais iniciais, importa salientar que a desinformação é tratada no âmbito da *Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital* em seu art. 6º, sendo promulgada, posteriormente, em 03 de agosto de 2022, alteração substancial na redação de tal artigo, que passou a prever, tão somente, que o Estado português assegura o cumprimento em Portugal do Plano Europeu de Ação contra a Desinformação²²⁶.

²²² GONÇALVES, Maria Eduarda. **Direitos humanos na era digital: a Carta portuguesa**. In: *Público*. 21 jun. 2021. Disponível em: <https://www.publico.pt/2021/06/21/opiniao/opiniao/direitos-humanos-digit-al-carta-portuguesa-1967216>. Acessado em 30 de maio de 2022.

²²³ No mesmo sentido: ALEXANDRINO, José Melo. 2021. *Op. Cit.*

²²⁴ A título de exemplificação, Domingos Soares Farinho menciona que, entre outras hipóteses, o Art. 3º, 01, da *Carta Portuguesa* possui referência com o Art. 13, 02, da Constituição da República Portuguesa; O disposto no Art. 4º, 03, da *Carta Portuguesa* derivaria do princípio da universalidade, previsto no Art. 12 da Constituição de Portugal; o Art. 7º, 01, da *Carta Portuguesa*, repetiria os Art. 45 e 46 da Constituição de Portugal. (FARINHO, Domingos Soares. **The Portuguese Charter of Human Rights in the Digital Age: A legal appraisal**. In: *Revista Española de la Transparencia*. Nº 13. Jul-Dez. 2021 (A). Págs. 85-105.)

²²⁵ *Ibidem*.

²²⁶ Lei n.º 27/2021 - Art. 6º - 1 - O Estado assegura o cumprimento em Portugal do Plano Europeu de Ação contra a Desinformação, por forma a proteger a sociedade contra pessoas singulares ou coletivas, de jure ou de facto, que produzam, reproduzam ou difundam narrativa considerada desinformação. (Nova redação dada pela Lei n.º 15/2022, de 11 de agosto).

A redação original do artigo em tela, antes de promulgada sua alteração, era objeto de fiscalização sucessiva de constitucionalidade, apresentado pelo Presidente da República Portuguesa, em virtude de uma alegada vagueza em seus termos que minavam a segurança jurídica de sua aplicabilidade e, conseqüentemente, desafiava sua pertinência constitucional.

Assim, em que pese não mais estar vigente nestes moldes, mas com o intuito de se aprofundar nas dificuldades que uma regulamentação defeituosa pode acarretar ao combate à desinformação e ao exercício da liberdade de expressão como um todo, analisaremos os termos originais do art. 6º da *Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital*.

O objetivo é entender os motivos que levaram ao requerimento de fiscalização sucessiva de constitucionalidade bem como, posteriormente, à revogação de parte substancial do dispositivo em tela, extraindo daí preceitos que podem balizar uma conjectural regulação futura que vise mitigar a proliferação da desinformação de maneira mais específica e que seja constitucionalmente adequada.

Assim, para facilitar uma análise detida, segue a transcrição da redação original do aludido art. 6º da Lei n.º 27/2021, de 17 de maio de 2021:

Lei n.º 27/2021, de 17 de maio de 2021 - Art. 6º. 1 - O Estado assegura o cumprimento em Portugal do Plano Europeu de Ação contra a Desinformação, por forma a proteger a sociedade contra pessoas singulares ou coletivas, de jure ou de facto, que produzam, reproduzam ou difundam narrativa considerada desinformação, nos termos do número seguinte.

2 - Considera-se desinformação toda a narrativa comprovadamente falsa ou enganadora criada, apresentada e divulgada para obter vantagens económicas ou para enganar deliberadamente o público, e que seja suscetível de causar um prejuízo público, nomeadamente ameaça aos processos políticos democráticos, aos processos de elaboração de políticas públicas e a bens públicos.

3 - Para efeitos do número anterior, considera-se, designadamente, informação comprovadamente falsa ou enganadora a utilização de textos ou vídeos manipulados ou fabricados, bem como as práticas para inundar as caixas de correio eletrónico e o uso de redes de seguidores fictícios.

4 - Não estão abrangidos pelo disposto no presente artigo os meros erros na comunicação de informações, bem como as sátiras ou paródias.

5 - Todos têm o direito de apresentar e ver apreciadas pela Entidade Reguladora para a Comunicação Social queixas contra as entidades que pratiquem os atos previstos no presente artigo, sendo aplicáveis os meios de ação referidos no artigo 21.º e o disposto na Lei n.º 53/2005, de 8 de novembro, relativamente aos procedimentos de queixa e deliberação e ao regime sancionatório.

6 - O Estado apoia a criação de estruturas de verificação de factos por órgãos de comunicação social devidamente registados e incentiva a atribuição de selos de qualidade por entidades fidedignas dotadas do estatuto de utilidade pública.

Inicialmente deve ser ressaltado que o então vigente nº 01 do art. 6º da *Carta Portuguesa* fazia menção a um asseguramento de que o Estado português cumprirá o Plano Europeu de Ação Contra a Desinformação, previsão que permaneceu após a reforma do artigo em tela promulgada em 03 de agosto de 2022.

Ocorre que, como menciona a Deliberação ERC/2020/212 (Parecer-Leg) do Conselho Regulador da Entidade Reguladora para a Comunicação Social, tal plano nada garante aos cidadãos, sendo na realidade um conjunto de medidas a serem adotadas pela União Europeia cujo objetivo é o desenvolvimento de mecanismos de proteção contra a desinformação, especialmente quanto a procedimentos eleitorais. Haveria assim um desajuste entre a associação da proteção de indivíduos contra *fake news* com um plano europeu que não os visam diretamente²²⁷.

Pois bem, cumpre ressaltar que, na perspectiva da tutela da liberdade de expressão, o legislador buscou frisar na mencionada versão original do art. 6º da *Carta Portuguesa* que, para que seja enquadrado como desinformação, um determinado ato comunicativo fraudulento deveria necessariamente ter a capacidade de causar um prejuízo público. A ideia seria de delimitar o escopo, afastando, nesse teor, a aplicação da lei quando se tratar de intercorrência meramente limitada à esfera pessoal do indivíduo²²⁸, sem reflexos sociais relevantes.

No entanto, o dispositivo legal aqui em voga parecia trazer algumas incongruências de ordem constitucional, em especial quanto a uma alegada falta de densidade jurídica de certos termos. Por tais motivos, o Presidente da República Portuguesa decidiu submeter, antes da promulgação da nova versão, ao Tribunal

²²⁷ CONSELHO REGULADOR DA ENTIDADE REGULADORA PARA A COMUNICAÇÃO SOCIAL - **Deliberação ERC/2020/212 (Parecer-Leg) de 21 de Outubro de 2020**. Disponível em: <https://www.erc.pt/pt/deliberacoes/deliberacoes/2020?pagina=3>. Acessado em 01 de junho de 2022.

²²⁸ Ressaltando que, a depender do contexto, a divulgação de conteúdos adulterados com fins de causar danos à um indivíduo específico e que não possua relevância social pode ser enquadrado, por exemplo, como calúnia, difamação, ou ensejar um direito de resposta.

Constitucional, fiscalização abstrata sucessiva de constitucionalidade do mencionado art. 6º Lei n.º 27/2021, de 17 de maio de 2021.

Tal requerimento se baseou, em síntese, no fato de que, por força do art. 18 da Constituição Portuguesa, lei que possa restringir direitos, liberdades e garantias fundamentais deve se limitar ao necessário à garantia de salvaguarda a outros direitos e interesses constitucionalmente assegurados, em observância ao princípio da proporcionalidade²²⁹.

Com base nisso, de acordo com o requerimento de fiscalização de constitucionalidade aqui tratado, uma restrição a direitos fundamentais por via legislativa deve possuir uma densidade jurídica suficiente, não se baseando essencialmente em conceitos vagos e indeterminados, e, ainda, a legislação não poderia remeter o essencial do regime para atos sem natureza legislativa, de forma a respeitar a reserva de lei parlamentar²³⁰.

Dessa forma, a fiscalização sucessiva de constitucionalidade apresentado pelo Presidente da República Portuguesa aduz que as regras então vigentes contidas nos números 01 a 04 do art. 6º da Lei n.º 27/2021, de 17 de maio de 2021 conteriam um conjunto de conceitos pouco densificados juridicamente, sendo alguns exemplos: *“ameaça aos processos políticos democráticos, aos processos de elaboração de políticas públicas”*, ou *“ utilização de textos ou vídeos manipulados ou fabricados, bem como as práticas para inundar as caixas de correio eletrónico e o uso de redes de seguidores fictícios”*.

Assim, é apontado que o legislador - na matéria de direitos, liberdades e garantias constitucionais - poderia ter adotado um caminho de maior consistência jurídica na definição de conceitos, sobretudo quando deles poderia se extrair, ainda

²²⁹ PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA PORTUGUESA - **Requerimento de fiscalização sucessiva de constitucionalidade do Art. 6º Lei da n.º 27/2021 de Portugal**. Enviado pelo Presidente da República Portuguesa ao Tribunal Constitucional de Portugal em 28 de julho de 2021. Disponível em: <https://www.presidencia.pt/media/ugdlau2f/requerimento-tc-sucessiva-carta-direitos-era-digital.pdf>. Acessado em 01 de junho de 2022.

²³⁰ *Ibidem*.

que indesejável pelo legislador, uma norma que tangenciasse uma censura à liberdade de expressão, o que não poderia ter acolhimento constitucional²³¹.

Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet e Andressa de Bittencourt Siqueira bem salientam a importância do estabelecimento de limites conceituais que não ampliem em demasia o alcance dos termos linguísticos que caracterizam a desinformação. É que, conforme os autores afirmam, para a regulação jurídica de tal fenômeno, maior ou menor elasticidade conceitual acarreta, por conseguinte, maior ou menor restrição às liberdades de expressão e informação. Seria o mesmo, ilustram os autores, de uma mais vasta ou contida definição do discurso de ódio, se referindo a uma situação próxima, mas autônoma da desinformação²³².

Pois bem, seguindo proposta de Robert Alexy, de que a proporcionalidade engloba três subprincípios, quais sejam, adequação, necessidade, e proporcionalidade em sentido estrito²³³, Domingos Soares Farinho salienta que, aceitando-se²³⁴ que a versão original do art. 6^a, n^o 02, da *Carta Portuguesa* permitia à Entidade Reguladora para a Comunicação Social (ERC) a retificação ou eliminação de conteúdos desinformantes para resguardar outros valores de interesse constitucional, e se tal eliminação ou retificação fosse adequada para tal resguardo, então o critério da adequação estaria cumprido²³⁵.

²³¹ Requerimento de fiscalização sucessiva de constitucionalidade do Art. 6^o Lei da n.º 27/2021. *Op. Cit.*

²³² SARLET, Ingo Wolfgang e SIQUEIRA, Andressa de Bittencourt. *Op. Cit.*

²³³ Vide tópico 1.2.

²³⁴ Cabe aqui importante ressalva. Domingos Soares Farinho levantou a questão, antes da reforma que revogou parte substancial do Art. 6^o da *Carta Portuguesa*, de se a ERC teria competência, no fim, para efetuar a restrição à circulação de determinado conteúdo com base nos dispositivos legais trazidos pela *Carta Portuguesa*, ou seja, efetuar atos que poderiam restringir a liberdade de expressão. É que tendo em vista a sua lei orgânica (Portugal - Lei n.º 53/2005, de 08 de novembro), ao que parece, a aludida entidade reguladora não poderia fazer mais do que aceitar queixas a ela apresentadas, isso em especial pelo fato de que a *Carta Portuguesa* não especificar o conteúdo que as decisões da ECR deveriam conter quanto às reclamações a ela direcionadas por força do seu Art. 6^o, n^o 05. Assim, apenas uma interpretação muito ampla dos poderes da ECR poderia subsidiar alguma restrição à circulação de conteúdos tidos como desinformantes, o que poderia acarretar a inconstitucionalidade de tais restrições. (FARINHO, Domingos Soares. **The new “right to protection Against disinformation” in Portugal**. In: *E-Publica*. Vol. 08, N^o 03, Dez. 2021 (B). Disponível em: <https://e-publica.pt/api/v1/articulas/34115-the-new-right-to-protection-against-disinformation-in-portugal.pdf>. Acessado em 20 de julho de 2022.)

²³⁵ FARINHO, Domingos Soares. 2021 (A). *Op. Cit.*

Entretanto, quando se efetiva o “teste de necessidade” de tal medida de supressão ou retificação de conteúdos, tem-se que, segundo Domingos Soares Farinho, haveria outras medidas que interfeririam menos na liberdade de expressão, como, por exemplo, a anexação de alertas de que determinado conteúdo é desinformante, ou anexação de *links* que encaminhariam o leitor para materiais mais adequados ao assunto²³⁶.

No entanto, tais medidas alternativas podem não ser feitas a tempo ou não serem tecnicamente possíveis quando o “*prejuízo público*”, aludido no então vigente nº 02 do art. 6º da *Carta Portuguesa*, fosse iminente ou já estivesse ocorrendo, não fazendo surtir, assim, os efeitos desejados. Quando assim for, a eliminação ou alteração de conteúdos em tese poderia satisfazer o teste de necessidade²³⁷.

Porém, se tal termo “*prejuízo público*” a que a legislação em comento fazia alusão em sua versão original pudesse ser interpretado como um dano provável em um futuro não imediato, nessas hipóteses, caso medidas menos restritivas à liberdade de expressão pudessem ser adotadas satisfatoriamente, então a supressão ou adulteração de conteúdos tidos como *fake news* não passaria no teste de necessidade²³⁸, pois poderiam representar uma restrição à liberdade de expressão desnecessária, tendo em vista a possibilidade de utilização de outros meios menos drásticos.

Nesse sentido, Domingos Soares Farinho conclui que o problema com a definição de “desinformação” contida na versão original do nº 2 do Art. 6º da *Carta Portuguesa* é que, mesmo que se aceite que outros elementos não teriam problemas na atribuição de seu peso no processo de ponderação (uma informação é falsa ou não é; possui intenção de enganar ou não), a utilização da expressão “*causar um prejuízo público*” permite graus muito distintos de avaliação e de atribuição de pesos de acordo com como venha a ser entendida a natureza de tal “*prejuízo público*”; por exemplo, se como visto alhures, se tratar de um risco futuro imediato ou não imediato.

²³⁶ FARINHO, Domingos Soares. 2021 (A). *Op. Cit.*

²³⁷ *Ibidem.*

²³⁸ *Ibidem.*

No fim, com base nisso, o primeiro texto do art. 6º da *Carta Portuguesa* poderia permitir uma restrição à liberdade de expressão sem um dano iminente a outro bem constitucionalmente protegido, o que desafiaria sua constitucionalidade²³⁹.

Seguindo, no que se refere ao agora revogado nº 3 do Art. 6º da *Carta Portuguesa*, havia um problema de uma ampliação indevida da noção de “desinformação”. É que as hipóteses de edição de textos e vídeos, a prática de envio massivo de mensagens eletrônicas, bem como o uso de rede de seguidores fictícios não necessariamente são veículos de transmissão de *fake news*²⁴⁰. O legislador poderia aqui até ter tido a intenção de coibir tais comportamentos, utilizando para tanto o direito de queixa à Entidade Reguladora para a Comunicação que era previsto no nº 05 Art. 6º da *Carta Portuguesa*, no entanto, ainda que a intenção em coibir tais atos seja louvável, isso poderia resultar em uma indevida supressão da liberdade de expressão.

É que, por exemplo, ainda que um perfil em uma rede social tenha uma rede de seguidores fictícios, ou um *site* envie reiteradamente mensagens eletrônicas à lista de contatos dele, caso o conteúdo divulgado seja regular, enquadrá-los como desinformação simplesmente por tal motivo, sem que haja uma fraude comunicacional, poderia chegar ao extremo da retirada de circulação de informações ou opiniões legítimas, o que, em regra²⁴¹, não possui esteio constitucional.

Por fim, quanto ao também revogado nº 6 do Art. 6º da *Carta Portuguesa*, tem-se que a liberdade de expressão é um direito fundamental de primeira geração e, como Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet ensinam, tais direitos, essencialmente, buscam fixar uma esfera de autonomia pessoal, refratária às expansões do poder, traduzem, assim, postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de

²³⁹ FARINHO, Domingos Soares. 2021 (A). *Op. Cit.*

²⁴⁰ Nesse sentido: FARINHO, Domingos Soares. 2021 (A). *Op. Cit.*

²⁴¹ Há situações muito específicas e limitadas em que, a depender do caso em análise, a circulação de uma informação legítima pode ser restringida, como, por exemplo, nas hipóteses do direito ao esquecimento, desde que não haja valor histórico, cultural ou interesse público em tais informações. Tal possibilidade será abordada com detalhes no capítulo 06 desse estudo.

não fazer²⁴². A reminiscência ao cerne dos direitos fundamentais de primeira geração se faz necessária quando da análise do disposto no mencionado dispositivo legal.

É que, como ressaltado no requerimento de fiscalização sucessiva de constitucionalidade apresentado pelo Presidente da República Portuguesa, o dispositivo legal supramencionado, quando ainda vigente, poderia incorrer em inconstitucionalidade posto que, se assentando nos aludidos conceitos indeterminados, previsse a atuação do Estado na criação de estrutura de checagem de fatos de âmbito de atuação incerto²⁴³.

Nesse teor, não é nítida a forma como se daria o estímulo estatal à criação de tais estruturas de checagem de fatos, seus níveis de atuação, competências, e, principalmente, qual a intensidade de sua relação com o Estado. Além disso, não é claro o valor jurídico dos selos de qualidade que seriam atribuídos ou os critérios para sua atribuição, apenas para citar alguns questionamentos que poderiam ser levantados.

É que no fim cabe ao Estado proteger o livre exercício de imprensa, a circulação de informações e a desembaraçada expressão de ideias e pensamentos, e não estimular categorizações, ainda que indiretamente, entre fontes boas e ruins de informações, sem que haja critérios jurídicos bastante específicos para tanto, especialmente para que possam tais critérios também terem sua constitucionalidade aferida.

O risco que se vislumbrava aqui seria o de, indo ao extremo, possibilitar uma manipulação da legislação, utilizando tais estruturas de checagem de fatos, já que não eram nítidos seu níveis de relação com os entes estatais, para, por exemplo, perseguir órgãos de imprensa críticos ao governo, atribuindo selos de má qualidade de informações, selos esses que também não tinham critérios de atribuição clarificados.

²⁴² MENDES, Gilmar e GONET, Paulo Gustavo Branco. *Op. Cit.* NP.

²⁴³ Requerimento de fiscalização sucessiva de constitucionalidade do Art. 6º Lei da n.º 27/2021. *Op. Cit.*

Dessa forma, em que pese um aparente intuito salutar de garantir uma menor propagação de desinformação que venha a contaminar a esfera pública de debates, o fato que, em uma primeira vista, a versão original do art. 6º da *Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital* padecia de uma ausência de densidade jurídica nos termos nela constantes que podia levar a questionamentos quanto à sua pertinência constitucional.

Assim, em um primeiro momento - até a eventual elaboração de uma regulação posterior mais adequada constitucionalmente - andou bem o legislador ao suprimir do ordenamento pontos do art. 6º da *Carta Portuguesa* que poderiam levar a uma restrição indevida da liberdade de expressão, mediante uma interpretação deturpada de seus dispositivos²⁴⁴.

Em conclusão, de fato, como forma de melhor resguardar a liberdade de expressão, a lei deve estabelecer os conceitos relevantes de uma forma concreta. Não delimitando taxativamente todas as possibilidades do que seria desinformação, até por ser impossível, mas buscar uma maior segurança jurídica e previsibilidade de condutas.

Um exemplo do que aqui se afirma, e que, com as devidas adaptações necessárias, poderia servir de inspiração para uma eventual vindoura regulação, é a *Netzwerkdurchsetzungsgesetz* (Lei para a Melhoria da Aplicação da Lei nas Redes Sociais²⁴⁵), lei alemã conhecida como *NetzDG*.

²⁴⁴ Interessante notar que situação parecida aconteceu na Malásia, no sentido de uma legislação extremamente vaga que buscava coibir a proliferação de desinformação ter sido revogada pouco depois de sua promulgação. Naquela ocasião, o país asiático, no art. 2º do *Anti-Fake News Act 2018* definiu *fake news* como: “*news, information, data and reports, which is or are wholly or partly false, whether in the form of features, visuals or áudio recordings or in any other form capable of suggesting words or ideas*”. A vagueza de tal definição foi amplamente criticada por, supostamente, poder dela ser extraída uma interpretação que pudesse vir a ser utilizada para perseguir opositores do governo. Após as eleições naquele país, o novo governo decidiu por revogar a referida legislação. (Fonte: CONJUR. **Malásia é o primeiro país do mundo a revogar lei de combate às fake news**. 19 Ago. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-19/malasia-primeiro-pais-revogar-lei-combate-fake-news>. Acessado em 11 de agosto de 2022.)

²⁴⁵ Tradução Livre

Sem pretender se aprofundar na legislação em comento²⁴⁶, a *NetzDG*, buscando coibir a difusão do discurso de ódio nas redes sociais, elencou alguns dispositivos do código penal alemão²⁴⁷ que, caso fossem identificados pelas próprias plataformas digitais em um discurso nas redes sociais, poderia dar ensejo aos procedimentos de remoção previstos na legislação em tela.

Utilizar o Código Penal como balizador das condutas a serem coibidas tem a vantagem de, primeiramente, espelhar o princípio do direito penal mínimo à uma eventual restrição à liberdade de expressão. Ou seja, assim como o direito penal apenas se ocupa com lesões graves ao ordenamento, sendo a última *ratio*, tal ideia seria transposta à restrição da liberdade de expressão, devendo ser ela também entendida como uma alternativa extrema para a tutela de um outro bem jurídico.

Além disso, os tipos penais são, em regra, mais densificados juridicamente. Tanto por serem vastamente estudados pela doutrina e serem objeto de reiterada jurisprudência, quanto por essa ser aquela uma exigência própria dos princípios que regem o direito penal.

Uma regulação que coíba a desinformação – seja com ações sociais, como o estímulo a programas de educação digital e o fomento a agências de checagens de fatos; seja atuando diretamente sobre o discurso desinformante, com as modulações e ressalvas necessárias a não configurar uma censura - na configuração social atual, principalmente na era da democracia digital, é de extrema relevância.

No entanto, o risco que uma legislação deturpada ou pouco densa juridicamente pode ocasionar na liberdade de expressão não pode ser descartado. Seriam os casos, por exemplo, de atos de censura, que podem ser ocasionados quando, a pretexto de combater a disseminação de *fake news*, governantes busquem coibir discursos que entendem serem indesejáveis.

²⁴⁶ Vide nota 196 para indicação de leitura para aprofundamento quanto à *NetzDG*.

²⁴⁷ Os tipos penais elencados seriam, por exemplo, disseminação de propaganda de organizações inconstitucionais, perturbação da paz pública com incitamento a cometimento de crimes, incitação ao ódio, pornografia infantil, insulto e difamação, entre outros. (CUEVA, Ricardo Villas Bôas. **Alternativas para a Remoção de Fake News das Redes Sociais**. In: *Fake News e Regulação*. Georges Abboud; Nelson Nery Jr. e Ricardo Campos (Orgs.). 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. Pág. 172.).

Exemplo notório dessa última hipótese é a medida adotada na Rússia, que criou emendas ao código penal do país, passando a prever até 15 anos de prisão para quem divulgar “informações conscientemente falsas”. Além disso, “desacreditar” ou “pedir obstrução” do uso das forças armadas no exterior pode render uma pena máxima de 05 anos²⁴⁸.

Tendo em vista que a legislação em comento fora aprovada já no contexto da guerra contra a Ucrânia, aliada à severidade desproporcional das sanções - apesar de não poder se afirmar categoricamente - são grandes os indícios de que, neste caso, um suposto combate à desinformação representa, na verdade, pretexto para forte censura contra aqueles que buscam se posicionar contra a guerra.

Pelo aqui exposto, tendo em vista a falta de densificação que garanta uma segurança jurídica plena quanto à sua aplicação, aliado aos riscos a preceitos constitucionais que tal falta de densidade acarreta, mormente à liberdade de expressão, no fim, pode se extrair que não era assertiva a coadunação da totalidade da versão original do Art. 6º da *Carta Portuguesa* com o texto constitucional de Portugal.

Seguindo a abordagem da desinformação, cabe agora observar a atuação em concreto da Justiça Constitucional nesse campo, de forma a entender como a proteção ao princípio democrático, nessa perspectiva, é realizada na prática. Para tanto, dois casos recentes no Brasil servem bem a esse propósito. O primeiro envolve uma decisão de um ministro do Supremo Tribunal Federal do Brasil que proibiu temporariamente o funcionamento de uma plataforma digital por descumprimento de ordens judiciais que visavam a coibição de mensagens falsas e extremistas; e outra do Tribunal Superior Eleitoral do Brasil que, em decisão até então inédita, cassou o mandato de um parlamentar por difundir desinformação em suas redes sociais.

²⁴⁸ Fonte: NAÇÕES UNIDAS – ONU NEWS. **Especialistas da ONU alarmados com “repressão e censura” na Rússia**. 13 mar. 2022. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2022/03/1782662>. Acessado em 01 de junho de 2022.

4.4 – A Atuação em Concreto da Justiça Constitucional para a Tutela do Princípio Democrático face à Proliferação da Desinformação

4.4.1 - A Decisão Monocrática de Suspensão Temporária de Funcionamento do Aplicativo Mensageiro Telegram no Brasil

Caso recente - e complexo - sobre o nível de restrição à liberdade de expressão que tenha respaldo constitucional se deu em uma decisão²⁴⁹ de caráter liminar do ministro do Supremo Tribunal Federal do Brasil Alexandre de Moraes, que determinou a suspensão do funcionamento do aplicativo de mensagens *Telegram* no Brasil.

Tal suspensão se deu em virtude de reiterado não cumprimento de diversas decisões judiciais, em especial a que determinou a exclusão de contas ligadas ao blogueiro Allan dos Santos, manifesto apoiador do presidente da república brasileiro Jair Bolsonaro e que notoriamente utiliza a vasta abrangência de sua rede para espalhar desinformação de cunho político. Inclusive, tal blogueiro teve anteriormente ordem de prisão expedida pelo próprio Supremo Tribunal Federal por supostamente integrar milícia digital que atua para desestabilizar a democracia e atacar instituições do Estado brasileiro²⁵⁰.

Na decisão que determinou o bloqueio do referido aplicativo, o ministro em questão ressaltou que o *Telegram* já fora punido em 11 países distintos pelo fato de sua política de privacidade não se coadunar com as diretrizes governamentais daqueles locais, além de ser pouco colaborativo com o poder judiciário²⁵¹, ressaltando tal não ser apenas um comportamento adotado exclusivamente no Brasil.

²⁴⁹ STF - Petição 9.935 – DF

²⁵⁰ Importa salientar que no momento da escrita deste estudo o mencionado blogueiro Allan dos Santos é considerado foragido da justiça brasileira, que busca sua extradição junto aos Estados Unidos, onde atualmente se encontra. (Fonte: CONJUR. **Alexandre de Moraes determina a prisão preventiva de Allan dos Santos**. 21 out. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-21/alexandre-moraes-determina-prisao-preventiva-allan-santos>. Acessado em 22 de março de 2022.)

²⁵¹ São mencionadas ainda na decisão em comento reportagens que afirmam que grupos do *Telegram*, por sua arquitetura e modo de atuação, é local de atividades de grupos que praticam ilícitos graves como venda de armas, drogas e prostituição infantil. (STF - Petição 9.935 – DF)

Em síntese, após listar inúmeras decisões judiciais simplesmente ignoradas pelo *Telegram*, inclusive determinações para exclusão de notícias fraudulentas divulgadas pelo próprio presidente da República do Brasil, o ministro do STF Alexandre de Moraes determinou a proibição do funcionamento do *Telegram* no Brasil até que todas as determinações judiciais previamente expedidas fossem cumpridas.

A fundamentação jurídica de tal decisão fora efetivada, primeiramente, com base no princípio da inafastabilidade da jurisdição, contido no art. 5º, XXXV, da Constituição brasileira, bem como com base no Marco Civil da Internet do Brasil (Lei 12.965/14), que prevê hipóteses de suspensão ou proibição de funcionamento de determinadas atividades por provedores ou aplicativos, como previsto em seu Art. 12, III e IV²⁵².

²⁵² Brasil - Lei 12.965 - Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.

§ 1º O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no caput, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo, respeitado o disposto no art. 7º.

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

Art. 11. Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros.

§ 1º O disposto no caput aplica-se aos dados coletados em território nacional e ao conteúdo das comunicações, desde que pelo menos um dos terminais esteja localizado no Brasil.

§ 2º O disposto no caput aplica-se mesmo que as atividades sejam realizadas por pessoa jurídica sediada no exterior, desde que ofereça serviço ao público brasileiro ou pelo menos uma integrante do mesmo grupo econômico possua estabelecimento no Brasil.

§ 3º Os provedores de conexão e de aplicações de internet deverão prestar, na forma da regulamentação, informações que permitam a verificação quanto ao cumprimento da legislação brasileira referente à coleta, à guarda, ao armazenamento ou ao tratamento de dados, bem como quanto ao respeito à privacidade e ao sigilo de comunicações.

§ 4º Decreto regulamentará o procedimento para apuração de infrações ao disposto neste artigo.

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

(...)

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

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

Parágrafo único. Tratando-se de empresa estrangeira, responde solidariamente pelo pagamento da multa de que trata o caput sua filial, sucursal, escritório ou estabelecimento situado no País.

Seguindo os acontecimentos, após a determinação do bloqueio, o *Telegram* quase imediatamente reconheceu suas falhas²⁵³, se comprometendo a cumprir as determinações judiciais efetivadas e a tomar medidas para combater a desinformação, como, por exemplo, o monitoramento humano dos 100 maiores canais daquela rede no Brasil - o que, segundo afirma a aludida plataforma, corresponderia a 95% das mensagens públicas daquele aplicativo naquele país - além disso afirmou que vai assegurar a possibilidade de usuários denunciarem notícias falsas, bem como irá efetivar restrições a quem propagar desinformação, e também que vai garantir que informações verificadas sejam destacadas, entre outras medidas²⁵⁴.

Em consequência, tendo por base tais ações adotadas pelo *Telegram*, e a promessa em uma reestruturação em sua política de atuação, a referida plataforma foi autorizada a voltar a funcionar normalmente no Brasil²⁵⁵.

Contextualizado ainda mais a relevância fática do caso, a própria decisão em tela menciona que o *Telegram* possui cerca de 50 milhões de usuários no Brasil, estando instalado em aproximadamente 53% do *smartphones* operantes no Estado brasileiro²⁵⁶. Tal demonstra de maneira indubitável sua importância como mecanismo de troca de atos comunicativos, e, conseqüentemente, para a concretização da liberdade de expressão como um todo dentro de um contexto de cada vez maior confluência entre sociedade e internet.

²⁵³ Ainda que não fosse objeto da decisão que proibiu seu funcionamento, mas ressaltando um fato que interessa à contextualização geral deste presente estudo, o *Telegram*, inicialmente, fora uma das únicas das grandes plataformas de comunicação digital a se negar a estabelecer uma parceria com o Tribunal Superior Eleitoral do Brasil para o combate à desinformação no âmbito das eleições brasileiras de 2022, que visa a implementação de mecanismos de bloqueio de compartilhamento de *fake news*. A adesão da mídia digital em comento apenas se deu após a reversão da decisão que determinou seu bloqueio no Brasil. (Fonte: O GLOBO. **Telegram assina adesão ao programa do TSE de combate às fake news**. 25 mar. 2022. Disponível em: https://oglobo.globo.com/politica/telegram-assina-adesao-ao-programa-do-tse-de-combate-as-fake-news-449111?utm_source=globo.com&utm_medium=globo. Acessado em 01 de julho de 2022.).

²⁵⁴ Fonte: YAHOO! NOTÍCIAS. **Telegram anuncia 7 medidas para conter a proliferação de fake news no Brasil**. 21 mar. 2022. Disponível em: <https://br.noticias.yahoo.com/telegram-anuncia-7-medidas-para-131412447.html>. Acessado em 22 de março de 2023.

²⁵⁵ Fonte: CNN BRASIL. **Moraes revoga decisão de bloqueio do Telegram após aplicativo cumprir determinações**. 20 mar. 2022. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/moraes-revoga-decisao-de-bloqueio-do-telegram-apos-aplicativo-cumprir-determinacoes/>. Acessado em 23 de março de 2022.

²⁵⁶ Dados constantes na Decisão monocrática referente à Petição 9.935 – DF, de lavra do ministro Alexandre de Moraes do Supremo Tribunal Federal do Brasil.

No entanto, independente dessa sua inserção social, o *Telegram*, por mais que seja um meio relevante em que a liberdade de expressão é exercitada, não pode se colocar como uma entidade acima da legislação de um Estado, sobre quem a lei não se aplica e comandos judiciais são inócuos, ainda mais por ser a coerção estatal especialmente difícil nesse caso, já que se trata, no fim, de uma empresa estrangeira que presta serviço no Brasil, mas que sequer possuía representante legal no país.

A obstaculização do funcionamento de um mecanismo de comunicação tão relevante como o *Telegram* é medida extremada, devendo ser tida como a última *ratio*, mas a decisão que determinou seu bloqueio é acertada no sentido em que foram inúmeras as requisições judiciais simplesmente ignoradas e não se vislumbrava outra medida a ser adotada no contexto delineado²⁵⁷.

Novamente se utilizando das valiosas lições de Robert Alexy, dentro do juízo de proporcionalidade efetuado pelo julgador no presente caso concreto, os subprincípios da adequação e necessidade²⁵⁸ foram observados na determinação de bloqueio do funcionamento da plataforma digital em questão.

Isso porque, como dito, não se vislumbrava qualquer outra medida que submetesse a plataforma digital em questão à legislação vigente, principalmente tendo em vista a inefetividade de outras determinações judiciais prévias e o risco social que o fluxo descontrolado de desinformação acarreta, ainda mais em um contexto de vindouras eleições no Brasil.

E reitera-se, a suspensão em voga também não pode ser apontada como uma indevida violação à liberdade empresarial. Qualquer empresa que se proponha a

²⁵⁷ Para uma visão concordante com a decisão do Supremo Tribunal Federal que bloqueou o *Telegram* no Brasil, ver: BRITO, João Felipe Oliveira. **O STF tinha base fática e legal para determinar a suspensão do Telegram?** In: *Migalhas*. 22 mar. 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/361996/o-stf-tinha-base-legal-para-determinar-a-suspensao-do-telegram>. Acessado em 23 de março de 2022.

Para um posicionamento crítico, ver: JÚNIOR, Leonardo Tajaribe. **A (in)eficácia do bloqueio do Telegram e os limites da liberdade de expressão.** In: *Migalhas*. 21 mar. 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/361978/a-in-eficacia-do-bloqueio-do-telegram-e-a-liberdade-de-expressao>. Acessado em 23 de março de 2022.

²⁵⁸ Sobre a proporcionalidade e seus subprincípios, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, ver tópico 1.2.

exercer uma atividade em dado país deve cumprir as regulamentações locais, seja tributária, trabalhista, empresarial; e, ainda, naturalmente, obedecer às decisões judiciais. Frisa-se, novamente, que a internet não é um mundo à parte onde impera uma anarquia digital. Leis válidas, vigentes e eficazes, assim como determinações judiciais, também se aplicam ao ciberespaço, e, em caso de descumprimento, as sanções cabíveis devem ser impostas.

Realmente é relevante a argumentação de que a decisão em tela extrapola a esfera jurídica daqueles que praticam atos ilícitos e afeta a liberdade de expressão de demais usuários da plataforma, principalmente porque não só as expressões de ideias, informações e pensamentos são protegidas constitucionalmente, mas também o são os meios de suas divulgações²⁵⁹.

Entretanto, apesar do transtorno evidente, ainda que o indivíduo tenha o direito fundamental de escolher seu canal comunicativo, tal direito, como reflexo da liberdade de expressão que é, também não é absoluto.

Isso mormente quando tal canal é um meio em que circulam informações nocivas ao próprio usuário - que eventualmente pode ocasionar até mesmo danos físicos, como, por exemplo, desinformação quanto à COVID-19 - e onde o poder público, ainda que atue seguindo os ditames constitucionais, estaria impossibilitado de exercer controle sobre comunicações ilícitas difundidas naquela plataforma.

Portanto, dentro da ponderação de valores envolvidos colidentes no caso concreto, tendo em vista o dever de proteção contra os riscos que a proliferação de desinformação acarreta e a efetividade da prestação jurisdicional como um todo de um lado; e do outro um episódico e momentâneo ruído em um dos canais de comunicação disponíveis na sociedade, ao que parece, pender, neste caso e episodicamente, para uma pontual limitação a um meio comunicativo, buscando seu enquadramento a preceitos constitucionais, parece ser o mais coerente.

²⁵⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. *Op. Cit.* Pág. 572.

Além disso, no juízo de ponderação supramencionado, o próprio princípio democrático também deve ser considerado, na perspectiva de salvaguardar a esfera pública de debates que a arquitetura do *Telegram* acaba por formatar, evitando que ela seja corrompida por uma profusão descontrolada de desinformação, o que acaba por interferir negativamente na regular dinâmica democrática.

Assevera-se ainda que não fora situação trivial e de menor importância que ensejou o bloqueio da mídia digital em comento, mas no caso específico do *Telegram*, o modo de atuação de simplesmente ignorar decisões judiciais é um padrão visto em diversas jurisdições ao redor do mundo e que vinha sendo reiteradamente repetido no Brasil, não se podendo negar que, de fato, o bloqueio do aplicativo em tela foi a última, ainda que drástica, medida possível de ser tomada para solucionar a questão.

O acerto da decisão é também perceptível por sua eficácia, ao menos em tese, já que não só o *Telegram* se comprometeu a cumprir as decisões judiciais, como apresentou medidas concretas para a mitigação da proliferação de *fake news* a serem implementadas.

Assim, se as propostas apresentadas pelo *Telegram* para sanar a problemática apresentada de fato forem implementadas e se forem eficazes, o resultado seria uma maior qualidade de informações circundantes, o que poderia levar à liberdade de expressão ali exercida mais perto dos fins para os quais aquele direito fundamental fora designado.

A questão da desinformação é complexa e sofisticada, acompanhando a velocidade da transformação dos meios comunicativos imposta pela internet. Isso impõe a concretização de medidas efetivas e amplas com vistas a ao menos sustentar que um fluxo de informações credíveis e apuradas seja vastamente preponderante no âmbito da esfera pública.

4.4.2 - A Decisão do Tribunal Superior Eleitoral do Brasil que determinou a Cassação do Mandato de Parlamentar por Difusão de Desinformação em Rede Social

Para além do mencionado bloqueio do *Telegram*, como forma de demonstrar a eficácia jurídica prática do princípio democrático na contenção da desinformação, vale se aprofundar, principalmente por seu ineditismo, na decisão do Tribunal Superior Eleitoral do Brasil (TSE) que, pela primeira vez, cassou o mandato de um parlamentar devido a divulgação de *fake news*²⁶⁰.

O fato que ensejou o procedimento em comento ocorreu em 07 de outubro de 2018. Nessa data estavam ocorrendo eleições no Brasil para cargos de presidente da república, senadores, governadores e deputados estaduais e federais. O então deputado federal, e concorrente ao cargo de deputado estadual²⁶¹, Fernando Destito Francischini fez uma *live* em sua página no *Facebook* – acompanhada por cerca de 70 mil internautas, tendo ali 105 mil comentários e 400 mil compartilhamentos²⁶² - em que questiona a fiabilidade das urnas eletrônicas utilizadas no Brasil, colocando em dúvida a lisura do sistema eleitoral.

Nessa mencionada *live*, o parlamentar afirma - sem qualquer prova, ou mesmo meros indícios credíveis, ressalta-se - coisas como: (a) “já identificamos duas urnas que eu digo ou são fraudadas ou adulteradas. [...], eu tô com toda a documentação aqui da própria Justiça Eleitoral”; (b) “nós estamos estourando isso aqui em primeira mão pro Brasil inteiro [...], urnas ou são adulteradas ou fraudadas”; (c) “não vamos aceitar que uma empresa da Venezuela, que a tecnologia que a gente não tem acesso, defina a democracia no Brasil”; (d) “só aqui e na Venezuela tem a porcaria da urna eletrônica”; (e) “Eu uso aqui a minha imunidade parlamentar, que ainda vai até janeiro, independente dessa eleição, pra trazer essa denúncia”²⁶³.

²⁶⁰ TSE - Recurso Ordinário Eleitoral Nº 0603975-98.2018.6.16.0000 – Curitiba – Paraná. Ministério Público Eleitoral x Fernando Destito Francischini. ministro Relator: Luis Felipe Salomão. Data do Acórdão: 28 de outubro de 2021. Publicado em 10 de dezembro de 2021.

²⁶¹ Fernando Destito Francischini acabou eleito Deputado Estadual do Paraná neste pleito, recebendo 427.749 votos. (Fonte: GAZETA DO POVO. **Eleições 2018**. 07 out. 2018. Disponível em: <https://especiais.gazetadopovo.com.br/eleicoes/2018/candidatos/pr/deputado-estadual/delegado-francischini-17777/>. Acessado em 16 de abril de 2022.).

²⁶² TSE - Recurso Ordinário Eleitoral Nº 0603975-98.2018.6.16.0000. *Op. Cit.*

²⁶³ TSE - Recurso Ordinário Eleitoral Nº 0603975-98.2018.6.16.0000. *Op. Cit.*

Pois bem, inicialmente cumpre estabelecer que tais posicionamentos não possuem qualquer embasamento. As urnas eletrônicas começaram a ser implantadas no Brasil em 1996, e, em 2002, as eleições já eram totalmente informatizadas, passando por inúmeras auditorias e procedimentos de segurança²⁶⁴, além de que, até hoje, nunca houve qualquer comprovação ou mesmo indicativos minimamente razoáveis de fraudes nas eleições efetuadas por intermédio das urnas eletrônicas²⁶⁵.

Interessante também ressaltar que atualmente, em variados graus, cerca de 27 países utilizam a modalidade eletrônica da urna eleitoral. Além do Brasil, a Índia também utiliza o voto eletrônico na totalidade, além de algumas regiões da França, Rússia e Estados Unidos, apenas para citar alguns exemplos²⁶⁶. Salienta-se ainda que não há relação de qualquer empresa venezuelana com a construção do *software* ou do *hardware* das referidas urnas²⁶⁷.

Nesse contexto, o Tribunal Superior Eleitoral, em sede de Recurso Ordinário Eleitoral, por meio do voto do relator, ministro Luís Felipe Salomão²⁶⁸, ressaltou serem manifestamente falsas as afirmações do deputado em questão, o qual buscava, por intermédio de disseminação de fatos inverídicos, atacar o sistema

²⁶⁴ Para mais sobre os procedimentos de segurança da urna eletrônica, ver: COIMBRA, Rodrigo Carneiro Munhoz. **Por que a urna eletrônica é segura**. In: *Revista Eletrônica da EJE*. Ano IV, Nº 06, Out-Nov. 2014. Disponível em: - <https://www.tse.jus.br/o-tse/escola-judiciaria-eleitoral/publicacoes/revistas-da-eje/artigos/revista-eletronica-eje-n-6-ano-4/por-que-a-urna-eletronica-e-segura>. Acessado em 14 de abril de 2022.

²⁶⁵ Não se afirma aqui que o sistema eleitoral brasileiro baseado nas urnas eletrônicas seja intransponível, imune a qualquer tipo de fraude, até porque nenhum sistema o é. O que é salientado, na verdade, é que se trata de um modelo extremamente confiável tendo em vista a tecnologia e os testes de segurança realizados, salientando-se uma vez mais que até o presente momento não houve qualquer indício credível de manipulações na contagem dos votos depositados nas urnas eletrônicas.

²⁶⁶ Fonte: AGÊNCIA LUPA. **#Verificamos: É falso que Brasil é o único país que utiliza urnas eletrônicas sem voto impresso**. 19 mai. 2021. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/lupa/2021/05/19/verificamos-brasil-urnas-eletronicas-voto-impresso/>. Acessado em 18 de abril de 2022.

²⁶⁷ Fonte: O ESTADO DE S. PAULO. **Smartmatic, que forneceu urnas para a Venezuela, nunca vendeu aparelhos para o Brasil**. 13 nov. 2020. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/estadao-verifica/smartmatic-que-forneceu-urnas-para-a-venezuela-nunca-vendeu-aparelhos-para-o-brasil/>. Acessado em 18 de abril de 2020.

²⁶⁸ O voto do ministro Relator foi acompanhado por outros seis ministros, tendo um voto contrário, do ministro Carlos Horbach. Em seu posicionamento, o ministro divergente ressaltou a gravidade dos fatos, mas salientou não haver provas de que houve influência direta no transcurso das votações, especialmente pelo exíguo tempo existente entre a referida *live* do parlamentar e o término das votações (cerca de 22 minutos). (TSE – *Op. Cit.*).

eletrônico de votação e a própria democracia, inculcando um temor quanto à lisura do pleito que então ocorria²⁶⁹.

Sedimentada a divulgação de desinformação por parte do congressista, um outro ponto a ser estabelecido é que em suas falas o deputado Fernando Destito Francischini busca usar sua imunidade parlamentar²⁷⁰ como um pretense escudo para propagação de desinformação. Ocorre que tal imunidade é um corolário do exercício de seu *múnus público*, como forma de não ser coagido e poder exercer livremente atribuições inerentes a seu cargo. Tal imunidade não pode vir a servir como escusa para cometimento de ilícitos, ou divulgações de deliberadas falsidades com intuito de interferir na democracia.

Acerca dessa questão, em seu voto no presente caso, o ministro relator assentou que a imunidade parlamentar, ainda que importante, não é absoluta²⁷¹, não protegendo manifestações exteriores à casa legislativa da qual o parlamentar faz parte e que não possua liame com seu mandato, mormente quando representa agressões a princípios e fundamentos constitucionais²⁷².

O que se pretende afirmar é que a imunidade parlamentar não possui em sua essência a ideia de proteção a discursos que visam corroer preceitos democráticos, principalmente quando proferidos por parlamentares, já que isso, obviamente, não faz parte das atribuições de um detentor de cargo público; mas sim o contrário, a atribuição primeva de um congressista é justamente utilizar sua função para a consolidação de uma democracia funcional.

Assim, sendo estabelecida as premissas de que a as afirmações do deputado cassado eram falsas e deliberadamente objetivaram interferir no processo democrático, bem como que tais manifestações não se coadunam com a imunidade

²⁶⁹ TSE - Recurso Ordinário Eleitoral Nº 0603975-98.2018.6.16.0000. *Op. Cit.*

²⁷⁰ Constituição da República Federativa do Brasil - Art. 53: Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

²⁷¹ Nessa linha, Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco afirmam que não estão contempladas nas imunidades materiais dos parlamentares palavras proferidas fora do exercício regular do mandato e que pelo conteúdo e contexto sejam alheias à condição de parlamentar. (MENDES, Gilmar. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. Cit.*).

²⁷² TSE - Recurso Ordinário Eleitoral Nº 0603975-98.2018.6.16.0000. *Op. Cit.*

parlamentar material dos congressistas prevista no texto constitucional brasileiro, o Tribunal Superior Eleitoral do Brasil promoveu um relevante avanço no combate à desinformação ao equiparar as redes sociais às mídias tradicionais de comunicação,

É que a Lei Complementar 64/90²⁷³ do Brasil, que versa sobre as hipóteses de inelegibilidade, em seu Art. 22, dispõe que:

Lei Complementar 64/90 – Art. 22: Qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, diretamente ao Corregedor-Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, **ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social**, em benefício de candidato ou de partido político, obedecido o seguinte rito. (**grifo nosso**).

O ministro relator, em seu voto condutor, afirma serem as redes sociais, nos termos da legislação em comento, equiparáveis aos meios de comunicação social. É bem salientado que à época da promulgação do diploma legal, 1990, a internet ainda era deveras incipiente e a interpretação do dispositivo deve ser efetivada levando em consideração os contornos da sociedade atual²⁷⁴.

Inclusive, o próprio Tribunal Superior Eleitoral²⁷⁵, tratando de um procedimento diverso²⁷⁶, mas na mesma sessão de julgamento, por seis votos a um, ao analisar Ação de Investigação Judicial Eleitoral, que versava sobre a cassação da chapa vencedora das eleições presidenciais brasileiras de 2018, por suposto abuso de poder econômico por disparo em massa de mensagens através do *Whatsapp*, que

²⁷³ A Lei Complementar 64/90 regulamenta o § 9º do Art. 14 da Constituição Brasileira, que assim dispõe: Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

²⁷⁴ TSE - Recurso Ordinário Eleitoral Nº 0603975-98.2018.6.16.0000. *Op. Cit.*

²⁷⁵ TSE - Ação de Investigação Judicial Eleitoral 0601968- 80.2018.6.00.0000 – Classe 11527 – Brasília – Distrito Federal. Relator: Min. Luís Felipe Salomão. Julgado em 28 de outubro de 2021.

²⁷⁶ O julgamento em questão, nos termos do voto do relator, reconheceu que existiu a divulgação em massa de mensagens no *Whatsapp* de forma sistêmica e estruturada, com vistas a atacar adversários políticos do então candidato e posterior vencedor da eleição para presidente da república de 2018. No entanto, a Ação de Investigação Judicial Eleitoral foi julgada improcedente por falta de provas quanto à gravidade das mensagens, sua repercussão junto ao eleitorado, o alcance de tais mensagens e o grau de participação dos então candidatos. (TSE - Ação de Investigação Judicial Eleitoral 0601968-80.2018.6.00.0000 – Classe 11527. *Op. Cit.*).

visavam majoritariamente atacar adversários durante o período de campanha eleitoral, sedimentou a seguinte tese jurídica²⁷⁷:

O uso de aplicações digitais de mensagens instantâneas, visando promover disparos em massa, contendo desinformação e inverdades em prejuízo de adversários e em benefício de candidato, pode configurar abuso de poder econômico e/ou uso indevido dos meios de comunicação social para os fins do art. 22, caput e XIV, da LC 64/90.

Pois bem, voltando ao caso referente à cassação do mandato do parlamentar por divulgação de desinformação, o ministro relator ressalta que, em que pese normalmente ser entendido dentro de uma abrangência que envolve rádio e televisão, o termo “*comunicação social*” trazido pelo Art. 22 da Lei Complementar 64/90, é um conceito aberto, o que permite a inclusão da internet, como instrumento de difusão em massa²⁷⁸.

Nesse panorama, o abuso de poder político, de acordo com o voto do ministro relator, se configura quando a normalidade e a legitimidade do pleito são conspurcadas através da utilização por agentes públicos de sua condição funcional para beneficiar candidaturas, representando nítido desvio de finalidade²⁷⁹.

Edson de Resende Castro afirma nesse sentido que o abuso de poder na utilização dos meios de comunicação social interfere diretamente na formação da vontade do eleitor e na sua tomada de decisões quanto ao voto, daí resultando em afronta direta ao princípio democrático, principalmente por atingir bens jurídicos caros, como a normalidade e legitimidade dos pleitos²⁸⁰.

²⁷⁷ O ministro relator Ação de Investigação Judicial Eleitoral que originou a tese em comento, salientou ainda cinco aspectos a serem observados para aferir se determinada conduta é grave o bastante para configurar abuso de poder econômico e uso indevida dos meios de comunicação social o que, nos termos da tese aludida, inclui a internet, que seriam: (a) *teor das mensagens e, nesse contexto, se continham propaganda negativa ou informações efetivamente inverídicas*; (b) *de que forma o conteúdo repercutiu perante o eleitorado*; (c) *alcance do ilícito em termos de mensagens veiculadas*; (d) *grau de participação dos candidatos nos fatos*; (e) *se a campanha foi financiada por empresas com essa finalidade. (Ibidem).*

²⁷⁸ TSE - Recurso Ordinário Eleitoral Nº 0603975-98.2018.6.16.0000. *Op. Cit.*

²⁷⁹ TSE - Recurso Ordinário Eleitoral Nº 0603975-98.2018.6.16.0000. *Op. Cit.*

²⁸⁰ CASTRO, Edson de Resende. **Curso de Direito Eleitoral**. 9ª ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2018. Pág. 360.

Além disso, a legislação, para ser efetiva, deve ser interpretada de acordo com a dinâmica social vigente, buscando não se dissociar a realidade empírica que rege a tecitura da comunidade na qual a regulamentação incide, sob pena de se tornar anacrônica e, conseqüentemente, com o tempo, perder sua eficácia.

Analisando especificamente o caso em tela, Adriano Alves ressalta que o problema das *fake news* está acima de questões meramente penais, sendo na realidade assunto a ser tratado na esfera constitucional, já que fere diretamente direitos fundamentais e coloca em risco a própria república e a existência do Estado de direito²⁸¹.

Em uma análise compartimentada, primeiramente se percebe que a *live* em questão tem seu conteúdo enquadrável em qualquer definição de desinformação, tendo em vista a patente falsidade das afirmações veiculadas, além de não se vislumbrar outra razão para a sua difusão senão causar dano social buscando obter vantagem política para o autor ou terceiros; além de ser notório o risco à lisura e à fiabilidade do pleito ao se tentar incutir em eleitores uma falaciosa ideia de que as eleições seriam fraudadas.

Soma-se a esse fato a condição de parlamentar do autor da aludida *live*, utilizando tal fato para atrair audiência e como argumento de autoridade para embasar as falsidades prolatadas, mormente quando afirma utilizar uma deturpada “imunidade parlamentar” para difundir *fake news*.

Por fim, não há como ignorar a internet como instrumento de comunicação social. Basta simplesmente notar o alcance da transmissão nas redes sociais do parlamentar, bem como a velocidade com que tal material pode ser compartilhado e disseminado entre terceiros. Nesse cenário andou bem o Tribunal Superior Eleitoral ao possibilitar a punição do agente político que utilize os meios comunicativos digitais de maneira abusiva, nos termos legais.

²⁸¹ ALVES, Adriano. **A perda do mandato político pela disseminação de desinformação**. In: *Conjur*. 08 nov. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-08/direito-eleitoral-perda-mandato-politico-disseminacao-desinformacao>. Acessado em 21 de abril de 2022.

Por abusiva aqui, nesse contexto, deve se entender o uso dos meios de comunicação para proferir discursos despropositados que chegam ao extremo de ultrapassar o amplíssimo âmbito de proteção da liberdade de expressão, como é o caso de um parlamentar difundir desinformação com o intuito de questionar, sem provas, a lisura das eleições que então estavam ocorrendo.

A falsidade de determinado discurso por si só não é o bastante para enquadrá-lo como desinformação²⁸² e, por conseguinte, excluí-lo²⁸³ do âmbito²⁸⁴ de proteção da liberdade de expressão. Há a necessidade de se adicionar a intenção de enganar, ludibriar, com interesses ideológicos ou financeiros²⁸⁵.

No caso aqui abordado o princípio democrático, em sua vertente material, pode servir de balizador do potencial danoso do discurso prolatado pelo deputado em questão. Nessa linha, o ministro relator afirmou que o aludido princípio e a liberdade de expressão estão interligados, tendo por objeto não só a proteção de pensamentos e ideias, mas também a realização de juízo de valor e críticas a agentes públicos, buscando garantir a real participação do indivíduo na vida coletiva²⁸⁶.

²⁸² Jorge Miranda e Rui Medeiros afirmam que o objeto da liberdade de expressão não tem de se revestir de características particulares, como a veracidade ou a inteligibilidade. (MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**. Tomo 01. 2ª edição. Coimbra: Coimbra editora, 2017. Pág. 846.

²⁸³ Ressalta-se, nesse sentido, que a própria *Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital* tratava, na redação original de seu art. 6º, que uma narrativa falsa deve ter potencial de causar prejuízos públicos para que seja tida como desinformação nos termos daquele diploma legal.

²⁸⁴ O projeto de lei brasileira que objetiva o combate à desinformação - que no momento da escrita deste trabalho ainda está em trâmite no Congresso Nacional sob o número 2630/2020, o que, naturalmente, significa que pode eventualmente sofrer alterações até sua promulgação – também ressalta a lesividade de determinado conteúdo como requisito para seu enquadramento como desinformação, vejamos:

Brasil - PL 2630/2020 – Art. 4º. Para os efeitos desta Lei, considera-se:

II - Desinformação: conteúdo, em parte ou no todo, inequivocamente falso ou enganoso, passível de verificação, colocado fora de contexto, manipulado ou forjado, com potencial de causar danos individuais ou coletivos, ressalvado o ânimo humorístico ou de paródia.

²⁸⁵ Edson C. Tandoc Jr., Zheng Wei Lim e Richard Ling ressaltam nesse sentido de que a desinformação não tem base factual e normalmente é publicada em formato noticioso, para se buscar uma legitimação e possui a intenção deliberada de enganar, criar confusão, ou seja, desinformar. Essa intenção proposital de enganar é importante para diferenciar as *fake news*, por exemplo, das paródias, sátiras, charges e afins, as quais já haveria um entendimento implícito entre autor e receptor da falsidade, já que elas teriam apenas o intuito de humor ou crítica social. (TANDOC JR, Edson C.; LIM, Zheng Wei e LING, Richard. **Defining Fake News**. In: *Digital Journalism*. Vol. 06, Nº 02, Aug. 2017. Págs. 01-17. <https://www.tandfonline.com/toc/rdij20/current>. Acessado em 19 de julho de 2022.)

²⁸⁶ TSE - Recurso Ordinário Eleitoral Nº 0603975-98.2018.6.16.0000. *Op. Cit.*

Assim sendo, o ministro relator sedimenta que são inconstitucionais condutas e manifestações que tenham a finalidade tanto de controlar ou aniquilar a força do pensamento crítico - indissociáveis da democracia - quanto aquelas que visam enfraquecer o regime democrático e as instituições republicanas, pregando suas depreciações. Assim, a gravidade das falsidades perpetradas pelo deputado aqui em tela seria incontestável, tendo em vista a vontade livre e consciente de colocar em dúvida a integridade do sistema eleitoral, rompendo o equilíbrio do pleito²⁸⁷.

Concatenando todos esses fatos, em uma ponderação entre a condição de parlamentar do réu da ação em questão, efetivamente eleito por meio de sufrágio legítimo, e seus direitos político-constitucionais de concorrer a outro cargo eletivo; contrapondo isso ao risco que sua conduta impôs à própria democracia que o elegeu, utilizando para tanto seu cargo de parlamentar; nesse cenário extremado, parece ter agido bem o Tribunal Superior Eleitoral brasileiro em cassar o mandato em questão, já que a desinformação, em essência, como visto alhures neste estudo, não é albergada pela liberdade de expressão, mormente quando o discurso visa vilipendiar o próprio instituto que permite sua existência, qual seja, a democracia.

Em suma, o objetivo deste capítulo foi tecer um panorama do caminho que levou à percepção da existência de uma denominada era da “pós-verdade”, de que forma instrumentos e a arquitetura da internet contribuiu para esse cenário, em que o cidadão muitas vezes se vê aprisionado em bolhas comunicativas que bloqueiam sua percepção e obstaculiza seu raciocínio político.

No entanto, não é apenas no que se refere às *fake news* que uma salutar relação entre liberdade de expressão e princípio democrático é testada na internet, as demais hipóteses e consequências dessa relação é o que será abordado nos tópicos seguintes, como o caso dos “discursos de ódio”.

²⁸⁷ TSE - Recurso Ordinário Eleitoral Nº 0603975-98.2018.6.16.0000. *Op. Cit.*

5 – O DISCURSO DE ÓDIO MAJORADO PELA INTERNET E A DEPRECIAÇÃO DO DEBATE POLÍTICO

5.1 – Considerações sobre o Paradoxo da Tolerância Proposto por Karl Popper

Inicialmente, cabe ressaltar que o discurso de ódio será tratado neste estudo em um sentido amplo, como manifestações extremistas em geral, desabonadoras, que visam diminuir, melindrar, e atacar a honra objetiva e subjetiva tanto de indivíduos como de grupos específicos, seja por motivos de raça, gênero, nacionalidade, religião, ideologia, ou qualquer motivo que alicerce tais ataques – fundamentado em uma pretensa liberdade de expressão.

A desinformação, como fenômeno de desvirtuação mediante fraude do fluxo comunicacional com fins econômicos e/ou políticos que ocorre na seara da internet, não é o único obstáculo com reflexos jurídicos vislumbrado na relação entre liberdade de expressão e o princípio democrático no seio do ciberespaço.

Podendo obviamente se relacionar e ser baseado em falsidades, como normalmente o é, o discurso de ódio, quando potencializado pelos mecanismos da internet - utilizando tais como ferramentas de divulgação de ideias tidas como extremistas, visando investir contra grupos minoritários, ou simplesmente atacar e destruir reputações de pessoas - invariavelmente reverbera no campo democrático.

O objetivo aqui é se aprofundar quanto ao nível de aceitação de discursos de ódio em uma democracia, se manifestações tidas como inaceitáveis por parcela relevante da sociedade devem ser suprimidas ou não e, caso se opere tal supressão, qual a base jurídica para tanto e até que ponto essa medida seria benéfica para a democracia como um todo.

Antes de adentrar na temática em si, importa tecer considerações acerca do *paradoxo da tolerância* - que bem delinea o dilema que envolve o nível de aceitação do extremismo em uma sociedade - identificado por Karl Popper em sua clássica obra *A Sociedade Aberta e Seus Inimigos*.

O mencionado paradoxo, em linhas gerais, pode ser resumido quanto a se a tolerância²⁸⁸ ilimitada pode levar à destruição da própria tolerância. Em outros termos, se caso em uma sociedade a tolerância seja estendida ilimitadamente àqueles intolerantes, se isso resultaria na destruição dos tolerantes e, conseqüentemente, da própria tolerância²⁸⁹.

Karl Popper se posiciona quanto a tal dilema no sentido de que, enquanto se puder contrapor filosofias intransigentes com argumentos racionais e mantê-las controladas no âmbito da opinião pública, a repressão a tais filosofias seria pouco indicada. No entanto, o cenário muda, podendo ser proclamado o direito de suprimi-las, até mesmo pela força, ao se chegar em um cenário em que não seja mais possível contradizer os intolerantes por meio de argumentos esclarecidos²⁹⁰.

O dilema trazido pelo filósofo austríaco bem ilustra o contexto da delimitação da liberdade de expressão dentro de uma democracia, que deve ser, como mencionado alhures, ampla e inclusiva, posto que estruturante daquele regime político; mas sendo modulada quando sua própria extensão puder vir a corroer estruturas democráticas²⁹¹.

Exemplo desse paradoxo foi a prisão em flagrante do deputado federal brasileiro Daniel Silveira²⁹², cuja ordem fora expedida pelo ministro Alexandre de

²⁸⁸ Andrew G. Fiala define “tolerância” como a resposta pragmática à necessidade prática de coexistir com outros que possuam uma concepção diferente de o que seria “bom”. A tolerância desenvolve o reconhecimento de que na prática a diversidade não pode ser erradicada nem por argumentos filosóficos, nem pela força política. (FIALA, Andrew G. **Toleration and Pragmatism**. In: *The Journal of Speculative Philosophy*. Vol. 16, Nº. 02, 2002. Págs. 103-116).

²⁸⁹ POPPER, Karl R. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Vol. 01, Trad. Milton Amado. São Paulo: Edusp, 1974. NP.

²⁹⁰ *Ibidem*.

²⁹¹ Essa ideia se aproxima daquela da democracia militante, preconizada por Karl Loewenstein, quando, percebendo a ascensão do partido nazista na Alemanha, salientou que partidos extremistas, que não compactuassem com ideias democráticas, sequer deveriam participar do debate político. Ou seja, a democracia, mesmo abrangente, deve limitar o ingresso em sua dinâmica de grupos que propagem ideias que possam representar sua própria ruína. Para mais, ver: LOEWENSTEIN, Karl. **Militant Democracy and Fundamental Rights**. In: *The American Political Science Review*. Vol. 31, Nº 3, 1937. Págs. 417-432.

²⁹² A prisão em tela levanta outras questões de ordem constitucional, como o fato de ter sido determinada com base em inquérito instaurado pelo próprio STF e com a designação de um ministro que passou a efetuar de ofício diligências e expedir mandados de prisão; o que violaria os princípios do juiz natural e do sistema acusatório. No entanto tais pontos, por extrapolarem o objeto deste estudo, não serão aqui abordados. Para aprofundamentos quanto a tal tema, ver: JR. Aury Lopes; MATIDA,

Moraes, do Supremo Tribunal Federal do Brasil, em fevereiro de 2021²⁹³. A prisão fora motivada pela publicação de um vídeo nas redes sociais do deputado, em que ele profere uma série de ameaças àquela suprema corte, até mesmo pela utilização de violência, além de pedir a troca de todos os seus integrantes; bem como defende a reinstauração do Ato Institucional nº 05²⁹⁴ no Brasil.

Na ordem de prisão do deputado federal, o ministro Alexandre de Moraes destacou que:

Não existirá um Estado democrático de direito, sem que haja Poderes de Estado, independentes e harmônicos entre si, bem como previsão de Direitos Fundamentais e instrumentos que possibilitem a fiscalização e a perpetuidade desses requisitos. Todos esses temas são de tal modo interligados, que a derrocada de um, fatalmente, acarretará a supressão dos demais, trazendo como consequência o nefasto manto do arbítrio e da ditadura, como ocorreu com a edição do AI-5, defendido ardorosa, desrespeitosa e vergonhosamente pelo parlamentar. Imprescindível, portanto, medidas enérgicas para impedir a perpetuação da atuação criminosa de parlamentar visando lesar ou expor a perigo de lesão a independência dos Poderes instituídos e ao Estado Democrático de Direito²⁹⁵.

Esse trecho demonstra bem o encaminhamento dado pelo ministro da Suprema Corte brasileira quanto ao paradoxo da tolerância no caso em voga. O quadro que se tem, no fim, é a decisão de um membro do poder judiciário integrante da mais alta Corte do Estado brasileiro, e, posteriormente ratificada pelo poder legislativo nos termos constitucionais²⁹⁶, que de maneira concreta age contra a

Janaina; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; NARDELLI, Marcella Mascarenhas e ROSA, Alexandre Moraes. **A prisão do deputado Daniel Silveira e os paradoxos processuais**. In: *Conjur*. 26 fev. 2021; Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-26/limite-penal-prisao-deputado-daniel-silveira-paradoxos-processuais>. Acessado em 18 de junho de 2022.

²⁹³ Supremo Tribunal Federal do Brasil – Inquérito 4.781 Distrito Federal.

²⁹⁴ O Ato Institucional nº 05 é um decreto expedido em 1968, durante a ditadura militar do Brasil, tido como o mais duro quanto à supressão de direitos individuais e políticos dos cidadãos, dando ao presidente poderes como fechar o congresso nacional, suspensão da utilização do *habeas corpus* em casos de crimes políticos, suspender direitos políticos e cassar mandatos, entre outras medidas que, no fim, servem como instrumentos jurídicos de uma ditadura.

²⁹⁵ Supremo Tribunal Federal do Brasil – Inquérito 4.781 Distrito Federal. *Op. Cit.*

²⁹⁶ Constituição do Brasil - Art. 53 § 2º: Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.

No caso em questão, a Câmara dos Deputados Brasileira por 364 votos a favor, 130 contra e 03 abstenções, decidiu pela manutenção da prisão do referido parlamentar. (Fonte: BBC BRASIL. **Câmara mantém prisão de Daniel Silveira — o que acontece agora?** 19 fev. 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-56133932>. Acessado em 04 de abril de 2022.)

expressão de opiniões intolerantes que, entendeu-se, colocaria em risco as próprias estruturas democráticas.

Posteriormente, em 20 de abril de 2022, o plenário do Supremo Tribunal Federal do Brasil condenou o deputado Daniel da Silveira a 08 anos e 09 meses de reclusão em regime inicial fechado²⁹⁷, além da perda do mandato de parlamentar e suspensão dos direitos políticos²⁹⁸ enquanto durarem os efeitos da condenação²⁹⁹.

O alcance quase imediato a um vasto número de pessoas de ideais antidemocráticos que a internet pode proporcionar³⁰⁰ traz ao paradoxo da tolerância descrito por Karl Popper contornos ainda mais urgentes, já que, conseqüentemente, os riscos que a intolerância representa também se proliferam de maneira mais ampla e veloz com o auxílio dos meios tecnológicos.

Isso é notório na difusão de discursos de ódio, possibilitando aos intolerantes, por exemplo, corroer a democracia através de meios menos incisivos do que uma ruptura abrupta, como, por exemplo, minando instituições democráticas através da desinformação ou mediante discursos extremistas direcionados por meio dos algoritmos das redes sociais; de forma a paulatinamente cristalizar noções

²⁹⁷ Os crimes imputados ao parlamentar para os quais fora condenado foram o de tentativa de Abolição violenta do Estado Democrático de Direito (Art. 359-L do Código Penal Brasileiro) e de Coação no Curso do Processo (Art. 344 do Código Penal Brasileiro).

²⁹⁸ Questão constitucional interessante que surgiu após este julgamento, mas que não será aqui abordada por não ser pertinente ao tema deste estudo, é que o presidente da República, Jair Bolsonaro, concedeu Graça ao deputado condenado – que é um notório aliado seu – nos termos do Art. 734 do Código de Processo Penal Brasileiro. É a primeira vez desde a promulgação da constituição brasileira, em 1988, que o instituto da Graça é utilizado para obstaculizar uma condenação judicial, e o próprio STF analisará a abrangência da Graça concedida, se ela evitaria, por exemplo, apenas o encarceramento do deputado, ou também se restituiria seus direitos políticos; além de eventual desvio de finalidade na Graça concedida. (Fonte: CONJUR. **Bolsonaro concede benefício da graça a Daniel Silveira, condenado pelo STF**. 21 abr. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-21/bolsonaro-concede-beneficio-graca-daniel-silveira-condenado-stf>. Acessado em 10 de junho de 2022.

²⁹⁹ Por 09 votos pela condenação de deputado, 01 voto pela absolvição e um voto à condenação a uma pena mais branda. (STF – Ação Penal 1044 – Rel. Min. Alexandre de Moraes. Julgado em 20 de abril de 2019.)

³⁰⁰ Importa salientar que na decisão que determinou a prisão do deputado Daniel Silveira, o ministro Alexandre de Moraes impôs que a plataforma *Youtube* retirasse do ar o vídeo com declarações tidas como intolerantes e ameaçadoras da ordem democrática, que teve cerca de 55 mil visualizações até o momento de a ordem de prisão ser efetivada, sob pena de multa diária de 100.000 Reais (aproximadamente 17.700 Euros na cotação de 23 de fevereiro de 2022) (Supremo Tribunal Federal do Brasil – Inquérito 4.781 Distrito Federal. *Op. Cit.*).

antidemocráticas em parcela da população em contingente que pode vir a ser significativo ao longo do tempo.

Combater a intolerância com a utilização de argumentos ponderados, articulados e bem raciocinados, hábeis instruir e levar o intolerante à reflexão é de fato o caminho mais adequado, mormente por estimular o debate de ideias e evitar o maior custo constitucional que a supressão da liberdade de expressão invariavelmente cobra, nomeadamente pois nem sempre a linha do que é certo ou errado, democrático ou não, é nítida e de fácil percepção. O debate livre de ideias, ainda mais com as facilidades comunicativas que os meios digitais proporcionam, é o remédio mais adequado contra a difusão de conteúdos odiosos.

No entanto, há casos em que o extremismo representa risco concreto e iminente às bases da sociedade - exatamente como no caso em apreço, em que um deputado federal usa suas redes sociais de amplo alcance para atacar o poder judiciário e defender a implementação de instrumentos jurídicos usados para formatar o *modus operandi* da ditadura no Brasil - o que exige a adoção de medidas pelo poder público com um grau de eficácia imediata.

Essa evidência no trespasse da liberdade de expressão, quando aliado a nítido risco de severo dano social - ainda mais quando ocorre através da internet, cujo tráfego de informações é quase imediato, e a possibilidade de posteriormente mitigar por completo o dano é altamente complexa, em virtude da dificuldade de eliminação do discurso intolerante que já se disseminou no ciberespaço - de fato autoriza que poderes constituídos, obviamente de maneira ponderada, casuística e dentro das determinações dos preceitos constitucionais, atue de maneira incisiva contra os intolerantes, com vistas a reduzir o risco de dano efetivo à sociedade no curto ou a longo prazo.

Ou seja, os limites da tolerância se confundem com os mesmos limites da tutela constitucional à liberdade de expressão, que, como visto, são amplíssimos, mas não ilimitados.

5.2 - Para Fins de Análise Comparada: O Entendimento Jurisprudencial Estadunidense Quanto à Matéria

Tecido esse panorama acerca do paradoxo da tolerância e suas implicações no ciberespaço, a questão do nível de aceitação a alguns discursos encontra ressonâncias distintas em certas jurisdições. Exemplo disso são os Estados Unidos da América, que, em regra, tratam a liberdade de expressão como um direito fundamental quase absoluto, divergindo da grande maioria das demais democracias ocidentais, as quais, não raro, exercem juízos de ponderação mais incisivos entre a liberdade de expressão e demais direitos fundamentais.

Assim, com vistas a traçar um contraponto e ampliar a abordagem do tratamento da livre manifestação de ideias e pensamentos, antes de adentrar na questão do discurso de ódio e seus riscos em si, é importante sedimentar, ainda que de maneira mais concisa, como se dá o entendimento da jurisprudência estadunidense quanto à matéria.

Nos Estados Unidos, em regra, predomina um entendimento, por conta do disposto na primeira emenda de sua Constituição³⁰¹, de que a liberdade de expressão possui uma amplitude que comporta pouquíssimas exceções³⁰².

Especificamente quanto ao discurso de ódio, a razão doutrinária de sua aceitação no contexto daquele país pode ser vislumbrada, em parte, no posicionamento do professor estadunidense Ronald Dworkin. Ele aduz que é tentador que mesmo que se aceite a liberdade de expressão como direito universal, tal não possa ser absoluto e que aqueles que emitem opiniões tidas contrárias ao senso moral comum tenham perdido a preocupação com o que o referido direito se baseia³⁰³.

³⁰¹ Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América: *Congress shall make no law respecting a establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances.*

³⁰² Daniel Sarmiento salienta que estão fora do alcance irrestrito da liberdade de expressão na perspectiva estadunidense, por exemplo, a pornografia. A propaganda comercial também gozaria de uma proteção reduzida. (SARMENTO, Daniel. **A Liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech”** In: *Revista de Direito do Estado – REDE*. Nº 04, Out-Dez. 2006. Págs. 53-105.).

³⁰³ DWORKIN, Ronald. 2009. *Op. Cit.*

Segundo Dworkin³⁰⁴, isso destruiria a própria base da liberdade de expressão, permanecendo apenas protegido de forma inútil os gostos, ideias, ou convicções as quais aqueles que estão no poder aprovam, ou, pelo menos, não temam. Ressalta, assim, que até se poderia silenciar aqueles que desprezamos, mas tal teria o custo de perda de legitimidade política. Além disso, a liberdade de expressão seria direito indivisível, e quando tentamos desmembrá-la, é provável que se descubra que no fim o controle do que possa ou não ser dito recaia em falsos moralistas com suas próprias marcas de ódio³⁰⁵.

Ronald Dworkin ressalta ainda que apenas é legítimo³⁰⁶ que governantes imponham uma decisão oficial coletiva, usando os poderes coercitivos do Estado, e que recaia também sobre indivíduos que tenham suas ideias tidas como dissidentes, se tal decisão tiver sido concebida respeitando cada sujeito como um membro igual da sociedade³⁰⁷.

Para o mestre estadunidense, as pessoas que acreditam na democracia partem da ideia de que é justo usar o poder de polícia para aplicar uma lei caso ela tenha sido adotada com base em procedimentos políticos democráticos que expressam a vontade da maioria, mas a maioria não tem direito de impor sua vontade a alguém que esteja proibido de levantar sua voz em protesto, ou como meio de convencimento antes da tomada de decisão. Seria no fundo, uma questão de dignidade humana³⁰⁸.

³⁰⁴ Importante salientar que Ronald Dworkin expressamente pregava a proteção das minorias por meio da lei, tanto para coibir a violência quanto a discriminação. A defesa que é feita é apenas quanto ao direito de expressar ideias de ódio. *Ibidem*.

³⁰⁵ *Ibidem*.

³⁰⁶ Jeremy Waldron possui uma visão divergente daquela expressada por Ronald Dworkin, sendo aí travado um clássico embate de altíssimo nível dogmático acerca da aceitação do discurso de ódio em uma democracia. Entre outras argumentações para defesa de seu ponto de vista, Jeremy Waldron afirma que uma sociedade não pode ser bem ordenada se pessoas defenderem coisas como racismo e ódio religioso, sendo necessário que intolerantes e racistas desistam de sua missão e aceitem princípios básicos de justiça. Por isso, sociedades menos ordenadas necessitam de proteção contra a intolerância e discurso de ódio, sendo que a educação é uma proteção, e leis contra manifestações odiosas, também. (WALDRON, Jeremy. **The Harm in Hate Speech**. Cambridge: Harvard University Press, 2012. Pág. 78).

³⁰⁷ DWORKIN, Ronald. 2009. *Op. Cit.*

³⁰⁸ DWORKIN, Ronald. 2009. *Op. Cit.*

Caso emblemático³⁰⁹, que espelha bem o posicionamento da Suprema Corte dos Estados Unidos quanto ao tema, foi o denominado *Brandenburg v. Ohio* (395 U.S. 444 (1969)). Trata-se de uma decisão que reformou a condenação por apologia ao crime de um líder da *Ku Klux Klan*, que havia organizado um encontro daquele movimento, tendo sido transmitido nacionalmente trechos de imagens do grupo queimando cruzes e proferindo ofensas a negros e judeus (do tipo “*bury the niggers*” ou “*send the jews back to Israel*”). O líder em questão afirmou ainda que, se o Congresso, o presidente ou a Suprema Corte daquele país, tentassem interferir na alegada “superioridade da raça branca”, atos de vingança poderiam ser efetivados.

Na análise do caso, a Suprema Corte estadunidense, que não adentrou no mérito do racismo³¹⁰, assentou que a condenação deveria ser revertida posto que o valor constitucional da liberdade de expressão não permite que o Estado proíba a defesa do uso da força ou da violação da lei, com exceção de quando tal defesa incite ou promova ação ilegal e que seja adequada ao incitamento dela³¹¹. Assim, aquela Corte, traçou uma distinção em que a defesa de ideais racistas é protegida pela liberdade de expressão, ao passo que o incentivo à prática de atos violentos³¹², não³¹³.

Daniel Sarmento sintetiza bem esse posicionamento estadunidense, salientando que ao longo do tempo o entendimento jurisprudencial formado é no sentido de que restrições ao extremismo que limitam discursos políticos baseados nas opiniões de quem as manifesta são inconstitucionais. Dessa forma, nem mesmo hediondas ideias racistas ou nazistas, por mais radicais que sejam, podem ser

³⁰⁹ Outros casos de relevo que abordam o discurso de ódio na jurisprudência da Suprema Corte estadunidense, ver: *R.A.V. vs. City of St. Paul* 505 U.S. 377 (1992); *Skokie vs. Nationalist Socialist Party of America*, 373 N.E.2d 21 (1978);

³¹⁰ SARMENTO, Daniel. 2006. *Op. Cit.*

³¹¹ Suprema Corte Estadunidense - *Brandenburg v. Ohio* (395 U.S. 444 (1969)).

³¹² Nisso se baseia a doutrina denominada “*Fighting Words*”, desenvolvida pela Suprema Corte estadunidense no caso *Chaplinsky vs. New Hampshire* (315 U.S. 568 (1942)), que aduz que: “*fighting words are words meant to incite violence such that they may not be protected free speech under the First Amendment. The U.S. Supreme Court first defined them in Chaplinsky v New Hampshire (1942) as words which "by their very utterance, inflict injury or tend to incite an immediate breach of the peace. It has been well observed that such utterances are no essential part of any exposition of ideas, and are of such slight social value as a step to truth that any benefit that may be derived from them is clearly outweighed by the social interest in order and morality.*” (LEGAL INFORMATION INSTITUTE. **Fighting Words**. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/wex/fighting_words. Acessado em 26 de março de 2022.

³¹³ SARMENTO, Daniel. 2006. *Op. Cit.*

proibidas, devendo o Estado adotar uma absoluta neutralidade, sendo que tais ideias devem receber a mesma proteção do que aquelas favoráveis aos direitos humanos. O autor afirma ainda que a exceção seria quando tais manifestações de ódio possam desencadear uma reação violenta, sendo que a ideia aqui não seria proteger as vítimas do discurso de ódio, mas sim garantir³¹⁴ a ordem social.³¹⁵

Como veremos no próximo item, em que pese a relevância do suporte doutrinário e jurisprudencial que sustentam essa abordagem adotada nos Estados Unidos, que lá se fundamenta muito por razões históricas e culturais da própria formação daquele país³¹⁶, o fato é que o discurso de ódio extremado, em especial quando utiliza dos mecanismos de anonimato, velocidade de transmissão e abrangência de receptores que a internet proporciona corrói e deturpa as estruturas democráticas, principalmente por atentar contra a dignidade e igualdade de indivíduos que fazem parte da sociedade.

5.3 - Os Riscos à Democracia Advindos de uma Violação da Dignidade Humana Pela Difusão do Discurso de Ódio na Internet

A adoção de um liberalismo amplo e quase irrestrito quanto ao que é protegido pela liberdade de expressão é mais localizado, de fato, nos Estados Unidos³¹⁷, estando a maioria das democracias ocidentais em um caminho de maior

³¹⁴ A limitação da liberdade de expressão nos Estados Unidos como forma de garantir a ordem pública pode ser vislumbrada no clássico posicionamento do juiz Oliver Wendell Holmes Jr., no caso *Schenck v. United States* (249 U.S. 47, 52), em que afirmou que: “*The most stringent protection of free speech would not protect a man in falsely shouting fire in a theatre and causing a panic.*”

³¹⁵ SARMENTO, Daniel. 2006. *Op. Cit.*

³¹⁶ Daniel Sarmiento afirma que uma das possibilidades dessa defesa incondicional do discurso de ódio no direito estadunidense pode ser em razão de uma maior valorização da liberdade frente a igualdade no constitucionalismo daquele país, o que é bem expressado na fragilidade da segurança social, bem como na rejeição da ideia de direitos sociais e econômicos. Outro fator pode ser que a liberdade teria um valor muito formal, que a empobrece ao equipará-la à mera ausência da coação estatal sobre os indivíduos, que acaba por negligenciar a força silenciadora que o discurso extremista tem sobre suas vítimas. Além disso, nos Estados Unidos impera, segundo o autor, uma ideia de que direitos fundamentais e princípios constitucionais se aplicam apenas somente sobre o Estado, não criando obrigações aos particulares. Assim, o racismo e intolerância vindos do Estado violam a Constituição, mas não teria a mesma realidade quando praticado por privados. (SARMENTO, Daniel. 2006. *Op. Cit.*)

³¹⁷ Alon Harel cita como exemplos atos normativos de controle de discurso de ódio existente em alguns países: “*United Kingdom, the Racial and Religious Hatred Act 2006 (UK); in Canada, the Criminal Code 1985 (Can), s 319; in Germany, the Criminal Code 1998, s 130; in Australia, Racial Discrimination Act 1975 (Cth), s 18C; in Israel, the Israeli Criminal Code 1977*” (HAREL, Alon. **Hate Speech**. In: *The Oxford Handbook of Freedom of Speech*. Adrienne Stone e Frederick Schauer (Orgs.). Oxford: Oxford University Press, 2021. Pág. 546.

controle de discursos extremistas³¹⁸. Essa abordagem do entendimento estadunidense quanto a matéria vem, então, como um contraponto, que permite aprofundar e traçar parâmetros para a questão de um maior controle do discurso de ódio.

É que para além dos notórios danos perniciosos causados à subjetividade do indivíduo vítima de manifestações odiosas, ao ver sua própria existência afrontada por palavras completamente dissociadas de uma mínima base filosófica, biológica, sociológica ou mesmo cognitiva - o que, por si só, já seria suficiente para a sua supressão na esfera pública - também não se pode negligenciar os efeitos deletérios que o discurso de ódio impõe à democracia como um todo. Para além de ser lesivo à dignidade humana da vítima, a expressão de pensamentos extremistas também compromete a própria tecitura social.

De acordo com Alon Harel, normalmente são apontadas três razões para o risco à democracia em virtude da proliferação do discurso de ódio. A primeira é que o discurso de ódio afeta a autonomia das vítimas, suprimindo ainda mais a participação social de indivíduos já marginalizados, privando-os do poder de escolha e reduzindo suas oportunidades³¹⁹.

Segundo, que palavras extremistas minam a dignidade das vítimas, impactando negativamente nos sentimentos de autoestima. A dignidade dos indivíduos depende ainda da percepção de pertencer a um meio no qual seu ponto de vista é valorado, e o que o discurso de ódio busca é exatamente o oposto, minorar a condição humana do sujeito, tentando cercear o reconhecimento dos seus alvos como agentes de pleno direito³²⁰.

³¹⁸ No Brasil a Constituição traz como um dos objetivos a serem alcançados, conforme disposto no inciso IV do Art. 3º: "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação." Além disso, O Art. 5º, XLIII, afirma ser a prática do racismo crime inafiançável e imprescritível. Recentemente o Supremo Tribunal Federal do Brasil equiparou a injúria racial ao racismo no sentido de também ser imprescritível nos termos do texto constitucional (HC 154.248). Existe ainda no Brasil a Lei 7.716/ 89 que define os crimes resultantes de preconceito por raça e cor. Em Portugal o Art. 240 do Código Penal estabelece a vedação à discriminação e incitamento ao ódio e violência. A Constituição Portuguesa também veda organizações racistas ou que perfilhem a ideologia fascista (Art. 46, nº 04).

³¹⁹ HAREL, Alon. *Op. Cit.* Pág. 460 e ss.

³²⁰ HAREL, Alon. *Op. Cit.* Pág. 460 e ss.

E por fim, o discurso deteriora a noção de igualdade sobre a qual se ergue a democracia, já que não é apenas ofensivo ao sujeito, mas intenta também suprimir seus status na sociedade ao enraizar estereótipos que acabam por resultar em desigualdade e subordinação³²¹.

Como algures ressaltado, a liberdade de expressão é um dos preceitos que alicerçam a democracia. Ainda, como também é basilar em qualquer conceituação de democracia, tal se baseia primordialmente na igualdade jurídica dos indivíduos que a compõe e na busca de que todos possam gozar de um grau de dignidade mínimo capaz de fazê-los se enxergar como parte integrante da sociedade.

Concatenando tais premissas, por lógica, quando certos discursos reprimem a condição de igualdade de sujeitos na órbita política da sociedade, tal não pode ser açambarcado pela liberdade de expressão já que esta, como salientado, busca exatamente o oposto, que é, em uma democracia, criar condições de efetivar uma ampla e diversa esfera pública de debates, que reflita o real espírito de uma comunidade, e não apenas de determinados grupos que dela fazem parte.

Isso pode ser compreendido melhor com um exercício de reflexão sobre o caso *Brandenburg v. Ohio* (395 U.S. 444 (1969)) alhures abordado. Apesar de não haver dados concretos, estando aqui no campo da conjecturação, mas não é demasiada a indagação quanto a se negros ou judeus vítimas daquele lamentável episódio acabaram se sentindo coagidos, intimidados, ou simplesmente desestimulados a participar do debate político, ao se verem confrontados por ensandecidos encapuzados queimando cruzes e proclamando nefastas palavras odiosas contra sua condição existencial, e não terem um respaldo adequado do Estado. Sob essa perspectiva, o dano a uma democracia pulsante e inclusiva é notório.

Portanto, o princípio democrático, em seu teor material, assim como nas hipóteses de desinformação alhures salientada, pode servir como um dos itens balizadores que, dentro das circunstâncias de dado caso concreto, pode fundamentar

³²¹ HAREL, Alon. *Op. Cit.* Pág. 460 e ss.

a restrição a manifestações nitidamente extremistas, na busca de uma máxima igualdade dos indivíduos na participação política, afastando restrições a tal participação com base em infundadas segregações étnicas, sexuais ou religiosas, por exemplo.

Nessa linha, Daniel Sarmiento afirma que se por um lado a democracia exige a liberdade de expressão, por outro ela pressupõe a igualdade, igualdade essa que fundamenta o princípio majoritário, atribuindo a cada cidadão um voto, e o discurso de ódio visa a negativa dessa igualdade, deslegitimando e buscando propagar a inferioridade de grupos ou pessoas³²².

O autor afirma que o risco maior nem seria a tomada do poder por grupos extremistas em uma democracia madura e consolidada, já que as chances disso acontecer seriam pequenas, mas sim pelo fato de o discurso de ódio tender a produzir em suas vítimas ou o revide violento, ou o silêncio humilhado³²³.

A primeira hipótese acarretaria riscos para a paz e a ordem social, retirando o protagonismo do debate de pontos de interesse comuns. No segundo caso, vítimas de discursos extremistas oprimidas e humilhadas, sentindo-se abandonadas pelo Estado, retraem-se e abandonam o debate público, prejudicando sobremaneira a pluralidade e a abertura da participação democrática. Assim, com acerto, Daniel Sarmiento conclui que é plausível constatar que a liberação da propagação de ideias extremistas produz menos discurso de interesse social do que a sua restrição³²⁴.

Esse foi o entendimento consagrado pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no caso *Gündüz v. Turkey*, citando também a decisão no caso *Jersild v. Denmark*, que sedimentou que o discurso de ódio não pode ser protegido no âmbito do Art. 10 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, justamente por a igual dignidade dos indivíduos constituírem fundamentos de uma sociedade democrática, vejamos:

³²² SARMENTO, Daniel. 2006. *Op. Cit.*

³²³ *Ibidem.*

³²⁴ *Ibidem.*

“Court would emphasise, in particular, that tolerance and respect for the equal dignity of all human beings constitute the foundations of a democratic, pluralistic society. That being so, as a matter of principle it may be considered necessary in certain democratic societies to sanction or even prevent all forms of expression which spread, incite, promote or justify hatred based on intolerance (including religious intolerance), provided that any “formalities”, “conditions”, “restrictions” or “penalties” imposed are proportionate to the legitimate aim pursued. (...).

*41. Furthermore, as the Court noted in Jersild v. Denmark (judgment of 23 September 1994, Series A no. 298, p. 25, § 35), there can be no doubt that concrete expressions constituting hate speech, which may be insulting to particular individuals or groups, are not protected by Article 10 of the Convention.”*³²⁵

Nota-se uma nítida diferenciação entre a linha sedimentada na jurisprudência estadunidense e aquela proposta pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. De fato, chegando-se a um cenário em que uma escolha incisiva deva ser feita entre uma supressão episódica da liberdade de expressão, para que seja possível a restrição de circulação discursos extremistas, ou aceitar a proliferação de mensagens de ódio livremente e tolerar os seus efeitos infaustos sobre a dignidade humana das vítimas, até também por força do princípio democrático, a primeira possibilidade deve imperar.

Esse também é o posicionamento de Nuraan Davids, quando afirma que o que torna o discurso de ódio intolerável é que ele ataca a moral de outros, não a política, implicando em uma desigualdade ética que outros tipos de discurso não sugerem, e, por isso, não pode ser legítimo, já que trata as vítimas como espúrios de uma dignidade humana plena³²⁶.

Assim, a autonomia política é necessária para a autodeterminação democrática, mas, para tanto, deve ser acompanhada por um reconhecimento dos direitos básicos dos indivíduos. Por isso, a autora conclui que o único bem a que serve o discurso de ódio é para aqueles que o propaga, que buscam reafirmar seu domínio mediante nociva subjugação e depreciação de outros, e, portanto, tal extremismo contraria um quadro democrático de respeito à dignidade humana³²⁷.

³²⁵ Tribunal Europeu dos Direitos do Homem - *Gündüz v. Turkey*, No. 35071/97, § 40,41.

³²⁶ DAVIDS, Nuraan. **On the (in)tolerance of hate speech: does it have legitimacy in a democracy?** *In: Ethics and Education*. Vol. 13, Nº 03, mai. 2018. Págs. 296-308. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/325346361_On_the_intolerance_of_hate_speech_does_it_have_legitimacy_in_a_democracy. Acessado em 06 de abril de 2022.

³²⁷ DAVIDS, Nuraan. *Op. Cit.*

Portanto, o que se tem é que a liberdade de expressão, por mais ampla que seja, não é um direito absoluto, principalmente quando sua deturpação coloca em risco uma igualdade democrática. A prova disso é justamente quando seu uso possa servir para a deturpação de valores de democracia, como ocorre quando ela é utilizada para minar a igualdade entre indivíduos. Nesse cenário, a liberdade de expressão pode sim ser, a depender dos contornos do caso concreto em análise³²⁸ e como uma medida de exceção, episodicamente, suprimida.

Importa ainda ressaltar, quanto ao discurso de ódio, também as particularidades que a internet pode trazer quanto a este tópico específico. É que, naturalmente, sendo um reflexo da desvirtuação da liberdade de expressão, e sendo ela potencializada sob diversos aspectos no ciberespaço, consequentemente as manifestações de ódio também encontram ali um terreno fértil para proliferação.

Nesse cenário, em especial em um ambiente ainda pouco regulamentado como a internet, a contenção do extremismo digital ganha especial relevância. Isso será analisado no próximo tópico, primordialmente sob a perspectiva do caso *Glawischnig-Piesczek v Facebook Ireland*, julgado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.

5.4 - A Contenção do Extremismo na Internet: O caso *Ewa Glawischnig-Piesczek v. Facebook Ireland*, Julgado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.

Como já tivemos a oportunidade de salientar³²⁹, o ciberespaço possui, por suas ferramentas - principalmente com base na *web 2.0* - a capacidade de potencializar a expressão de ideias, opiniões e pensamentos, desde as edificantes e

³²⁸ Exemplo interessante dessa necessidade de análise específica do caso concreto quanto a remoção de um discurso de ódio é a decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha no caso *Facebook v. Der Dritte Weg*. Trata-se de uma situação em que o *Facebook* removeu as contas de um partido político alemão tido de extrema-direita por divulgação de discurso de ódio. O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha concedeu liminar determinando a reativação de tais contas por entender que, por se tratar de uma conta de um partido político em cenário de vindouras eleições ao parlamento europeu, o bloqueio efetuado poderia interferir no transcurso natural do processo eleitoral; sendo que o desbloqueio perduraria ao menos até o término das eleições em questão. Nota-se que aqui com clareza como o princípio democrático serviu como métrica na ponderação efetivada pelo julgador, ao manter as contas ativas do partido político, mesmo após prolatação de discurso de ódio, com vistas a garantir uma equidade no pleito vindouro. (Tribunal Constitucional Federal da Alemanha - *Facebook v. Der Dritte Weg*. 1 BvQ 42/19. Julgado em 22 mai. 2019.).

³²⁹ Vide Tópico 3.2

salutares para o debate político; até, infelizmente, situações desabonadoras e reprováveis como a desinformação e o discurso de ódio.

Por isso Ioannis Iglezakis³³⁰ afirma que a internet representa a nova fronteira a disseminação do ódio, justamente por permitir a extremistas o acesso potencial a uma imensa audiência, além de facilitar as possibilidades de anonimato ou uso de pseudônimos para a difusão de conteúdos de ódio. Ademais, tais conteúdos poderiam permanecer ao longo do tempo na rede, sendo compartilhado em diferentes plataformas, dificultando, ou até mesmo impossibilitando, sua exclusão, o que é ainda mais prejudicial para a moral da vítima³³¹.

Nesse sentido, Alexandra A. Siegel menciona que o discurso extremista é um dos muitos fatores para mobilização de conflitos, já que ele tem um papel relevante na intensificação do ódio de massa, o que é especialmente verdadeiro na esfera online, onde o anonimato das comunicações pode estimular pessoas a proferirem opiniões odiosas que normalmente não fariam, imbuídos em um senso de que as regras normais de conduta não se aplicariam no ciberespaço. Além disso, as redes sociais, mais especificamente, permitem que indivíduos se engajem mais facilmente com grupos extremistas com os quais, eventualmente, talvez não tivesse oportunidade de se relacionar em uma perspectiva *offline*³³².

Para além de tais dificultadores que a arquitetura da internet traz para uma limitação da problemática aqui tratada, o relatório da UNESCO para o combate ao discurso de ódio online, na mesma linha, também salienta que a utilização da internet para a divulgação de conteúdos odiosos traz consigo algumas questões legais específicas, especialmente quanto ao caráter interjurisdicional, já que o compartilhamento de mensagens extremistas não se prende a fronteiras físicas no

³³⁰IGLEZAKIS, Ioannis. **The Legal Regulation of Hate Speech on the Internet and its Conflict with Freedom of Expression**. In: *SSRN Electronic Journal*. Dez. 2016. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2890337. Acessado em 29 de março de 2022.

³³¹ O Autor cita como exemplo a criação de *sites* como o *New Saxon*, uma rede social voltada para pessoas brancas solteiras, criado por neo-nazistas. Menciona ainda que páginas de grupos como *Aryan Guard*, *FARC*, e outros grupos extremistas podem ser encontradas no *Facebook* ou *Twitter*, por exemplo, sem maiores dificuldades (IGLEZAKIS, Ioannis. *Op. Cit.*).

³³² SIEGEL, Alexandra A. **Online Hate Speech**. In: *Social Media and Democracy: The State of the Field, Prospects for Reform*. Nathaniel Persily e Joshua Tucker (Orgs.). Cambridge: Cambridge University Press, 2020. Pág. 56-88.

ciberespaço, e a cooperação dos Estados para solucionar de maneira concatenada tais questões ocorre muito lentamente³³³.

Essas preocupações da UNESCO, quanto ao tratamento efetivo que pode ser dada à questão do discurso extremista *online*, são bem abordadas no caso *Ewa Glawischnig-Piesczek v Facebook Ireland*³³⁴, apreciado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.

Em apertada síntese, Ewa Glawischnig-Piesczek era ao momento dos fatos uma parlamentar austríaca, presidente de um grupo de parlamentares denominado “Os Verdes”, quando em abril de 2016 um usuário do *Facebook* compartilhou em sua página pessoal artigo de uma revista com o título “Os Verdes: a favor da manutenção de um rendimento mínimo para os refugiados” e que continha uma foto da referida parlamentar. Em razão do referido artigo, o usuário em comento publicou um comentário chamando Ewa Glawischnig-Piesczek de “*uma idiota corrupta*”, “*traidora nojenta*” e “*membro de um partido fascista*”³³⁵, sendo tal comentário possível de ser acessado por todos os utilizadores do *Facebook*³³⁶.

Após solicitar e ter negado pelo *Facebook* o pedido de retirada do material tido como ofensivo, a parlamentar ajuizou demanda, que, após os trâmites processuais, por se correlacionar com interpretação do Direito da União Europeia, fez com que o Supremo Tribunal Austríaco suspendesse a instância e submetesse ao Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) as seguintes questões prejudiciais³³⁷: (a) Se o artigo 15.º, nº 1, Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho se opõe em termos gerais à imposição de obrigação a fornecedor de serviço de hospedagem de conteúdos na internet a retirar não apenas material tido como

³³³ UNESCO. **Countering Online Hate Speech**. Iginio Gagliardone, Danit Gal, Thiago Alves, Gabriela Martinez. 2015. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000233231>. Acessado em 31 de março de 2022.

³³⁴ Tribunal de Justiça da União Europeia - *C-18/18 Glawischnig-Piesczek v Facebook*.

³³⁵ CHELIOUDAKIS, Eleftherios. **The Glawischnig-Piesczek v Facebook case: Knock, knock. Who's there? Automated filters online**. In: *Ku Lueven*. 2019. Disponível em: <https://www.law.kulueven.be/citip/blog/the-glawischnig-piesczek-v-facebook-case-knock-knock-whos-there-automated-filters-online/>. Acessado em 31 de março de 2022. Tradução livre.

³³⁶ Tribunal de Justiça da União Europeia - *C-18/18 Glawischnig-Piesczek v Facebook*, § 12.

³³⁷ Tribunal de Justiça da União Europeia - *C-18/18 Glawischnig-Piesczek v Facebook*, § 20.

ilegal³³⁸, mas também se deveria ser eliminado material de conteúdo idêntico a nível: mundial; no âmbito do Estado-membro; do utilizador a nível mundial ou do utilizador no respectivo Estado-membro. (b) Se em caso de resposta negativa à primeira questão, se se aplicaria também a materiais de conteúdo semelhante. (c) Ou se se aplicaria a materiais semelhantes a partir do momento em que a plataforma tenha tido conhecimento da divulgação de tais materiais.

Pois bem, em outros termos, a indagação versa quanto à abrangência da eventual remoção do discurso ofensivo em comento. Busca-se uma assertividade quanto à efetividade da decisão judicial levando em consideração características específicas da internet, como ausência de limitação de fronteiras físicas, possibilidade de uma disseminação veloz do conteúdo e também assegurar que, eventualmente, caso as ofensas sejam retiradas e após novamente publicadas, mas com alterações em seu teor, a decisão judicial em questão também seja efetiva na sua remoção.

Após análise, o Tribunal de Justiça da União Europeia assentou que, tendo em vista o fato de uma rede social facilitar a transmissão rápida de informações entre os diferentes utilizadores da plataforma, haveria um risco real de uma informação tida como ilegal ser posteriormente reproduzida e partilhada por outro utilizador dessa rede. Assim, aquela Corte declarou que:

É legítimo que o órgão jurisdicional competente possa exigir a esse fornecedor de armazenamento que bloqueie o acesso às informações armazenadas cujo conteúdo seja idêntico ao declarado ilegal anteriormente ou que retire essas informações, seja qual for o autor do pedido de armazenamento das mesmas. Ora, tendo em conta, em especial, essa identidade de conteúdo das informações em causa, não se pode considerar que a medida inibitória emitida para esse efeito impõe ao fornecedor de armazenamento uma obrigação de vigilância, de maneira geral, sobre as informações que este armazena ou uma obrigação geral de procurar ativamente factos ou circunstâncias que indiciem ilicitudes, na acepção do artigo 15.º, n.º 1, da Diretiva 2000/31³³⁹.

³³⁸ Nos termos do Art. 14, nº 01, a, da Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho que assim dispõe: Artigo 14 Armazenagem em servidor

1. Em caso de prestação de um serviço da sociedade da informação que consista no armazenamento de informações prestadas por um destinatário do serviço, os Estados-Membros velarão por que a responsabilidade do prestador do serviço não possa ser invocada no que respeita à informação armazenada a pedido de um destinatário do serviço, desde que:

a) O prestador não tenha conhecimento efetivo da atividade ou informação ilegal e, no que se refere a uma ação de indemnização por perdas e danos, não tenha conhecimento de factos ou de circunstâncias que evidenciam a atividade ou informação ilegal.

³³⁹ Tribunal de Justiça da União Europeia - *C-18/18 Glawischnig-Piesczek v Facebook*, § 12.

Para além da exclusão de conteúdo ilegal idêntico, de forma a assegurar que a essência do ilícito não persevere - como com a divulgação de intrinsecamente o mesmo conteúdo, mas com adulterações nas palavras, de forma a burlar a restrição ao compartilhamento imposta - almejando garantir a efetividade da decisão, a Corte em questão também consignou que a medida inibitória deve poder abranger informações cujo conteúdo veiculado possua substancialmente a mesma mensagem, sendo formulado apenas com pequenas diferenças devido aos termos empregados ou à sua combinação, em relação ao conteúdo original tido como ilegal³⁴⁰.

No entanto, para assegurar que a obrigação imposta às plataformas de excluir não apenas o conteúdo ilícito idêntico ao do objeto da demanda, mas também aqueles a ele similar não se torne uma tarefa excessiva e desproporcional, o TJUE assentou que os elementos que possam estabelecer um parâmetro de similaridade entre aquele discurso de ódio declarado ilícito e um eventual novo comentário publicado devem ser devidamente identificados - como nome da parte, circunstâncias em que a infração fora detectada, a semelhança com o conteúdo previamente declarado ilegal - já que as diferenças na formulação de tais materiais semelhantes, mas não idênticos, não podem obrigar às plataformas a efetivarem uma apreciação autônoma no material publicado³⁴¹.

Ademais, em virtude do caráter transfronteiriço da internet, no sentido de que é possível que determinado discurso de ódio seja divulgado e acessado em qualquer lugar do mundo, o Tribunal de Justiça da União Europeia determinou que a supressão do material ilícito possa ser determinada a nível global, no âmbito das regras de direito internacional vigentes³⁴².

O caso em comento traz questões relevantes acerca do nível de vigilância que as plataformas digitais devem adotar quanto aos conteúdos ali publicados e à

³⁴⁰ Tribunal de Justiça da União Europeia - *C-18/18 Glawischnig-Piesczek v Facebook*, § 41.

³⁴¹ Tribunal de Justiça da União Europeia - *C-18/18 Glawischnig-Piesczek v. Facebook*, § 45.

³⁴² Tribunal de Justiça da União Europeia - *C-18/18 Glawischnig-Piesczek v. Facebook*, § 53.

abrangência dessa fiscalização, que, como visto, pode vir a atingir um nível até mesmo global³⁴³.

Já na perspectiva deste presente estudo, como salientado, o discurso de ódio é corrosivo aos preceitos democráticos, sendo tal amplificado quando propagado pela internet por suas ferramentas. A decisão em comento abre um precedente jurídico que possibilita a imposição às plataformas digitais de um dever de remoção desse material danoso, e, indo mais além, buscando que essa remoção seja de fato efetiva por não se limitar à jurisdição da Corte (nos limites da legislação internacional), nem se restringindo à literalidade do conteúdo, mas sim à sua essência.

No entanto, fato é que impor o dever de remoção de materiais ilícitos apenas com a determinação judicial é anacrônico à velocidade da difusão de informações ocorridas no ciberespaço³⁴⁴. Isso porque o judiciário, em regra, não possui aparato humano e tecnológico para atuar como moderador de todo conteúdo odioso circundante na internet, e, mesmo nas hipóteses em que seja instado a se manifestar, o tempo despendido até a tomada e efetivação de decisões, pode fazer com que o dano ocasionado pelo discurso de ódio já seja, àquele momento, praticamente irreversível³⁴⁵.

Assim, uma legislação específica que regule a contenção do discurso de ódio e que seja pertinente com as particularidades da internet, é algo que deve ser

³⁴³ Para uma análise desse caso focado nas questões regulatórias das redes sociais, ver: FARINHO, Domingos Soares. 2019, *Op. Cit.*

³⁴⁴ Inclusive essa é uma das fundamentações da ação que pede a declaração de inconstitucionalidade (RE nº 1.037.396) do Art. 19 do Marco Civil da Internet do Brasil, que afirma que: "*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.*". Os que afirmam ser inconstitucional tal dispositivo apontam, entre outros fatores, um ônus excessivo imposto à vítima de ter que recorrer ao judiciário para fazer cessar danos, o que poderia representar uma violação à garantia de privacidade, direito à honra e deveres de proteção ao consumidor previstos no texto constitucional. Para mais, ver: FRAZÃO, Ana e MEDEIROS, Ana Rafaela. **Responsabilidade civil dos provedores de internet: a liberdade de expressão e o art. 19 do Marco Civil.** In: *Migalhas*. 23 fev. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/340656/responsabilidade-civil-dos-provedores-de-internet>. Acessado em 07 de abril de 2022.

³⁴⁵ MARANHÃO, Juliano e CAMPOS, Ricardo. **Fake News e Autorregulação Regulada das Redes Sociais no Brasil: Fundamentos Constitucionais.** In: *Fake News e Regulação*. Georges Abboud; Nelson Nery Jr. e Ricardo Campos (Orgs.). 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. Pág. 219.

considerado. Exemplo notório é a - já mencionada neste estudo³⁴⁶ - lei alemã conhecida como *NetzDG*, que possui como característica marcante uma busca de eficiência ao atribuir às redes sociais o dever de excluir conteúdo de ódio com base em parâmetros do próprio código penal alemão, mas sem afastar a possibilidade de eventual revisão judicial posterior.

Em conclusão, é improvável que o discurso de ódio possa prosperar sob a égide da liberdade de expressão posto que há um duplo conflito principiológico a ser superado, tanto no que se refere à dignidade humana das vítimas, quanto ao próprio princípio democrático, já que, como demonstrado, o extremismo é vastamente prejudicial aos valores açambarcados por tal princípio ao ir contra a igualdade entre os indivíduos, elemento central da democracia.

6 - OS EFEITOS DA APLICAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO SOBRE O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

6.1 – Considerações iniciais e Delimitação do Objeto de Estudo

Uma das características intrínsecas ao ciberespaço mais juridicamente relevantes é sua quase infindável capacidade de armazenamento de dados e a relativa facilidade de busca e velocidade de acesso a informações específicas nessa vastidão de metadados que compõem a internet³⁴⁷, principalmente considerando a cada vez mais sofisticada inteligência artificial composta pelos algoritmos dos motores de busca.

Isso permite que, para além de uma ferramenta de comunicação, a internet possa representar uma verdadeira memória coletiva da sociedade ao deixar ali registrado dados e fatos por um período, a princípio, irrestrito³⁴⁸. Justamente por ser

³⁴⁶ Vide Tópico 4.2.

³⁴⁷ Já tivemos a oportunidade de mencionar com mais detalhes tal característica da internet e sua relevância jurídica no tópico 3.2.

³⁴⁸ O que se afirma é que, em regra, os dados que ingressam na internet ali permaneceram até serem propositadamente excluídos de todos os servidores que os armazenam, ou sejam todos esses servidores extintos. Enquanto tal não ocorrer - e desde que não sejam protegidos por, por exemplo, senhas de acesso - tais dados permanecem acessíveis por qualquer um em qualquer lugar,

reflexo da liberdade de expressão e importante elemento da hodierna configuração do acesso à informação, a projeção de conteúdos ao longo do tempo dentro da internet, conseqüentemente, acaba atraindo interesse constitucional.

Além disso, outro aspecto também de base constitucional ganha relevo nesse contexto. É que essa memória virtual aqui desenhada - em que pese sua insofismável relevância como fonte histórica de uma concretização da livre expressão de ideias, informações e opiniões dentro de uma democracia – também pode trazer à tona fatos que, inobstante possam eventualmente no passado até terem tido interesse público, atualmente podem estar dissociados da esfera jurídica, social ou mesmo íntima de indivíduos a que se referem.

Ou seja, a clássica colisão entre os direitos fundamentais da liberdade de expressão e informação, e aqueles da personalidade - como privacidade, imagem, honra subjetiva e objetiva, entre outros correlatos - se vislumbra em um contexto específico. Isso porque a rememoração de certas situações, trazendo de volta às luzes um passado já superado - ou que se busca a superação - pode vir a representar, em determinados casos, um peso aos direitos da personalidade alhures mencionados do indivíduo a que se referem as informações reavivadas; o que acaba por impor uma equilibrada ponderação jurídica entre os preceitos em presença.

Antoinette Rouvroy ressalta, assim, a tensão existente entre a necessária suspensão do “eu” entre o presente e o futuro e a resiliência da informação nos meios tecnológicos, que permitem a qualquer momento reativar vestígios de ações e eventos passados, possibilitando uma espécie de abolição de noções temporais, “transformando” o passado e presente em um “eterno” presente. Seria uma atualidade imediatamente acessível, já que nada mais no mundo digital seria adiado, posto que seu imediatismo é característica marcante da memória dos meios tecnológicos³⁴⁹.

indefinidamente. Ou seja, quanto maior o compartilhamento, mais arraigado na memória virtual um conteúdo é.

³⁴⁹ ROUVROY, Antoinette. **Réinventer l'art d'oublier et de se faire oublier dans la société de l'information?** In: *Réflexions prospectives et internationales*. Paris: Stéphanie Lacour. L'Harmattan, 2008. Págs. 249-278. Disponível em: <http://www.crid.be/pdf/public/5964.pdf>. Acessado em: 25 de abril de 2022.

De fato, a vida, ao menos na forma em que a enxergamos, é um fluxo constante de fatos e acontecimentos, e o passado sempre terá uma história para contar. No entanto, a autodeterminação de um indivíduo, a busca de quem se quer ser mediante uma nova vivência do presente e construção de um almejado futuro pode não ser plenamente possível com as amarras de um passado que já não possui mais relevância consentânea e que possa ser tão facilmente encontrável no âmbito da internet. Por certo, não é possível um sujeito, dentro de sua psiquê, se despir plenamente de tudo o que viveu, mas é natural que almeje meios que ao menos mitiguem um reiterado reencontro daquilo que ele busca superar.

Assim, Ingo Wolfgang Sarlet ressalta que, embora na internet se opere, em regra, os mesmos valores e direitos fundamentais, suas peculiaridades acarretam desafios de difícil equacionamento, que ensejam a criação de novos mecanismos para a proteção da dignidade humana e dos direitos da personalidade³⁵⁰ por um lado (como o direito ao esquecimento em si); e por outro os princípios do Estado de direito, da democracia e das liberdades comunicativas³⁵¹.

Para o mencionado autor, a justificação constitucional do direito ao esquecimento advém da dignidade da pessoa humana, do livre desenvolvimento da personalidade e dos direitos especiais da personalidade, como o direito à vida, honra, imagem, além da autodeterminação informativa³⁵².

Mais especificamente quanto à autodeterminação informativa, J.J. Gomes Canotilho realça que ela surge tendo em vista os riscos impostos pela digitalização dos direitos fundamentais, e consiste na faculdade de o particular determinar e

³⁵⁰ Para uma abordagem se seria o direito ao esquecimento um novo direito fundamental autônomo, ou uma ampliação do escopo do direito à privacidade, ver: SUSI, Mart. **The Right to Be Forgotten**. In: *The Cambridge Handbook of New Human Rights*. Andreas von Arnould, Kerstin von der Decken e Mart Susi (Orgs.). Cambridge: Cambridge University Press, 2020. Pág. 285-308.

³⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Proteção da Personalidade no Ambiente Digital: Uma Análise à Luz do Caso do Assim Chamado Direito ao Esquecimento no Brasil**. In: *Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]*. Vol. 19, Nº 02. Mai-Ago., 2018. Págs. 491-530. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/17557>. Acessado em 30 de novembro de 2021.

³⁵² *Ibidem*.

controlar a utilização de seus dados pessoais, o que pode se consubstanciar na criação de meios jurisdicionais de defesa³⁵³.

Já quanto ao direito ao esquecimento como desdobramento da autodeterminação afirmativa, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas Ataíde aduz que isso, na prática, quer dizer que um cidadão pode requerer a eliminação, retirada ou bloqueio da divulgação de dados que lhe diz respeito, ainda que lícitos, de meios de comunicação e que não tenham mais interesse público, histórico, judicial, ou que não sejam vedados por lei³⁵⁴.

Com base nesses ensinamentos, em um ambiente gerido precipuamente por particulares como é a internet, sendo as relações ali estabelecidas basicamente tratadas entre privados e, principalmente, levando-se em conta os possíveis desníveis de poderio econômico e social entre os diversos atores envolvidos - mormente na relação entre as plataformas e seus usuários - deve se operar uma noção da horizontalidade dos direitos fundamentais, o que impõe um dever de proteção do Estado³⁵⁵ a tais direitos, mesmo em relações estritamente privadas.

Assim, calcado nesse esteio constitucional, emerge o atualmente denominado “direito ao esquecimento³⁵⁶”. Bert-Jaap Koops ressalta que, apesar de na doutrina haver variados detalhes conceituais quanto a tal direito, parece existir um denominador em comum, que consiste no interesse, possivelmente protegido por meios jurídicos, de alguém não ser confrontado por outros indivíduos com elementos de seu passado, mais especificamente, com dados particulares de um período remoto

³⁵³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. Cit.* Pág. 515.

³⁵⁴ ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho De Mascarenhas. **Direito ao Esquecimento**. In: *Cyberlaw by CIJIC - Revista Científica Sobre Cyberlaw do Centro De Investigação Jurídica Do Ciberespaço*. Nº 07, maio de 2019.)

³⁵⁵ Sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e deveres de proteção do Estado, ver: NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares: Do Dever de Protecção à Proibição do Défice**. Coimbra: Grupo Almedina, 2019.

³⁵⁶ Quanto a importância do ato de esquecer, Friedrich Nietzsche afirma que ele serviria como um fechamento temporário de portas e janela da consciência, permitindo um pouco de sossego e uma tábula rasa da consciência, havendo lugar para algo novo. O esquecimento seria como um zelador da ordem psíquica, sem o qual não poderia haver felicidade, esperança e orgulho. (NIETZSCHE, Friedrich. **Genealogia da Moral: Uma Polêmica**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. Pág. 47).

que não são mais relevantes atualmente para as decisões quanto a tal pessoa ou sobre as visões acerca dela³⁵⁷.

Segundo alguns autores³⁵⁸, o embrião do direito ao esquecimento surgiu em 1890, quando Samuel Dennis Warren e Louis Dembitz Brandeis escreveram o paradigmático artigo “*The Right to Privacy*”, e nele versava um “*right to be let alone*”, tendo em conta a atuação de jornais sensacionalistas já existentes à época. Importante ressaltar que tal direito, já em sua concepção inicial, não seria ilimitado, devendo serem observadas algumas condições, como, por exemplo, uma matéria jornalística não poderia ser obstaculizada caso fosse de interesse público³⁵⁹.

Já na esfera jurisprudencial, ainda que também não mencionem expressamente um direito ao esquecimento, mas trazendo pontos de contato, podem ser citados por seu pioneirismo na temática, entre outros, o *Caso Landru*, julgado em 1965 pelo *TGI – Tribunal de Grand Instance Seine*, na França, e o *Caso Lebach*, apreciado pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha em 1973³⁶⁰.

No entanto, apesar de a sua essência ter origem antes do advento da internet, é com a popularização de tal meio comunicativo que o direito ao esquecimento passou a ter uma maior atenção jurídica, em especial após a emblemática decisão do caso *Google vs. Agência Espanhola de Proteção de Dados e Mário Costeja Gonzalez*, julgado pelo Tribunal de Justiça da União europeia (TJUE) em 2014, a qual trataremos mais adiante.

³⁵⁷ KOOPS Bert-Jaap. **Forgetting Footprints, Shunning Shadows. A Critical Analysis of the “Right To Be Forgotten” in Big Data Practice.** In: *Tilburg Law School Legal Studies Research Paper Series*. Nº 08, 2012. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1986719>. Acessado em 19 de abril de 2022.

³⁵⁸ Por todos: ASPIS, Mauro Eduardo Vichnevetsky. **O Direito ao Esquecimento.** In: *Migalhas*. 23 set. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/333760/o-direito-ao-esquecimento>. Acessado em 28 de abril de 2022.

³⁵⁹ WARREN, Samuel D. e BRANDEIS, Louis D. **The Right to Privacy.** In: *Harvard Law Review*, Vol. 04, Nº. 05, 1890. Págs. 193-220. Disponível em: <https://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>. Acessado em 26 de abril de 2022.

³⁶⁰ Para detalhes sobre os mencionados casos, ver: NETO, Eugênio Facchini e DEMOLINER, Karine Silva. **Direito ao Esquecimento e a Proteção da Pessoa.** In: *Repositório PUC RS*. 2020. Disponível em: <https://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/18507>. Acessado em 28 de abril de 2022.

Já no campo legislativo, também, em certa medida, levando em conta a mencionada decisão do TJUE, algumas legislações, principalmente na Europa, passaram a tratar da matéria de forma expressa, em especial podem ser citados o art. 17 do Regime Geral de Proteção de Danos, que elenca as hipóteses em que um direito ao esquecimento pode ser estabelecido, e o próprio art. 13 da *Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital*.

Tecida essa breve contextualização inicial, o foco passará a ser tratar o Direito ao Esquecimento dentro da perspectiva do tema central do presente estudo. É que como é cediço, e já tivemos a oportunidade de aqui ressaltar algumas vezes, a liberdade de expressão é elemento nuclear e indissociável da democracia.

Assim, quando se vislumbram hipóteses que, direta ou indiretamente, possam limitar o livre exercício daquele direito fundamental, a pertinência de tal limitação deve ser necessariamente analisada levando também em consideração os ditames do próprio princípio democrático.

Esse, inclusive, foi um dos pontos levados em consideração pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil para, por maioria de votos, afirmar ser incompatível com a ordem constitucional brasileira a ideia de um direito ao esquecimento, como veremos em detalhes em momento oportuno.

6.2 – A Relação Entre o Princípio Democrático e o Direito ao Esquecimento Pela Perspectiva da Avaliação Judicial de Casos Concretos

6.2.1 - O Caso “*Google Spain, Google Inc. vs. Agência Espanhola de Proteção de Dados e Mario Costeja Gonzalez*”, Julgado Pelo Tribunal de Justiça Da União Europeia: Considerações Gerais sobre um Julgado Paradigmático

A decisão do caso *Google Spain, Google Inc. vs. Agência Espanhola de Proteção de Dados e Mario Costeja Gonzalez*, proferida em 2014 pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), é emblemática por seu pioneirismo quanto ao direito ao esquecimento. Já tendo sido amplamente estudada e revisitada, e tendo em vista o foco dessa pesquisa, nos cabe aqui traçar os contornos gerais da decisão,

possibilitando um melhor embasamento na perspectiva de comparação com as decisões prolatadas no Brasil e Alemanha, dentro das concepções do princípio democrático, o que de fato é o objeto de maior interesse desse estudo.

Mário Costeja Gonzalez, um cidadão espanhol, ajuizou uma reclamação na Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD) contra um jornal de grande circulação, o *La Vanguardia*, e contra o *Google Spain* e *Google Inc.* A motivação de tal reclamação consiste no fato de que quando se inseria o nome “*Mário Costeja Gonzalez*” no motor de buscas do *Google* apareciam ligações a duas páginas do jornal *La Vanguardia*, datadas de 1998, em que aparecia um anúncio de venda de imóveis em hasta pública, decorrente de um arresto que objetivava a recuperação de dívidas com a Segurança Social, no nome do indivíduo em questão³⁶¹.

O requerimento consistia em que fosse determinado ao mencionado jornal que suprimisse ou alterasse as referidas páginas de forma que os dados do autor do requerimento não fossem mais acessíveis através de motores de busca na internet. Por outro lado, o autor requereu também se impusesse uma obrigação ao *Google Spain* ou ao *Google Inc.* para que suprimissem ou ocultassem seus dados pessoais, de forma que não aparecessem mais nos resultados da busca ligações que pudessem encaminhar o usuário às notícias constantes no mencionado jornal³⁶².

O autor da reclamação, aqui entrando mais especificamente na seara do direito ao esquecimento, alegou que as notícias veiculadas não tinham mais pertinência, uma vez que a situação que ensejou o arresto já havia sido solucionada há anos³⁶³.

Na esfera administrativa, a AEPD indeferiu a decisão quanto ao jornal, tendo em vista as informações ali publicadas estarem legalmente embasadas. Já no que se refere ao *Google*, o entendimento foi o de que os motores de busca se sujeitam

³⁶¹ Tribunal de Justiça da União Europeia - *Google Spain, Google Inc. vs. Agência Espanhola de Proteção de Dados e Mário Costeja Gonzalez*, Processo C-131/12. Julgado em 13 de maio 2014. § 14.

³⁶² Tribunal de Justiça da União Europeia - *Google Spain, Google Inc. vs. Agência Espanhola de Proteção de Dados e Mário Costeja Gonzalez*. *Op. Cit.* § 15.

³⁶³ *Ibidem*.

à legislação de proteção de dados, já que realizam tratamento de dados e atuam como intermediários da sociedade de informação, assim, a AEPD afirmou que pode determinar a retirada e/ou impossibilidade de acesso a certos conteúdos quando houver o entendimento de que possam lesar um direito fundamental à proteção de dados e à dignidade humana em sentido geral, o que abrangeria o desejo de um indivíduo de não ter informações pessoais acessadas por terceiros³⁶⁴.

A AEPD entendeu que a obrigação de retirar ou impossibilitar o acesso a conteúdos específicos de um indivíduo pode recair diretamente sobre os motores de busca, sem que seja necessária a supressão de tal material no *site* de origem³⁶⁵.

Após recursos apresentados pelo *Google* na Audiência Nacional, órgão judiciário espanhol, em que argumentou que na realidade não faria tratamento de dados em relação a terceiros, e mesmo que o fizesse, não poderia ser responsabilizado por não saber o teor nem ter controle sobre eles, o caso chegou para apreciação do TJEU, por se ter entendido que o caso envolveria interpretação da Diretiva 95/46/CE.

Por conseguinte, em sua decisão, primeiramente, quanto ao nível de manipulação e gestão de dados realizados pelo *Google*, o TJUE sedimentou que a referida empresa faz tratamento de dados pessoais ao apresentar o resultado de buscas como no caso objeto da demanda. Vejamos o posicionamento da referida Corte:

No que respeita à atividade em causa no processo principal, não se discute que entre os dados encontrados, indexados e armazenados pelos motores de busca e postos à disposição dos seus utilizadores figuram também informações sobre pessoas singulares

³⁶⁴ Tribunal de Justiça da União Europeia - *Google Spain, Google Inc. vs. Agência Espanhola de Proteção de Dados e Mário Costeja Gonzalez*. *Op. Cit.* § 17.

³⁶⁵ Tribunal de Justiça da União Europeia - *Google Spain, Google Inc. vs. Agência Espanhola de Proteção de Dados e Mário Costeja Gonzalez*. *Op. Cit.* § 17.

identificadas ou identificáveis e, portanto, «dados pessoais» na acepção do artigo 2º, alínea a)³⁶⁶, da referida diretiva³⁶⁷.

Assim, o TJUE concluiu que, ao explorar a internet de forma automatizada, buscando informações a serem publicadas, o motor de busca recolhe dados, organizando-os em seus programas de indexação e os disponibilizando a seus utilizadores, o que configuraria tratamento de dados nos termos do então³⁶⁸ vigente³⁶⁹ Art. 2º, b, da Diretiva 95/46/CE³⁷⁰.

Com base nisso, o TJUE assentou que o tratamento de dados como efetuado pelos motores de busca pode permitir a qualquer usuário de seus serviços uma visão estruturada da vida digital de uma pessoa, adentrando em aspectos de sua esfera privada, sendo que sem o auxílio de tais motores seria muito difícil ter a mesma abrangência de informações pessoais, e tal cenário poderia violar direitos fundamentais do indivíduo, mormente àqueles atinentes à privacidade e proteção de dados³⁷¹.

³⁶⁶ Diretiva 95/46/CE - Art. 2º: Para efeitos de presente diretivo, entende-se por:

a) «Dados pessoais», qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificado ou identificável («pessoa em causa»); é considerado identificável todo aquele que possa ser identificado, direta ou indiretamente, nomeadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, económica, cultural ou social;

b) «Tratamento de dados pessoais» («tratamento»), qualquer operação ou conjunto de operações efetuadas sobre dados pessoais, com ou sem meios automatizados, tais como a recolha, registo, organização, conservação, adaptação ou alteração, recuperação, consulta, utilização, comunicação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de colocação à disposição, com comparação ou interconexão, bem como o bloqueio, apagamento ou destruição;

³⁶⁷ Tribunal de Justiça da União Europeia – *Op. Cit.* § 27.

³⁶⁸ A Diretiva 95/46/CE foi revogada com efeitos a partir de 25 de maio de 2018 pelo Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho (RGPD).

³⁶⁹ O Regime Geral de Proteção de Dados, atualmente em vigor na União Europeia, em seu Art. 4º, nº. 02, define tratamento de dados como: “Tratamento”, uma operação ou um conjunto de operações efetuadas sobre dados pessoais ou sobre conjuntos de dados pessoais, por meios automatizados ou não automatizados, tais como a recolha, o registo, a organização, a estruturação, a conservação, a adaptação ou alteração, a recuperação, a consulta, a utilização, a divulgação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de disponibilização, a comparação ou interconexão, a limitação, o apagamento ou a destruição.

³⁷⁰ Tribunal de Justiça da União Europeia - *Google Spain, Google Inc. vs. Agência Espanhola de Proteção de Dados e Mário Costeja Gonzalez. Op. Cit.* § 28.

³⁷¹ Convenção Europeia dos Direitos do Homem - Art. 7º: Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações.
Art. 8º: 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.

2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.

Assim, a Corte salientou que a ingerência na vida pessoal de pessoas, com a vasta publicização de informações suas na internet após pesquisa nos motores de busca, não pode ser sustentada apenas com base no interesse econômico de tais motores, ainda que legítimos. Para além disso, a supressão de ligações da lista de resultados de uma pesquisa em um motor de buscas pode ter repercussão no direito à informação de um terceiro usuário de seus serviços. Isso impõe a realização de um necessário equilíbrio entre esse direito à informação, e aqueles de privacidade e proteção de dados de um indivíduo. Sobre essa ponderação que aqui se desenha, o TJUE afirmou que:

Embora seja verdade que, regra geral, os direitos da pessoa em causa protegidos por esses artigos prevalecem também sobre o referido interesse dos internautas, este equilíbrio pode, todavia, depender, em determinados casos particulares, da natureza da informação em questão e da sua sensibilidade para a vida privada da pessoa em causa, bem como do interesse do público em dispor dessa informação, que pode variar, designadamente, em função do papel desempenhado por essa pessoa na vida pública³⁷².

No caso concreto, o TJUE afirma que, em virtude do caráter sensível das informações veiculadas referentes ao cidadão espanhol em questão, além de terem se passado 16 anos (à época do julgamento) da publicação dos fatos; apreciando a questão, a Corte em tela entendeu que não haveria interesse público que justificasse a manutenção da ligação do nome do indivíduo em questão aos fatos ocorridos preteritamente em um resultado de pesquisa nos motores de busca, ainda que tais conteúdos sejam lícitos e mesmo que tais informações não sejam previamente apagadas nos *sítes* a que os resultados das buscas remetem³⁷³.

Assim, decidiu-se que, para proteger seus direitos fundamentais, em especial os de privacidade e proteção de dados pessoais, um indivíduo pode requerer que determinada informação pessoal deixe de estar disponível nas listas de resultados de pesquisas em motores de buscas na internet para o acesso do grande público. No entanto, deve ser considerado no juízo de ponderação eventuais circunstâncias especiais como, por exemplo, o papel desempenhado pelo indivíduo na vida pública,

³⁷² Tribunal de Justiça da União Europeia - *Google Spain, Google Inc. vs. Agência Espanhola de Proteção de Dados e Mário Costeja Gonzalez*. *Op. Cit.* § 97.

³⁷³ Tribunal de Justiça da União Europeia - *Google Spain, Google Inc. vs. Agência Espanhola de Proteção de Dados e Mário Costeja Gonzalez*. *Op. Cit.* § 81.

o que pode justificar um interesse da sociedade no acesso a tais informações que se busca ocultar³⁷⁴.

Em arremate, Valério de Oliveira Mazzuoli afirma que a decisão do TJUE em comento veio a consagrar o “direito ao esquecimento” como um direito fundamental ao limitar, em nome da dignidade humana, certos direitos comunicativos e de busca na internet em determinados casos concretos. Apesar de ser uma questão controversa - posto que contrasta ou outros preceitos *jusfundamentais*, como a liberdade de expressão e opinião - quando sopesados os valores em presença é possível, dentro de circunstâncias específicas, sobrepor o direito ao esquecimento ao direito de profusão de ideias, informações e opiniões, quando tal for necessário para resguardar a dignidade da pessoa, especialmente na era atual, em que a multiplicação de dados na internet é quase instantânea³⁷⁵.

O objetivo desse tópico for ressaltar em linhas gerais a fundamentação e conclusão de um julgado paradigmático, que sedimentou bases do desenvolvimento normativo e jurisdicional da aplicação direito ao esquecimento. Isso permitirá um aprofundamento na relação daquele direito com o princípio democrático, nosso objetivo central nos desenvolvimentos seguintes deste estudo.

6.2.1.1 - Um Contraponto Com o Entendimento Adotado Pelo Tribunal de Justiça Federal da Alemanha: A Necessidade de Uma Ponderação Constitucionalmente Consistente dos Preceitos Fundamentais em Presença.

A decisão do caso *Google Spain, Google Inc. vs. Agência Espanhola de Proteção de Dados e Mário Costeja Gonzalez*, como se nota, é paradigmática e traça importantes considerações quanto ao direito ao esquecimento, sedimentando um caminho que pode ser seguido quanto a sua aplicação no âmbito da internet.

³⁷⁴ Tribunal de Justiça da União Europeia - *Google Spain, Google Inc. vs. Agência Espanhola de Proteção de Dados e Mário Costeja Gonzalez*. *Op. Cit.* § 100.

³⁷⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos Comunicativos Como Direitos Humanos: Abrangência, Limites, Acesso à Internet e Direito ao Esquecimento**. In: *Revista do Direito da Língua Portuguesa*. Ano 03, Nº 06. Jul-Dez. 2015. Págs. 219-240.

No entanto, Daniel Sarmento aponta alguns possíveis problemas³⁷⁶ sobre a conclusão chegada pelo TJEU. Uma delas é que se operou uma restrição muito ampla e genérica ao direito à informação. Além disso, transferiu-se para os *sites* de busca a incumbência de ponderar³⁷⁷ o direito à privacidade do interessado com o interesse público pela informação, para concluir se os *links* referentes aos resultados das buscas devem ou não permanecer³⁷⁸.

Outro ponto levantado é quando a situação aqui delineada se referir não a um motor de buscas, mas ao próprio editor de um *site* na *web*, já que, diferentemente dos buscadores, seu editor se manifesta, cria um conteúdo, exprime suas ideias ou relata fatos; e pode, portanto, invocar sua liberdade de expressão e de imprensa³⁷⁹.

Uma outra questão em que o acórdão do TJUE, de fato, poderia ter elaborado e se aprofundado mais é que, como Álvaro Fomperosa Rivero salienta, a Corte em questão pouco adentrou nos padrões da análise dos conflitos entre os direitos fundamentais em presença, partindo de uma superioridade *prima facie* do direito à privacidade sobre os demais de mesma categoria, o que minaria a igualdade

³⁷⁶ Quanto à eficácia da decisão em tela, ainda que de maneira involuntária, é manifesta a ocorrência do denominado *Efeito Streisand*, já que o procedimento no Tribunal de Justiça da União Europeia trouxe uma atenção pública ao caso do Sr. Mário Costeja Gonzalez, sendo estudado e analisado ao redor do mundo, provavelmente em proporções infinitamente maiores do que teria caso não buscasse o esquecimento de seus dados objeto do processo em questão. Segundo Pedro Henrique Machado da Luz afirma, tal efeito pode ser entendido como um efeito colateral daquele que deseja fazer esquecer uma informação e, quando ao tentar fazê-lo, acaba por atrair uma atenção ainda maior ao caso, podendo causar uma superexposição a algo que poderia passar despercebido. A origem do termo se refere à cantora Barbra Streisand, que decidiu processar um fotógrafo por publicar fotos de sua mansão. Tal situação gerou enorme curiosidade pública quanto a tais fotos, de forma que, antes do processo elas haviam sido acessadas 06 vezes e, após a notícia do processo, foram visualizadas 420 mil vezes em um mês. (LUZ, Pedro Henrique Machado da. **Direito ao Esquecimento no Brasil**. Curitiba: Gedai/UFPR, 2019. Pág. 163).

³⁷⁷ De acordo com seu relatório de transparência, o *Google* afirma que, desde 29 de maio de 2014 até 11 de junho de 2022, em virtude da decisão do caso *Google vs. Agência Espanhola de Proteção de Dados e Mário Costeja Gonzalez*, a mencionada empresa recebeu a exorbitante quantia de 1.288.192 pedidos de remoção de resultados de pesquisas no *Google Europa*, em um total de 5.019.577 endereços eletrônicos diferentes. Desses requerimentos, 49,1% dos pedidos de retirada de endereços eletrônicos do resultado das buscas foram atendidos. (Fonte: GOOGLE – Relatório de Transparência. Disponível em: https://transparencyreport.google.com/eu-privacy/overview?hl=pt_BR. Acessado em 21 de junho de 2022.).

³⁷⁸ SARMENTO, Daniel. **Liberdades Comunicativas e “Direito Ao Esquecimento” Na Ordem Constitucional Brasileira**. In: *Revista Brasileira de Direito Civil*. Vol. 07, Jan-Mar. 2016. Págs. 190-232.

³⁷⁹ *Ibidem*.

hierárquica dos direitos fundamentais³⁸⁰. Esse é um ponto central que merece maiores desenvolvimentos.

Não se questiona aqui a conclusão chegada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia já que, como mencionado alhures, o direito ao esquecimento encontra sólido respaldo na sistemática dos direitos fundamentais. Mas, de fato, principalmente pelo seu valor paradigmático, uma ponderação mais minuciosa entre os valores em presença, elencando de forma consistente os pressupostos que formaram o juízo de convencimento teria resultado em uma decisão mais condizente com o arcabouço *jusfundamenta*³⁸¹, em especial, quando se nota que a conclusão chegada representa - em uma última análise - uma supressão de uma liberdade de expressão exercida de forma lícita.

Como tivemos a oportunidade de nos manifestar anteriormente nesta pesquisa, ainda que não haja hierarquia entre direitos fundamentais, em uma democracia a liberdade de expressão é revestida de uma certa precedência dentro de algumas hipóteses, o que exige uma robustez argumentativa qualificada para que ela venha a ceder³⁸². Assim, o direito ao esquecimento pode vir a limitar a liberdade de expressão, mas deve haver uma fundamentação eficaz que demonstre, principalmente, a ausência de interesse público quanto aos dados que se objetiva eclipsar.

Nessa linha, Ingo Wolfgang Sarlet alerta para o fato de que, em geral, nas decisões em que se reconheceu um direito ao esquecimento, dentro do juízo de

³⁸⁰ RIVERO, Álvaro Fomperosa. **Right to Be Forgotten in the European Court of Justice *Google Spain* Case: The Right Balance of Privacy Rights, Procedure, and Extraterritoriality**. In: *European Union Law Working Paper*. Nº 19, 2017. Págs. 02-49. Disponível em: <https://law.stanford.edu/publications/right-to-be-forgotten-in-the-european-court-of-justice-google-spain-case-the-right-balance-of-privacy-rights-procedure-and-extraterritoriality/>. Acessado em 14 de maio de 2022.

³⁸¹ No mesmo sentido, Reinhard Singer e Benjamin Beck aduzem que a prioridade da proteção da personalidade sobre direitos fundamentais conflitantes é problemática, uma vez reduz o processo de ponderação, já que os direitos comunicacionais fundamentais da operadora primária da página não são satisfatoriamente considerados. No entanto, afirmam que a sentença do caso *Google* em tela permite uma margem decisória na análise do caso concreto, o que vem sendo usado na jurisprudência alemã para evitar uma restrição tão intensa que venha a prejudicar a liberdade de expressão. (SINGER, Reinhard e BECK, Benjamin. **O “Direito ao Esquecimento” Na Internet: Significado, Efeitos e Avaliação da “Sentença Google” do Tribunal Europeu de 13 de Maio de 2014**. In: *Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça*. Vol. 12, Nº 39. 2019. Págs. 19–46.

³⁸² Vide item 3.3.1.

proporcionalidade, pouco se considerou quanto à adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito³⁸³ dos meios concretos a serem utilizados para dar efetividade a tal direito - como a responsabilidade civil, desindexação³⁸⁴, filtro de buscas, exclusão dos dados em si, entre outros. Segundo o autor, essa consideração é essencial para a obtenção de uma solução constitucionalmente adequada no que tange ao impacto que a operacionalidade do direito ao esquecimento acarreta aos demais direitos em presença³⁸⁵.

De acordo com o supramencionado professor, tal seria ainda mais relevante ao se perceber que a intensidade da afetação aos valores envolvidos é diferenciada dentro de cada abordagem aplicada para a concretização do direito ao esquecimento, e isso precisaria ser considerado quando do controle judicial das restrições, em especial quanto aos critérios de proporcionalidade adotados³⁸⁶.

Desta forma, o autor afirma que, ao menos inicialmente, a determinação de apagamento de dados ou desindexação³⁸⁷ do resultado das pesquisas nos motores de busca das páginas que contenham as informações que se busca ocultar seriam medidas mais gravosas, na perspectiva de uma restrição à liberdade de expressão, do que, por exemplo, a mera supressão do nome ou de informações que permitam a identificação do indivíduo que deseja ter certos dados pessoais “esquecidos”³⁸⁸.

³⁸³ Sobre os subprincípios do critério da proporcionalidade ver tópico 1.2.

³⁸⁴ A grande vantagem da desindexação, como ensina Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas Ataíde, é que, no fim, a informação ainda estaria acessível diretamente na própria internet, não seria suprimida. O que desapareceria seria tão somente um facilitador de acesso a tal informação que se busca “esquecer”, mas que ainda poderá ser alcançada por outros meios afora do motor de buscas. (ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. *Op. Cit.*)

³⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. 2018, *Op. Cit.*

³⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. 2018, *Op. Cit.*

³⁸⁷ Especificamente sobre a desindexação, Pedro Henrique machado da Luz ressalta que tal medida, em regra, seria menos gravosa do que a obliteração completa de determinada informação, já que não haveria uma supressão material, mas sim apenas uma barreira ao acesso. No entanto, relembra que o esquecimento completo na internet é quase impossível, tendo em vista a arquitetura e estrutura de armazenamento, com potencial replicação infinita e, além disso, a desindexação tem uma questão de que o *Google*, apesar de ser o mais popular não é o único motor de buscas. Menciona ainda a questão territorial, citando que, por exemplo, no *Google* da França era possível, já na primeira página, encontrar as informações desindexadas no caso *Google vs. Agência Espanhola de Proteção de Dados e Mário Costeja Gonzalez*. Dessa forma, com o uso de uma *VPN* (*Virtual Private Network*) a determinação de desindexação poderia ser, em tese, contornável. (LUZ, Pedro Henrique Machado da. *Op. Cit.* Pág. 131)

³⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. 2018, *Op. Cit.*

Ou seja, em outros termos, uma ponderação constitucionalmente bem efetuada deve buscar, dentre as alternativas possíveis e que sejam eficazes para a solução da problemática trazida, aquela que traga menor limitação para os direitos envolvidos.

Todo esse panorama nos traz, a título de ilustração do que se pretende aqui afirmar, para a decisão do Tribunal de Justiça Federal da Alemanha (*Bundesgerichtshof* (BGH)) quanto ao direito ao esquecimento, já com o Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) em vigor. Em que pese ter chegado a uma conclusão diferente, no sentido de negar a aplicação do referido direito no caso concreto apresentado, nosso foco maior de interesse é a forma como tal conclusão foi construída em uma perspectiva constitucional.

Trata-se o mencionado caso de uma situação em que a seccional regional de uma renomada instituição de caridade alemã em 2011 passou a enfrentar severas dificuldades financeiras, necessitando de intervenção da sua direção central. Pouco antes da intervenção, o diretor da mencionada instituição pediu afastamento alegando problemas de saúde, permanecendo afastado até sua saída em abril de 2012³⁸⁹, sendo tal fato relatado em diversos jornais à época³⁹⁰.

Já em 2015, o ex-diretor em questão solicitou ao *Google* retirasse os *links* dos resultados de pesquisa em sua plataforma que levavam a notícias relativas à sua saúde e sua situação na instituição. O pleito fora apenas parcialmente atendido, o que motivou o ajuizamento da demanda em que solicita a desindexação, em virtude de seu alegado direito a ser esquecido³⁹¹.

O requerente não obteve êxito em primeira e segunda instâncias, tendo sido entendido que não foram preenchidos os requisitos do art. 17 do Regulamento

³⁸⁹ FRITZ, Karina Nunes. **Direito ao esquecimento não é absoluto, diz *Bundesgerichtshof***. In: *Migalhas*. 11 nov. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/german-report/336206/direito-ao-esquecimento-nao-e-absoluto--diz-bundesgerichtshof>. Acessado em 09 de maio de 2022.

³⁹⁰ *Bundesgerichtshof* - VI ZR 405/18.

³⁹¹ FRITZ, Karina Nunes. 2020. *Op. Cit.*

Geral de Proteção de Dados da União Europeia³⁹² para a concessão do que era requerido, já que, no caso concreto, a liberdade de expressão e informação dos *sites* de busca e seus usuários prevaleceria sobre os direitos de autodeterminação informacional e ao apagamento de dados pretendidos³⁹³.

Pois bem, após recursos, a situação chegou para apreciação do *Bundesgerichtshof*, que confirmou a decisão das instâncias inferiores. Especificamente quanto à análise dos direitos fundamentais em presença, o BHG salientou, de maneira contrária ao Tribunal de Justiça da União Europeia, que não haveria uma presunção de que a proteção a direitos pessoais tenha precedência, devendo aqueles direitos serem ponderados entre si de forma igualitária. Assim, indivíduos não poderiam unilateralmente determinar em relação à mídia quais informações sobre eles poderiam ser publicadas nos meios de comunicação social.

Importa nesse contexto ressaltar o disposto no “Considerando” nº 04 do Regulamento geral de Proteção de Dados da União Europeia, quando salienta que: *“O direito à proteção de dados pessoais não é absoluto; deve ser considerado em relação à sua função na sociedade e ser equilibrado com outros direitos fundamentais, em conformidade com o princípio da proporcionalidade.”*

O entendimento adotado pelo BHG foi o de que, embora aquela Corte expressamente reconheça a existência de um direito ao esquecimento³⁹⁴, este não fora desrespeitado, no caso em análise, pelos motores de busca.

³⁹² Em linhas gerais, o Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD), em seu Art. 17, nº 01, prevê que o direito ao esquecimento é cabível nas seguintes hipóteses: *a)* os dados recolhidos deixaram de ser necessários para a finalidade que motivou sua recolha ou tratamento; *b)* o titular retira seu consentimento para o tratamento nas hipóteses previstas; *c)* O titular se opõe ao tratamento de dados em situação em que não haveria interesse jurídico em manutenção; *d)* os dados pessoais foram tratados ilícitamente; *e)* os dados pessoais devem ser apagados em virtude de execução de uma determinação jurídica; *f)* os dados pessoais em questão foram recolhidos em virtude de oferta de serviços de uma sociedade da informação. No entanto, o nº 03 do mesmo Art. 17 do RGPD, elenca hipóteses em que não se aplicaria o direito ao esquecimento, destacando-se, para fins deste estudo, o disposto na alínea “*a*”, que afirma não ser cabível o direito ao esquecimento quando o tratamento dos dados pessoais se revelar necessário ao exercício da liberdade de expressão e informação.

³⁹³ FRITZ, Karina Nunes. 2020. *Op. Cit.*

³⁹⁴ FRITZ, Karina Nunes. 2020. *Op. Cit.*

A fundamentação para tanto foi no sentido de que, tratando especificamente quanto à passagem do tempo, um lapso temporal de 06 a 07 anos das publicações das notícias, à época do julgamento, não indica, necessariamente, que tenha se superado o interesse pela informação, mas pelo contrário, deve ser considerado que muitas pessoas foram impactadas com a situação da instituição de caridade em tela, havendo corte de empregos e benefícios, e esses fatos remontam apenas há alguns anos e o interesse legítimo do público sobre informações recaem tanto sobre as atuais, como na possibilidade de pesquisar resultados históricos passados. Além disso, os acontecimentos fariam parte da carreira profissional do requerente e não podem ser facilmente apagados³⁹⁵.

Nessa linha, o *Bundesgerichtshof* expressa um entendimento de que a importância da passagem do tempo para a concessão de um pedido de proteção contra uma publicação originalmente lícita apenas pode ser considerada registrando, concomitantemente, a necessidade específica da tutela dos interesses do titular dos dados, a importância pública da informação em questão e os direitos fundamentais de todos os envolvidos³⁹⁶. Ou seja, em outros termos, fora adotada uma concepção de que o lapso temporal não tem o condão de, por si só, balizar o “esquecimento” de informações originalmente legítimas.

Em síntese, de acordo com Karina Nunes Fritz, o BGH concluiu que a relevância pública da notícia, aliada à sua baixa potencialidade lesiva ao indivíduo no caso em análise, se sobrepõe ao direito ao esquecimento, afastando o pedido de desindexação, ainda que os dados em questão tratem de conteúdo pessoal. Assim, a Corte em tela, embora reconheça a existência de um direito ao esquecimento, negou sua aplicação após efetivar um juízo de ponderação entre os diversos direitos fundamentais conflitantes. A mencionada autora salienta ainda que, em vez de enfraquecer, a decisão aqui comentada reforça o instituto do direito ao esquecimento,

³⁹⁵ *Bundesgerichtshof* - VI ZR 405/18.

³⁹⁶ *Ibidem*.

ao acentuar sua natureza *jusfundamental*³⁹⁷, justificando sua ponderação no caso concreto³⁹⁸.

A relevância do julgamento aqui tratado reside, assim, na sua busca por uma balizada valoração dos direitos fundamentais conflitantes, não partindo de início de uma pretensa superioridade de qualquer deles, mas trazendo a questão para uma ponderação dentro das minúcias do caso concreto.

Isso além de bem ressaltar o efeito jurídico do transcurso do tempo sobre informações originalmente lícitas, no sentido que não basta a ocorrência de um lapso temporal, mas sim que isso deva acarretar também uma mudança jurídica no interesse público pela informação que permita a adoção de procedimentos para a sua desindexação ou obliteração, por exemplo.

Essa abordagem visa, justamente, uma adequação do direito ao esquecimento com a proteção de uma memória coletiva, garantindo que informações relevantes para a construção de uma sociedade democrática não sejam de plano suprimidas.

É que tal memória coletiva, assim como a solidariedade informacional entre gerações, são elementos basilares da democracia, já que permitem a compreensão de um passado que levou à configuração social atual e possibilitam o acesso a subsídios para tomadas de decisões de interesse coletivo. Elas nada mais são que o registro do exercício pretérito das liberdades expressivas de pensamento, opinião e informação e hoje, indubitavelmente, a internet é uma relevante, se não a mais importante, ferramenta para as construções daqueles elementos.

Por conseguinte, o princípio constitucional democrático vem como um valor que necessariamente deve ser considerado sempre que um exercício de ponderação

³⁹⁷ Para uma análise aprofundada da perspectiva do direito ao esquecimento como direito fundamental, ver: MOUTINHO, Bruno Martins. **Direito ao Esquecimento Como Um Direito Fundamental**. In: *Revista Jurídica Eletrônica do Piauí*. Vol. 02, Nº 02, Jul-Dez. 2015. Págs. 131-160. Disponível em: <https://revistas.ufpi.br/index.php/raj>. Acessado em 13 de julho de 2022.

³⁹⁸ FRITZ, Karina Nunes. 2020. *Op. Cit.*

entre direitos fundamentais envolver a liberdade de expressão, mormente quando de tal liberdade resultar conteúdos de interesse social, como veremos mais detidamente a seguir. Por isso andou bem a justiça alemã ao - mesmo reconhecendo a existência do direito ao esquecimento - efetuar um juízo de ponderação que resultou em uma negativa, no caso, da pretensão do autor da demanda de ter certos dados seus “esquecidos”.

Cabe agora, nessa perspectiva, quanto ao direito ao esquecimento e sua correlação com a liberdade de expressão e a construção de uma memória coletiva em uma sociedade democrática, tecer comentários quanto ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal do Brasil que, ao apreciar a questão, fixou tese no sentido de não ser possível extrair do texto constitucional brasileiro a ideia de um direito ao esquecimento.

6.3 – A Posição Adotada Pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro no “Caso Aída Curi”

Em 21 de fevereiro de 2021, o Supremo Tribunal Federal (STF) analisou o Recurso Extraordinário 1016065³⁹⁹, com repercussão geral reconhecida, o denominado “Caso Aída Curi”. Em linhas gerais, trata-se de um crime ocorrido em 1958 na cidade do Rio de Janeiro/Brasil, em que uma jovem de 18 anos fora abusada sexualmente e torturada após o que, os agressores, para tentar forjar um suicídio, a atiraram do décimo segundo andar de um edifício.

Esse homicídio causou extrema comoção social, sendo alvo de intensa e sensacionalista cobertura jornalística à época. Em 2004, quase 50 anos após o crime, a Rede Globo de Televisão, maior emissora televisiva do Brasil, criou uma reportagem especial, em forma de documentário, no programa *Linha Direta* para abordar com detalhes o crime ocorrido.

Os irmãos da vítima, buscando evitar uma nova superexposição em âmbito nacional do caso, reabrindo traumas do passado, ao terem conhecimento da

³⁹⁹ Supremo Tribunal Federal, Plenário. RE nº 1.010.606, Nelson Curi e Outros x Globo Comunicação e Participações S/A. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgado em 11 de fevereiro de 2021.

preparação da referida reportagem, notificaram a Rede Globo solicitando a sua não veiculação. Ao não serem atendidos, ajuizaram demanda contra a mencionada emissora objetivando reparação por danos materiais e morais. Após terem o pleito negado nas instâncias inferiores, o caso chegou ao STF em sede de recurso extraordinário, sob a alegação de violações a preceitos constitucionais, como a dignidade humana, intimidade, vida privada, entre outros; além de requerer um direito ao esquecimento da tragédia sofrida pela família⁴⁰⁰.

Inicialmente, cabe ressaltar, que o relator, ministro Dias Toffoli, sedimentou que a desindexação de materiais dos motores de busca, ao contrário do que muito se afirma, não se confunde com o direito ao esquecimento, posto ser um pedido de desindexar certas informações na internet muito mais amplo, possuindo inúmeros fundamentos que podem fomentar tal requerimento, muitos dos quais extrapolam a mera pretensão ao esquecimento. Assim, o relator expressamente afirma que no julgamento em tela não se tratará da responsabilidade dos provedores de internet quanto à indexação ou desindexação de conteúdos⁴⁰¹.

Pois bem, ao que interessa ao objeto deste estudo, o ministro Dias Toffoli - após uma longa exposição, traçando uma parte histórica, doutrinária e comparada da matéria - afirmou que da ordem constitucional brasileira não poderia se extrair um direito ao esquecimento, propondo a fixação da seguinte tese que, posteriormente, fora aprovada por 09 votos a 01:

É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais - especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral - e das expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível⁴⁰².

⁴⁰⁰ Supremo Tribunal Federal, Plenário. RE nº 1.010.606, Nelson Curi e Outros x Globo Comunicação e Participações S/A. *Op. Cit.*

⁴⁰¹ *Ibidem.*

⁴⁰² Supremo Tribunal Federal, Plenário. RE nº 1.010.606, Nelson Curi e Outros x Globo Comunicação e Participações S/A.

Em sua fundamentação, o ministro relator afirmou que o cotejo da liberdade de expressão com outros valores constitucionais deve sempre tender à harmonização. Assim sendo, sempre que possível, deve ser priorizado o complemento da informação sobre a sua exclusão, a retificação de um dado em vez de sua ocultação, o direito de resposta no lugar de proibição ao posicionamento⁴⁰³.

O relator aduz, ainda, que admitir um direito ao esquecimento afrontaria a liberdade de expressão, de manifestação do pensamento e o direito de um cidadão de se manter informado de fatos relevantes da história social. Além disso, em última análise, tal possibilidade significaria conceder, de forma absoluta e em abstrato, maior peso aos direitos à imagem e à vida privada, em detrimento da liberdade de expressão, o que não se compatibilizaria com a ideia de unidade da Constituição⁴⁰⁴.

Acompanhando o voto do relator, a ministra Carmén Lúcia se posicionou no sentido de que não haveria no sistema jurídico brasileiro que se extrair o esquecimento como direito fundamental, limitador da liberdade de expressão, e, portanto, de forma a coagir outros direitos que cada um tem na construção de uma memória coletiva.⁴⁰⁵

Já o ministro Marco Aurélio Mello, apenas para focar em alguns trechos de relevo do julgamento, sedimentou que a emissora de televisão apenas observou seu direito constitucional de informar, não cabendo simplesmente passar uma borracha no passado, partindo-se para um obscurantismo e um retrocesso democrático⁴⁰⁶.

Pois bem, de início, cumpre de plano ressaltar que, de fato, a identidade de um povo é construída com base em sua história, sua cultura, o que, essencialmente, nada mais é que um feixe, uma síntese, do registro pretérito de expressões de ideias e informações que pavimentaram o caminho da elaboração da tecitura de uma comunidade.

⁴⁰³ Supremo Tribunal Federal, Plenário. RE nº 1.010.606, Nelson Curi e Outros x Globo Comunicação e Participações S/A.

⁴⁰⁴ *Ibidem*.

⁴⁰⁵ *Ibidem*.

⁴⁰⁶ Supremo Tribunal Federal, Plenário. RE nº 1.010.606, Nelson Curi e Outros x Globo Comunicação e Participações S/A.

Para além do valor cultural e histórico, o próprio princípio democrático, em sua faceta material, também resguarda essa memória coletiva posto que, caso apagada ou mesmo suprimida, a consciência e o aprendizado com o passado, que guiam as ações presentes que moldam o futuro, como nas tomadas de decisões, conseqüentemente também restariam comprometidas.

Como mencionamos no item 2.2 desse estudo, o princípio democrático acarreta consigo uma necessária busca da inserção efetiva do indivíduo na sociedade, de maneira fática e jurídica, e o direito ao esquecimento pode ser ferramenta auxiliar para tanto. Obviamente sempre ponderando as minúcias do caso concreto, mas o fato é que o passado de uma pessoa pode representar um empecilho à sua plena realização como ser político; como no caso de ex-detentos que há muito cumpriram sua pena e buscam um recomeço, o que é dificultado, ou mesmo impossibilitado, caso devam reiteradamente lidar com fatos pretéritos que resultaram em um afastamento social.

Isso principalmente se, na análise concreta, o julgador encontrar na ponderação de valores um caminho em que aspectos específicos da vida de uma pessoa - que não tenham mais qualquer relevância pública ou histórica - possam ser escamoteados através da concessão de um direito ao esquecimento, permitindo uma mais fácil inserção plena social a custo de pouco, ou efetivamente nenhum, desgaste a outros preceitos fundamentais.

Um outro exemplo que pode ser dado - para ilustrar o que poderia vir a ser uma necessária aplicação do direito ao esquecimento como relevante meio para a afirmação da identidade de um indivíduo, dialogando diretamente com a dignidade humana e a busca, neste caso, não de um novo recomeço, mas sim de ser reconhecido como quem de fato é - é o da situação das pessoas transgêneros. Sobre esse tema, Paulan Korenhof e Bert-Jaap Koopstrazem trazem um interessante caso hipotético de uma jovem que, tendo nascida com o sexo masculino em meados dos anos 90, ou seja, já na dita “era digital”, realiza cirurgia de redesignação sexual⁴⁰⁷.

⁴⁰⁷ KORENHOF, Paulan e KOOPS Bert-Jaap. **Identity Construction and the Right to be Forgotten: the Case of Gender Identity**. In: *The Ethics of Memory in a Digital Age Interrogating the Right to be*

O que a jovem almeja seria o exercício do direito ao esquecimento de suas marcas digitais no ciberespaço, que remeteria a alguém com quem não se identificava. Poderia ser o caso, por exemplo, de requerer a remoção, desindexação ou retificação de menções de seu antigo nome masculino em redes sociais de amigos ou em *blogs* de família, que se recusaram a, voluntariamente, efetuar tais remoções⁴⁰⁸, ou seja, dados eminentemente de caráter privado e, em regra, sem qualquer interesse público.

Sempre ressaltando a necessidade de consideração das minúcias do caso concreto, e rechaçando uma hierarquia entre direitos colidentes, mas o fato é que na situação hipotética aqui em análise, o direito ao esquecimento ganha um contorno em que não se vislumbraria uma outra possibilidade senão a adoção de medidas práticas para sua efetivação – nomeadamente aquelas com menor custo sobre os outros direitos envolvidos - sob pena de graves violações à dignidade humana que não podem se justificar, nem mesmo com base em uma defesa da liberdade de expressão⁴⁰⁹, tendo em vista um contexto em que certos dados pessoais que se objetiva “esquecer” não tenham qualquer pertinência atual ou relevância histórico-social.

Isso pode ser compreendido, em uma outra perspectiva, quando houver situações muito específicas em que os contornos de um caso concreto eventualmente podem levar a um caminho em que a efetividade do princípio democrático - no sentido da garantia da dignidade humana como meio de afirmação política do indivíduo - pressupõe uma concisa, pontual e excepcional limitação de uma liberdade de expressão e informação, bloqueando informações pretéritas que já não têm mais valor atualmente.

Forgotten. Alessia Ghezzi, Ângela Guimarães Pereira e Lucia Vesnić-Alujević (Orgs.). Nova York: Palgrave Macmillan, 2014. Págs. 102-123.

⁴⁰⁸ *Ibidem*.

⁴⁰⁹ Para aprofundamentos quanto a critérios de ponderação entre a liberdade de expressão e o direito ao esquecimento em uma perspectiva comparada, ver: SOUZA, Gisele Landim. **Direito ao esquecimento versus liberdade de expressão critério da ponderação na jurisprudência nacional e internacional**. In: *Revista de Doutrina Jurídica*, Vol. 112, Nº 00. Disponível em: <https://revistajuridica.tjdf.jus.br/index.php/rdj/article/view/654>. Acessado em 14 de fevereiro de 2022.

Maria Vital da Rocha e Lidiane Moura Lopes, asseveram que hoje a preservação da memória é mais fácil perante as possibilidades tecnológicas de sua manutenção, sendo que o passado constrói o presente, tornando o cidadão inserido em um contexto em que tenha subsídios para as escolhas que almeja para o futuro. No entanto, em uma era de “superinformacionismo”, a propagação indiscriminada de dados sem qualquer relevância pública pode causar uma exposição desproporcional e despropositada de pessoas que tiveram sua história marcada por fatos controversos, ou mesmo criminalmente comprometedores⁴¹⁰.

É exatamente por esse ponto que o direito ao esquecimento ganha especial relevância na dita “era digital”. O que se busca é amenizar os efeitos colaterais da possibilidade de um imediato e permanente acesso a dados sensíveis de uma pessoa que a internet eventualmente pode proporcionar; dados esses referentes a situações estritamente particulares, sem que haja, direta ou indiretamente, interesse público.

Nesse sentido, o Enunciado 531, da Jornada VI de Direito Civil da Justiça Federal do Brasil veio com a seguinte redação: “*A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.*”⁴¹¹

A justificativa para a adoção de tal enunciado foi a de que os danos causados pelas novas tecnologias de informação se acumulam atualmente. O direito ao esquecimento surge no campo das ciências criminais como forma de possibilitar a efetiva ressocialização de um ex-detento. Isso não quer dizer, reitera-se, que é atribuído a alguém o direito de apagar fatos e reescrever a própria história, mas sim assegurar a possibilidade do uso que é dado a fatos pretéritos, especialmente o modo e a finalidade com que são lembrados⁴¹².

⁴¹⁰ Insta salientar que, apesar da passagem aqui referida, as autoras não se manifestam de maneira categórica pela existência de um direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro. (ROCHA, Maria Vital da e LOPES, Lidiane Moura. **Existe um Direito ao Esquecimento? Uma Análise da Decisão do STF no Julgamento do Recurso Extraordinário 1010606**. In: *Revista Brasileira de Teoria Constitucional*. Vol. 07, Nº 01. Jan-Jul. 2021. Págs. 71-89.)

⁴¹¹ Conselho da Justiça Federal - Enunciado 531 da Jornada VI de Direito Civil da Justiça Federal. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>. Acessado em 16 de maio de 2022.

⁴¹² Conselho da Justiça Federal - Enunciado 531 da Jornada VI de Direito Civil da Justiça Federal. *Op. Cit.*

Seguindo, em voto divergente no caso ora em apreço - no que se refere à pertinência do direito ao esquecimento na Constituição brasileira -, o ministro Edson Fachin assentou, a nosso ver com precisão, que as mutações tecnológicas representam a expansão da capacidade social de armazenamento e, portanto, da produção da memória, nos confrontando assim com um quase arquivo total ou memória perfeita. Nesse cenário, a dinâmica natural de esquecimento e rememoração, típica dos processos de seleção e reflexão que compõem as memórias individuais e coletivas podem dar lugar a variados fenômenos de patologia social⁴¹³.

Segundo o ministro, o direito ao esquecimento, à medida que seja chamado para equacionar tais eventuais patologias de uma pretensa memória perfeita, deverá, ele também, ter seus limites constitucionais reiteradamente interpretados. Isso porque, embora não o preveja expressamente, a Constituição brasileira albergaria seus pilares, uma vez que celebra a dignidade humana, a privacidade e o direito à autodeterminação informativa⁴¹⁴.

O magistrado prolator do voto divergente afirma que, em um quadro normativo assim delineado, em casos de conflito entre os valores em presença, tendo em vista a posição preferencial da liberdade de expressão, mas considerando também a necessidade de proteção dos núcleos essenciais dos direitos da personalidade⁴¹⁵, sob certas condições, o direito ao esquecimento pode funcionar como um trunfo⁴¹⁶,

⁴¹³ Supremo Tribunal Federal, Plenário. RE nº 1.010.606, Nelson Curi e Outros x Globo Comunicação e Participações S/A. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgado em 11 de fevereiro de 2021.

⁴¹⁴ *Ibidem*.

⁴¹⁵ Sedimentando seu posicionamento, o ministro Edson Fachin, em seu voto divergente, propôs a fixação da seguinte tese, que acabou rejeitada: *Têm a liberdade de expressão e o direito à informação precedência sobre o direito ao esquecimento, independentemente do transcurso do tempo, cedendo a essa primazia a pretensão de vítimas ou familiares, quando se verificar interesse transindividual, ou a natureza pública da informação, ou o alto grau de relevância histórica ou importância da memória, sendo aquele direito, nesses limites, compatível com a Constituição que alberga a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/88), o direito à privacidade, à honra e à imagem (art. 5º, X, CRFB/88) e o direito à autodeterminação informacional (art. 5º, XII, CRFB/88). (Ibidem).*

⁴¹⁶ Jorge Reis Novais - se apoiando em ideia originária de Ronald Dworkin, em sua obra *Levando os Direitos a Sério* (DWORKIN, Ronald, 2002, *Op. Cit.* Pág. XV.) - explana que ter um direito fundamental em um Estado de Direito, equivaleria a ter um trunfo em um jogo de cartas. A carta trunfo prevalece sobre outras, ainda que de valor de face mais elevado. (NOVAIS, Jorge Reis. *Op. Cit.* Pág. 19.).

devendo o juízo da corte recair sobre as condições de imanência ou transcendência da informação em relação à esfera individual⁴¹⁷.

Nesse ponto, cabe salientar as lições de Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato Oliveira Naves, no sentido de que a construção da personalidade não decorre apenas da autonomia do sujeito, mas também do ambiente externo. Revisitações dolorosas do passado podem influir negativamente no desenvolvimento da personalidade, soma-se a isso uma pretensa inutilidade social da informação que causa transtornos no presente; seria nessa confluência de fatores que restaria configurado o direito ao esquecimento⁴¹⁸.

Assim, após firmar posição quanto à existência do direito ao esquecimento no ordenamento constitucional brasileiro, o ministro Edson Fachin, trazendo essa parte teórica ao caso concreto em análise, afirmou que, dado seu notório interesse histórico e jornalístico; bem como ao fato de o programa televisivo impugnado ter se limitado à seara da discussão pública do fato, o direito ao esquecimento não teria preenchido os requisitos fáticos para sua aplicação⁴¹⁹.

Em arremate quanto ao posicionamento exarado pelo STF, como Ingo Wolfgang Sarlet salienta, o que aquela Suprema Corte afirma, em síntese, é que é incompatível com a constituição brasileira um direito a ser esquecido entendido como o ato de impedir a divulgação de fatos ou dados verídicos, ressalvando a possibilidade de se avaliar, em cada hipótese, eventuais abusos no exercício da liberdade de expressão, quando colidentes com outros direitos fundamentais⁴²⁰.

⁴¹⁷ Supremo Tribunal Federal, Plenário. RE nº 1.010.606, Nelson Curi e Outros x Globo Comunicação e Participações S/A. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgado em 11 de fevereiro de 2021.

⁴¹⁸ SÁ, Maria de Fátima Freire de e NAVES, Bruno Torquato Oliveira. **O Direito ao Esquecimento e a Decisão do Supremo Tribunal Federal na Tese de Repercussão Geral Nº 786**. In: *Revista Brasileira de Direito Civil – RBD Civil*. Vol. 28, Abr-Jun. 2021. Págs. 193-206.

⁴¹⁹ *Ibidem*.

⁴²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **STF e direito ao esquecimento: Julgamento a ser esquecido ou comemorado?** In: *Conjur*. 05 mar. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-05/direito-s-fundamentais-stf-direito-esquecimento-julgamento-esquecido-ou-comemorado>. Acessado em 19 de maio de 2022.

No entanto, Elimar Szaniawski se manifesta no sentido de que o direito ao esquecimento prescinde da prática de excessos ou abusos, sua finalidade reside na possibilidade de eclipsar fatos específicos do passado, mesmo se tratando de informações lícitas, permitindo ao pleiteante uma nova vida como um indivíduo útil à sociedade. Daí o equívoco, segundo o autor, do Supremo Tribunal Federal do Brasil ao declarar de maneira expressa ser *o direito ao esquecimento incompatível com a Constituição*⁴²¹, como sedimentado na tese fixada no Recurso Extraordinário aqui analisado.

O ponto é que, de fato, a apreciação do direito ao esquecimento na perspectiva do “Caso Aída Curi” não parece ser a mais adequada, isso porque se trata de uma situação de notório interesse público e histórico e que, como foi bem ressaltado no voto condutor, não faria jus à aplicação do direito ao esquecimento. Além disso, o caso em análise não tem correlação direta com o ciberespaço, ponto central e local de maior efervescência da questão aqui debatida; isso acaba por prejudicar a análise de pontos sensíveis do direito aqui em tela, ainda que tenham sido tangenciados pelo relator em seu voto condutor⁴²².

6.4 – Uma Conclusão Quanto ao Direito ao Esquecimento na Perspectiva do Princípio Democrático

Buscando-se arrematar o aqui explanado, trazendo uma conclusão quanto à pertinência constitucional do direito ao esquecimento, em uma perspectiva de eventuais colisões daquele direito com a liberdade de expressão, informação, e a memória coletiva, entre outros correlatos; deve ser ressaltado que tais institutos são conciliáveis na ordem *jusfundamental*, conquanto se efetive uma ponderação entre os valores em presença que não parta de uma pretensa superioridade hierárquica ou de direitos absolutos.

⁴²¹ SZANIAWSKI, Elimar. **O Supremo Tribunal Federal e o julgamento do caso Aída Curi — Parte 3**. In: *Conjur*. 24 mai. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-24/direito-civil-actual-stf-julgamento-aida-curi-parte>. Acessado em 19 de maio de 2022.

⁴²² No mesmo sentido: SÁ, Maria de Fátima Freire de e NAVES, Bruno Torquato Oliveira. *Op. Cit.*

Para tanto é necessário que tais informações a serem “esquecidas” não possuam, direta ou indiretamente, qualquer interesse público atual, nem teor histórico e cultural minimamente relevantes, e que tal procedimento de “esquecimento” represente ferramenta inafastável para garantia da dignidade humana dos envolvidos, sendo efetuada da forma mais limitada e pontual possível. Tal meticulosidade visa justamente salvaguardar a liberdade de expressão, ao se buscar caminhos que imponham a menor restrição a ela.

É que, como mencionado alhures neste estudo, a dignidade humana é também um pilar do princípio democrático. Não há democracia sem cidadania plena, e isso impõe que o ordenamento vigente promova meios jurídicos que busquem garantir a inserção social dos indivíduos, e, a depender do contexto fático, o direito ao esquecimento pode ser uma ferramenta para tanto, como nos mencionados casos dos ex-detentos e transgêneros, que, por variadas razões, podem eventualmente buscar, como forma de tutela de seus direitos constitucionais, a busca pelo “esquecimento” de situações de seu passado.

No entanto, deve ser ressaltado que a concessão a um direito ao esquecimento não pode representar um custo à sociedade, que seria a supressão do acesso a informações de relevo público, sejam aquelas consentâneas, sejam aquelas de valor histórico e cultural. E é justamente aqui que o conflito de valores fundamentais se desenha e a ponderação deve ser efetivada.

Dessa forma, como Ingo Wolfgang Sarlet salienta, o direito ao esquecimento, especialmente quando puder implicar no cancelamento ou em significativa dificuldade de acesso a determinados dados, impõe uma carga restritiva sobre as liberdades de expressão e informação, o que acarreta que os mecanismos de cancelamento e/ou desindexação de conteúdos possuam caráter excepcional⁴²³, observando critérios controlados para sua aplicação. Isso em especial na internet,

⁴²³ Isso pode ser observado no próprio Art. 17 do Regime Geral de Proteção de Dados, quando elenca, expressamente, no nº 03, as hipóteses em que o apagamento de dados não será efetivado, mencionado, já na alínea “a”, a situação de quando o que se deseja apagar seja necessário ao exercício da liberdade de expressão e de informação.

onde a participação direta dos indivíduos no processo comunicativo e informacional é imprescindível à democracia⁴²⁴.

Karina Nunes Fritz bem sintetiza o aqui exposto quando salienta que o direito ao esquecimento não é um obstáculo à liberdade de expressão, posto que não é a regra, e sim uma exceção, não dando poder absoluto de um indivíduo apagar ou reescrever toda e qualquer informação a seu respeito que julgar indesejada. O que se objetiva, na realidade, é apenas evitar que certos dados específicos sobre o passado de uma pessoa e que causam enormes transtornos a ela no presente e, frisa-se, não acobertados pelo interesse público, não sejam facilmente encontrados no ciberespaço⁴²⁵.

Toda essa construção, como pudemos mencionar, foi vista, na prática, na fundamentação da decisão do *Bundesgerichtshof* no processo VI ZR 405/18, analisado no item 6.2 desse estudo. Ali aquela Corte efetivou uma precisa ponderação dos valores em presença que culminou no reconhecimento da existência a um direito ao esquecimento, ainda que não o tenha aplicado na prática, por entender que representaria, naquela hipótese, uma indevida restrição a informações de interesse público, tuteladas pelo direito à liberdade de expressão e informação.

Assim, o direito ao esquecimento possui retaguarda constitucional e pode, ser um instrumento em um Estado de Direito para garantia da dignidade humana, atraindo, por conseguinte, a tutela do princípio democrático, desde que sua aplicação seja efetivada em caráter excepcional, com base em uma criteriosa ponderação de valores que garanta que não seja suprimida da sociedade a circulação de opiniões e informações essenciais para a sua conformação democrática.

⁴²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. 2018.

⁴²⁵ FRITZ, Karina Nunes. *In: Migalhas. Direito ao esquecimento está implícito na CF, diz especialista*. 23 fev. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes//340757/direito-ao-esquecimento-esta-implicito-na-cf-diz-especialista>. Acessado em: 23 de maio de 2022.

CONCLUSÃO

O exercício da liberdade de expressão no ciberespaço acarreta efeitos sobre a maneira como a democracia é experimentada, e isso é notório. Também é notório o fato de se tratar de um caminho sem volta, de forma que, à medida em que as relações sociais cada vez mais são tratadas por intermédio dos meios tecnológicos - como é claramente a tendência atual - maior será a confluência dos princípios constitucionais na internet que resultam em uma *e-democracia*.

O ponto central, então, passa a ser de que maneira o princípio democrático é concretizado nos meios digitais, tendo em vista se tratar de um ambiente em que as possibilidades de um fluxo de opiniões e informações possuem velocidade e abrangência praticamente ilimitados.

É que, como visto neste estudo, apesar da estruturação de uma esfera pública de debates no ciberespaço ter o condão de poder vir a ser um meio aberto e inclusivo para que um indivíduo tenha acesso à participação em deliberações de interesse público, possibilitando a construção de uma consciência cidadã e a consequente inserção dele na comunidade política, o fato é que o outro lado não pode ser negligenciado, no que se refere ao risco de distorções comunicativas nesse meio, que são verdadeiramente corrosivas às bases da democracia.

Assim, para que as potencialidades positivas que a internet oferece à liberdade de expressão sejam perceptíveis em sua vertente de elemento estrutural das democracias modernas, é imperioso que as distorções no fluxo comunicativo que visam à deturpação do regular processo democrático - como a desinformação e o discurso de ódio - sejam mitigadas a um nível em que, ainda que sejam patologias comunicativas a serem combatidas, ao menos já não tenham uma penetração tão robusta na sociedade ao ponto de influenciar nas tomadas de decisões coletivas.

Nessa linha, analisando-se de forma sistêmica todos os casos abordados nesta pesquisa, o que se conclui de forma central é que o princípio democrático, para além de um sentido meramente formal, ele assume um caráter material que pode vir

a ser substrato da fundamentação da restrição pontual da liberdade de expressão quando, em situações extremas, tal medida for necessária para a tutela de preceitos da própria democracia; sendo esse o traço comum que une constitucionalmente todas as hipóteses abordadas neste presente estudo.

Isso faz sentido ao se notar que a liberdade de expressão é um sustentáculo da democracia e, assim sendo, quando deturpada, o próprio princípio democrático pode servir de fundamento para a concretização de instrumentos jurídicos que possam readequar a utilização daquele direito fundamental, reaproximando-o de suas finalidades precípuas.

Tal é ainda mais nítido no ciberespaço, onde as facilidades na profusão de discursos nocivos podem causar danos mais extensos e de mais complexo saneamento, o que torna ainda mais premente a relevância do princípio democrático produzindo efeitos como verdadeira norma jurídica que é, atuando no juízo de ponderação dos valores conflitantes.

Nesse sentido, ao se analisar a questão da desinformação, sedimentou-se que, para enquadrar determinado discurso como tal, não basta a mera falsidade, devendo haver também uma fraude comunicacional, a intenção de causar dano, seja por motivos econômicos, seja por motivos político-ideológicos.

Assim, por exemplo, ao abordar a decisão judicial do Tribunal Superior Eleitoral do Brasil que cassou o mandato do deputado estadual Fernando Destito Francischini, tem-se que o dano social ocasionado pela desinformação prolatada pelo então deputado corresponde, no fim, a uma violação ao próprio princípio democrático. Ou seja, partindo-se da noção de que não basta a mera falsidade, mas sim a ocorrência de uma lesão à coletividade para justificar o enquadramento de determinado discurso como *fake news*, o princípio democrático, a depender das características do caso em análise, tem o condão de servir como balizador da ocorrência de tais danos que configuram a desinformação, podendo embasar a exclusão do discurso fraudulento da esfera pública.

Isso vale também para o discurso de ódio. Ainda que normalmente sejam mais nítidas as possibilidades de sua supressão na óptica do indivíduo - quando configurar hipóteses de injúria ou difamação, por exemplo – em uma perspectiva da coletividade, como visto neste estudo, o extremismo pode paulatinamente excluir grupos específicos de minorias do debate público, enfraquecendo-os politicamente.

Esse cenário demanda atuação do princípio democrático, podendo ele vir a ser também fundamentação de uma pontual limitação da liberdade de expressão, de forma a conter proliferação de conteúdos de ódio que objetivam nada mais do que obstaculizar a livre e equânime participação de cidadãos nos processos de democracia.

Dessa forma, tem-se que a liberdade de expressão, por mais relevante que seja ao assumir a condição de um dos alicerces da democracia, não é um direito absoluto. Isso permite a criação de modelos regulatórios que visem coibir eventuais distúrbios comunicativos no ciberespaço, em uma perspectiva que, primeiramente, venham a reforçar a tutela do amplíssimo leque de discursos albergados pela liberdade de expressão, mas que retirem de circulação da esfera pública atos comunicativos que comprometam deliberadamente a higidez da tecitura social, justamente o caso das *fake news* e das mensagens extremistas.

No entanto, como visto na análise dos padrões inicialmente adotados pela *Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Internet*, uma regulação para ser adequada constitucionalmente precisa oferecer uma densidade jurídica o bastante para que passe nos critérios de adequação e necessidade em um juízo de proporcionalidade; sob pena de ser anacrônica e engessar o discurso produzido na esfera pública existente no ciberespaço.

Um outro ponto a ser ressaltado quanto a esse caráter material do princípio democrático alhures referenciado, mas agora em uma vertente oposta, no sentido de eventualmente fundamentar a obstaculização do acesso a uma informação ainda que legítima, é notável no instituto do direito ao esquecimento.

É que, como visto no transcurso desta pesquisa, partindo do pressuposto de que uma sociedade somente é verdadeiramente democrática quando forneça meios para que indivíduos tenham garantido um mínimo existencial a partir do qual possam condições de exercer suas potencialidades, também aqui o princípio democrático pode ser um dos elementos que balizam o direito ao esquecimento.

Isso porque tal direito busca, sob determinadas condições, permitir que cidadãos vivam o presente sem amarras de um passado que não mais possui hodiernamente relevância pessoal ou para a coletividade, representando ainda um peso despropositado ao exercício dos direitos da personalidade na atualidade.

Buscou-se sedimentar tal posicionamento, para além da análise de julgados, com as situações hipotéticas de ex-detentos que, já tendo cumprido sua pena, buscam uma reinserção social efetiva; e de pessoas transgênero, que podem almejar a ocultação de dados estritamente pessoais acerca de sua sexualidade que não mais coadunam com sua situação atual. Trata-se de uma questão de dignidade humana, logo relevante para uma inserção efetiva, e não meramente formal, do indivíduo como integrante de uma comunidade política, o que acaba por atrair o interesse do princípio democrático.

Em síntese, de forma ampla, a relação entre a liberdade de expressão e o exercício da democracia no ciberespaço possui uma variedade de nuances e possibilidades tão vastas quanto a própria internet, o que não permite a instituição de modelos prévios e engessados para a solução de eventuais conflitos normativos nesse campo, mas sim impõe a busca por um equilíbrio em um juízo de ponderação no caso concreto que resulte em uma aplicação teleológica da liberdade de expressão, assim entendida como elemento estruturante de uma democracia robusta e inclusiva.

Para tanto, o princípio democrático, especialmente em sua vertente material, pode servir como episódico modulador da liberdade de expressão no ciberespaço, garantindo a base epistêmica daquele direito fundamental, permitindo, assim, que sejam de fato reveladas as potencialidades que a internet oferece ao exercício da democracia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA LUPA. **#Verificamos: É falso que Brasil é o único país que utiliza urnas eletrônicas sem voto impresso.** Em: 19 Mai. 2021. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/lupa/2021/05/19/verificamos-brasil-urnas-eletronicas-voto-impresso/>. Acessado em 18 de abril de 2022.

AGÊNCIA SENADO. **Redes sociais influenciam voto de 45% da população, indica pesquisa do DataSenado.** 12 dez. 2022. Disponível em: <https://www12.senadoleg.br/noticias/materias/2019/12/12/redes-sociais-influenciam-voto-de-45-da-populacao-indica-pesquisa-do-datasenado>. Acessado em 19 de abril de 2022.

ALEXANDRINO, José Melo. **Dez Breves Apontamentos Sobre a Carta Portuguesa De Direitos Humanos Na Era Digital.** In: *Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Universidade de Lisboa*. 2021. Disponível em: <https://www.icjp.pt/content/dez-breves-apontamentos-sobre-carta-portuguesa-de-direitos-humanos-na-era-digital>. Acessado em 30 de maio de 2022.

ALEXANDRINO, José Melo. **O Âmbito Constitucionalmente Protegido da Liberdade de Expressão.** In: *Media, Direito e Democracia: I Curso pós-graduado em direito da comunicação*. MORAIS, Carlos Blanco de; DUARTE, Maria Luísa e CASTRO, Raquel Alexandra Brízida. (Orgs.). Coimbra: Edições Almedina, 2014.

ALEXY, Robert. **Constitutional Rights and Proportionality.** In: *Revus - Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*. Nº 22, 2014.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** 2ª ed. 4ª tiragem. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

ALVES, Adriano. **A perda do mandato político pela disseminação de desinformação.** In: *Conjur*. 08 Nov. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-08/direito-eleitoral-perda-mandato-politico-disseminacao-desinformacao>. Acessado em 21 de abril de 2022.

ARAGON, Manuel. **La Eficacia Juridica del Principio Democratico.** In: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Nº 24, Ano 08, Set-Dez. 1988.

ARENDT, Hannah. **Sobre a Revolução.** Trad. Denise Bottman. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

ASPIS, Mauro Eduardo Vichnevetsky. **O Direito ao Esquecimento.** In: *Migalhas*. 23 Set. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/333760/o-direito-ao-esquecimento>. Acessado em 28 de abril de 2022.

ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho De Mascarenhas. **Direito ao Esquecimento.** In: *Cyberlaw by CIJIC - Revista Científica Sobre Cyberlaw do Centro De Investigação Jurídica Do Ciberespaço*. Nº 07, maio de 2019.

BALKIN, Jack. **How to Regulate (and Not Regulate) Social Media.** In: *Knight Institute Occasional Paper Series*, Nº 01, 25 mar. 2020. Págs. 1-29. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstractid=3484114>. Acessado em 10 de janeiro de 2021.

BARROS, Chalini Torquato Gonçalves de e SAMPAIO, Rafael Cardoso. **Internet Como Esfera Pública? Análise de usos e repercussões reais das discussões virtuais.** In: *Cadernos PPG-AU/UFBA*. Vol. 09. Edição Especial. 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Colisão ente liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei da Imprensa.** In: *Revista Direito Administrativo*. Nº. 235, Jan.- Mar. 2004.

BBC BRASIL. **Câmara mantém prisão de Daniel Silveira — o que acontece agora?** 19 fev. 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-56133932>. Acessado em 04 de abril de 2022.

BBC NEWS. **'Cambridge Analytica planted fake news'**. 20 Mar. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/av/world-43472347>. Acessado em 16 de março de 2022.

BESSI, Alessandro; COLETTI, Mauro; DAVIDESCU, George Alexandru; SCALA, Antonio; CALDARELLI, Guido e QUATTROCIOCHI, Walter. **Science vs Conspiracy: Collective Narratives in the Age of Misinformation**. In: *Plos One*. Vol. 10, Nº 02, 2015. Disponível em: <https://journals.plos.org/plosone/article/file?id=10.1371/journal.pone.0118093&type=printable>. Acessado em 17 de março de 2022.

BOBBIO, Norberto. **A Teoria das Formas de Governo**. Trad. Sérgio Bath. 10ª ed. Brasília: Editora UNB, 1988.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10ª ed. Brasília: UnB, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

BOTELHO, Marcos César; JUNQUEIRA, Beatriz Pereira e TERENCEI Gabriel Vieira. **Eleições, Populismo e Desinformação Digital: O Papel das Redes Sociais Frente a Estigmatização da Imprensa**. In: *Revista Estudos Institucionais*. Vol. 7, Nº. 02, Mai-Ago. 2021. Págs. 649-680.

BRAVO, Jorge dos Reis. **Liberdade de expressão na Era digital: o resgate de um direito humano?** In: *Revista do Ministério Público*. Nº 160, Out-Dez 2019. Págs. 09-58.

BRITO, João Felipe Oliveira. **O STF tinha base fática e legal para determinar a suspensão do Telegram?** In: *Migalhas*. 22 mar. 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/361996/o-stf-tinha-base-legal-para-determinar-a-suspensao-do-telegram>. Acessado em 23 de março de 2022.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CHADWICK, Andrew. **Web 2.0: New Challenges for the Study of E-Democracy in an Era of Informational Exuberance**. In: *A Journal of Law and Policy for the Information Society*. Vol. 5, Nº 01. Dez. 2008. Págs. 09-42. Disponível em: https://heinonline.org/HOL/PAGE?public=true&handle=hein.journals/isjlp505&div=6&start_page=9&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults. Acessado em: 08 de janeiro de 2022.

CHAMBERS Simone. **Truth, Deliberative Democracy, and the Virtues of Accuracy: Is Fake News Destroying the Public Sphere?** In: *Political Studies*. Vol. 69, 2020. Págs. 01 – 17. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/0032321719890811>. Acessado em 15 de abril de 2022.

CHELIOUDAKIS, Eleftherios. **The Glawischnig-Piesczek v Facebook case: Knock, knock. Who's there? Automated filters online**. In: *Ku Lueven*. 2019. Disponível em: <https://www.law.kulueven.be/citip/blog/the-glawischnig-piesczek-v-facebook-case-knock-knock-whos-there-automated-filters-online/>. Acessado em 31 de março de 2022.

CNN BRASIL. **Moraes revoga decisão de bloqueio do Telegram após aplicativo cumprir determinações**. 20 Mar. 2022. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/moraes-revoga-decisao-de-bloqueio-do-telegram-apos-aplicativo-cumprir-determinacoes/>. Acessado em 23 de março de 2022.

COHEN-ALMAGOR, Raphael. **Internet architecture, freedom of expression. and social responsibility: critical realism and proposals for a better future**. In: *Innovation: The European Journal of Social Science Research*. 2015, Vol. 28, Nº 02.

COIMBRA, Rodrigo Carneiro Munhoz. **Por que a urna eletrônica é segura**. In: *Revista Eletrônica da EJE*. Ano IV, Nº 06, Out-Nov. 2014. Disponível em: - <https://www.tse.jus.br/o-tse/escola-judiciaria-eleitoral/publicacoes/revistas-da-eje/artigos/revista-eletronica-eje-n.-6-ano-4/por-que-a-urna-eletronica-e-segura>. Acessado em 14 de abril de 2022.

CONGRESSO EM FOCO. **Kajuru usa as redes sociais para definir voto a presidente do Senado**. 02 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/temas/corruptao/kajuru-usa-as-redes-sociais-para-definir-voto-a-presidente-do-senado/>

CONJUR. **Bolsonaro concede benefício da graça a Daniel Silveira, condenado pelo STF**. 21 de abril de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-21/bolsonaro-concede-beneficio-graca-daniel-silveira-condenado-stf>. Acessado em 10 de junho de 2022.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **VIII Jornada de Direito Civil**. 2018. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-/jornadas-cej/viii-enunciados-publicacpublicacoes-1/jornadas-cej/viii-enunciados-publicacpublicacao-site-com-justificativa.pdf>. Acessado em 07 de fevereiro de 2022.

CONSELHO REGULADOR DA ENTIDADE REGULADORA PARA A COMUNICAÇÃO SOCIAL - **Deliberação ERC/2020/212 (Parecer-Leg) de 21 de Outubro de 2020**. Disponível em: <https://www.erc.pt/pt/deliberacoes/deliberacoes/2020?pagina=3>.

COUNCIL OF EUROPE. **Recommendation CM/Rec(2009)1 of the Committee of Ministers to member states on electronic democracy (e-democracy)**. Adotada em 18 de fevereiro de 2009. Disponível em: <https://www.coe.int/t/dgap/goodgovernan/Activities/Key-Texts/Recommendations/Recommendations/RecommendationC>. Acessado em 30 de junho de 2022.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. **Alternativas para a Remoção de Fake News das Redes Sociais**. In: *Fake News e Regulação*. Georges Abboud; Nelson Nery Jr. e Ricardo Campos (Orgs.). 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

DAHL, Robert. **Sobre a Democracia**. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: Ed. UnB, 2001. Pág. 110.

DAVIDS, Nuraan. **On the (in)tolerance of hate speech: does it have legitimacy in a democracy?** In: *Ethics and Education*. Vol. 13, Nº 03, mai. 2018. Págs. 296-308. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/325346361_On_the_intolerance_of_hate_speech_does_it_have_legitimacy_in_a_democracy. Acessado em 06 de abril de 2022.

DE BEM, Leonardo Schmitt e MARTINELLI, João Paulo. **Crime permanente e a prisão em flagrante do deputado Daniel Silveira**. In: *Migalhas*. 11 mar. 2021. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/depeso/341618/crime-permanente-e-a-prisao-em-flagrante-do-deputado-daniel-silveira>. Acessado em 04 de março de 2022.

DWORKIN, Ronald. **Foreword to Extreme Speech and Democracy**. In: *Extreme Speech and Democracy*. Ivan Hare e James Weinstein (Orgs.). Nova York: Oxford University Press, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EIFERT, Martin. **A Lei Alemã para a Melhoria da Aplicação da Lei nas Redes Sociais (NetzDG) e a Regulação da Plataforma**. In: *Fake News e Regulação*. 1ª ed. Georges Abboud, Nelson Nery Jr. e Ricardo Campos (Orgs.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. Págs. 59-86.

EXTRA. **Internautas fazem tuitaço contra projeto de lei sobre demarcação de terras indígenas**. Matéria de 22 jun. 2021. Disponível em: <https://extra.globo.com/noticias/brasil/internautas-fazem-tuitaco-contraprojeto-de-lei-sobre-demarcacao-de-terras-indigenas-25072451.html>. Acessado em 07 de dezembro de 2021.

Fake News e Regulação. 3ª ed. Georges Abboud, Nelson Nery Jr. e Ricardo Campos (Orgs.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

FARINHO, Domingos Soares e LANCEIRO, Rui. **Liberdade de Expressão na Internet**. In: *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*. Paulo Pinto Albuquerque (Org.). Vol. 2, Título 3, Cap. 09, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2019. Págs. 1700-1739.

FARINHO, Domingos Soares. **Delimitação do Espectro Regulatório de Redes Sociais**. In: *Fake News e Regulação*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. Págs. 29-91.

FARINHO, Domingos Soares. **The new “right to protection Against disinformation” in Portugal**. In: *E-Publica*. Vol. 08, Nº 03, Dez. 2021 (B). Disponível em: <https://e-publica.pt/api/v1/articles/34115-the-new-right-to-protection-against-disinformation-in-portugal.pdf>. Acessado em 20 de julho de 2022.

FARINHO, Domingos Soares. **The Portuguese Charter of Human Rights in the Digital Age: A legal appraisal**. In: *Revista Española de la Transparencia*. Nº 13. Jul-Dez. 2021 (A). Págs. 85-105.

FAVERO, Sabrina e CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e. **A Liberdade de Expressão Tem Uma Posição Preferencial?** In: *Rede Intramericana de Direitos Fundamentais e Democracia*. 2021. Disponível em: https://red-idd.com/files/2021/2021GT06_005.pdf. Acessado em 05 de fevereiro de 2022.

FIALA, Andrew G. **Toleration and Pragmatism**. In: *The Journal of Speculative Philosophy*. Vol. 16, Nº. 02, 2002. Págs. 103-116

FRAZÃO, Ana e MEDEIROS, Ana Rafaela. **Responsabilidade civil dos provedores de internet: a liberdade de expressão e o art. 19 do Marco Civil**. In: *Migalhas*. 23 Fev. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/340656/responsabilidade-civil-dos-provedores-de-internet>. Acessado em 07 de abril de 2022.

FRITZ, Karina Nunes. **Direito ao esquecimento não é absoluto, diz Bundesgerichtshof**. In: *Migalhas*. 11 nov. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/german-report/336206/direito-ao-esquecimento-nao-e-absoluto-diz-bundesgerichtshof>. Acessado em 09 de maio de 2022.

FRITZ, Karina Nunes. In: *Migalhas*. **Direito ao esquecimento está implícito na CF, diz especialista**. 23 fev. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/340757/direito-ao-esquecimento-esta-implicito-na-cf-diz-especialista>. Acessado em: 23 de maio de 2022.

G1. **Jair Bolsonaro leva facada durante ato de campanha em Juiz de Fora**. 06 set. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/zona-da-mata/noticia/2018/09/06/ato-de-campanha-de-bolsonaro-em-juiz-de-fora-e-interrompido-apos-tumulto.ghtml>.

G1. **Mais de um terço da população mundial não tem conexão com a internet, segundo a ONU**. 01 Dez. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2021/12/01/mais-de-um-terco-da-populacao-mundial-nao-tem-conexao-com-a-internet-segundo-a-onu.ghtml>. Acessado em: 01 de março de 2022.

G1. **TSE apresenta previsão do tempo de propaganda no rádio e na TV para cada candidato à Presidência**. 23 ago. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/noticia/2018/08/2018/08/23/tse-apresenta-previsao-do-tempo-de-propaganda-no-radio-e-na-tv-para-cadacandidato-a-presidencia.ghtml>. Acessado em 06 de janeiro de 2022.

GAZETA DO POVO. **Eleições 2018**. 07 out. 2018. Disponível em: <https://especiais.gazetadopovo.com.br/eleicoes/2018/candidatos/pr/deputado-estadual/delegado-francischini-17777/>. Acessado em 16 de abril de 2022.

GONÇALVES, Maria Eduarda. **Direitos humanos na era digital: a Carta portuguesa**. In: *Público*. 21 jun. 2021. Disponível em: <https://www.publico.pt/2021/06/21/opiniaopublica/opiniaopublica/direitos-humanos-digital-carta-portuguesa-1967216>. Acessado em 30 de maio de 2022.

GONÇALVES, Victor Hugo Pereira. **Marco Civil da Internet Comentado**. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de Direito Constitucional**. Vol. I, 6ª ed., Coimbra: Edições Almedina, 2016.

GRIMELJO, Álex. **Pós-verdade: A arte de Manipular Multidões**. In: *El País*. 29 aug. 2017. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/08/22/opinion/1503395946_889112.html. Acessado em 17 de março de 2022.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade**. Vol. II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HAREL, Alon. **Hate Speech**. In: *The Oxford Handbook of Freedom of Speech*. Adrienne Stone e Frederick Schauer (Orgs.). Oxford: Oxford University Press, 2021. Pág. 546.

HELM, Rebeca e NISU, Hitoshi. **Regulatory Responses to 'Fake News' and Freedom of Expression: Normative and Empirical Evaluation**. In: *Human Rights Law Review*. Vol. 21, 2021. Págs. 302-328.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. 20ª ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HIGH LEVEL EXPERT GROUP ON FAKE NEWS AND ONLINE DISINFORMATION. **A Multi-Dimensional Approach To Disinformation - Final report of the High Level Expert Group on Fake News and Online Disinformation**. Mar. 2018. Disponível em: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/News/final-report-high-level-expert-group-fake-news-and-online-disinformation>. Acessado em 31 de dezembro de 2021.

HUNT, Allcott. GENTZKOW, Matthew. **Social Media and Fake News in the 2016 Election**. In: *Journal of Economic Perspectives*. Nashville. Vol. 31, Nº 02, 2017. Págs. 211-236.

IGLEZAKIS, Ioannis. **The Legal Regulation of Hate Speech on the Internet and its Conflict with Freedom of Expression**. In: *SSRN Eletronic Journal*. Dez. 2016. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/pap ers.cfm?abstract_id=2890337. Acessado em 29 de março de 2022.

IOSIFIDIS, Petros e WHEELER, Mark. **Modern Political Communication and Web 2.0 in Representative Democracies**. In: *Journal of the European Institute for Communication and Culture*. 2018.

JAGGI, Stephan. **State Action Doutrine**. In: *Oxford Constitutional Law*. Out. 2017. Disponível em: <https://oxcon.ouplaw.com/view/10.1093/law-mpeccol/law-mpeccol-e473>. Acessado em 14 de janeiro de 2021

JR. Aury Lopes; MATIDA, Janaina; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; NARDELLI, Marcella Mascarenhas e ROSA, Alexandre Morais. **A prisão do deputado Daniel Silveira e os paradoxos processuais**. In: *Conjur*. 26 fev. 2021; Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-26/limite-penal-prisao-deputado-daniel-silveira-paradoxos-processuais>. Acessado em 18 de junho de 2022.

JULIÃO, Gustavo Lyrio. **Reclamação Constitucional: Do Comando Judicial aos Precedentes**. Londrina: Editora Thoth, 2020.

JUNIOR, José Armando Ponte Dias. **Princípios, Regras e Proporcionalidade: Análise e Síntese das Críticas às Teorias de Ronald Dworkin e de Robert Alexy**. In: *Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*. Vol. 27. Jul-Dez. 2007. Págs. 177- 200.

JÚNIOR, Leonardo Tajaribe. **A (in)eficácia do bloqueio do Telegram e os limites da liberdade de expressão**. In: *Migalhas*. 21 mar. 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/361978/a-in-eficacia-do-bloqueio-do-telegram-e-a-liberdade-de-expressao>. Acessado em 23 de março de 2022.

KELSEN, Hans. **A Democracia**. Trad. por Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla, Vera Barkow. São Paulo: Martin Fontes, 2000.

KNEUER, Marianne. **E-democracy: A new Challenge for measuring democracy**. In: *International Political Science Review*. Vol. 35, 5ª ed. 2016. Págs. 666- 678.

KOOPS Bert-Jaap. **Forgetting Footprints, Shunning Shadows. A Critical Analysis of the “Right To Be Forgotten” in Big Data Practice**. In: *Tilburg Law School Legal Studies Research Paper Series*. Nº 08, 2012. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1986719>. Acessado em 19 de abril de 2022.

KORENHOF, Paulan e KOOPS Bert-Jaap. **Identity Construction and the Right to be Forgotten: the Case of Gender Identity**. In: *The Ethics of Memory in a Digital Age Interrogating the Right to be Forgotten*. Alessia Ghezzi, Ângela Guimarães Pereira e Lucia Vesnić-Alujević (Orgs.). Nova York: Palgrave Macmillan, 2014. Págs. 102-123.

LANCEIRO, Rui Tavares. **Pandemia, “Infodemia” e Liberdade de Expressão**. In: *E-Pública*. Vol. 08 Nº 03. dez. 2021. Págs. 39-62.

LANCEIRO, RUI. **Pandemia, “infodemia” e liberdade de expressão**. In: *e-Pública*. Vol. 8 Nº. 03, Dez. 2021. Pág. 39-62.

LEGAL INFORMATION INSTITUTE. **Fighting Words**. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/wex/fighting_words. Acessado em 26 de março de 2022.

LEMLEY, & LESSIG, Lawrence. **The end of end-to-end: preserving the architecture of the Internet in the Broadband Era**. In: *Berkeley: U.C. Berkeley Law and Economics School of Law*, 2000. Disponível em: http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=247737. Acessado em 08 de abril de 2022.

LINDNER, Ralf e AICHHOLZER, Georg. **E-Democracy: Conceptual Foundations and Recent Trends**. In: *Studies in Digital Politics and Governance*. Leonhard Hennen, Iris Korthagen, Ira van Keulen, Georg Aichholzer, Ralf Lindner e Rasmus Ø. Nielsen (Org.). Gewerbestrasse: Springer Open, 2020.

LÖBLICH, Maria e MUSIANI, Francesca. **Net Neutrality and Communication Research The Implications of Internet Infrastructure for the Public Sphere**. In: *Annals of the International Communication Association*. Vol. 38, Nº 01, 2014.

LOEWENSTEIN, Karl. **Militant Democracy and Fundamental Rights**. In: *The American Political Science Review*. Vol. 31, Nº 3, 1937. Págs. 417-432.

LOVELESS, Matthew. **Information and democracy: Fake news as an emotional weapon**. In: *Democracy and Fake News: Information Manipulation and Post-Truth Politics*. Serena Giusti e Elisa Piras. Routledge (Orgs.) Londres: Routledge, 2021.

LUZ, Pedro Henrique Machado da. **Direito ao Esquecimento no Brasil**. Curitiba: Gedai/UFPR, 2019.

MACHADO, E. M. Jónatas e DE BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues. **Liberdade de Expressão, Informações Falsas e Figuras Públicas. O Perigo de Manipulação da Esfera de Discurso Público**. In: *Boletim da Faculdade de Direito*. Tomo I, Vol. 95, Coimbra: Universidade de Coimbra, 2019. Págs. 43-96.

MACHADO, Jónatas. E. M. **Liberdade de Expressão – Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MARANHÃO, juliano e CAMPOS, Ricardo. **Fake News e Autorregulação Regulada das Redes Sociais no Brasil: Fundamentos Constitucionais**. In: *Fake News e Regulação*. Georges Abboud; Nelson Nery Jr. e Ricardo Campos (Orgs.). 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MARSDEN, Chris; MEYER, Trisha e BROWN, Ian. **Platform values and democratic elections: How can the law regulate digital disinformation?** In: *Computer Law & Security Review*. Elsevier. Vol. 36, abr. 2020. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/journal/computer-law-and-security-review/vol/36/suppl/C>. Acessado em 21 de março de 2021.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos Comunicativos Como Direitos Humanos: Abrangência, Limitas, Acesso à Internet e Direito ao Esquecimento**. In: *Revista do Direito da Língua Portuguesa*. Ano 03, Nº 06. Jul.-Dez. 2015. Págs. 219-240.

MCGONAGLE, Tarnach. **“Fake news”: False fears or Real concerns?** In: *Netherlands Quarterly of Human Rights*. Vol. 35, Nº 04, 2017. Págs. 203–209.

MCKAY, Spencer e TENOVE, Chris. **Disinformation as a Threat to Deliberative Democracy**. In: *Political Research Quarterly*. Vol. 74. 2020. Págs. 1-15.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. (Série IDP). NP.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional**. 4ª ed. Série EDB. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**. Tomo 01. 2ª edição. Coimbra: Coimbra editora, 2017.

MIRANDA, Jorge. **Constituição e Democracia**. In: *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*. Nº 65. Jul-Set. 2017.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional - Direitos Fundamentais**. Tomo IV. 5ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

MORAIS, Carlos Blanco de. **O Sistema Político no Contexto da Erosão da Democracia Representativa**. Coimbra: Edições Almedina, 2018.

MOUTINHO, Bruno Martins. **Direito ao Esquecimento Como Um Direito Fundamental**. In: *Revista Jurídica Eletrônica do Piauí*. Vol. 02, Nº 02, Jul-Dez. 2015. Págs. 131-160. Disponível em: <https://revistas.ufpi.br/index.php/raj>. Acessado em 13 de julho de 2022.

NAÇÕES UNIDAS – ONU NEWS. **Especialistas da ONU alarmados com “repressão e censura” na Rússia**. 13 Mar. 2022. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2022/03/1782662>. Acessado em 01 de junho de 2022.

NETO, Eugênio Facchini e DEMOLINER, Karine Silva. **Direito ao Esquecimento e a Proteção da Pessoa**. In: *Repositório PUC RS*. 2020. Disponível em: <https://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/18507>. Acessado em 28 de abril de 2022.

NEWMAN, Jennifer L. **Keeping the Internet Neutral: Net Neutrality and its Role in Protecting Political Expression on the Internet**. In: *Hastings Communications and Entertainment Law Journal*. Vol 31, 2008.

NIETZSCHE, Friedrich. **Genealogia da Moral: Uma Polêmica**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional**. Lisboa: AAFDL, 2017.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares: Do Dever de Protecção à Proibição do Défice**. Coimbra: Grupo Almedina, 2019.

O ESTADO DE S. PAULO. **Smartmatic, que forneceu urnas para a Venezuela, nunca vendeu aparelhos para o Brasil**. 13 nov. 2020. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/estadao-verifica/smartmatic-que-forneceu-urnas-para-a-venezuela-nunca-vendeu-aparelhos-para-o-brasil/>. Acessado em 18 de abril de 2020.

O GLOBO. **Telegram assina adesão ao programa do TSE de combate às fake news**. 25 Mar. 2022. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/telegram-assina-adesao-ao-programa-do-tse-de->

combate-as-fake-news-25449111?utm_source=globo.com&utm_medium=globo. Acessado em 01 de julho de 2022.

O. KLEIN, David e WUELLER Joshua R. **Fake News: A Legal Perspective**. In: *Journal of Internet Law*. Vol. 20, Nº 10, Abr-Mar. 2017. Págs. 05-13.

O'REILLY, Tim. **What Is Web 2.0 Design Patterns and Business Models for the Next Generation of Software**. In: *O'Reilly*. 30 set. 2005. Disponível em: <https://www.oreilly.com/pub/a/web2/archive/what-is-web-20.html>. Acessado em 18 de fevereiro de 2022.

OLIVEIRA, André Soares e GOMES, Patrícia Oliveira. **Os Limites da Liberdade de Expressão: Fake News como Ameaça à Democracia**. In: *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*. Vol. 20, Nº. 02. Dez. 2019. Págs. 93-118. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1645>. Acessado em 14 de maio de 2022.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Art. 1º, Parágrafo Único**. In: *Comentários à Constituição do Brasil*. J.J. Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet e Lenio Luiz Streck (Orgs.). 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

OXFORD LANGUAGES. **Word of the Year 2016**. Disponível em: <https://languages.oup.com/word-of-the-year/2016/>. Acessado em 17 de março de 2022.

PAGALLO, Ugo. **The Broken Promises of Democracy in the Information era**. In: *Digital Democracy in a Globalized World*. Corien Prins, Colette Cuijpers, Peter L Lindseth e Mônica Rosina (Orgs.). Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2017. Págs: 77- 99.

PATO, José Antonio Tardío. **Los Límites al Principio de La Mayoría No Sólo Derivados del Estado De Derecho, Sino También del Propio Estado Democrático. La Denominada Ley Catalana de Autodeterminación Como Ejemplo**. In: *Revista española de Derecho Administrativo*. Nº 189, Jan-Mar. 2018.

POPPER, Karl R. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Vol. 01, Trad. Milton Amado. São Paulo: Edusp, 1974.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA PORTUGUESA - **Requerimento de fiscalização sucessiva de constitucionalidade do Art. 6º Lei da n.º 27/2021 de Portugal**. Enviado pelo ao Tribunal Constitucional ao Tribunal Constitucional de Portugal em 28 de julho de 2021. Disponível em: <https://www.presidencia.pt/media/ugdlau2f/requerimento-tc-sucessiva-carta-direitos-era-digital.pdf>. Acessado em 01 de junho de 2022.

RAIS, Diogo. **Desinformação no Contexto Democrático**. In: *Fake News e Regulação*. Georges Abboud, Nelson Nery Jr. e Ricardo Campos (Orgs.). 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

REUTERS INSTITUTE FOR THE STUDY OF JOURNALISM. **Reuters Institute Digital News Report**. 10ª ed. 2021. Disponível em: https://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/sites/default/files/2021-06/Digital_News_Report_2021_FINAL.pdf. Acessado em 12 de março de 2022.

RIVERO, Álvaro Fomperosa. **Right to Be Forgotten in the European Court of Justice Google Spain Case: The Right Balance of Privacy Rights, Procedure, and Extraterritoriality**. In: *European Union Law Working Paper*. Nº 19, 2017. Págs. 02-49. Disponível em: <https://law.stanford.edu/publications/right-to-be-forgotten-in-the-european-court-of-justice-google-spain-case-the-right-balance-of-privacy-rights-procedure-and-extraterritoriality/>. Acessado em 14 de maio de 2022.

ROCHA, Maria Vital da e LOPES, Lidiane Moura. **Existe um Direito ao Esquecimento? Uma Análise da Decisão do STF no Julgamento do Recurso Extraordinário 1010606**. In: *Revista Brasileira de Teoria Constitucional*. Vol. 07, Nº 01. Jan-jul. 2021. Págs. 71-89.

ROUVROY, Antoinette. **Réinventer l'art d'oublier et de se faire oublier dans la société de l'information?** In: *Réflexions prospectives et internationales*. Paris: Stéphanie Lacour. L'Harmattan,

2008. Págs. 249-278. Disponível em: <http://www.crid.be/pdf/public/5964.pdf>. Acessado em: 25 de abril de 2022.

SÁ, Maria de Fátima Freire de e NAVES, Bruno Torquato Oliveira. **O Direito ao Esquecimento e a Decisão do Supremo Tribunal Federal na Tese De Repercussão Geral Nº 786**. In: *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*. Vol. 28, Abr.-jun. 2021. Págs. 193-206.

SARDO, Alessio. **Categories, Balancing, and Fake News: The Jurisprudence of the European Court of Human Rights**. In: *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*. Vol. 33, Nº 02. Págs. 435-460. BROWN, Étienne. **“Fake News” and Conceptual Ethics**. In: *Journal of Ethics and Social Philosophy*. Vol 16, Nº 02, 2019. Págs. 144-154.

SARLET, Ingo Wolfgang e SIQUEIRA, Andressa de Bittencourt. **Liberdade de Expressão e Seus Limites Numa Democracia: O Caso das Assim Chamadas “Fake News” Nas Redes Sociais em Período Eleitoral no Brasil**. In: *Revista de Estudos Institucionais*. Vol. 06, Nº 02. Mai.-Ago. 2020, Págs. 534-578.

SARLET, Ingo Wolfgang. Capítulo 2: **Dos Princípios Fundamentais**. in: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 8ª ed. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Proteção da Personalidade no Ambiente Digital: Uma Análise à Luz do Caso do Assim Chamado Direito ao Esquecimento no Brasil**. In: *Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]*. Vol. 19, nº 02. Maio/ago. 2018. Págs. 491-530. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/17557>. Acessado em 30 de novembro de 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **STF e direito ao esquecimento: Julgamento a ser esquecido ou comemorado?** In: *Conjur*. 05 Mar. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-05/direitos-fundamentais-stf-direito-esquecimento-julgamento-esquecido-ou-comemorado>. Acessado em 19 de maio de 2022.

SARMENTO, Daniel. **A Liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech”** In: *Revista de Direito do Estado – REDE*. Nº 04, Out-Dez. 2006. Págs. 53-105.

SARMENTO, Daniel. **Art. 5, IV**. In: *Comentários à Constituição do Brasil*. J.J. Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet e Lenio Luiz Streck (Orgs.). 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

SARMENTO, Daniel. **Liberdades Comunicativas e “Direito Ao Esquecimento” Na Ordem Constitucional Brasileira**. In: *Revista Brasileira de Direito Civil*. Vol. 07, Jan-Mar. 2016. Págs. 190-232.

SIEGEL, Alexandra A. **Online Hate Speech**. In: *Social Media and Democracy: The State of the Field, Prospects for Reform*. Nathaniel Persily e Joshua Tucker (Orgs.). Cambridge: Cambridge University Press, 2020.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

SILVA, Pericles Batista da. **A democracia e os Direitos Fundamentais**. In: *Jus Navegandi*. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22817/a-democracia-e-os-direitos-fundamentais>. Acessado em: 27 de dezembro de 2021.

SINGER, Reinhard e BECK, Benjamin. **O “Direito ao Esquecimento” Na Internet: Significado, Efeitos e Avaliação da “Sentença Google” do Tribunal Europeu de 13 de Maio de 2014**. In: *Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça*. Vol. 12, Nº 39. 2019. Págs. 19–46.

SOUSA, Felipe Oliveira De. **O Raciocínio Jurídico entre Princípios e Regras**. In: *Revista de Informação Legislativa*. Vol. 48, Nº. 192, Out-Dez. 2011. Págs. 95-109.

SOUZA, Gisele Landim. **Direito ao esquecimento versus liberdade de expressão critério da ponderação na jurisprudência nacional e internacional.** In: *Revista de Doutrina Jurídica*, Vol. 112, Nº 00. Disponível em: <https://revistajuridica.tjdf.jus.br/index.php/rdj/article/view/654>. Acessado em 14 de fevereiro de 2022.

SUSI, Mart. **The Right to Be Forgotten.** In: *The Cambridge Handbook of New Human Rights*. Andreas von Arnould, Kerstin von der Decken e Mart Susi (Orgs.). Cambridge: Cambridge University Press, 2020.

SZANIAWSKI, Elimar. **O Supremo Tribunal Federal e o julgamento do caso Aída Curi — Parte 3.** In: *Conjur.* 24 mai. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-24/direito-civil-atual-stf-julgamento-aida-curi-parte>. Acessado em 19 de maio de 2022.

TANDOC JR, Edson C.; LIM, Zheng Wei e LING, Richard. **Defining Fake News.** In: *Digital Journalism*. Vol. 06, Nº 02, Aug. 2017. Págs. 1-17. <https://www.tandfonline.com/toc/rdj20/current>. Acessado em 19 de julho de 2022.

THE NEW YORK TIMES. **Cambridge Analytica and Facebook: The Scandal and the Fallout So Far.** 04 Abr. 2018. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2018/04/04/us/politics/cambridge-analytica-scandal-fallout.html>. Acessado em 06 de janeiro de 2021.

THE NEW YORK TIMES. **Cambridge Analytica and Facebook: The Scandal and the Fallout So Far.** 04 abr. 2018. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2018/04/04/us/politics/cambridge-analytica-scandal-fallout.html>. Acessado em 16 de março de 2022.

TSATSOU, Panayiota. **Reconceptualising ‘time’ and ‘space’ in the era of electronic media and communications.** In: *PLATFORM: Journal of Media and Communication*. Vol.1, jul. 2009. Págs. 11-32.

UNESCO. **Countering Online Hate Speech.** Iginio Gagliardone, Danit Gal, Thiago Alves, Gabriela Martinez. 2015. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000233231>. Acessado em 31 de março de 2022.

VALLE, Jaime. **O Poder de Exteriorização do Pensamento Político do Presidente da República.** Lisboa: Editora AAFDL, 2013.

VAN DIJK, Jan. **Digital democracy: Vision and reality.** In: *Public administration in the information age: Revisited*. I. Snellen, M. Thaens, e W. van de Donk (Orgs.). Amsterdam: IOS-Press, 2013.

WALDRON, Jeremy. **The Harm in Hate Speech.** Cambridge: Harvard University Press, 2012.

WARREN, Samuel D. e BRANDEIS, Louis D. **The Right to Privacy.** In: *Harvard Law Review*, Vol. 4, Nº. 5, 1890. Págs. 193-220.

WU, Tim. **Network Neutrality FAQ.** Disponível em: http://www.timwu.org/network_neutrality.html. Acessado em: 08 de abril de 2022.

YAHOO! NOTÍCIAS. **Telegram anuncia 7 medidas para conter a proliferação de fake news no Brasil.** 21 Mar. 2022. Disponível em: <https://br.noticias.yahoo.com/telegram-anuncia-7-medidas-para-131412447.html>. Acessado em 22 de março de 2023.

LISTA DE DECISÕES JUDICIAIS

Segundo Circuito de Cortes de Apelação dos Estados Unidos - *Knight First Amendment Institute at Columbia University v Trump*, Nº. 18-1691. 2019. Julgado em 23 de março de 2020.

Suprema Corte Estadunidense - *Brandenburg v. Ohio* (395 U.S. 444 (1969)).

Suprema Corte Estadunidense - *R.A.V. vs. City of St. Paul* 505 U.S. 377 (1992).

Suprema Corte Estadunidense - *Schenck v. United States* (249 U.S. 47, 52).

Suprema Corte Estadunidense - *Skokie vs. Nationalist Socialist Party of America*, 373 N.E.2d 21 (1978).

Supremo Tribunal Federal do Brasil - Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 4815, julgada em 10 de junho de 2015. Relator Min. Cármen Lúcia. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso.

Supremo Tribunal Federal do Brasil – Inquérito 4.781 Distrito Federal.

Supremo Tribunal Federal do Brasil – Mandado de Segurança 36.666/DF. *William de Lucca Martinez v. Presidente da República*. Plenário Virtual. Voto da Relatora Min. Carmén Lúcia proferido em 27 nov. 2020

Supremo Tribunal Federal do Brasil - Recurso Extraordinário 1.010.606 Rio De Janeiro. Nelson Curi e Outro(A/S) X Globo Comunicação e Participações S/A. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgado em 11 de Fevereiro de 2021.

Tribunal Constitucional Federal da Alemanha - *Facebook v. Der Dritte Weg*. 1 BvQ 42/19. Julgado em 22 mai. 2019.

Tribunal de Justiça da União Europeia - *C-18/18 Glawischnig-Piesczek v Facebook*.

Tribunal de Justiça da União Europeia - *Google Spain, Google Inc. vs. Agência Espanhola de Proteção de Dados e Mario Costeja Gonzalez*, julgado em 13 de maio 2014. Processo C-131/12.

Tribunal Europeu dos Direitos do Homem - *Gündüz v. Turkey*, No. 35071/97.

Tribunal Europeu dos Direitos do Homem - *Times Newspapers Ltd. C. Reino Unido*. Nº 3002/03 e 23676/03. Julgado em 10 de março de 2009.

Tribunal Europeu dos Direitos Humanos - *Węgrzynowski e Smolczewski v. Poland*. nº 33846/07. Julgado em 16 de julho de 2013.

Tribunal Superior Eleitoral do Brasil - Recurso Ordinário Eleitoral Nº 0603975-98.2018.6.16.0000 – Curitiba – Paraná. Ministério Público Eleitoral x Fernando Destito Francischini. Ministro Relator: Luis Felipe Salomão. Data do Acórdão: 28 de outubro de 2021. Publicado em 10 de dezembro de 2021.