

A COLISÃO ENTRE A FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA ERA DIGITAL: UM CONVITE À PROPORCIONALIDADE.

Rubens José Kirk de Sanctis Júnior¹

Resumo: O presente artigo visa analisar a aplicação do princípio da proporcionalidade como forma de compatibilizar o direito fundamental à liberdade de expressão com a função social do Direito, em especial na chamada Era Digital. Para isso, utiliza-se da metodologia dedutiva, fundamentando-se em revisão bibliográfica da doutrina, bem como análise da legislação e jurisprudência, nacionais e estrangeiras. No trabalho, inicialmente, são fixados aspectos conceituais e históricos acerca dos institutos da função social do Direito e da liberdade de expressão. Estabelece um panorama comparativo da proteção jurídica dada à liberdade de expressão nos Estados Unidos da América, Alemanha e Brasil, com base em julgamentos paradigmáticos proferidos pelas respectivas Cortes Constitucionais. Também aborda o conceito e possibilidades de aplicação do princípio da proporcionalidade. Por fim, os resultados obtidos demonstram que o princípio da proporcionalidade pode ser utilizado como ferramenta jurídica eficaz na solução desses dilemas inerentes à liberdade de expressão na sociedade contemporânea.

Palavras-Chave: Função Social do Direito. Liberdade de Expressão. Era Digital. Limites. Princípio da Proporcionalidade.

THE COLLISION BETWEEN THE SOCIAL FUNCTION OF LAW AND FREEDOM OF EXPRESSION IN THE DIGITAL AGE: AN INVITATION TO PROPORTIONALITY.

Abstract: This article aims to analyze the application of the principle of proportionality as a way to reconcile the fundamental right to freedom of expression with the social function of the Law, especially in the so-called Digital Age. To this end, the deductive methodology is used, based on a bibliographic review of the doctrine, as well as an analysis of national and foreign legislation and jurisprudence. In the work, initially, conceptual and historical aspects about the institutes of the social function of Law and freedom of expression are fixed. It establishes a comparative overview of the legal protection given to freedom of expression in the United States of America, Germany and Brazil, based on paradigmatic judgments handed down by the respective Constitutional Courts. It also addresses the concept and possibilities of application of the principle of proportionality. Finally, the results show that the principle of proportionality can be used as an effective legal tool to solve these dilemmas inherent to freedom of expression in contemporary society.

Keywords: Social Function of Law. Freedom of Speech. Digital Age. Limits. Principle of Proportionality.

¹ Procurador Federal da Advocacia-Geral da União. Professor da Faculdade de Direito de Sorocaba-SP e da Faculdade de Direito da Athon. Graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Sorocaba. Especialização em Direito Previdenciário pela Escola Paulista de Direito. Mestrando em Função Social do Direito pela FADISP.

Introdução

A chamada era digital, em especial após o advento das redes sociais, trouxe alterações relevantes na comunicação humana, notadamente no que se refere à forma de as pessoas se relacionarem e expressarem as suas ideias. O surgimento das redes sociais possibilitou que bilhões de usuários utilizassem plataformas *on-line*, com amplo alcance, para exposição de seus pensamentos e crenças.

Esse aumento significativo, na escala de manifestação da liberdade de expressão, trouxe problemas de ordem prática quanto à sua compatibilização com a função social do Direito, notadamente em países que adotam o modelo de Estado Social, no qual o ente estatal não se limita à previsão abstrata de direitos fundamentais, mas atua, também, na sua materialização, buscando uma sociedade mais justa, solidária e igualitária².

É justamente esse poder-dever dos Estados modernos, de concretizar a função social do Direito, que ocasiona uma perene tensão com o direito à liberdade de expressão, em especial quando se discute se essa importante liberdade pública goza ou não de algum tipo de limite.

Por esses motivos, é essencial discutir-se qual é o papel do Estado no exercício da liberdade de expressão, os limites à essa atuação e como compatibilizar esse direito fundamental com a função social do Direito na era digital.

A função social do Direito

Os chamados Estados modernos passaram, no decorrer dos séculos, por uma mudança de paradigma na sua função, em especial no contexto histórico de meados do século XIX, quando o chamado Estado Liberal (ou de intervenção mínima) já não conseguia proteger parcela significativa da sociedade, que emprestava a sua mão de obra ao capital.

Ao analisar, de forma precisa, essa transição de um Estado liberal para um Estado social, COMPARATO (2011, p. 77) traz um panorama da realidade então vigente, pontuando que “foi justamente para corrigir e superar o individualismo próprio da civilização burguesa, fundado nas liberdades privadas e na isonomia, que o movimento socialista fez atuar, a partir do século XIX, o princípio da solidariedade como dever jurídico”.

² Nesse sentido: “Assim, nessa nova postura o Estado abandona a sua tradicional posição de neutralidade e de mero espectador dos embates que se travam no campo da convivência entre os homens e passa a atuar ‘ativamente na busca’ da concretização da igualdade positivada nos textos constitucionais”. GOMES, Joaquim B. Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional brasileiro. *Revista de informação legislativa*: v. 38, n. 151 (jul/set. 2001). p. 132. *Revista Jurídica* http://revistas.unievangelica.edu.br/Revista_Jurídica/v.26, n.1, jan. - jun. 2024 – p.130-154 DOI: <https://Doi.org/10.29248/2236-5788.2024.v.1 –p.113-138>

O aumento de pessoas exploradas, sem renda, sem proteção de direitos mínimos e que começavam a exigir respeito às suas dignidades básicas, passou a significar um problema de ordem concreta à manutenção do chamado Estado Liberal, em que a intervenção estatal nas realidades sociais era mínima e de natureza puramente regulamentar.

Portanto, os abusos promovidos pela industrialização, em suas etapas iniciais, foram a mola propulsora que forçou a mudança na forma de se pensar o Estado e se desenhar as suas funções sociais mais relevantes.

Essa evolução, na forma de se vislumbrar a materialização de direitos pelo Estado, bem como a própria função do Direito na sociedade, é bem retratada por DOUZINAS (2009, p. 127):

a primeira geração, ou direitos “azuis”, é simbolizada pela liberdade individual; a segunda, ou direitos “vermelhos”, por reivindicações de igualdade e garantias de um padrão de vida decente, ao passo que a terceira, ou direitos “verdes”, pelo direito à autodeterminação e, tardiamente, pela proteção ao meio ambiente.

Após a 2ª Guerra Mundial, a função social do Direito, ganhou ressonância ainda mais significativa, quando o chamado Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*) foi alçado a modelo universal por meio de declarações internacionais, como é o caso, por exemplo, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que já em seu preâmbulo estabelece que “...os Países-Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos e liberdades fundamentais do ser humano e a observância desses direitos e liberdades”.

Com a mudança na maneira de se compreender a finalidade do Estado, ganhou força, naquele contexto, a concepção do Direito sob o prisma da sua função social, que pressupõe considerar que o Direito é instrumental, ou seja, é ferramenta para o alcance de pacificação social, melhoria na qualidade de vida e redução das desigualdades sociais. Nessa visão, o Estado assume uma função ativa, ou seja, de materialização e mediação do Direito junto à sociedade, evitando qualquer postura equidistante da população e das relações humanas³.

³ Nesse sentido: “Hoje é quase indiscutível que a cultura de massa e a industrialização tenham impulsionado a transição do Estado constitucional para o Estado do bem-estar. Na sociologia, por exemplo, Niklas Luhmann chamou a atenção em várias ocasiões para a ‘crescente relevância política de organizações formais’ e para a conseqüente transformação do ‘Estado constitucional liberal em Estado do bem-estar’. Com isso, o Estado moderno também se transforma num Estado integralmente planejador, que, como no Brasil, por exemplo, projeta suas próprias capitais na prancheta de desenho e assim intervém profundamente nas redes auto estabelecidas de relações sociais”. VESTING, Thomas. Teoria do Estado: a transformação do Estado na modernidade. (Série IDP. Linha direito comparado). São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555599244. p. 76. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555599244/>>. Acesso em: 22/04/2023. *Revista Jurídica* http://revistas.unievangelica.edu.br/Revista_Jurídica/v.26, n.1, jan. - jun. 2024 - p.130-154 DOI: <https://Doi.org/10.29248/2236-5788.2024.v.1-p.113-138>

No Brasil, a Carta Magna de 1988 deixa clara a opção do constituinte pela estruturação de um Estado de natureza social, preconizando, logo no preâmbulo, ser obrigação do Estado assegurar a igualdade, as liberdades, os direitos individuais e sociais.

Outros dispositivos também deixam evidente a incumbência, dada ao Estado, de garantidor e aplicador da função social do Direito, como ocorre, por exemplo, nos objetivos da República Federativa do Brasil, expostos no artigo 3º da Constituição Federal ou no direito à propriedade, emoldurado, pelo texto constitucional, sob a exigência do respeito à sua função social, conferindo ao ente estatal a possibilidade, inclusive, de promover medidas sancionatórias em caso de violação a esse postulado (artigos 5º, XXIII e 182, §4º).

Entretanto, da mesma forma que a Constituição brasileira atribuiu ao Estado a incumbência de agir como fiador da função social do Direito, ela também garantiu aos brasileiros e estrangeiros, aqui residentes, a possibilidade de exigirem as políticas públicas necessárias para a concretização do extenso rol de direitos individuais e sociais previstos na Carta da República, estabelecendo, inclusive, instrumentos jurídico-processuais para tanto (remédios constitucionais, ação popular, ações ordinárias etc.).

É justamente dessa possibilidade de manifestação popular para chamar o Estado às suas obrigações, que surge a relevância do direito fundamental à liberdade de expressão, o qual assegura que o indivíduo se manifeste sobre temas relativos às suas crenças e dogmas pessoais, mas também, e principalmente, utilize-o para criticar e exercer um escrutínio público sobre a atuação do Estado e de seus agentes políticos, conferindo à liberdade de expressão não apenas a característica de direito fundamental individual, mas a natureza de instrumento garantidor da própria função social do Direito, como ferramenta indispensável nas relações sociais humanas.

Panorama sobre a evolução da proteção jurídica à liberdade de expressão nos Estados Unidos da América, na Alemanha e no Brasil

A história humana está diretamente associada à evolução da comunicação e da linguagem, que foram fundamentais para a afirmação do *homo sapiens* como espécie dominante.

A respeito, HARARI (2019, p. 30) defende que a Revolução Cognitiva, ocorrida entre 70 mil e 30 mil anos atrás, possibilitou que os humanos “pensassem de uma maneira sem precedentes e se comunicassem usando um tipo de linguagem totalmente novo”.

Portanto, mesmo na fase mais rudimentar do desenvolvimento da linguagem e da comunicação, o ser humano sempre buscou formas de se expressar e expor as suas ideias. Com

a evolução da espécie e da vida em comunidade, a expressão comunicativa foi ganhando contornos não apenas sociais⁴, mas também jurídicos, passando a ser um pilar de sustentação dos direitos fundamentais e suscitando o debate, inclusive, sobre eventuais limites incidentes sobre ela.

Sob o prisma da evolução política e jurídica do direito à liberdade de expressão, a primeira emenda da Constituição dos Estados Unidos da América, de 1791, trouxe significativa influência para as democracias ocidentais, incorporando constitucionalmente o *freedom of speech* e, em certa medida, no caso norte-americano, conferindo-lhe uma natureza quase absoluta dentro do rol de direitos fundamentais.

Entretanto, após a Segunda Guerra mundial, cujo contexto envolveu a institucionalização, pelo nazismo e fascismo, do discurso de ódio e do controle rigoroso da máquina pública sobre o que era dito pelos indivíduos, a problemática da extensão do direito à liberdade de expressão ganhou relevância jurídico-filosófica mais significativa e, também, controversa.

Surgiram, nessa quadra histórica, questões delicadas que continuam a desafiar a liberdade de expressão. Como bem salientam FERNANDES e AZEVEDO (2017, p. 148-161), o conceito de discurso de ódio, por exemplo, ganhou destaque “a partir de experiências como a do Holocausto na Alemanha Nazista, durante o período da 2ª Guerra Mundial, na medida em que gerou consequências nocivas ao promover o ódio racial, a discriminação e a violência contra oponentes políticos desse regime”.

Desde então, as Cortes constitucionais ao redor do mundo passaram a enfrentar casos que envolviam a extensão ou os limites da expressão do pensamento.

Nos Estados Unidos da América, onde a Constituição (Primeira Emenda) garante um robusto direito à liberdade de expressão, a jurisprudência da Suprema Corte, notadamente a partir do importante julgamento do caso *Brandenburg v. Ohio* (1969), acabou por pavimentar

⁴ Fazendo uma profunda análise sobre a evolução da jornada humana na luta pela redução das desigualdades, GALORE traz contribuição relevante quando aborda o papel central da comunicação no desenvolvimento social e econômico: “Naturalmente, o padrão de vida de uma pessoa não é apenas uma questão de saúde, bens materiais e conforto físico, mas também depende de dimensões sociais, culturais e espirituais da existência. Nesses aspectos, os avanços tecnológicos durante o período proporcionam acesso muito maior à informação, ao intercâmbio cultural e ao contrato social, a despeito da distância física. O primeiro avanço significativo nesse sentido foi a rápida proliferação da tecnologia de impressão de Gutenberg, que facilitou a difusão de informação e cultura por meio de livros e jornais”. GALORE, Oded. A jornada da humanidade. As origens da riqueza e da desigualdade. Rio de Janeiro: Ed. Intrínseca, 2023. p. 127.

o entendimento de que a liberdade de expressão somente será limitada quando estimular atos criminosos iminentes.

Interessante destacar que, nas décadas que se sucederam, a Suprema Corte norte americana manteve, no geral, a prevalência da liberdade de expressão frente a outros direitos (vide *New York Times v. Sullivan e Texas v. Johnson*), mesmo que, na prática, essa opção jurisprudencial da Corte - de realçar a liberdade de expressão a um patamar de superioridade hierárquica (*preferred position doctrine*) - possibilite que discursos de ódio sejam proferidos contra grupos específicos, notadamente minorias e negros.

Nesse sentido, em *Matal v. Tam*, a Suprema Corte norte americana, em controversa decisão, assentou que a noção de *hate speech* não seria compatível com o teor da primeira emenda, a qual deve ser protegida, mesmo que, conforme sustentou o Juiz Associado Samuel Alito, a manifestação ou opinião ataque pessoas em razão da sua raça, etnia, sexo, religião, idade ou deficiência⁵.

De forma diferente pensa o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*), referência na abordagem da liberdade de expressão, cuja jurisprudência construiu uma linha de raciocínio bem mais condicionante ao exercício desse direito fundamental, o qual, segundo SARMENTO (2006, p. 19), não possui, na experiência alemã, uma “posição de superioridade em relação aos demais direitos”, razão pela qual os “tribunais com frequência ponderam a liberdade de expressão com outros bens jurídicos, sobretudo direitos da personalidade, empregando o princípio da proporcionalidade...”.

Essa forma de pensar a liberdade de expressão possibilitou que os julgados do Tribunal se tornassem referência no combate ao discurso de ódio (*hate speech*), como ocorreu, por exemplo, no caso em que o Tribunal Constitucional assentou que a negação do holocausto não estava protegida e amparada pela liberdade de expressão, porque se tratava, na verdade, da negativa de fatos históricos (caso BVerfGE 90, 241-255 do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, julgado em 1994).

Esse, talvez, seja o primeiro grande caso constitucional a trabalhar, além de outros aspectos, o conceito de *fake news*, mesmo que na era analógica, anterior às redes sociais.

⁵ Trecho do voto de Alito na íntegra: “Speech that demeans on the basis of race, ethnicity, gender, religion, age, disability, or any Other similar ground is hateful; but the proudest boast of our free speech jurisprudence is that we protect the freedom to express ‘the thought that we hate’.” *Matal v. Tam*. Disponível em <https://www.supremecourt.gov/opinions/16pdf/15-1293_1o13.pdf>. Acesso em 17/03/2023.

Na experiência brasileira, Constituição Federal de 1988 estabelece uma proteção significativa, expressa e abrangente à liberdade de expressão. O legislador constituinte deixou inequívoca a opção pela defesa constitucional dessa importante liberdade pública, não apenas sob o prisma do pensamento, mas também sob a perspectiva da liberdade religiosa, artística e jornalística.

É possível dizer-se, portanto, que a liberdade de expressão no Brasil é um direito fundamental que protege diversas camadas da liberdade de crítica e consciência. Essa conclusão é facilmente extraída, inicialmente, do artigo 5º, inciso IV da Constituição Federal, quando preconiza ser livre a manifestação do pensamento, vedado o anonimato. Em complemento a essa previsão constitucional, o artigo 220, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal, confere robustez à liberdade de expressão, ao estabelecer que:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Uma leitura isolada e apressada dos dispositivos constitucionais supramencionados poderia levar à conclusão de que o direito à liberdade de expressão no Brasil seria absoluto. Contudo, o próprio § 3º do artigo 220 da Carta da República, bebendo da fonte do Estado Social e da função social do Direito, atribui ao poder público a função fiscalizatória de filtragem e responsabilização nas situações ali descritas.

Ademais, reforçando a ausência, no direito brasileiro, de um caráter absoluto à mencionada liberdade, a Constituição Federal também garante outros direitos fundamentais que exigem uma compatibilização com a liberdade de expressão, como ocorre, por exemplo, com a inviolabilidade à honra e à vida privada, consoante redação do artigo 5ª, inciso X da Constituição Federal, possibilitando, inclusive, a indenização por dano moral e material decorrente de sua violação.

Analisando a extensão da liberdade de expressão, BARROSO (2020, p. 6) defende que a Carta da República protege a “manifestação de pensamento” e que “as principais limitações à liberdade de expressão estão associadas à proteção de outros direitos, chamados direitos da personalidade, que incluem a imagem, a honra e a privacidade das pessoas”.

Assim, numa leitura orgânica do texto Constitucional, é possível concluir que a liberdade de expressão não seria um direito absoluto, estando sujeita à observância da sua função social e ao respeito a outros valores constitucionais igualmente garantidos.

Traçado esse panorama histórico e normativo da proteção à liberdade de expressão, em especial nos Estados Unidos da América, na Alemanha e no Brasil, cumpre a análise dos desafios impostos pela era digital, marcada pelo domínio das redes sociais, notadamente quanto às dificuldades de se estabelecer paradigmas gerais de limites ao exercício da liberdade de expressão.

Desafios para a liberdade de expressão na era digital

É imperiosa uma observação que, para o tema ora tratado (liberdade de expressão), possui um impacto significativo na sua compreensão: toda a construção doutrinária e jurisprudencial, até aqui mencionada, não estava preparada para o surgimento e ascensão das redes sociais.

A partir dessa nova realidade, que modificou de forma significativa a maneira pela qual as pessoas manifestam as suas opiniões e convicções, surgiram, aos Estados, dificuldades adicionais a um tema que é, por si, espinhoso. Isso porque, após o advento das redes sociais, cada indivíduo possui uma plataforma de alcance global para expor as suas ideias, pensamentos e convicções. Esse fato ocasionou uma amplificação monstruosa da expressão do pensamento, seja na quantidade, seja no seu alcance.

Ademais, outra característica *sui generis* dessa forma de manifestação consiste no fato de que publicações em redes sociais, no geral, não sofrem crivo editorial prévio. Quando muito, as respectivas plataformas fazem uma filtragem que, no mais das vezes, diz respeito à tentativa de impedir o uso de robôs ou de contas irregulares.

Essa perspectiva é muito distinta daquela vivida antes do advento dessas plataformas, quando a manifestação da opinião e do pensamento, para atingir um número significativo de indivíduos, dependia da utilização do que se convencionou chamar mídia tradicional (jornais, revistas, periódicos, programas televisivos etc.) ou de instrumentos acadêmicos (livros e artigos, por exemplo).

Em todas essas situações, havia algum grau de filtragem prévia sob o ponto de vista editorial, inclusive em razão do temor das empresas de comunicação de serem responsabilizadas caso o texto ou opinião causasse prejuízo a outrem.

Isso simplesmente não ocorre nas redes sociais e aplicativos de mensagens, o que traz dificuldades adicionais no tratamento do tema, com condutas que contribuem para o desvirtuamento do direito à liberdade de expressão, notadamente as seguintes:

- i) Propagação de *fake news* e de conteúdo destinado à desinformação, muitas vezes promovidas por inteligência artificial e utilização de robôs ou perfis falsos, com o intuito de interferir ilegitimamente no debate democrático;
- ii) A promoção de discursos de ódio contra determinados grupos específicos, em geral minorias, com a propagação de manifestações racistas, discriminatórias e preconceituosas;
- iii) Possibilidade de coleta de dados pessoais, pelas plataformas, com base nas opiniões e manifestações expressadas pelos usuários nas redes sociais, que podem vir a ser utilizadas nas mais diversas finalidades, muitas vezes sem a adequada compreensão pública dessa sistemática;
- iv) Utilização de inteligência artificial e algoritmos para sugerir conteúdo aos usuários e, conseqüentemente, por via indireta, influenciar no debate público de ideias.
- v) Assunção, pelas plataformas digitais, do papel de guardião, censor, estimulador e materializador das manifestações públicas, concentrando uma significativa porção de poder que, antes do advento das redes sociais, estava inteiramente na mão do Estado. Talvez essa seja, inclusive, a pedra angular de todas as dificuldades contemporâneas envolvendo a regulamentação da liberdade de expressão, ante o poder econômico (e político) angariado por essas companhias⁶.

Todas as questões acima elencadas geram um impacto significativo na forma como a liberdade de expressão é exercida e principalmente na amplitude da aludida liberdade. Apenas para ilustrar essa afirmação, a Suprema Corte dos Estados Unidos analisou, recentemente, dois casos importantes em que se discutiam certas balizas de atuação das companhias digitais naquele País.

⁶ Abordando justamente o enfraquecimento do Estado do bem-estar social e sua paulatina substituição pela mediação social feita pelas *Big Techs*, MOROZOV sustenta que “Para o Vale do Silício, porém, o Estado algorítmico, obcecado pelos sistemas de reputação e pela economia compartilhada, é o novo Estado do bem-estar social. Se você for honesto e trabalhador, sua reputação on-line vai refletir isso, produzindo uma rede de proteção social altamente personalizada.” MOROZOV, Evgeny. *Big Tech. A ascensão dos dados e a morte da política*. São Paulo: Ubu editora. 2018. p. 95.
Revista Jurídica http://revistas.unievangelica.edu.br/Revista_Jurídica/v.26, n.1, jan. - jun. 2024 – p.130-154 DOI: <https://Doi.org/10.29248/2236-5788.2024.v.1 –p.113-138>

Em *Twitter, Inc. v. Taamneh*, a família de Nawras Alassaf, morto em um ataque terrorista do Estado Islâmico em Istambul (2017), sustentava que as companhias que administram redes sociais (como o *Twitter*) violaram a Lei antiterrorismo dos Estados Unidos, ao permitirem que o ISIS e seus seguidores hospedassem conteúdo ilegal nessas plataformas.

Ao julgar a questão, a Suprema Corte entendeu, no caso concreto, não ser possível responsabilizar a companhia em razão de os autores não terem provado uma associação direta da empresa na prática do atentado terrorista. Quanto aos algoritmos que sugeririam conteúdo ilegal, a Corte preconizou serem eles agnósticos e que caberia aos demandantes demonstrarem uma conduta passiva do *Twitter* na filtragem do conteúdo, ônus do qual não se desincumbiram.

Já em *Gonzalez v. Google LLC*, debateu-se se o fato de os algoritmos do Youtube sugerirem, aos usuários, vídeos da organização criminosa Estado Islâmico, possibilitaria a responsabilização do Google por danos causados às famílias de pessoas mortas em atentados terroristas perpetrados pelo ISIS. Contudo, a Suprema Corte aplicou o mesmo entendimento firmado em *Twitter, Inc. v. Taamneh*, inclusive quanto à ausência de prova de compartilhamento de receita publicitária entre o *Google* e o *ISIS* e determinou que o Tribunal inferior proferisse novo julgamento à luz desse entendimento.

No âmbito do direito internacional, a Corte Europeia de Direitos Humanos também foi chamada a analisar eventuais limites à liberdade de expressão no ambiente virtual e a sua colisão com a vida privada. Cita-se, como exemplo, o ruidoso caso *Beizaras e Levickas v. Lituânia*, no qual a Corte externou o entendimento de que a liberdade de expressão, garantida na Convenção Europeia dos Direitos Humanos, não protege discursos de ódio ou discriminatórios proferidos no ambiente virtual, sendo obrigação do estado signatário adotar medidas de proteção às minorias que sofrem esses ataques virtuais.

Diante desse panorama, é possível vislumbrar todas as complexas e gigantescas dificuldades que os Estados contemporâneos enfrentarão na compatibilização da função social do Direito com a liberdade de expressão. No caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal tem enfrentado, por décadas, dilemas complexos envolvendo o exercício – e eventual limitação – da liberdade de expressão, sendo importante a análise de como a jurisprudência do Tribunal se consolidou acerca da matéria.

Casos paradigmáticos analisados pelo Supremo Tribunal Federal envolvendo o alcance e limites à liberdade de expressão

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal possui um denso histórico de precedentes envolvendo a liberdade de expressão, notadamente no contexto posterior à Constituição Federal de 1988.

Da análise desses julgados, é possível extrair-se que a Corte realiza um balanceamento caso a caso, ou seja, verifica, nas situações concretas, se o direito à liberdade de expressão sofrerá algum tipo de limitação. Para os fins deste estudo, foram selecionados os casos em que esse balanceamento se tornou mais evidente e cuja repercussão como tese em abstrato seria mais abrangente.

O primeiro caso a ser abordado é talvez o mais controverso e midiático julgamento, sob a égide da Carta de 1988, envolvendo liberdade de expressão e diz respeito ao caso Ellwanger (*Habeas Corpus* 82.424/RS) julgado em 2003, no qual se discutiu se as publicações feitas por Siegfried Ellwanger, em sua editora no Rio Grande do Sul (uma delas denominada “Holocausto: Judeu ou alemão?”), constituíam ou não a prática de racismo contra judeus (inclusive para se aferir a ocorrência de eventual prescrição), bem como se essas manifestações estariam protegidas pela liberdade de expressão garantida no texto constitucional.

No mérito do *writ*, a maioria do plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu por manter a condenação imposta, ao paciente, pela Justiça do Rio Grande do Sul, tendo prevalecido o entendimento de que a dignidade da pessoa humana deveria preponderar sobre a liberdade de expressão, razão pela qual a condenação imposta pelo Estado não violaria a Constituição Federal.

Interessante destacar trecho do voto do Min. Gilmar Mendes, em que assenta:

Da mesma forma, não se pode atribuir primazia à liberdade de expressão, no contexto de uma sociedade pluralista, em face de valores outros como os da igualdade e da dignidade humana. Daí ter o texto constitucional de 1988 erigido, de forma clara e inequívoca, o racismo como crime inafiançável e imprescritível (CF, art. 5º, XLII), além de ter determinado que a lei estabelecesse outras formas de repressão às manifestações discriminatórias (art. 5º, XLI).

Já no campo da liberdade de imprensa (uma das formas de liberdade de expressão), a Corte declarou a inconstitucionalidade da Lei de Imprensa editada em 1967, sob a égide do regime militar, justamente por considerar ser ela incompatível com os direitos fundamentais previstos na Carta de 1988, conferindo uma prevalência, na hipótese, à liberdade de manifestação e pensamento (ADPF nº 130).

Em outro caso de ampla repercussão nos meios de comunicação (Reclamação 38782), que ponderou a aparente colisão entre a liberdade de expressão e o direito à liberdade de crença, a Segunda Turma do STF autorizou a exibição de especial natalício do programa Porta dos Fundos, em que Jesus era retratado como sendo gay.

Na ementa do aludido julgado, a Corte deixa clara a importância da livre circulação de ideias, inspirada na teoria do *Free Marketplace of Ideas* (livre mercado de ideias) formulada pela Suprema Corte dos Estados Unidos no julgamento do celebre caso *Abrams v. United States*, de 1919, assentando que a “proibição de divulgação de determinado conteúdo deve-se dar apenas em casos excepcionalíssimos, como na hipótese de configurar ocorrência de prática ilícita, de incitação à violência ou à discriminação, bem como de propagação de discurso de ódio”.

Também dando guarida à liberdade de expressão, o STF entendeu, na ADPF nº 187, ser constitucional a realização da “Marcha da Maconha”, sob o argumento de que a defesa da legalização de seu consumo não caracterizaria crime previsto no ordenamento penal brasileiro.

Todavia, de todos os casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal envolvendo a liberdade de expressão, o julgamento da ADPF 572-DF é o de maior relevância para a era das redes sociais. Nesse importante julgamento, a Corte reiterou entendimento de que a liberdade de expressão não é um direito fundamental absoluto, na medida em que deve respeitar e observar outros direitos fundamentais e estruturais igualmente previstos na Carta Magna, como, por exemplo, o regime democrático, o Estado de Direito, a vida, a honra e dignidade da pessoa humana.

Em suma, a Suprema Corte assentou que a liberdade de expressão não pode ser utilizada para a prática de crimes, nem mesmo no suposto campo da liberdade de ideias na internet, que não equivale à terra sem lei. Em outras palavras, o Livre Mercado de Ideias, mesmo no terreno virtual, encontra um filtro e limite na legislação penal, razão pela qual não pode ser invocado para justificar e estimular ataques às instituições democráticas ou ameaças (inclusive de morte) a agentes públicos.

Vale destacar, *verbi gratia*, trecho de voto do Min. Edson Fachin, no qual deixa registrado que o direito à liberdade de expressão não significa, apesar de sua posição preferencial no arcabouço dos direitos fundamentais, que haja uma imunidade absoluta para a prática de crimes, assentando que:

Mesmo com a preponderância que a liberdade de expressão assume em nosso sistema de direitos, e de sua “posição de preferência” [preferred position], seu

uso em casos concretos pode se tornar abusivo. Neste sentido, podem-se agregar ao exercício legítimo da liberdade de expressão alguns condicionantes que balizem a aferição de responsabilidades civis e penais.

O Min. Gilmar Mendes, no mesmo julgamento, trouxe à discussão a perspectiva da divulgação em massa de notícias falsas na internet, que resultam em ataques aos regimes democráticos e, como, consequência, acabam por interferir, mesmo que indiretamente, no processo político dos Estados, *verbis*:

Esse tipo de conduta, ao ser utilizada de forma sistemática, busca minar a legitimidade do processo eleitoral e possibilitar, até mesmo, a eventual recusa do resultado das urnas, o que caracteriza, segundo Steven Levitsky e Daniel Ziblatt, um dos fatores indicativos de movimentos autoritários que levam a regressões democráticas (LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *How Democracies Die*. New York: Broadway Books, 2018. p. 30).

No trecho acima, é possível extrair o que talvez seja o problema seminal da divulgação de *fake news* pela Internet e plataformas sociais, na medida em que esses discursos atacam, precipuamente, o pilar que dá sustentação à liberdade de expressão, ou seja, o próprio regime democrático.

É relevante ressaltar que o debate travado na referida ADPF trouxe uma contribuição adicional à discussão do tema, consistente na análise da responsabilidade (poder-dever) do Estado em atuar na investigação e punição de discursos que, sob o manto da liberdade de expressão, resultam em prática de crimes.

Esse tema, ou seja, da função social do Estado – e do direito - na concretização de direitos fundamentais, é central na era digital, tendo a Suprema Corte preconizado que, entre as atribuições do Estado, está a função de atuar e coibir esses discursos, entendendo ser constitucional a instauração de inquérito, na Corte, para investigar tais fatos.

Portanto, todos esses julgamentos, que construíram o arcabouço jurisprudencial após a promulgação da Carta de 1988, demonstram que o Supremo Tribunal Federal se inclina à percepção de que o direito à liberdade de expressão não é absoluto e ilimitado, uma vez que não se permite o uso desse direito fundamental para atacar outros direitos constitucionais ou para a prática de atos criminosos, numa linha interpretativa que parece ser compatível com aquela construída pelo Tribunal Constitucional da Alemanha.

Os casos acima selecionados demonstram a complexidade de se estipular eventuais limites à liberdade de expressão e contribuem para a visualização de como a aplicação adequada

do princípio da proporcionalidade poderia contribuir na resolução desses dilemas de uma forma mais institucional e estruturada.

Aplicação da proporcionalidade nos dilemas contemporâneos envolvendo a liberdade de expressão

Conforme demonstram, em maior ou menor grau, os exemplos vindos dos Estados Unidos da América, da Alemanha e do Supremo Tribunal Federal, as Cortes Constitucionais das grandes democracias impõem certas limitações ao exercício da liberdade de expressão, em especial quando ela colide diretamente com outros direitos constitucionais igualmente assegurados.

Entretanto, a questão basilar na limitação da liberdade de expressão reside em saber quais seriam os critérios jurídicos a serem adotados nessa contenção, ou seja, quais seriam os parâmetros para restringir esse direito fundamental?

Num primeiro momento, é indispensável separar as duas situações centrais nesse dilema:

- a) Manifestações que caracterizam a prática de crimes;
- b) Manifestações que não caracterizam crimes, mas que colidem com outros direitos fundamentais;

Quando se está diante de casos em que o direito à liberdade de expressão foi exercido para a prática de crimes, sejam eles contra a honra ou contra o próprio Estado Democrático de Direito, não há que se cogitar de nenhuma técnica de ponderação, uma vez que o ordenamento jurídico não autoriza a invocação de nenhum direito fundamental para o cometimento de condutas criminosas.

Nesse sentido, o Código Penal brasileiro, anterior à Carta de 1988, prevê diversas hipóteses de crimes contra a honra (artigos 138 a 140), em uma clara demonstração de que a liberdade de expressão não é uma causa de imunidade à persecução penal.

Esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, externado, novamente, na já mencionada ADPF 572, quando a Suprema Corte deixou clara a premissa de que crimes (inclusive praticados pela internet) não estão protegidos pelo escudo da liberdade de expressão.

A própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, ratificada pelo Brasil, em seu artigo 13, item 2, anda na mesma trilha ao preconizar que a liberdade de

expressão deve respeitar os direitos humanos, reputações alheias e proteção da segurança nacional, ordem pública, saúde ou moral públicas.

Aliás, esse mesmo artigo 13 também esteve sob escrutínio do Supremo Tribunal Federal ao realizar o controle de convencionalidade do referido tratado com o ordenamento interno brasileiro, oportunidade na qual o Tribunal entendeu que o crime de desacato não foi revogado pela mencionada Convenção, pois seria com ele materialmente compatível, consoante ementa que segue:

Habeas corpus. 2. Crime de desacato a militar (art. 299 do Código Penal Militar). 3. Controle de constitucionalidade (arts. 1º; 5º, incisos IV, V e IX, e 220 da Constituição Federal) e de convencionalidade (art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). 4. Alegada ofensa à liberdade de expressão e do pensamento que se rejeita. 5. Criminalização do desacato que se mostra compatível com o Estado Democrático de Direito. 6. Ordem denegada (H.C. 141.949).

Oportuno destacar que grande parte do que se convencionou chamar de *Fake News* é passível de punição pela legislação penal atual, pois a divulgação ou compartilhamento dessas notícias falsas podem caracterizar, com frequência, crimes contra a honra (calúnia, injúria, difamação), crimes eleitorais, racismo, ou crimes que atentem contra o Estado democrático de Direito e seus agentes⁷.

Portanto, constata-se que o Supremo Tribunal Federal possui firme jurisprudência no sentido de que a prática de condutas tipificadas como criminosas pelo ordenamento jurídico nacional afasta qualquer possibilidade de proteção pelo manto da liberdade de expressão⁸.

Contudo, situação mais complexa envolve casos em que não haja prática de crime, mas colisão do direito à liberdade de expressão com outros direitos fundamentais (como a vida privada, por exemplo). Essas hipóteses, em razão do poder amplificador das redes sociais, de um significativo vácuo legislativo e por se tratar de situações que envolvem casos concretos, ganham especial relevo no tema ora em debate e são elas, justamente, que exigem o uso do princípio da proporcionalidade para a sua resolução⁹.

⁷ O Projeto de Lei 2.630/2020 (“PL das Fake News”), que, em abril de 2023, ainda se encontra em tramitação, tenta regulamentar a responsabilidade das *Big Techs* no monitoramento e exclusão de conteúdos criminosos postados nas plataformas digitais e redes sociais.

⁸ A título de exemplo, entre tantos outros precedentes, vide ADPF 496; Pet 10001Agr e AP 1021.

⁹ Importante registrar que adotaremos a premissa segundo a qual a proporcionalidade é um princípio, a despeito de certo debate acadêmico acerca do tema, cf. SILVA: “Como já foi visto, no que diz respeito à sua estrutura, o dever de proporcionalidade não é um princípio, mas uma regra. O termo mais apropriado, então, é regra da proporcionalidade, razão pela qual se dará preferência a esse termo no presente trabalho. Não é possível, todavia, fechar os olhos diante da prática jurídica brasileira. Quando *Revista Jurídica* http://revistas.unievangelica.edu.br/Revista_Jurídica/v.26, n.1, jan. - jun. 2024 – p.130-154 DOI: <https://Doi.org/10.29248/2236-5788.2024.v.1 –p.113-138>

Nessas situações, a proporcionalidade poderá ser aplicada para adotar-se a medida menos gravosa aos direitos fundamentais colidentes e garantir o respeito à função social do Direito como instrumento de pacificação social.

Analisando a evolução histórica da proporcionalidade, é oportuno destacar que a filosofia grega já se ocupava do seu conceito para tentar resolver o dilema da aplicação da Justiça. Aristóteles, aliás, definia como justo aquilo que fosse proporcional, assentando que o “«justo» neste sentido, será, então, o meio entre os extremos [desproporcionais], tal como o «injusto» neste sentido é o desproporcional. Assim, tal como a proporção é o meio; também o justo é o proporcional” (2017, p. 99).

A despeito da sua constitucionalização na Magna Carta inglesa de 1215 (artigo 25), a proporcionalidade ganhou relevância, como instituto jurídico estruturado, a partir da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht*), tornando-se, inclusive, um ativo intelectual de influência sobre outros Estados¹⁰.

Essa construção teórica acerca da aplicação da proporcionalidade na resolução de dilemas envolvendo direitos fundamentais, na Corte constitucional alemã, estabeleceu pressupostos muito bem definidos, exigindo a presença de três requisitos, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A esse respeito, SILVA (2002, p. 30) esclarece que:

A regra da proporcionalidade no controle das leis restritivas de direitos fundamentais surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão e não é uma simples pauta que, vagamente, sugere que os atos estatais devem ser razoáveis, nem uma simples análise da relação meio-fim. Na forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã,

se fala em princípio da proporcionalidade, o termo ‘princípio’ pretende conferir a importância devida ao conceito, isto é, à exigência de proporcionalidade. Em vista disso, e em vista da própria plurivocidade do termo ‘princípio’, não há como esperar que tal termo seja usado somente como contraposto a regra jurídica. Não há como querer, por exemplo, que expressões como ‘princípio da anterioridade’ ou ‘princípio da legalidade’ sejam abandonadas, pois, quando se trata de palavras de forte carga semântica, como é o caso do termo ‘princípio’, qualquer tentativa de uniformidade terminológica está fadada ao insucesso.” SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais* 798 (2002). p. 26. Disponível em <<https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>>. Acesso em 03/04/2023.

¹⁰ “Nas últimas décadas, proporcionalidade tornou-se um termo de uso corrente no discurso jurídico, sobretudo no âmbito do direito constitucional. Como notam diversos autores, esta técnica de argumentação desenvolvida na Alemanha disseminou-se rapidamente em escala global, chegando a ser considerada o expoente mais bem-sucedido de um processo de migração de ideias constitucionais e, talvez com um certo exagero, de um modelo global de direito constitucional”. LIMA, Rafael Bellem de. Proporcionalidade no Supremo: uma ideia fora do lugar. *Revista Estudos Institucionais*, v. 6, n. 1, p. 184-206, jan./abr. 2020. p. 185. Disponível em <<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/465/483>>. Acesso em 03/04/2023. *Revista Jurídica* http://revistas.unievangelica.edu.br/Revista_Jurídica/v.26, n.1, jan. - jun. 2024 - p.130-154 DOI: <https://Doi.org/10.29248/2236-5788.2024.v.1-p.113-138>

tem ela uma estrutura racionalmente definida, com sub-elementos independentes - a análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito - que são aplicados em uma ordem pré-definida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, claramente, da mera exigência de razoabilidade.

Como exemplo paradigmático desse balanceamento entre direitos fundamentais, no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, bem como da aplicação constitucional de princípios mais amplos (como o da proporcionalidade), é possível citar, como *leading case*, o emblemático caso *Lüth* (BverfGE, 7, 198), no qual a Corte analisou se as convocações, feitas por *Lüth*, para boicotar filmes de um cineasta, o qual teria laços com o nazismo, estariam protegidas pela liberdade de expressão.

No julgamento do referido caso, o Tribunal entendeu que, ao balancear os direitos envolvidos, deveria prevalecer a liberdade de expressão de *Lüth*., numa decisão que inaugurou a análise estruturada de princípios fundamentais colidentes.

Posteriormente, a jurisprudência da Corte alemã se aprofundou no tema do balanceamento e aos poucos desenhou o princípio da proporcionalidade como instrumento de resolução da colisão de direitos fundamentais¹¹. Ao tratar dessa construção da proporcionalidade na jurisprudência da Alemanha, ALEXY (2003, p. 131-40) ensina que:

No Direito Constitucional Alemão, o balanceamento é uma parte do que é requerido por um princípio mais abrangente (*comprehensive*). Esse princípio mais abrangente é o princípio da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*). O princípio da proporcionalidade consiste de três princípios: os princípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Todos os três princípios expressam a idéia de otimização.

No Brasil, a doutrina¹² e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também evocam a aplicação da proporcionalidade para tentar equacionar o problema envolvendo a liberdade de expressão e sua colisão com outros direitos constitucionais.

¹¹ Refiro-me, em especial, aos julgamentos proferidos no Caso das Farmácias (Apotheken-Urteil - : BVerfGE 7, 377), Caso do armazenamento de petróleo (Erdölbevorratung - BverfGE, 30, 292), Caso do tabaco (BVerfGE 95, 173) e no Caso Titanic (BverfGE 86, 1).

¹² “A idéia de proporcionalidade revela-se não só um importante – o mais importante, por viabilizar a dinâmica de acomodação dos princípios – princípio jurídico fundamental, mas também um verdadeiro *topos* argumentativo, ao expressar um pensamento aceito como justo e razoável de um modo geral, de comprovada utilidade no equacionamento de questões práticas, não só do direito em seus diversos ramos, como também em outras disciplinas, sempre que se tratar da descoberta do meio mais adequado para atingir determinado objetivo.” FILHO, Willis Santiago Guerra. O Princípio Constitucional da Proporcionalidade. Revista do TRT da 15ª Região – n. 20 – setembro de 2002. p. 87.
Revista Jurídica http://revistas.unievangelica.edu.br/Revista_Jurídica/v.26, n.1, jan. - jun. 2024 – p.130-154 DOI: <https://Doi.org/10.29248/2236-5788.2024.v.1 –p.113-138>

No julgamento da ADI 5136, que analisou os limites da liberdade de expressão no seu cotejo com a Lei Geral da Copa, a Suprema Corte entendeu que a proibição a certos tipos de manifestações durante os jogos da Copa do Mundo não violaria o direito constitucional à liberdade de expressão, na medida em que se mostravam proporcionais para garantir a segurança das pessoas que participariam do evento. Aliás, a própria ementa do julgado já deixa evidente a opção do Tribunal, na situação analisada nos autos, pela aplicação da proporcionalidade:

Ação direta de inconstitucionalidade. §1º do art. 28 da Lei n. 12.663/2012 (“Lei Geral da Copa”). Violação da liberdade de expressão. Inexistência. Aplicação do princípio da proporcionalidade. Juízo de ponderação do legislador para limitar manifestações que tenderiam a gerar maiores conflitos e atentar contra a segurança dos participantes de evento de grande porte. Medida cautelar indeferida. Ação julgada improcedente” (ADI n. 5.136-MC/DF, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Plenário, DJ 30.10.2014).

Reiterando o uso da proporcionalidade como instrumento limitador ao abuso da liberdade de expressão, tem-se o julgamento da ADI 3311, ocorrido em 14.09.2022, no qual a Suprema Corte entendeu que as limitações às propagandas de tabaco ou produtos derivados não agredem a liberdade de expressão.

Num contexto posterior à ascensão das redes sociais, o Tribunal, no julgamento da ADI 6.281, em 17.02.2022, continuou a se guiar pela proporcionalidade, assentando que as limitações impostas pela legislação eleitoral às propagandas não violariam a liberdade de expressão e estariam amparadas pelo princípio da proporcionalidade.

Todavia, a despeito de ser frequentemente suscitado pelo Supremo Tribunal Federal, o princípio da proporcionalidade exige uma melhor estruturação - e uniformização - dos pressupostos para a sua aplicação, em especial nas questões envolvendo a liberdade de expressão na era digital.

O principal fundamento para essa crítica à forma de aplicação da proporcionalidade na Suprema Corte é a não observância dos parâmetros e requisitos construídos pela doutrina alemã (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

A esse respeito, LIMA (2020, p. 187) alerta, de forma precisa, que a limitação de direitos fundamentais com base na proporcionalidade exige uma fundamentação clara e que demonstre a presença dos respectivos pressupostos inerentes à proporcionalidade, destacando que:

Ao invés de impor ônus argumentativos claros e bem definidos para a superação de medidas que restringiriam de modo injustificável as garantias constitucionais, canalizando a argumentação jurídica para considerações

sobre direitos fundamentais, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a proporcionalidade tem sido utilizada como um artifício retórico. Sua invocação não parece cumprir nenhuma outra função além de conferir uma pretensa sofisticação teórica à posição encampada pelo ministro e, dessa forma, aumentar o seu poder de convencimento.

O mesmo autor (2020, p. 193) pontua que, para além da questão da motivação em si, a necessidade de aplicação adequada da proporcionalidade (não apenas como mero elemento reforçador da decisão nesse ou naquele sentido, mas como fundamento principal do balanceamento dos direitos fundamentais colidentes) é imprescindível para a legitimidade da própria Corte constitucional, assentando que:

Para que a proporcionalidade possa cumprir algum papel no fortalecimento da legitimidade democrática de uma corte constitucional, é indispensável que os juízos apresentados em cada uma das suas três etapas sejam fundamentados. Não basta, portanto, que se declare que o ato questionado promove ou não um interesse legítimo, que há ou não uma alternativa menos restritiva e pelo menos tão eficaz, nem que a restrição a direitos provocada pelo ato questionado não pode ou não ser justificada pela realização de outros princípios. Juízes e cortes constitucionais devem sustentar esses juízos com argumentos que possam ser compreendidos por terceiros – e isso restringe significativamente sua ingerência sobre os demais órgãos estatais.

No mesmo sentido, SILVA (2002, p. 31) pondera que a despeito de a Suprema Corte destacar o princípio da proporcionalidade em muitas de suas decisões que envolvam colisão de direitos, “o Tribunal não parece disposto a aplicá-la de forma estruturada”. Para garantir essa aplicação estruturada da proporcionalidade, ao analisar casos em que se discutem limitações à liberdade de expressão, o órgão julgador deverá fundamentar de forma expressa a presença dos pressupostos necessários para o uso do referido princípio, quais sejam:

- i) se o meio empregado é eficaz para se alcançar ou estimular o objetivo pretendido ou almejado pelo Estado (adequação);
- ii) se não existe uma forma alternativa, com menos restrições aos demais direitos envolvidos, para se alcançar o objetivo (necessidade);
- iii) se a restrição ao direito fundamental é justificável em razão da importância e da relevância do outro direito com ele colidente (proporcionalidade em sentido estrito).

Dito isso, em situações envolvendo, por exemplo, a remoção de conteúdo de redes sociais em razão de *fake news*, caberá ao Tribunal indagar se a remoção será eficaz para desestimular a propagação de notícias falsas na internet (adequação), se haveria outra forma de impedir a propagação daquela informação sem remover o conteúdo (necessidade) e se a

Revista Jurídica http://revistas.unievangelica.edu.br/Revista_Jurídica/v.26, n.1, jan. - jun. 2024 – p.130-154 DOI: <https://Doi.org/10.29248/2236-5788.2024.v.1 –p.113-138>

limitação à liberdade de expressão é razoável no cotejo com outros direitos que se pretende proteger, como, por exemplo, a saúde pública, o regime democrático, a vida privada, a honra e a dignidade da pessoa humana (proporcionalidade em sentido estrito).

A análise de cada um desses requisitos, em sequência e de forma objetiva, deve parametrizar a jurisprudência do órgão julgador sobre a matéria posta em discussão, conferindo maior segurança jurídica para a sua aplicação em casos semelhantes, que venham a ocorrer no futuro.

Conclusão

Grande parte dos estados modernos foram desenhados para saírem da posição de expectadores e adotarem a postura de protagonistas na concretização de direitos fundamentais elencados nos ordenamentos jurídicos.

Todos os horrores perpetrados pela humanidade no curso da sua história, notadamente durante as grandes guerras, exigiram que, aos poucos, o Direito se tornasse um instrumento de pacificação social e garantia de uma vida digna, atribuindo-lhe funções sociais que extrapolavam meros interesses individuais, justamente para possibilitar a construção de uma sociedade mais justa, igualitária e solidária.

Todavia, os limites para o exercício dessa função social do Direito, por parte dos Estados, são sempre tênues, em especial quando ele é chamado a mediar conflitos de direitos fundamentais com igual previsão constitucional.

A natureza transversal da liberdade de expressão, que invariavelmente resvala na vida privada, na honra, na intimidade e nas opiniões alheias, torna a aplicação do Direito, pelo Estado, ainda mais desafiadora, em especial na era das redes sociais e da comunicação digital de massa, em que se vivencia o aumento significativo no volume de opiniões, manifestações, críticas e conteúdo comunicativo produzido pelos indivíduos.

Esse ambiente virtual, cuja velocidade de mudanças é assustadoramente maior do que a velocidade da política e das leis, pressiona os ordenamentos jurídicos com dilemas de liberdade de expressão que, muitas vezes, não estão adequadamente regulados pela legislação, como, por exemplo, *fake news*, *hate speech* (discurso de ódio) e o uso de inteligência artificial para interferência em processos eleitorais por meio da divulgação de ataques a instituições democráticas.

Em meio a esse caos virtual, o Poder Judiciário é chamado a enfrentar dilemas de liberdade de expressão e tem que se pronunciar, em diversas ocasiões, pela limitação dessa importante liberdade pública, muitas vezes valendo-se de princípios jurídicos ou hermenêuticos para a solução de vácuos legislativos. Nesse contexto, o princípio da proporcionalidade torna-se uma ferramenta poderosa na resolução dessas questões que desafiam os Estados ao redor do mundo.

Entretanto, a aplicação do princípio da proporcionalidade não pode ser uma carta em branco usada como justificativa genérica a um resultado pretendido pelo órgão julgador.

Ela deverá vir, sempre, acompanhada de fundamentação expressa demonstrando a presença dos pressupostos teóricos para a aplicação desse princípio. Essa necessidade decorre de três dilemas inerentes à liberdade de expressão na era digital:

- i) a inexistência de legislação específica tratando, de forma suficiente, dos eventuais limites à liberdade de expressão nos ambientes virtuais (principalmente quanto às *fake news*);
- ii) a competência do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal, para se manifestar em questões de liberdade de expressão, sob pressão desse vácuo legislativo e do aumento exponencial dos litígios, notadamente após o advento das redes sociais;
- iii) o recrudescimento do escrutínio popular sobre as decisões do Poder Judiciário, em razão da ampla divulgação de suas decisões e julgamentos pela internet;

É fundamental, portanto, que haja padronização na utilização do princípio da proporcionalidade, conferindo previsibilidade nos critérios de julgamento e na fixação de limites ao exercício da liberdade de expressão, evitando-se, inclusive, alegações de cerceamento de opiniões por questões ideológicas ou políticas.

Essa aplicação estruturada do princípio da proporcionalidade se mostra, assim, fundamental na compatibilização da liberdade de expressão com a função social do Direito, em especial no atual momento histórico, em que a inteligência artificial e os algoritmos influenciam o discurso e as formas de expressão exercidos nas redes sociais, testando, de *post em post*, a força das instituições democráticas na resposta a esses dilemas.

Referências

ALEMANHA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL. BVerfGE 90, 241-255. Disponível:<https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1994/04/rs19940413_1bvr002394.html>. Acesso em 17/03/2023.

ALEMANHA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL. BVerfGE 7, 377. Disponível:<https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2002/01/rs20020116_1bvr123699.html>. Acesso em 17/03/2023.

ALEMANHA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL. BVerfGE, 30, 292. Disponível:<<https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv030292.html#Opinion>>. Acesso em 17/03/2023.

ALEMANHA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL. BVerfGE 95, 173. Disponível:<https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1997/01/rs19970122_2bvr191591.html>. Acesso em 17/03/2023.

ALEMANHA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL. BVerfGE 86, 1. Disponível:<https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1992/03/rs19920325_1bvr051490.html>. Acesso em 17/03/2023.

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade. Ratio Juris. Vol. 16, n. 2, junho de 2003 (p. 131-40). Disponível:<https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4191688/mod_resource/content/%201/Leitura%20Obrigat%C3%B3ria%20Semin%C3%A1rio%202007%20%28texto1%29.pdf>. Acesso em 22/04/2023.

ARISTÓTELES. Coleção Fora de Série - Ética a Nicômaco, 2ª edição. São Paulo: Grupo GEN, 2017. *E book*. ISBN 9788530977467. Disponível:<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530977467/>>. Acesso em: 22/04/2023.

BARROSO, Luís Roberto. Da caverna à internet: evolução e desafios da liberdade de expressão. Revista Publicum Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p. 6, 2020. Disponível:<<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/view/57576>> Acesso em 22/04/2023.

BRASIL. Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 82.424/RS, julgado em 17/09/2003. Disponível:<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 130, julgada em 30/04/2009. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Reclamação 38782, julgada em 03/11/2020. Disponível:<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755133146>>.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental *Revista Jurídica* [http://revistas.unievangelica.edu.br/Revista_Jurídica/v.26, n.1, jan. - jun. 2024 – p.130-154](http://revistas.unievangelica.edu.br/Revista_Jurídica/v.26,n.1,jan.-jun.2024-p.130-154) DOI: <https://Doi.org/10.29248/2236-5788.2024.v.1-p.113-138>

(ADPF) n° 187 julgada em 15/06/2011.
Disponível:<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195>>.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADPF 572-DF, julgada em 18/06/2020.
Disponível:<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755791517>>.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 141.949 julgado em 13/03/2018.
Disponível:<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14700730>>.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.136 - DF, julgada em 01/07/2014. Disponível:
<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7088799>>.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.311, julgada em 14/09/2022.
Disponível:<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=763427628>>.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.281-DF, julgada em 17/02/2022.
Disponível:<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=760973463>>.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. Disponível:<https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em 03/04/2023.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.

DOUZINAS, Costas. O fim dos Direitos Humanos. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2009.

ESTADOS UNIDOS DA AMERICA. SUPREMA CORTE. Brandenburg v. Ohio. Disponível em <https://www.supremecourt.gov/pdfs/transcripts/1968/68-492_02-27-1969.pdf>. Acesso em 17/03/2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. SUPREMA CORTE. Matal v. Tam. Disponível em <https://www.supremecourt.gov/opinions/16pdf/15-1293_1o13.pdf>. Acesso em 17/03/2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. SUPREMA CORTE. Twitter, Inc. v. Taamneh. Disponível em <https://www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/21-1496_d18f.pdf>. Acesso em 26/05/2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. SUPREMA CORTE. Gonzalez v. Google LLC. Disponível em <https://www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/21-1333_6j7a.pdf>. Acesso

Revista Jurídica http://revistas.unievangelica.edu.br/Revista_Jurídica/v.26,n.1,jan.-jun.2024-p.130-154 DOI: <https://Doi.org/10.29248/2236-5788.2024.v.1-p.113-138>

em 26/05/2023.

ESTRASBURGO. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Beizaras e Levickas v. Lituânia, julgado em 14.01.2020. Disponível em <<https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-200344>>. Acesso em 20/04/2023.

FERNANDES, Rômulo Magalhães; AZEVEDO, Anna Carolina de Oliveira. Liberdade de Expressão e o Discurso de Ódio: Notas sobre a Jurisprudência Constitucional dos EUA, da Alemanha e do Brasil. Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, n.32, p.148-161, maio/ ago. 2017. Disponível em <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/114648/liberdade_expressao_discurso_fernandes.pdf>. Acesso em: 17/02/2023.

FILHO, Willis Santiago Guerra. O Princípio Constitucional da Proporcionalidade. Revista do TRT da 15ª Região – n. 20 – setembro de 2002.

GALORE, Oded. A jornada da humanidade. As origens da riqueza e da desigualdade. Rio de Janeiro: Ed. Intrínseca, 2023.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional brasileiro. Revista de informação legislativa: v. 38, n. 151 (jul/set. 2001).

HARARI, Yuval Noah. Uma breve história da humanidade. Porto Alegre: L&PM Editores, 2019.

LIMA, Rafael Bellem de. Proporcionalidade no Supremo: uma ideia fora do lugar. Revista Estudos Institucionais, v. 6, n. 1, p. 184-206, jan./abr. 2020. Disponível em <<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/465/483>>. Acesso em 03/04/2023.

MOROZOV, Evgeny. Big Tech. A ascensão dos dados e a morte da política. São Paulo: Ubu editora. 2018.

ONU - Organização das Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em <<https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/portuguese?LangID=por>>. Acesso em 17.03.2023.

SARMENTO, Daniel. A Liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech”. In: Livres e Iguais: Estudos de Direito Consititucional. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. Disponível em <<https://professor.pucgoias.edu.br/sitedocente/admin/arquivosupload/4888/material/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em 30/05/2023.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais 798 (2002). Disponível em <<https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>>. Acesso em 03/04/2023.

VESTING, Thomas. Teoria do Estado: a transformação do Estado na modernidade. (Série IDP. Linha direito comparado). São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555599244.

Revista Jurídica http://revistas.unievangelica.edu.br/Revista_Jurídica/v.26, n.1, jan. - jun. 2024 - p.130-154 DOI: <https://Doi.org/10.29248/2236-5788.2024.v.1-p.113-138>

A Colisão Entre A Função Social Do Direito E A Liberdade De Expressão Na Era Digital: Um Convite À Proporcionalidade - Rubens José Kirk De Sanctis Júnior

Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555599244/>>. Acesso em: 22/04/2023.