

# **Liberdade de expressão na internet: análise dos precedentes da Suprema Corte norte-americana<sup>1</sup>**

**Cíntia Rosa Pereira de Lima**

Professora de Direito Civil da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto.  
Professora Orientadora da Faculdade de Direito de São Paulo. Advogada.  
Autora e organizadora de várias obras jurídicas.

## **Sumário:**

1.	Justificativa do atraso na entrega do relatório científico .....	p. 05
2.	Atividades de pesquisa estabelecida no cronograma de atividades .....	p. 08
3.	Introdução ao tema pesquisado .....	p. 09
4.	Ciência comparativa .....	p. 22
5.	Common Law e Civil Law - diferenças e semelhanças .....	p. 25
6.	Implicações à liberdade de expressão com os meios de comunicação eletrônicos (contextualização do First Amendment pela Suprema Corte norte-americana) .....	p. 33
6.1.	O direito à liberdade de expressão como direito fundamental .....	p. 36
7.	Da proteção à intimidade e à privacidade na era digital .....	p. 40
8.	Das conseqüências civis pela violação à intimidade e à privacidade na internet .....	p. 44
9.	O tratamento do Spam e Spyware no direito norte-americano ....	p. 50

---

<sup>1</sup> Este artigo é fruto de pesquisa financiada pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo – FAPESP, pesquisa desenvolvida na Fordham School of Law, Nova Iorque, com auxílio da Professora Toni M. Fine durante dezembro de 2010 a fevereiro de 2011.

10. Das injuctions norte-americanas como tutela à liberdade de expressão e à proteção à intimidade e à privacidade .....	p. 54
11. Exposição dos leading cases da Suprema Corte norte-americana sobre o equilíbrio entre o direito de liberdade de expressão e proteção à intimidade e à privacidade .....	p. 57
12. Conclusão .....	p. 59
13. Resultados objetivos da pesquisa realizada .....	p. 60
14. Bibliografia consultada e referenciada .....	p. 61

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. *Liberdade de expressão na internet: análise dos precedentes da Suprema Corte norte-americana*. Relatório Científico apresentado à Fundação de Amparo à Pesquisa ao Estado de São Paulo – FAPESP. Ribeirão Preto, 2011. 66 p.

**Resumo:** A Declaração Universal dos Direitos Humanos assegura de um lado a liberdade de expressão e, do outro, a proteção à intimidade e à privacidade. Neste mesmo sentido, a Constituição Federal do Brasil o faz no art. 5º, incisos IV, VI, IX e X, respectivamente. A Constituição norte-americana assegura este direito e garantia fundamental no *First Amendment*. No entanto, o equilíbrio destes direitos e garantias fundamentais é uma preocupação constante na era digital. Isto porque a internet é uma poderosa ferramenta de comunicação, na medida em que seus usuários inserem dados (mensagens, fotos e vídeos) sem controle prévio, viabilizando o anonimato e o alcance mundial deste conteúdo, pouco importando o país no qual o site esteja hospedado. Assim, é fundamental estabelecer parâmetros para a contextualização e limitação da liberdade de expressão na internet, tutelando a intimidade e a vida privada. Pretende-se contextualizar o direito à liberdade de expressão na internet, analisar as principais leis norte-americanas que enfrentaram o tema (principalmente sobre o *spam* e o *spyware*) para, ao final, estabelecer critérios eficazes de tutelar as vítimas que tiveram suas informações pessoais e imagem veiculada de forma não autorizada pela rede mundial de computadores. Portanto, esta pesquisa pretende analisar o tema sob a perspectiva dos *leading cases* julgados pela Suprema Corte norte-americana e outros tribunais norte-americanos para oferecer ao Judiciário e à sociedade brasileira subsídios doutrinários e jurisprudências sobre como garantir a liberdade de expressão por um lado, e a tutela efetiva da intimidade e vida privada na internet, com ênfase à responsabilidade civil dos usuários e dos provedores de serviços na internet.

**Palavras-chaves:** *Civil Law, Common Law*, intimidade, privacidade, globalização e tecnologia.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. *Freedom of expression on the internet: a study of the US Supreme Court precedents*. Scientific report on the research presented to Sao Paulo State Research Foundation (“Fundação da Amparao à Pesquisa do Estado de São Paulo”) – FAPESP. Ribeirão Preto, 2011. 66 pages.

**Abstract:** The Universal Declaration of Human Rights enacted on one side the freedom of expression, but on the other side it also enacted strong privacy protection. Similarly, in the Brazilian Federal Constitution, the same rights are stated at article 5, IV, VI, IX (freedom of expression) and X (privacy). The US Constitution also included such rights in its First Amendment. Nevertheless, the balance between the freedom of expression and privacy protection is a major concern within the digital era. Because the internet is a strong mean of mass communication, so it allows users to include data (such as text, photos and videos) without a previous supervision, and it also makes easier the anonymous and the global access to these information, being the site hosted in a different country. Thus, it is crucial to establish criteria to enforce, but with limitations the freedom of expression on the internet, protecting also the right of privacy. So, this work intends to contextualize the freedom of expression on the internet, analyzes some specific North-American statutes that deals with this matter (especially, about spam and spyware) so, at the end, it will establish criteria in order to bring an effective protection to the victims, whose personal information and image was posted in the internet without his or her consent. To sum up, this research project intends to focus on the US Supreme Court leading cases, as well as other US Courts, so it will bring to the Brazilian judges and courts, as well as to the Brazilian society, some academic and judicial basis to ensure the freedom of expression on one side, and the effective privacy protection in the internet on the other side, especially the internet users and site hosters' liability within the internet.

**Keywords:** *Civil Law, Common Law, intimacy, privacy, globalization and technology.*

## **1. Justificativa do atraso na entrega do relatório científico:**

A bolsa efetivamente realizou a pesquisa que se propôs no projeto, que foi alterado em virtude de algumas sugestões do parecerista, que primeiro negou a bolsa de pesquisa, afirmando, dentre outros argumentos que o tema não era relevante porque já foi demasiadamente tratado na doutrina e jurisprudência brasileira e porque a bibliografia concentrava-se em livros estrangeiros. Nesta ocasião, o parecerista sugeriu que a bolsista tratasse da questão do voto eletrônico e fez algumas sugestões que foram acatadas pela bolsista que fez o pedido de reconsideração, justificando que a alteração do tema para o estudo das eleições eletrônicas está mais relacionado ao Direito Constitucional, e não ao Direito Privado, no qual se concentra as linhas de pesquisa da bolsista.

Na análise do projeto alterado, o mesmo parecerista, mesmo com as outras alterações, exceto quanto à mudança do tema acima justificada, denegou a bolsa.

Assim, em novo pedido de reconsideração para que outro parecerista analisasse o pedido de bolsa de pesquisa, o novo parecerista opinou favoravelmente à concessão da bolsa de pesquisa no exterior e elogiou o projeto da bolsista.

Todo este trâmite demorou até junho de 2011, quando a bolsista, que é Professora Doutora de Direito Civil da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – USP e Orientadora na Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP, São Paulo, estava extremamente atarefada com os compromissos institucionais e orientações de alunos de iniciação científica (dez orientandos) e uma orientanda no mestrado.

Em junho de 2011, a bolsista, como Docente, fez parte da Comissão *ad hoc* para a elaboração da Revista de Direito da Faculdade de Ribeirão Preto, cujos trabalhos foram concluídos em setembro de 2011.

E, em agosto de 2011, a bolsista foi eleita como suplente da Chefia do Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. Assumindo a Chefia em setembro de 2011, por

ocasião da ausência do Chefe eleito, o que aumentou ainda mais suas funções institucionais, além das atividades didáticas e de pesquisa desenvolvidas pela bolsista.

Como Chefe em Exercício do Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, a bolsista integrou a Comissão de Planejamento Pedagógico e Avaliação Institucional da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, além de ter elaborado, também um minucioso Planejamento Pedagógico e Avaliação do Departamento de Direito Privado e Processo Civil, finalizando os trabalhos no início de dezembro de 2011.

No entanto, destaca-se que a bolsista já realizou a pesquisa com relação à esta bolsa de pesquisa no exterior, que se iniciou em dezembro de 2010, tendo pleno acesso à biblioteca da Fordham Law School e à base de dados, conforme documento anexo (cartões da biblioteca anexo no sistema Sage). Apenas a redação do relatório científico que demorou, primeiro porque a bolsista ficou desestimulada até ter certeza da concessão da bolsa, o que demorou quase todo o primeiro semestre de 2011. E, depois, em razão dos muitos compromissos didáticos e institucionais acima mencionados. Mas, não obstante, a bolsista prestou contas entregando os comprovantes dos cartões de embarque e do seguro saúde em julho de 2011, o que comprova que a pesquisa foi efetivamente realizada.

Apenas, a redação do relatório científico ficou atrasada, porém por motivos justificáveis, por isso, a bolsista pede que o parecerista não leve em consideração o atraso como um relapso da bolsista. Ao contrário, tal atraso deve-se ao cuidado da bolsista em redigir o melhor relatório científico que conseguir.

Além disso, a bolsista requer que seja considerado seu histórico na FAPESP, que sempre cumpriu todos os prazos em suas duas pesquisas de iniciação científica em 2001 e 2002, sendo seus relatórios científicos sempre elogiados. E, quanto ao 1º Congresso Internacional sobre os Desafios do Direito face às Novas Tecnologias, realizado na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto de 08 a 11 de novembro de 2010, que foi parcialmente subsidiado pela FAPESP e pela Pró-Reitoria de Pesquisa da

Universidade de São Paulo. Em que a bolsista cumpriu todos os prazos e seu relatório científico do congresso foi aprovado.

Em suma, a bolsista sempre primou pelo cumprimento dos prazos determinados pela FAPESP, este atraso foi por questões excepcionais e extraordinárias que fugiram do alcance da bolsista (em razão da ansiedade quanto à análise do pedido de bolsa de pesquisa no exterior e os pedidos de reconsideração) e pelo acúmulo das tarefas didáticas e institucionais, somadas à redação deste relatório de pesquisa.

Por fim, para destacar e enfatizar que a pesquisa foi realizada com resultados produtivos, a bolsista apresentou seu trabalho de pesquisa, em inglês, em uma palestra na Fordham School of Law, onde desenvolveu a pesquisa, no final das atividades, fevereiro de 2011, haja vista o certificado anexo ao sistema Sage.

Desta forma, espera-se que este eventual atraso, que nunca aconteceu antes com a bolsista, não prejudique eventuais pedidos de bolsas de seus orientandos em iniciação científica, mestrado e doutorado; bem como outros auxílios à pesquisa oferecidos pela FAPESP.

## **2. Atividades de pesquisa estabelecida no cronograma de atividades:**

A bolsa iniciou-se em dezembro de 2010, quando a bolsista já teve acesso à biblioteca da Fordham Law School e à base de dados. Desde então, iniciou a coleta de dados consoante previsão no cronograma de atividades.

Tendo em vista a alta produção bibliográfica sobre o tema “freedom of speech and the internet”, a pesquisa bibliográfica foi muito profícua contribuindo imensamente para o desempenho da pesquisa.

No entanto, tendo em vista a denegação do pedido, muito embora a bolsista já tinha iniciado suas atividades de pesquisa continuou a fazer, recorrendo das decisões. Assim, somente em junho de 2011, obteve uma resposta definitiva sobre a concessão da bolsa, passando então a finalizar a redação do relatório científico, haja vista que a coleta do material e a análise do mesmo já tinha sido feita durante os meses em que a bolsista ficou pesquisando na Fordham Law School.

Esta faculdade possui uma biblioteca com excelente infraestrutura e deu pelo acesso à bolsista a seu acervo e base de dados, mediante os cartões escaneados em anexo a este relatório científico em outros documentos.

Assim, a pesquisadora cumpriu o cronograma previsto no projeto de pesquisa, justificando o atraso do relatório científico em razão da denegação e da espera pelo julgamento do pedido de reconsideração, o que atrasou a finalização da redação deste relatório científico.

Como resultado da pesquisa feita, a bolsista apresentou uma palestra sobre o tema na Fordham Law School, em inglês, conforme certificado anexo em outros documentos neste relatório científico.

A bolsista passa a relatar cientificamente os tópicos previsto no projeto de pesquisa.

### 3. Introdução ao tema pesquisado:

A comunicação em massa foi viabilizada com a mídia impressa a partir do século XVII, em que a invenção de máquinas que imprimiam o mesmo conteúdo em grande quantidade para divulgação de notícias com abrangência local.

O desenvolvimento tecnológico continuou e outros meios de mídia de divulgação em massa foram inventados, tais como rádio e a televisão. Contudo, a grande característica destes meios de comunicação sempre foi a abrangência local ou, em alguns casos, nacional.

Logo, surgiu o empate entre a liberdade de imprensa e o controle Estatal. Assim, os países democráticos asseguraram em suas constituições a liberdade de expressão e a proibição da censura política, ideológica e artística, exemplo o § 2º do art. 220 da CF/88<sup>2</sup>.

Além disso, a liberdade de expressão é protegida como um direito e garantia fundamental, assegurada no art. 5º, incisos IV, VI e IX da CF/88<sup>3</sup>.

Semelhantemente, nos Estados Unidos, que historicamente caracteriza-se pela colonização de ingleses que buscavam a liberdade, fugindo do controle injustificado monárquico político e religioso, preocuparam-se em assegurar a liberdade de crença religiosa, imprensa e de expressão no *First Amendment* da Constituição norte-americana<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988: “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 conterà 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.

<sup>3</sup> IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; [...]

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; [...]

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

<sup>4</sup> *Amendment 1 - Freedom of Religion, Press, Expression. Ratified 12/15/1791. Congress shall make no law respecting an 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.* Disponível em:

Entretanto, não há direito absoluto, pois a exemplo do que dispõe o § 3º do art. 220 da CF/88<sup>5</sup>, há limitações ao exercício do direito de imprensa e da liberdade de expressão. Em outras palavras, o exercício de imprensa era regulamentado por lei federal, no caso, a revogada Lei de Imprensa (Lei 5.250/67), que foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 130 (Arguição de Descumprimento de preceito Fundamental):

EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). LEI DE IMPRENSA. ADEQUAÇÃO DA AÇÃO. REGIME CONSTITUCIONAL DA "LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA", EXPRESSÃO SINÔNIMA DE LIBERDADE DE IMPRENSA. A "PLENA" LIBERDADE DE IMPRENSA COMO CATEGORIA JURÍDICA PROIBITIVA DE QUALQUER TIPO DE CENSURA PRÉVIA. A PLENITUDE DA LIBERDADE DE IMPRENSA COMO REFORÇO OU SOBRETUTELA DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELECTUAL E COMUNICACIONAL. LIBERDADES QUE DÃO CONTEÚDO ÀS RELAÇÕES DE IMPRENSA E QUE SE PÕEM COMO SUPERIORES BENS DE PERSONALIDADE E MAIS DIRETA EMANAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. O CAPÍTULO CONSTITUCIONAL DA COMUNICAÇÃO SOCIAL COMO SEGMENTO PROLONGADOR DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELECTUAL E COMUNICACIONAL. TRANSPASSE DA FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS PROLONGADOS AO CAPÍTULO PROLONGADOR. PONDERAÇÃO DIRETAMENTE CONSTITUCIONAL ENTRE BLOCOS DE BENS DE PERSONALIDADE: O BLOCO DOS DIREITOS QUE DÃO CONTEÚDO À LIBERDADE DE IMPRENSA E O BLOCO DOS DIREITOS À IMAGEM, HONRA, INTIMIDADE E VIDA

---

<<http://www.usconstitution.net/const.html#Am1>>, acessado em 31 de outubro de 2010, às 12:24hs.

<sup>5</sup> § 3º - Compete à lei federal:

I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

§ 4º - A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

§ 5º - Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.

§ 6º - A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade.

PRIVADA. PRECEDÊNCIA DO PRIMEIRO BLOCO. INCIDÊNCIA A POSTERIORI DO SEGUNDO BLOCO DE DIREITOS, PARA O EFEITO DE ASSEGURAR O DIREITO DE RESPOSTA E ASSENTAR RESPONSABILIDADES PENAL, CIVIL E ADMINISTRATIVA, ENTRE OUTRAS CONSEQUÊNCIAS DO PLENO GOZO DA LIBERDADE DE IMPRENSA. PECULIAR FÓRMULA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO A INTERESSES PRIVADOS QUE, MESMO INCIDINDO A POSTERIORI, ATUA SOBRE AS CAUSAS PARA INIBIR ABUSOS POR PARTE DA IMPRENSA. PROPORCIONALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS E MATERIAIS A TERCEIROS. RELAÇÃO DE MÚTUA CAUSALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E DEMOCRACIA. RELAÇÃO DE INERÊNCIA ENTRE PENSAMENTO CRÍTICO E IMPRENSA LIVRE. A IMPRENSA COMO INSTÂNCIA NATURAL DE FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA E COMO ALTERNATIVA À VERSÃO OFICIAL DOS FATOS. PROIBIÇÃO DE MONOPOLIZAR OU OLIGOPOLIZAR ÓRGÃOS DE IMPRENSA COMO NOVO E AUTÔNOMO FATOR DE INIBIÇÃO DE ABUSOS. NÚCLEO DA LIBERDADE DE IMPRENSA É MATÉRIAS APENAS PERIFERICAMENTE DE IMPRENSA. AUTORREGULAÇÃO E REGULAÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE DE IMPRENSA. NÃO RECEPÇÃO EM BLOCO DA LEI Nº 5.250/1967 PELA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. EFEITOS JURÍDICOS DA DECISÃO. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRÉCEITO FUNDAMENTAL (ADPF). LEI DE IMPRENSA. ADEQUAÇÃO DA AÇÃO. A ADPF, fórmula processual subsidiária do controle concentrado de constitucionalidade, é via adequada à impugnação de norma pré-constitucional. Situação de concreta ambiência jurisdicional timbrada por decisões conflitantes. Atendimento das condições da ação. 2. REGIME CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE IMPRENSA COMO REFORÇO DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO EM SENTIDO GENÉRICO, DE MODO A ABARCAR OS DIREITOS À PRODUÇÃO INTELECTUAL, ARTÍSTICA, CIENTÍFICA E COMUNICACIONAL. A Constituição reservou à imprensa todo um bloco normativo, com o apropriado nome "Da Comunicação Social" (capítulo V do título VIII). A imprensa como plexo ou conjunto de "atividades" ganha a dimensão de instituição-ideia, de modo a poder influenciar cada pessoa de per se e até mesmo formar o que se convencionou chamar de opinião pública. Pelo que ela, Constituição, destinou à imprensa o direito de controlar e revelar as coisas respeitantes à vida do Estado e da própria sociedade. A imprensa como alternativa à explicação ou versão estatal de tudo que possa repercutir no seio da sociedade e como garantido espaço de irrupção do pensamento crítico em qualquer situação ou contingência. Entendendo-se por pensamento crítico o que, plenamente comprometido com a verdade ou essência das coisas, se dota de potencial emancipatório de mentes e espíritos. O corpo normativo da

Constituição brasileira sinonimiza liberdade de informação jornalística e liberdade de imprensa, rechaçando de qualquer censura prévia a um direito que é signo e penhor da mais encarecida dignidade da pessoa humana, assim como do mais evoluído estado de civilização.

3. O CAPÍTULO CONSTITUCIONAL DA COMUNICAÇÃO SOCIAL COMO SEGMENTO PROLONGADOR DE SUPERIORES BENS DE PERSONALIDADE QUE SÃO A MAIS DIRETA EMANAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: A LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO E O DIREITO À INFORMAÇÃO E À EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELECTUAL E COMUNICACIONAL. TRANSPASSE DA NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS PROLONGADOS AO CAPÍTULO CONSTITUCIONAL SOBRE A COMUNICAÇÃO SOCIAL. O art. 220 da Constituição radicaliza e alarga o regime de plena liberdade de atuação da imprensa, porquanto fala: a) que os mencionados direitos de personalidade (liberdade de pensamento, criação, expressão e informação) estão a salvo de qualquer restrição em seu exercício, seja qual for o suporte físico ou tecnológico de sua veiculação; b) que tal exercício não se sujeita a outras disposições que não sejam as figurantes dela própria, Constituição. A liberdade de informação jornalística é versada pela Constituição Federal como expressão sinônima de liberdade de imprensa. Os direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa são bens de personalidade que se qualificam como sobredireitos. Daí que, no limite, as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são de mútua excludência, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas; ou seja, antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado, sobrevivendo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras. A expressão constitucional "observado o disposto nesta Constituição" (parte final do art. 220) traduz a incidência dos dispositivos tutelares de outros bens de personalidade, é certo, mas como consequência ou responsabilização pelo desfrute da "plena liberdade de informação jornalística" (§ 1º do mesmo art. 220 da Constituição Federal). Não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, inclusive a procedente do Poder Judiciário, pena de se resvalar para o espaço inconstitucional da prestidigitação jurídica. Silenciando a Constituição quanto ao regime da internet (rede mundial de computadores), não há como se lhe recusar a qualificação de território virtual livremente veiculador de ideias e opiniões, debates, notícias e tudo o mais que signifique plenitude de comunicação.

4. MECANISMO CONSTITUCIONAL DE CALIBRAÇÃO DE PRINCÍPIOS. O art. 220 é de instantânea observância quanto ao desfrute das liberdades de pensamento, criação, expressão e informação que, de alguma forma, se veiculem pelos órgãos de comunicação social. Isto sem prejuízo da aplicabilidade dos seguintes incisos do art. 5º da mesma Constituição Federal: vedação do anonimato (parte

final do inciso IV); do direito de resposta (inciso V); direito a indenização por dano material ou moral à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (inciso X); livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (inciso XIII); direito ao resguardo do sigilo da fonte de informação, quando necessário ao exercício profissional (inciso XIV). Lógica diretamente constitucional de calibração temporal ou cronológica na empírica incidência desses dois blocos de dispositivos constitucionais (o art. 220 e os mencionados incisos do art. 5º). Noutros termos, primeiramente, assegura-se o gozo dos sobredireitos de personalidade em que se traduz a "livre" e "plena" manifestação do pensamento, da criação e da informação. Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana. Determinação constitucional de momentânea paralisação à inviolabilidade de certas categorias de direitos subjetivos fundamentais, porquanto a cabeça do art. 220 da Constituição veda qualquer cerceio ou restrição à concreta manifestação do pensamento (vedado o anonimato), bem assim todo cerceio ou restrição que tenha por objeto a criação, a expressão e a informação, seja qual for a forma, o processo, ou o veículo de comunicação social. Com o que a Lei Fundamental do Brasil veicula o mais democrático e civilizado regime da livre e plena circulação das ideias e opiniões, assim como das notícias e informações, mas sem deixar de prescrever o direito de resposta e todo um regime de responsabilidades civis, penais e administrativas. Direito de resposta e responsabilidades que, mesmo atuando a posteriori, infletem sobre as causas para inibir abusos no desfrute da plenitude de liberdade de imprensa.

5. PROPORCIONALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. Sem embargo, a excessividade indenizatória é, em si mesma, poderoso fator de inibição da liberdade de imprensa, em violação ao princípio constitucional da proporcionalidade. A relação de proporcionalidade entre o dano moral ou material sofrido por alguém e a indenização que lhe caiba receber (quanto maior o dano maior a indenização) opera é no âmbito interno da potencialidade da ofensa e da concreta situação do ofendido. Nada tendo a ver com essa equação a circunstância em si da veiculação do agravo por órgão de imprensa, porque, senão, a liberdade de informação jornalística deixaria de ser um elemento de expansão e de robustez da liberdade de pensamento e de expressão lato sensu para se tornar um fator de contração e de esqualidez dessa liberdade. Em se tratando de agente público, ainda que injustamente ofendido em sua honra e imagem, subjaz à indenização uma imperiosa cláusula de modicidade. Isto porque todo agente público está sob permanente vigília da cidadania. E quando o agente estatal não prima por todas as aparências de legalidade e legitimidade no seu atuar oficial, atrai contra si mais fortes suspeitas de um comportamento antijurídico francamente

sindicável pelos cidadãos. 6. RELAÇÃO DE MÚTUA CAUSALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E DEMOCRACIA. A plena liberdade de imprensa é um patrimônio imaterial que corresponde ao mais eloquente atestado de evolução político-cultural de todo um povo. Pelo seu reconhecido condão de vitalizar por muitos modos a Constituição, tirando-a mais vezes do papel, a Imprensa passa a manter com a democracia a mais entranhada relação de mútua dependência ou retroalimentação. Assim visualizada como verdadeira irmã siamesa da democracia, a imprensa passa a desfrutar de uma liberdade de atuação ainda maior que a liberdade de pensamento, de informação e de expressão dos indivíduos em si mesmos considerados. O § 5º do art. 220 apresenta-se como norma constitucional de concretização de um pluralismo finalmente compreendido como fundamento das sociedades autenticamente democráticas; isto é, o pluralismo como a virtude democrática da respeitosa convivência dos contrários. A imprensa livre é, ela mesma, plural, devido a que são constitucionalmente proibidas a oligopolização e a monopolização do setor (§ 5º do art. 220 da CF). A proibição do monopólio e do oligopólio como novo e autônomo fator de contenção de abusos do chamado "poder social da imprensa".

7. RELAÇÃO DE INERÊNCIA ENTRE PENSAMENTO CRÍTICO E IMPRENSA LIVRE. A IMPRENSA COMO INSTÂNCIA NATURAL DE FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA E COMO ALTERNATIVA À VERSÃO OFICIAL DOS FATOS. O pensamento crítico é parte integrante da informação plena e fidedigna. O possível conteúdo socialmente útil da obra compensa eventuais excessos de estilo e da própria verve do autor. O exercício concreto da liberdade de imprensa assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero ou contundente, especialmente contra as autoridades e os agentes do Estado. A crítica jornalística, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura, mesmo que legislativa ou judicialmente intentada. O próprio das atividades de imprensa é operar como formadora de opinião pública, espaço natural do pensamento crítico e "real alternativa à versão oficial dos fatos" ( Deputado Federal Miro Teixeira).

8. NÚCLEO DURO DA LIBERDADE DE IMPRENSA E A INTERDIÇÃO PARCIAL DE LEGISLAR. A uma atividade que já era "livre" (incisos IV e IX do art. 5º), a Constituição Federal acrescentou o qualificativo de "plena" (§ 1º do art. 220). Liberdade plena que, repelente de qualquer censura prévia, diz respeito à essência mesma do jornalismo (o chamado "núcleo duro" da atividade). Assim entendidas as coordenadas de tempo e de conteúdo da manifestação do pensamento, da informação e da criação lato sensu, sem o que não se tem o desembaraçado trânsito das ideias e opiniões, tanto quanto da informação e da criação. Interdição à lei quanto às matérias nuclearmente de imprensa, retratadas no tempo de início e de duração do concreto exercício da liberdade, assim como de sua extensão ou tamanho do seu conteúdo. Tirante, unicamente, as restrições que a Lei Fundamental de 1988

prevê para o "estado de sítio" (art. 139), o Poder Público somente pode dispor sobre matérias lateral ou reflexamente de imprensa, respeitada sempre a ideia-força de que quem quer que seja tem o direito de dizer o que quer que seja. Logo, não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas. As matérias reflexamente de imprensa, suscetíveis, portanto, de conformação legislativa, são as indicadas pela própria Constituição, tais como: direitos de resposta e de indenização, proporcionais ao agravo; proteção do sigilo da fonte ("quando necessário ao exercício profissional"); responsabilidade penal por calúnia, injúria e difamação; diversões e espetáculos públicos; estabelecimento dos "meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente" (inciso II do § 3º do art. 220 da CF); independência e proteção remuneratória dos profissionais de imprensa como elementos de sua própria qualificação técnica (inciso XIII do art. 5º); participação do capital estrangeiro nas empresas de comunicação social (§ 4º do art. 222 da CF); composição e funcionamento do Conselho de Comunicação Social (art. 224 da Constituição). Regulações estatais que, sobretudo incidindo no plano das consequências ou responsabilizações, repercutem sobre as causas de ofensas pessoais para inibir o cometimento dos abusos de imprensa. Peculiar fórmula constitucional de proteção de interesses privados em face de eventuais descomedimentos da imprensa (justa preocupação do Ministro Gilmar Mendes), mas sem prejuízo da ordem de precedência a esta conferida, segundo a lógica elementar de que não é pelo temor do abuso que se vai coibir o uso. Ou, nas palavras do Ministro Celso de Mello, "a censura governamental, emanada de qualquer um dos três Poderes, é a expressão odiosa da face autoritária do poder público".

9. AUTOREGULAÇÃO E REGULAÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE DE IMPRENSA. É da lógica encampada pela nossa Constituição de 1988 a autorregulação da imprensa como mecanismo de permanente ajuste de limites da sua liberdade ao sentir-pensar da sociedade civil. Os padrões de seletividade do próprio corpo social operam como antídoto que o tempo não cessa de aprimorar contra os abusos e desvios jornalísticos. Do dever de irrestrito apego à completude e fidedignidade das informações comunicadas ao público decorre a permanente conciliação entre liberdade e responsabilidade da imprensa. Repita-se: não é jamais pelo temor do abuso que se vai proibir o uso de uma liberdade de informação a que o próprio Texto Magno do País após o rótulo de "plena" (§ 1º do art. 220).

10. NÃO RECEPÇÃO EM BLOCO DA LEI 5.250 PELA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. 10.1. Óbice lógico à confecção de uma lei de imprensa que se orne de compleição estatutária ou orgânica. A própria Constituição, quando o quis, convocou o legislador de segundo escalão para o aporte

regatório da parte restante de seus dispositivos (art. 29, art. 93 e § 5º do art. 128). São irregulamentáveis os bens de personalidade que se põem como o próprio conteúdo ou substrato da liberdade de informação jornalística, por se tratar de bens jurídicos que têm na própria interdição da prévia interferência do Estado o seu modo natural, cabal e ininterrupto de incidir. Vontade normativa que, em tema elementarmente de imprensa, surge e se exaure no próprio texto da Lei Suprema.

10.2. Incompatibilidade material insuperável entre a Lei nº 5.250/67 e a Constituição de 1988. Impossibilidade de conciliação que, sobre ser do tipo material ou de substância (vertical), contamina toda a Lei de Imprensa: a) quanto ao seu entrelace de comandos, a serviço da prestidigitadora lógica de que para cada regra geral afirmativa da liberdade é aberto um leque de exceções que praticamente tudo desfaz; b) quanto ao seu inescandível efeito prático de ir além de um simples projeto de governo para alcançar a realização de um projeto de poder, este a se eternizar no tempo e a sufocar todo pensamento crítico no País.

10.3 São de todo imprestáveis as tentativas de conciliação hermenêutica da Lei 5.250/67 com a Constituição, seja mediante expurgo puro e simples de destacados dispositivos da lei, seja mediante o emprego dessa refinada técnica de controle de constitucionalidade que atende pelo nome de "interpretação conforme a Constituição". A técnica da interpretação conforme não pode artificializar ou forçar a descontaminação da parte restante do diploma legal interpretado, pena de descabido incursionamento do intérprete em legiferação por conta própria. Inapartabilidade de conteúdo, de fins e de viés semântico (linhas e entrelinhas) do texto interpretado. Caso-limite de interpretação necessariamente conglobante ou por arrastamento teleológico, a pré-excluir do intérprete/aplicador do Direito qualquer possibilidade da declaração de inconstitucionalidade apenas de determinados dispositivos da lei sindicada, mas permanecendo incólume uma parte sobejante que já não tem significado autônomo. Não se muda, a golpes de interpretação, nem a inextrincabilidade de comandos nem as finalidades da norma interpretada. Impossibilidade de se preservar, após artificiosa hermenêutica de depuração, a coerência ou o equilíbrio interno de uma lei (a Lei federal nº 5.250/67) que foi ideologicamente concebida e normativamente apetrechada para operar em bloco ou como um todo pro indiviso.

11. EFEITOS JURÍDICOS DA DECISÃO. Aplicam-se as normas da legislação comum, notadamente o Código Civil, o Código Penal, o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal às causas decorrentes das relações de imprensa. O direito de resposta, que se manifesta como ação de replicar ou de retificar matéria publicada é exercitável por parte daquele que se vê ofendido em sua honra objetiva, ou então subjetiva, conforme estampado no inciso V do art. 5º da Constituição Federal. Norma, essa, "de eficácia plena e de aplicabilidade imediata", conforme classificação de José Afonso da Silva. "Norma de pronta aplicação", na linguagem de Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto, em obra doutrinária conjunta.

12. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Total procedência da

ADPF, para o efeito de declarar como não recepcionado pela Constituição de 1988 todo o conjunto de dispositivos da Lei federal nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967.

(ADPF 130, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009, DJe-208 DIVULG 05-11-2009 PUBLIC 06-11-2009 EMENT VOL-02381-01 PP-00001 RTJ VOL-00213-PP-00020)

O argumento que motivou este entendimento foi que a antiga Lei de Imprensa não foi recepcionada pela Constituição Cidadã de 1988, porque aquela estabelecia odiosas restrições à liberdade de imprensa, fundada em cunho político e ideológico.

A liberdade de imprensa nos Estados Unidos, fundada na *Primeira Emenda à Constituição Norte-Americana*, também foi regulamentada pela lei denominada “Communications Act of 1934”, incorporada no “United States Code” (47 U.S.C. 151 et seq.). Esta lei disciplina vários aspectos da comunicação em massa, trazendo definições, disposições penais, administrativas e limitações de conteúdo.

Mas a denominada lei “The Freedom of Information Act”, também incorporada no “United States Code” (5 U.S.C. § 552) reforçou o conteúdo da liberdade de expressão garantida pela Constituição Norte-Americana, enfatizando que o acesso à informação é um direito garantido.

De outro lado, os Estados Unidos preocuparam-se em proteger a privacidade e vida privada através da denominada “The Privacy Act of 1974”, também incorporada no “United States Code” (5 U.S.C. § 552a).

Uma forma de controle da fonte da informação é a vedação de anonimato prevista no inciso IV do art. 5º da CF/88. Semelhantemente aos Estados Unidos, o Brasil garante a proteção da intimidade e da vida privada, que também é um direito e garantia fundamental assegurada no mesmo artigo da Constituição cidadã, inciso X<sup>6</sup>.

O questionamento e a problematização que motivaram esta pesquisa foi justamente investigar se estas leis, elaboradas quando o meio de divulgação era a mídia impressa, televisão ou rádio, estão aptas para resolver

---

<sup>6</sup> X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

a intrincada busca pelo equilíbrio entre direito à informação, liberdade de expressão e proteção à intimidade e à vida privada.

Hodiernamente, internet tem sido utilizada como um eficaz meio de comunicação em massa, porque oferece maior rapidez, facilidade e o anonimato, na medida em que se pode inserir em uma página da internet qualquer conteúdo sem controle prévio (como os *blogs*) e, muitas vezes, sem que o autor seja identificado.

Assim, neste ponto, as leis tradicionais não estão adequadas, pois sempre há como se identificar alguém responsável pela divulgação do conteúdo da informação, pelo menos será o jornal, a revista, a empresa de televisão ou de rádio. E são estes responsáveis, inclusive, pelo controle da informação a ser divulgada. Controle não no sentido de censura política, ideológica ou artística, que é vedado; mas no sentido de informações que possam causar dano à vida privada e à intimidade de um indivíduo (“moral distress”).

Além disso, estas leis tradicionais foram elaboradas tendo como ponto de partida a divulgação local, ou, em alguns casos, nacional. No entanto, a internet desconhece limitações geográficas (fronteiras), por isso, as informações veiculadas na rede mundial de computadores atingem um público inimaginável, se comparada aos outros meios de comunicação. Por exemplo, MySpace, Facebook, Orkut, Youtube, dentre outras. Então uma violação à vida privada e à intimidade de um indivíduo passa a ter um impacto mundial (internacional) com imensa velocidade e ampla divulgação.

Outro ponto crucial é como efetivar as medidas judiciais (“injunctions”) para retirar um conteúdo da rede mundial de computadores, uma vez que o anonimato dificulta estas medidas. Estes obstáculos na era da internet não foram ignorados pela doutrina e legislação norte-americana que se dedicam a este tema.<sup>7</sup>

Em suma, na mesma medida em que a internet trouxe vantagens em relação à rapidez, ao amplo acesso à informação, ao baixo custo e à divulgação mundial, ela apresenta também um risco social, ou seja, o dano

---

<sup>7</sup> FRNKLIN, Marc A.; ANDERSON, David A.; LIDSKY, Lyrisa Barnett. *Mass Media Law: cases and materials*. 7. Ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2010. (Supplement). P. 11.

à pessoa, vítima da violação de sua intimidade e vida privada através desta ferramenta de comunicação, o que não pode ser ignorado pelo Direito.<sup>8</sup>

Outrossim, pessoas inescrupulosas utilizam este meio de comunicação para veicular conteúdo ilícito, tais como a promoção do racismo, terrorismo e pedofilia. Por isso, os Estados apressaram-se a estabelecer limites ao uso da internet pelos indivíduos, impondo, em muitos casos, restrições injustificadas à liberdade de expressão.

Neste ponto, a lei norte-americana denominada “Digital Communications Law”, que proíbe a veiculação de conteúdo ilícito através da rede mundial de computadores.

Sobre este tema, discute-se nos Estados Unidos um projeto de lei sobre como ser possível grampear e poder acessar as informações veiculadas através destes novos meios de comunicação na internet, em especial o Skype e o Facebook. Este controle seria feito por interceptação dos dados digitalizados.<sup>9</sup>

Em contrapartida, a sociedade civil e as associações que defendem as liberdades civis contestam toda intervenção estatal nos novos meios de comunicação ensejados pelas novas tecnologias para que não surja nenhum entrave ao desenvolvimento científico e tecnológico. Além disso, uma lei como esta seria um retrocesso desconsiderando as conquistas de liberdades e garantias individuais contra o Estado.

A indagação se a internet deve ou não ser regulamentada pelo Estado é antiga, pois se argumenta que ela foi idealizada para garantir liberdade total, sem controle e restrições.

Portanto, a internet foi considerada por alguns como um espaço livre de qualquer espécie de regulamentação. Na sexta-feira, dia 09 de

---

<sup>8</sup> PERRITT Jr, Henry H. *Digital Communications Law*. Revised Edition. Boston: Aspen Publishers, 2010.p. 1-4, § 1.02: “Changing information technology also changes dispute resolution. New types of disputes arise, while the effectiveness of traditional methods for detecting illegal conduct and enforcing legal decisions diminishes. At the same time, the new technology makes possible new kinds of dispute resolution institutions and procedures that may have lower costs than traditional institutions and procedures. The law therefore must be responsive to changes in information technology. Legal architects and advocates must understand the changes in technology in order to define and apply legal principles appropriately.

<sup>9</sup> Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jan-05/estados-unidos-preparam-lei-permitira-grampear-skype-facebook>>, acessado em 05 de janeiro de 2011, às 14 hs.

fevereiro de 1996, John Perry Barlow<sup>10</sup>, fundador da organização conhecida por “*Electronic Frontier Foundation*”, veiculou o que se denominou por “*Declaração de Independência do Ciberespaço*” (tradução livre de “*A Declaration of the Independence of Cyberspace*”), que pretendia reafirmar o liberalismo econômico e o voluntarismo jurídico no que diz respeito ao ciberespaço. Em outras palavras, tal declaração teve por objetivo impedir ou minimizar a regulação estatal desta nova realidade sócio-econômica. Seguem, abaixo, partes desta declaração:<sup>11</sup>

**DECLARAÇÃO DE INDEPENDÊNCIA DO CIPERESPAÇO.**

Governantes do Mundo Industrial, vocês gigantes de carne e metal, eu venho do Ciberespaço, a nova terra da Mente. Pelo bem do futuro, eu peço a vocês do passado para que nos deixem em paz. Vocês não são bem-vindos entre nós. Vocês não exercem soberania onde nós congregamos.

[...]

Suas crescentes indústrias da informação obsoletas perpetuam-se através das leis, na América e em outros lugares, que clamam por seus próprios interesses pelo mundo. Estas leis que declaram idéias em benefício das indústrias da informação, não são mais nobres do que ferro-gusa. Em nosso mundo, tudo o que a mente humana possa criar pode ser reproduzido e distribuído infinita e gratuitamente. A transmissão global do pensamento não mais depende de seus estabelecimentos.

Esta declaração é resultado da insatisfação da sociedade norte-americana por ocasião da votação da lei que regulamenta a comunicação de forma decente (“*Communications Decency Act*”), atualmente em vigor. Além desta, a lei sobre proteção à privacidade infantil online (*Children’s Online privacy Protection Act*)<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> GEIST, Michael. *Internet in Canada*. 3. Ed. Concord (Ontario): Captus Press, 2002. p. 15.

<sup>11</sup> A declaração pode ser consultada na íntegra em <<http://www.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>>: “**A DECLARATION OF THE INDEPENDENCE OF CYBERSPACE.** Governments of the Industrial World, you weary giants of flesh and steel, I come from Cyberspace, the new home of Mind. On behalf of the future, I ask you of the past to leave us alone. You are not welcome among us. You have no sovereignty where we gather. [...] Your increasingly obsolete information industries would perpetuate themselves by proposing laws, in America and elsewhere, that claim to own speech itself throughout the world. These laws would declare ideas to be another industrial product, no more noble than pig iron. In our world, whatever the human mind may create can be reproduced and distributed infinitely at no cost. The global conveyance of thought no longer requires your factories to accomplish”. [tradução livre]

<sup>12</sup> 15 U.S.C. §6501-6506.

A sociedade enfrenta agora o impasse em se atingir o equilíbrio entre a garantia ao direito à informação, que extrapola o próprio direito à liberdade de expressão, e à proteção à intimidade e à vida privada diante os novos desafios tecnológicos.

No Brasil, um caso emblemático, julgado em 2006, quando o candidato ao Senado, José Sarney processou um indivíduo que fez comentários em seu *blog* sobre a atuação política do candidato através de *charges* cômicas. Nesta ação, José Sarney pediu ao Judiciário a retirada deste conteúdo da internet, sendo a ação julgada procedente. No entanto, mesmo tendo a usuária retirado as *charges* do seu blog, tendo em vista a decisão judicial, a UOL, o site que hospedava o referido *blog*, suspendeu este serviço oferecido à cidadã, em flagrante abuso ao direito fundamental de liberdade de expressão, pois a usuária tinha outros conteúdos no seu *blog*.<sup>13</sup>

Veja-se que de um lado, no caso, a honra do candidato estava supostamente sendo violada; porém, do outro, ao suspender totalmente o *blog* da usuária, violou o seu direito à liberdade de expressão.

Em suma, o Brasil ainda não tem uma política pública que visa ao equilíbrio entre o direito à liberdade de expressão e a proteção à intimidade e à vida privada. Por isso, é importante verificar a atuação de países que já têm uma estrutura consolidada sobre o tema, como os Estados Unidos, para que se possa estabelecer uma política pública brasileira pertinente ao contexto sócio-econômico nacional.

É justamente este equilíbrio que esta pesquisa pretende estabelecer analisando e comparando o sistema *Civil Law* brasileiro e o *Common Law* norte-americano, dando ênfase às decisões da Suprema Corte norte-americana, mas não restringindo a pesquisa a este Tribunal Superior.

---

<sup>13</sup> Disponível em: <<http://en.rsf.org/brazil-electoral-court-censors-blog-that-08-09-2006,18801.html>>, acessado em 14 de janeiro de 2011, às 18:35 hs.

#### 4. Ciência comparativa:

Nesta pesquisa destaca-se a ciência comparativa, pois é fundamental ao jurista moderno compreender o exato sentido da comparação. Para Rodolfo Sacco<sup>14</sup>, a ciência comparativa consiste em “*medir as diferenças que existem entre uma multiplicidade de modelos jurídicos*”. Portanto, o conhecimento prévio dos modelos jurídicos, objeto desta análise, é pressuposto imprescindível à comparação.

Portanto, a ciência comparativa impõe que seja analisado o contexto sócio-econômico, político e jurídico dos países em comparação, no caso o Brasil e os Estados Unidos, o que se faz ao longo deste relatório científico. Além disso, faz-se mister entender o sistema legal norte-americano para que se possa entender e, efetivamente, comparar com o sistema legal brasileiro.

O estudo comparado é uma paixão antiga, já, em 1869, Laboulaye fundou a “Sociedade de Legislação Comparada” (“*Société de législation comparée*”), cujo primeiro congresso veio a se realizar em 1900. Nesta ocasião, o jurista francês Raymond Saleilles<sup>15</sup> afirmou que:

[...] a ciência do direito comparado, no sentido jurídico do termo, tem como objeto extrair do conjunto das instituições particulares uma base comum, ou, pelo menos, pontos de contato capazes de trazer à luz a unidade fundamental da vida jurídica universal.

Neste congresso de 1900 em Paris, desenvolveu-se a concepção de ciência comparativa<sup>16</sup>, o objetivo principal era relacionar o Direito com outras áreas do conhecimento, como filosofia, história, etimologia e

---

<sup>14</sup> Discute-se se a comparação é um método ou uma ciência. Rodolfo Sacco esclarece que a comparação jurídica é uma ciência, e comprova demonstrando que há diversos métodos aplicados na comparação, como o estruturalismo, funcionalismo, dentre outros. Conclui o jurista: “Quem diz que a comparação é método, tem uma visão limitada do método da comparação (porque não observa que se podem usar mais métodos para comparar, e que não existe o método puro de comparar), quando não tem uma visão limitada dos seus escopos e do seu objeto (porque não observa, ou não conhece, o seu específico, e já desenvolvido, campo de indagação”. SACCO, Rodolfo. *Introdução ao Direito Comparado*. Tradução de Véra Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 33 – 34.

<sup>15</sup> *Apud* SACCO, Rodolfo. *Op. cit.*, p. 29.

<sup>16</sup> ZIMMERMANN, Reinhard; REIMANN, Mathias. *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Nova Iorque: Oxford University press, 2007. P. 42 – 43.

sociologia. E, no campo do Direito Privado, a ciência comparativa serviria para fortalecer a relação político-econômica entre os países, estimulando o comércio.<sup>17</sup>

Esta preocupação é ainda mais concreta tendo em vista o nível de internacionalização ensejado pelos novos meios de comunicação, como a internet. Portanto, a necessidade de uniformização mínima do direito privado encabeça várias iniciativas de organizações jurídicas internacionais.

De maneira que a análise comparativa do direito evoluiu para, após o fim da Primeira Guerra Mundial, não apenas investigar os pontos convergentes entre os vários sistemas jurídicos, mas para criar as devidas concordâncias entre eles. Sendo que em 1928 criou-se em Roma o instituto conhecido por Unidroit (“**Institut international pour l’unification du droit privé**”). Atualmente, tal instituto integra a Organizações das Nações Unidas, e seu objetivo é promover a uniformização do direito privado.

Busca-se eliminar as conseqüências danosas trazidas pelo conflito de normas no espaço ao tentar-se unificar o direito privado. Neste contexto, insere-se a ciência jurídica comparativa em que se analisa diversos modelos jurídicos, até mesmo os sistemas (*Common Law* e *Civil Law*) para poder harmonizá-los, criando soluções inovadoras e uniformes aos litígios ensejados pelas novas tecnologias.<sup>18</sup>

Atualmente, a missão da ciência comparativa é estimular leis uniformes transnacionais (“*Transnational Uniform Law*”), retomando a idéia da *Lex mercatoria* para que se possa atingir a real unificação jurídica.<sup>19</sup>

Este é um ponto crucial na análise deste tema tendo em vista o fato do dano ser global, é importante que existam leis transnacionais que disciplinem a liberdade de expressão na internet, o acesso à informação e a necessária proteção da intimidade e vida privada.

---

<sup>17</sup> ZIMMERMANN, Reinhard; REIMANN, Mathias. *Op. cit.*, p. 540 – 541.

<sup>18</sup> FINE, Toni M. *Common Law and Civil Law Systems: Some Defining and Distinguishing Characteristics*. In: *III Anuario Juridico Villanueva*, p. 143 (2009).

<sup>19</sup> ZIMMERMANN, Reinhard; REIMANN, Mathias. *Op. cit.*, p. 606 – 607.

Para a realização desta pesquisa comparativa, é preciso ressaltar três fases subseqüentes do método comparativo apontadas por Léontin-Jean Constantinesco.<sup>20</sup>

A primeira fase, denominada fase de “**constatação**”, em que se analisam os elementos normativos (descrição narrativa dos preceitos legais a serem comparados), levando-se em conta a jurisprudência e a doutrina jurídica dominante nos países escolhidos.

A segunda, a fase de “**compreensão**”, em que se buscam explicações para as relações entre os institutos jurídicos comparados.

E, por fim, a terceira é a fase de “**comparação**”, a mais importante, em que o pesquisador está apto a apontar semelhanças e diferenças entre as ordens jurídicas comparadas e investigar os fatores que possam ter influenciado o surgimento e o desenvolvimento do direito. A pesquisa finaliza com a avaliação dos resultados da comparação.

Além destes métodos, quanto à forma de estruturação, o método sucessivo pressupõe a apresentação da estrutura e do funcionamento de um sistema jurídico; e, depois, passa-se a fazer o mesmo com o outro. Todavia, este método não é utilizado tendo em vista à desvantagem devido à impossibilidade da imediata comparação entre as semelhanças e diferenças pelo leitor.<sup>21</sup>

Por isso, utiliza-se o método simultâneo, isto é, os sistemas jurídicos, brasileiro e norte-americano, são apresentados e analisados conjuntamente.

---

<sup>20</sup> *Rechtsvergleichung: die rechtsvergleichenden Methoden*. Köln: Carl Heymanns Verlag, 1972. vol. 2. p. 137. Apud CAMBOGI, Ana Paula. *Contratos via internet*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 25.

<sup>21</sup> *Idem ibidem*, p. 27.

## 5. *Common Law* e *Civil Law* - diferenças e semelhanças:

Embora numa primeira abordagem poder-se-ia questionar a utilidade deste tipo de análise, argumentando que o sistema do *Civil Law* e do *Common Law* são sistemas diversos, impossibilitando a comparação entre eles, cujas estruturas são distintas, verifica-se certa semelhança em alguns pontos que serão destacados.

Sob o ponto de vista formal o sistema do *Common Law* distingue-se do *Civil Law*; todavia, sob o ponto de vista substancial, estes sistemas aproximam-se sensivelmente quanto à dogmática sobre a proteção da liberdade de expressão e proteção à intimidade e vida privada.<sup>22</sup>

Respondendo ao questionamento proposto, é possível o estudo comparado entre estes dois sistemas legais; e, além disso, tal análise é profícua haja vista as diversas semelhanças destes dois sistemas. Semelhanças que decorrem de vários fatores. Primeiro, é recorrente no *Civil Law* fundamentar decisões e petições em julgados anteriores (como método de argumento *ab auctoritate*)<sup>23</sup>. Este procedimento é a regra no *Common Law*, em que um caso é deduzido em juízo com base no julgado semelhante que lhe antecedeu: os denominados “precedentes” (“*leading cases*” ou “*stare decisis*”).

O segundo ponto a ser levantado diz respeito ao intenso aumento de estatutos (“statutes”) e leis especiais sobre determinado assunto. Portanto, além dos *precedentes*, o operador do Direito, no *Common Law*, fundamenta seu pedido com base nos estatutos. Este é o fundamento do *Civil Law*, ou seja, é necessário existir uma lei anterior que discipline a matéria para que ela seja aplicada (princípio da legalidade).<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos: Noções Gerais*. Direito Positivo. Direito Objetivo. Teoria Geral do Direito Subjetivo. Análise dos Elementos que Constituem os Direitos Subjetivos. 6. ed. anotada e atual. por Ovídio Rocha Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 200: “De fato, os três sistemas, romano, germânico e anglo-americano, partem do pressuposto do respeito à personalidade humana e de sua conseqüente liberdade, dentro dos limites impostos pela comunhão social; nesses sistemas, nem a sociedade, nem o Estado, isolados do homem, constituem o fim supremo do direito”.

<sup>23</sup> FERRAZ Júnior, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 337.

<sup>24</sup> POSNER, Richard. *The problems of Jurisprudence*. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1993. p. 247: “There seem to be profound differences between common law

E, por fim, pelo que se pode observar a partir da análise de vários princípios utilizados para embasar as decisões e sentenças no *Common Law* são os mesmos adotados nas leis específicas do *Civil Law*. Além disso, os “estatutos” do *Common Law* são bem semelhantes às leis do *Civil Law*, por exemplo, garantem a liberdade de expressão e a proteção à intimidade e à vida privada.

Destaca-se no *Common Law* o seu sistema da *ratio decidendi*, ou seja, o entendimento dos tribunais (“holdings”) que vinculam os tribunais a estes vinculados segundo a organização judiciária norte-americana.

Importante consideração dentro deste relatório científico é a influência dos julgados estrangeiros no sistema jurídico brasileiro, ou seja, deve-se destacar em que medida os julgados estrangeiros podem ser utilizados no Brasil. Preliminarmente, é fundamental traçar um panorama geral do *Common Law*, norte americano, fundado na doutrina dos *stare decisis* e do *binding precedent*.

O judiciário norte-americano, assim como o brasileiro, é dividido em tribunais estaduais e tribunais federais. A diferença é que, nos Estados Unidos, as cortes superiores, tais como a Suprema Corte dos Estados Unidos e as “*Courts of Appeals*” (tribunais de apelação, tradução livre), ao julgar um caso determinam, em nível federal, como as “*District Courts*” (tribunais distritais, tradução livre) e os demais juízes (*Trial judges*) devem julgar os casos semelhantes, ou seja, aqueles que apresentam idêntica questão de direito (“legal issues”) e de fatos (“relevant facts”).

Semelhantemente, em nível estadual, as decisões das cortes superiores dos respectivos Circuitos (geralmente denominadas, “*Supreme Courts*”) e as denominadas “*Courts of Appeals*” vinculam as inferiores, “*District Courts*”. No entanto, estes precedentes restringem-se, geograficamente ao circuito de que tais tribunais fazem parte.<sup>25</sup>

Ainda que este sistema não seja aplicado desta forma pelo Judiciário Brasileiro, não se pode negar a relevância da análise do *Common*

---

and statute law, the fundamental difference being precisely that between a conceptual system on the one hand and a textual system on the other.”

<sup>25</sup> FINE, Toni M. *An Introduction to the Anglo-American Legal System*. Navarra: Thomson Aranzadi, 2010. p. 37.

*Law*, em que na falta de um direito preexistente, o juiz exerce relevante atividade criativa.

Neste aspecto, quanto aos Direitos Especiais, notadamente o Direito Eletrônico, no qual este relatório científico insere-se, em que não há no Brasil uma lei específica sobre o tema, o Judiciário brasileiro depara-se com a cotidiana necessidade de criar soluções jurídicas para o caso concreto não regulado previamente por uma lei, como o *Civil Law* impõe.

Ademais, a doutrina brasileira, em destaque Luiz Guilherme Marinoni<sup>26</sup>, afirma que se deve destacar a “nova função judicial”, em que o juiz deixa de ser mero expectador e aplicador do direito para, quando necessário desempenhar relevante função criativa. Neste sentido, conclui:

A dificuldade em ver o papel do juiz sob o neoconstitucionalismo impede que se perceba que a tarefa do juiz do *civil law*, na atualidade, está muito próxima da exercida pelo juiz do *common law*. Ora, é exatamente a cegueira para a aproximação das jurisdições destes sistemas que não permite enxergar a relevância de um sistema de precedentes no *civil law*.

Assim, este relatório científico destaca o método comparativo entre o sistema *Civil Law* brasileiro e o *Common Law* norte-americano, entendendo ser produtiva esta análise, na medida em que a utilização e aplicação da *ratio decidendi* nos casos semelhantes é um mecanismo útil e necessário para se atingir a igualdade real entre as partes, o que será destacado na análise dos *leading cases*.

Ademais, há semelhança entre estes dois sistemas, notadamente, a partir da adoção da **Súmula Vinculante** pelo Supremo Tribunal Federal. Desta forma, importante para o jurista brasileiro entender ambos os sistemas.

O que se destaca na doutrina norte-americana do *stare decisis* é justamente o que foi discutido no **Citizens United v. Federal Election Commission**<sup>27</sup>, as vantagens deste sistema são segurança jurídica, previsibilidade das decisões e consolidação dos princípios jurídicos, *in verbis*:

---

<sup>26</sup> *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 71 – 72.

<sup>27</sup> Supreme Corte dos Estados Unidos, *in*: 130 S.Ct. 876 (2010).

Fidelity to precedent-the policy of stare decisis is a vital to the proper exercise of the judicial function. “Stare decisis is the preferred course because it promotes the evenhanded, predictable, and consistent development of legal principles, fosters reliance on judicial decisions, and contributes to the actual and perceived integrity of the judicial process.

Desta forma, a utilização da mesma *ratio decidendi* nos casos semelhantes posteriores ao *binding precedent* é uma ferramenta que servirá ao sistema brasileiro. Assim, pretende-se estimular um intercâmbio de informações para que os juízes brasileiros tomem conhecimento de decisões para que possam sistematizar conclusões em especial no âmbito tecnológico, em que o domínio técnico geralmente falta ao Judiciário, bem como a omissão do Poder Legislativo que dificulta a atuação tradicional do juiz do *Civil Law*.

Ao contrário, o Judiciário norte-americano tem atuado de forma construtiva sobre casos que envolvem questões tecnológicas, aplicando em especial a medida jurídica denominada *injunctions*, para que determinado conteúdo seja retirado do site ou que não seja incluído, quando for o caso. No entanto, a preocupação com o direito fundamental à liberdade de expressão é outra constante nos julgados norte-americanos (**Citizens United v. Federal Election Commission**)<sup>28</sup>.

Transpondo esta análise ao contexto das novas tecnologias, o que se conclui é que o Judiciário deve estar atento aos anseios sociais de constante proteção à privacidade e à vida privada sem, contudo, olvidar do direito à informação e o direito à liberdade de expressão, todos constitucionalmente garantidos.

Em suma, tendo em vista a inexistência de lei brasileira sobre a contextualização dos princípios da liberdade de expressão, da proteção à intimidade e da vida privada em face às novas tecnologias e o constante e veloz avanço científico e tecnológico, esta pesquisa pretende destacar a utilização da *ratio decidendi* no *stare decisis* norte-americano para ilustrar o tema ao Judiciário e à sociedade brasileira.

A internet viabiliza a alta interconexão entre os países e suas respectivas economias, pois como ressaltado *supra* ela favorece o intercâmbio

---

<sup>28</sup> Suprema Corte dos Estados Unidos, *in*: 130 S.Ct. 876 (2010).

de dados (mensagens, fotos e vídeos) com tamanha facilidade desconsiderando limites e fronteiras geográficas, bem como sua autoria.

Diante desta realidade, percebe-se a necessidade de aprofundar o estudo do direito para abranger uma análise comparativa, em especial entre os sistemas *Common Law* e *Civil Law*. Em outras palavras, o jurista pós-moderno precisa, além de dominar o direito pátrio, ter uma boa noção de como a matéria está sendo tratada em nível global (“direito global”).<sup>29</sup>

Outrossim, a possibilidade concreta de um mesmo caso concreto vir a ser questionado diante de tribunais de países distintos demonstra o intenso globalismo em que a sociedade pós-moderna se insere.<sup>30</sup>

Na definição apontada por José Eduardo Faria<sup>31</sup> confirmada pelas lições de Javier Carrascosa González, globalização geral é o fenômeno social que consiste na aproximação de distâncias geográficas e na homogeneização das expectativas de consumo, de imaginários culturais e de políticas, decorrente da globalização econômica.

Destaca-se a globalização jurídico-política<sup>32</sup>, que se caracteriza pelo deslocamento da capacidade de formulação, de definição e de execução de políticas públicas, antes radicada no Estado-Nação, para arenas transnacionais ou supranacionais, decorrente da globalização econômica e de seus efeitos sobre o alcance do poder soberano.

Desta forma, destaca-se o impacto que as decisões da Suprema Corte norte-americana tiveram em vários países.<sup>33</sup>

---

<sup>29</sup> FINE, Toni M. The Globalization of Legal Education in the U.S.. In: *The Future of the International Practice of Law from a Global Perspective*. European Journal of Law Reform, vol. 02, p. 567 (2000). Reimpressão in “*The Internationalization of the Practice of Law*”, p. 329 (Kluwer International, 2001).

<sup>30</sup> González, Javier Carrascosa. Globalización y derecho internacional privado. In: *Anales de Derecho*. Universidad de Murcia, número 22, 2004, p. 17-58. Disponível em: <<http://www.um.es/facdere/publicaciones/anales/anales22/javier-carrascosa.pdf>>, acessado em 19 de novembro de 2008, às 10:30. p. 18: “[...] fenómeno complejo (= formado por varias estructuras de diferente carácter) consistente en la libre circulación mundial de factores productivos, de la información y de los modelos sociales y culturales.”

<sup>31</sup> *O direito na economia globalizada*. 1ª ed. 3ª tir. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 59.

<sup>32</sup> *Idem ibidem*, p. 23: “Nesse novo contexto sócio-econômico, embora em termos *formais* os Estados continuem a exercer soberanamente sua autoridade nos limites de seu território, em termos *substantivos* muitos deles já não mais conseguem estabelecer e realizar seus objetivos exclusivamente por si e para si próprios. Em outras palavras, descobrem-se *materialmente* limitados em sua autonomia decisória”.

<sup>33</sup> FINE, Toni M. O judiciário americano e o direito internacional: o novo debate. In: *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, vol. 12, p. 71 (2009). (tradução do inglês)

Hodiernamente, tendo em vista o alto nível de globalização, um país não se sustenta com fronteiras estanques. Conseqüentemente, os Estados tendem a se agruparem para, unindo esforços, atingir um bom padrão econômico para todos, haja vista a formação dos blocos econômicos, tais como a OMC, a UE, o NAFTA e demais organizações internacionais, como o FMI, dentre outras.

Estes blocos devem preocupar-se para além das questões estritamente comerciais, mas também com o controle de informações veiculadas em massa pela rede mundial de computadores. Em outras palavras, um indivíduo pode incluir informação e hospedar um site em outro país para se furta da aplicação da lei de seu país; no entanto, o público alvo são seus co-cidadãos, tendo em vista a língua utilizada e outros elementos. Este fato demonstra a necessidade de união entre os Estados para garantir de forma eficaz os direitos e garantias fundamentais.

Esta questão foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento de Siegfried Ellwanger, *in verbis*:

HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comercializar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e

se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País. **6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais**, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamafobia" e o anti-semitismo. 7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, ad perpetuam rei memoriam, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. 9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. **Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo.** 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham. 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de

expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. 15. "Existe um nexó estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoá sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada. (grifo nosso)<sup>34</sup>

Verifica-se, a partir desta ementa, a influência de outros sistemas jurídicos, bem como das decisões da Suprema Corte norte-americana, sobre esta questão que envolve um direito imemorial, porém limitado, que é a liberdade de expressão. Este mesmo raciocínio deve ser aplicado quando o conteúdo ilícito for divulgado em páginas da internet seja qual for o país que hospede o site. Daí a importância de tratados internacionais sobre este ponto específico.

---

<sup>34</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Habeas Corpus 82424, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=siegfried%20e%20ellwanger&base=baseAcordaos>>, acessado em 31 de outubro de 2010, às 13:09 hs.

## **6. Implicações à liberdade de expressão com os meios de comunicação eletrônicos (contextualização do *First Amendment* pela Suprema Corte norte-americana)**

A tutela da liberdade de expressão nos Estados Unidos coincide com sua própria origem histórica de colonização. Em outras palavras, os primeiros ingleses que vieram para os Estados Unidos estavam em busca de liberdade religiosa, porque na Inglaterra predominava o catolicismo e havia perseguição contra os protestantes; além de um forte controle da monarquia inglesa sobre os indivíduos.<sup>35</sup>

Por isso, a primeira emenda à Constituição Norte Americana foi a garantia da liberdade de expressão em seu amplo aspecto, ou seja, liberdade religiosa, liberdade de imprensa, liberdade de expressar opiniões e etc.

No entanto, com os novos meios tecnológicos, sobretudo, a internet, esta garantia constitucional está na ordem do dia, sendo uma questão relevante e recorrente nos casos analisados pela Suprema Corte Norte Americana.

A doutrina norte-americana destaca que os novos meios tecnológicos ameaçam a liberdade de expressão, sobretudo, quanto às opiniões políticas divulgadas na rede mundial de computador. Isto porque os provedores de internet, sem que o usuário saiba, estabelecem filtros que impedem que determinados conteúdos sejam divulgados na internet, em *blogs*, *e-mails* e outras formas de comunicação via internet.

É o que destaca Dawn C. Nunziato<sup>36</sup> sobre a discussão se as empresas privadas provedoras de acesso à internet estão sujeitas à observância da garantia constitucional da liberdade de expressão; ou se tal garantia é imposta apenas contra o controle estatal. Esta problemática foi

---

<sup>35</sup> LANE, Frederick S. *American Privacy: the 400-year history of our most contested right*. Boston: Beacon Press, 2009. *Passim*.

<sup>36</sup> *Virtual Freedom: net neutrality and free speech in the internet age*. Stanford (CA): Stanford Law Books, 2009. P. 01 – 04.

acentuada na época do Governo do Presidente norte-americano, Bush, por ocasião da Invasão e Guerra no Iraque. Vários cidadãos norte-americanos tentavam veicular, através da internet, suas opiniões políticas contrárias ao Governo do Presidente Bush (discurso anti-Bush). No entanto, este conteúdo, através de filtros implantados pelos provedores (empresas privadas) de acesso à internet, eram impedidos de circular pela internet, empresas como a Comcast, DSL e AT&T.

Esta problemática dismembrou a análise da primeira emenda à Constituição norte-americana em duas concepções da garantia constitucional da liberdade de expressão.

A primeira concepção, **afirmativa (*affirmative conception of the free speech guarantee*)**, entende que tal garantia deve ser imposta também às empresas privadas, da mesma forma que é imposta às entidades públicas. Assim, segundo esta concepção, o direito e garantia individual de manifestar seus pensamentos e opiniões deve ser garantido e observado amplamente, tanto pelas empresas privadas provedoras de acesso à internet, assim como é imposto às entidades públicas que prestam serviços de outros meios de comunicação como, os correios, a televisão e o rádio.

Contudo, a segunda concepção, **negativa (*negative conception of the First Amendment*)**, entende que a garantia individual de liberdade de expressão é imposição apenas contra o Estado, ou seja, às entidades públicas, não alcançando, portanto, as empresas privadas provedoras de acesso à internet.

Esta discussão jurídica sobre qual interpretação deveria ser dada à Primeira Emenda à Constituição norte-americana chegou aos tribunais de vários Estados norte-americanos, em que a maioria adotou a segunda concepção, isto é, a maioria dos tribunais estaduais norte-americanos entendia que os filtros impostos pelas entidades privadas de acesso à internet não violavam o direito e garantia fundamental de liberdade de expressão, conseqüentemente, as decisões destes tribunais não impunham nenhuma sanção ou obrigação a tais entidades.

Inicialmente, a Suprema Corte norte Americana adotou a primeira concepção, ou seja, uma aplicação extensiva do direito e garantia

fundamental da liberdade de expressão individual tanto às empresas privadas quanto às entidades e empresas públicas que prestam serviços relacionados aos diversos meios de comunicação. Este entendimento foi manifestado no julgamento do caso *Turner Broadcasting System, Inc. V. F.C.C.*<sup>37</sup>, em 1994, em que a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que a mesma imposição determinada ao Estado de garantir a liberdade de manifestação de opiniões e idéias deve ser estendida e observada pelas empresas privadas que prestam qualquer serviço relacionado ao meio de comunicação, inclusive às empresas provedoras de acesso à internet.

Contudo, este entendimento da Suprema Corte norte-americana começou a mudar por volta de 2005, em razão da regulamentação dos serviços dos provedores de acesso à internet pela FCC (*Federal Communication Commission*).

No caso *Brand v. Federal Communications Commission*<sup>38</sup>, a Suprema Corte norte-americana alterou sua interpretação da primeira emenda à Constituição norte-americana, adotando a segunda concepção, negativa, isto é, as empresas privadas de acesso à internet não estão sujeitas à observância da liberdade e garantia fundamental da liberdade de expressão, obrigação imposta tão-somente ao Estado e entidades públicas. A Suprema Corte norte-americana passou a entender que a F.C.C. tem competência para regular os serviços dos provedores de acesso à internet, aplicando-se, portanto, as regras desta regulamentação específica.

Assim, a doutrina norte-americana destaca que os novos meios de comunicação ameaçam um direito e garantia constitucional de liberdade de expressão que foi conquistado às duras penas durante séculos.<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> 512 U.S. 622, 657 (1994): “The potential for abuse of private power over a central avenue of communication cannot be overlooked. [...] Each medium of expression must be assessed for First Amendment purposes by standards suited to it, for each may present its own problems. The First Amendment’s command that government not impede the freedom of speech does not disable the government from taking steps to ensure that private interests not restrict, through physical control of a critical pathway of communication, the free flow of information and ideas”.

<sup>38</sup> 545 U.S. 967 (2005).

<sup>39</sup> HINDMAN, Matthew. *The Myth of Digital Democracy*. Princeton e Oxford: Princeton University Press, 2009, pp. 21 – 23.

No Direito Brasileiro constitucional, é garantida a liberdade de expressão no art. 5º, inc. IX: “IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença,” obrigação que, a nosso ver e segundo a doutrina majoritária brasileira<sup>40</sup>, deve ser estendida tanto às entidades e empresas públicas quanto às empresas privadas.

### **6.1. O direito à liberdade de expressão como direito fundamental:**

Este projeto debruça-se sobre um tema altamente interdisciplinar, pois envolve questões tecnológicas, científicas e jurídicas. Dentro da esfera legal, o tema é ainda multifacetário, tendo em vista a proximidade do tema com o Direito Constitucional, Direito Civil (principalmente, no que se refere aos direitos de personalidade e a reparação civil quando houver dano aos direitos de personalidade), Direito Penal, dentre outros.

No entanto, o denominado Direito Eletrônico é, por isso, um direito especial que merece uma atenção dos juristas de todas as áreas do conhecimento jurídico.

Apesar deste tema de pesquisa estar relacionado a aspectos do Direito Privado, pois se pretende analisar a questão sob o enfoque dos direitos de personalidade (tais como, direito à honra, à imagem, dentre outros); relaciona-se, também, com alguns aspectos constitucionais, notadamente, o direito à liberdade de expressão, direito à informação, à intimidade e a proteção da vida privada).

A principal problemática está justamente em alcançar um equilíbrio, ou seja, garantir a liberdade de expressão e o direito à informação e proteger os direitos de personalidade relacionados à proteção da intimidade e da vida privada, bem como determinar as consequências pela violação destes

---

<sup>40</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. P. 105.

direitos de personalidade, ou seja, a reparação civil e verificar o responsável pelas eventuais violações.

Assim, é fundamental analisar eventual conflito entre princípios, no caso, o princípio da liberdade de expressão e princípio da proteção à intimidade e à vida privada. Em destaque, deve-se analisar o princípio do acesso à informação.

A dificuldade que se apresenta na tentativa de se conceituar o termo “princípio” diz respeito a ser um vocábulo equívoco. Juridicamente, portanto, princípio é um preceito. José Afonso da Silva<sup>41</sup> afirma que: “*princípios* são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são [como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira] ‘núcleos de condensações’ nos quais confluem *valores e bens constitucionais*.”

Disto se infere que os princípios são obrigatórios e devem ser observados por todos, pois são espécies de normas. Em outras palavras, os princípios consitucionais devem ser observados pelas entidades públicas, Estado, empresas privadas e todos os indivíduos.

Ao se afirmar que a norma é gênero de que são espécies “princípio” e “regra”, cumpre fazer uma breve distinção entre estes.<sup>42</sup> Deste modo, enquanto as regras estão atreladas a um elevado grau de determinação material e de precisão de sentido, os princípios são abertos, polissêmicos e indeterminados.

Neste mesmo sentido, afirma Humberto Ávila<sup>43</sup> que a “regra” tem um conteúdo descritivo ou uma “dimensão imediatamente comportamental”.

---

<sup>41</sup> *Idem ibidem*, p. 92.

<sup>42</sup> Norma é gênero, de que são espécies: a) os *princípios*; e b) as *regras*. Neste sentido: GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. Este autor distingue os princípios e regras, p. 168: “A regra é geral porque estabelecida para um número indeterminado de atos ou fatos; não obstante, ela é especial na medida em que não regula senão tais atos ou tais fatos: é editada para ser aplicada a uma situação jurídica determinada; já o princípio, ao contrário, é geral porque comporta uma série indefinida de aplicações”.

<sup>43</sup> *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006., para quem princípios e regras são espécies do gênero norma (p. 30), afirma que estes textos normativos distinguem-se pelo caráter comportamental descritivo da regra e finalístico dos princípios. p. 167: “[...] o significado preliminar dos dispositivos pode experimentar uma *dimensão* imediatamente comportamental (regra), finalística (princípio) e/ou metódica (postulado) [...] As regras podem ser dissociadas dos princípios quanto ao modo como prescrevem o comportamento. As regras são normas imediatamente descritivas na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da

Por outro lado, “princípio” tem um conteúdo finalista, ou seja, um objetivo a ser concretizado.

É precisamente neste aspecto que reside a vantagem dos princípios em relação às regras, na medida em que os princípios são dotados de um conteúdo flexível, capaz de captar as mudanças sociais, políticas e econômicas da realidade e se ajustar aos valores de justiça. Por isso, o princípio do acesso à informação, o princípio da liberdade de expressão e o princípio da proteção da intimidade e da vida privada devem estar alinhados aos anseios sociais da época em que são aplicados, ou seja, equilibrando os avanços científico-tecnológicos e os valores relevantes ao ser humano.

De tudo o que foi exposto, constata-se que os princípios desempenham uma função relevante no ordenamento jurídico. Tamanha importância fez com que Vicente Ráo<sup>44</sup> afirmasse que a ignorância dos princípios "quando não induz a erro, leva à criação de rúbulas em lugar de juristas". Portanto, o aplicador do direito deve ter domínio dos princípios e aplicá-los aos casos concretos, consoante a sua função.

Uma das funções dos princípios é a limitadora (função limitativa), isto é, serve como limite de atuação do jurista, pois os princípios impõem balizamentos dentro dos quais o jurista exercitará sua criatividade, seu senso do razoável e sua capacidade de fazer a justiça no caso concreto.

As funções básicas dos princípios são: fundamentadora, interpretativa, supletiva, integrativa, diretiva e limitativa. Na função fundamentadora, o jurista deve aplicar os princípios como base de sua decisão. Na função interpretativa, os princípios são mecanismos aos quais se recorrem para interpretar a norma. Na função supletiva e integrativa, o jurista lança mão dos princípios para suprir as lacunas das leis. E, por fim, na função diretiva, os

---

conduta a ser cumprida. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas cuja promoção gradual depende dos efeitos decorrentes da adoção a ela necessários. Os princípios são normas cuja qualidade frontal é, justamente, a determinação da realização de um fim juridicamente relevante, ao passo que característica dianteira das regras é a previsão do comportamento”.

<sup>44</sup> *O Direito e a vida dos direitos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 48.

princípios estabelecem alguns objetivos a ser buscados na aplicação das leis aos casos concretos.

Portanto, todas estas funções devem ser levadas a cabo quando se está diante de um impasse decorrente do embate entre acesso à informação e liberdade de expressão de um lado, e a proteção da intimidade e da vida privada do outro. Assim, devem-se aplicar harmoniosamente os princípios acima referidos tendo em vista as funções que eles desempenham, ou seja, fundamentadora, interpretativa, supletiva, integrativa, diretiva e limitativa.

Esta discussão traz à tona a necessidade de se discutir se existe um núcleo de proteção inflexível para os direitos fundamentais, situações em que não se admitiria a derrogação de certos valores.

O direito à informação é um direito fundamental que deve estar em equilíbrio com outros princípios, tais como o princípio da proteção à privacidade e à intimidade.

Neste sentido, importante frisar a ***Incorporation Doctrine*** aplicada no sistema legal norte-americano. Assim, o *First Amendment* à Constituição norte-americana é conhecido como *Bill of Rights*, adotado a partir de 1791, estabelece direitos e garantias fundamentais, dentre as quais à liberdade de expressão, contra atos do governo federal. Em razão da importância destes direitos, segundo a teoria da incorporação, os Estados também estão vinculados, ou seja, as autoridades estaduais não podem mitigar estes direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.<sup>45</sup>

Este tema foi objeto de discussão no Marco Civil da internet no Brasil, porém, não se chegou a um resultado uniforme quanto à responsabilização dos provedores de internet e dos usuários destes serviços quando há um dano à personalidade de outrem. Assim, não há no Brasil uma regulamentação específica sobre o tema, como existe nos Estados Unidos elaborada pela F.C.C. Por isso, neste tema as funções dos princípios são fundamentais para os aplicadores do Direito brasileiro quanto às novas tecnologias.

---

<sup>45</sup> FINE, Toni M. *An introduction...*, *op. cit.*, p. 29.

## 7. Da proteção à intimidade e à privacidade na era digital:

O almejado equilíbrio entre os princípios acima ressaltados, princípio do acesso à informação, princípio da liberdade de expressão, princípio da proteção à intimidade e à vida privada, é um grande desafio aos Estados Democráticos de Direito. Ora, chegar neste ponto de desejável consenso traz em si discussões teóricas e filosóficas intermináveis.

Um ponto de conflito é justamente a proteção aos direitos de personalidade, notadamente quanto à intimidade e à privacidade tendo em vista os novos meios tecnológicos, a internet.

A jurisprudência brasileira que versa sobre as conseqüências pela violação à intimidade e à vida privada na internet é insipiente, com destaque à responsabilidade do usuário e do provedor de serviços na internet. Todavia, é inegável o impacto das novas tecnologias no mundo jurídico, pois elas influenciam a forma pela qual se cria, interpreta e aplica o direito. Neste sentido, a doutrina esclarece que “[e]m um mundo onde as fronteiras jurídicas são frequentemente definidas por fronteiras físicas, os tribunais estão enfrentando desafios ao aplicar as normas tradicionais às novas tecnologias, repletas de especificidades”.<sup>46</sup>

As novas tecnologias ensejam maior esforço do intérprete ao aplicar um texto de lei elaborado tendo em vista os meios de comunicação tradicionais, tais como rádio e televisão, porque, nestes últimos casos, há um controle prévio, sempre tendo uma autoria definida, ainda que seja o Editor. Assim, a interpretação das leis ficou altamente rebuscada tendo em vista o alto nível de globalização aliado às novas tecnologias.

Ao contrário, a *internet* possibilita o intercâmbio de dados a baixo custo e com maior rapidez, atingindo um contingente enorme de

---

<sup>46</sup> “In a world where legal boundaries are often defined by physical ones, courts are increasingly faced with the challenge of applying traditional rules to new and unique Technologies”. [tradução livre] ANGELOPOULOS, Tracey. Pavlovich v. Superior Court: Spinning a World Wide Web for California Personal Jurisdiction. *In: San Diego Law Review*, vol. 39, n. 3, p. 1019 – 1032, summer 2002. (versão eletrônica)

peças<sup>47</sup>; e, por conseqüência, as relações sociais, políticas, culturais, econômicas e jurídicas estão cada vez mais interconectadas. Este tem sido um enorme desafio enfrentado pelos tribunais, que não podem pautar suas decisões no individualismo e nos meios tradicionais de comunicação.

Outro problema em torno do tema proposto diz respeito à porosidade de fronteiras, dificultando a identificação do juiz ou tribunal competente para julgar um litígio em que se utilizou a internet. Um caso paradigmático, *Pavlovich v. Superior Court*<sup>48</sup>, em 2001, um estudante do curso de engenharia da computação da Universidade de Purdue (no Estado norte-americano de Indiana) desenvolveu um projeto de pesquisa para criar um programa decodificador dos códigos que bloqueavam cópias de um filme em DVD. Uma vez decodificado o código, o estudante apropriava-se de segredo industrial (o código de proteção). Muito embora o tribunal do Estado de Califórnia não tivesse jurisdição pessoal com relação ao réu, que não residia no Estado, o tribunal decidiu a questão alegando que o réu tinha conhecimento que a empresa cinematográfica responsável pela distribuição dos DVDs bloqueados era sediada na Califórnia. Portanto, o tribunal deste Estado entendeu ser competente para julgar o caso, flexibilizando o pré-requisito constitucional da jurisdição pessoal estabelecido pela 14ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos (“*Due Process of Law*”)<sup>49</sup>. De maneira que o tribunal da Califórnia interpretou a regra constitucional afirmando que basta um

---

<sup>47</sup> BASEDOW, Jürgen. The effects of globalization on private international law. In: BASEDOW, Jürgen; KONO, Toshiyuki. *Legal aspects of globalization: conflict of laws, Internet, capital markets and insolvency in a global economy*. p. 01-10. p. 02: “A globalised world is one in which political, economic, cultural, and social events become more and more interconnected [...] Those origins are due to technical changes, in particular to the tremendous acceleration and cost reduction of the transport of passengers, goods and data.” “O mundo globalizado é aquele em que os eventos políticos, econômicos, culturais e sociais tornam cada vez mais interligados [...] A origem deve-se às mudanças tecnológicas, em particular à tremenda aceleração e à redução dos custos do transporte de pessoas, bens e informação”. [tradução livre]

<sup>48</sup> 109 Cal. Rptr. 2d 909 (6 Ap. Dist.).

<sup>49</sup> “Amendment XIV [1868]. Section 1. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection.” “Emenda XIV [1868]. Seção 1. Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas a esta jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e dos Estados onde residam. Nenhum Estado pode aplicar qualquer lei que conceda privilégios ou imunidades aos cidadãos dos Estados Unidos; nem pode privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou propriedade sem o devido processo legal; nem negar a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a proteção equivalente”. [tradução livre]

contato mínimo do réu com o Estado onde o tribunal tem jurisdição, no caso, bastou o conhecimento do réu que a Califórnia era a sede da empresa.<sup>50</sup>

Este exemplo demonstra a ênfase que deve ser dada à interpretação do direito para continuar a ser um instrumento hábil à solução de litígios peculiares da era digital.

Outra questão importante diz respeito à eficácia da decisão jurisdicional, a internet apresenta enormes desafios decorrentes da soberania dos Estados e desafios tecnológicos em razão da dificuldade (ou impossibilidade) de retirar determinado conteúdo da rede mundial de computadores, pois uma vez inserido o conteúdo e acessado por diversos indivíduos, o controle da inserção novamente por outro indivíduo de determinado conteúdo que atente contra os direitos de personalidade é extremamente difícil.

Quanto ao primeiro aspecto, isto é, a soberania dos Estados quanto à decisão judicial de outro Estado, o caso *Yahoo.com France*<sup>51</sup>, em que a empresa “Yahoo.com” operando na França veiculou conteúdo nazista e foi processada e julgada pelo tribunal de Paris que, em 22 de maio de 2000, condenou a Yahoo a pagar indenização. A empresa “Yahoo.com” iniciou uma ação sobre o mesmo fato no tribunal da Califórnia que, por sua vez, decidiu que o julgado do tribunal de Paris não tem validade nos Estados Unidos.

As novas formas de organização econômica, cuja ênfase é a transnacionalização dos mercados e a conseqüente circulação de capitais, aliadas às novas tecnologias colocam em xeque a boa aplicação dos institutos tradicionais do direito.

Quanto ao segundo aspecto, isto é, a efetividade da decisão judicial tendo em vista os novos meios tecnológicos, denominado *Streisand*

---

<sup>50</sup> “Thus, a court may exercise jurisdiction over a nonresident defendant if ‘he [has] certain minimum contacts with [the forum] such that the maintenance of the suit does not offend ‘traditional notions of fair play and substantial justice’”. ANGELOPOULOS, Tracey. *Op. Cit.*, p. 1021. “Assim, o tribunal é competente para julgar um réu que não reside no Estado em que exerça jurisdição se ‘ele tenha contato mínimo com a comarca desde que não contrarie as noções tradicionais de equilíbrio e justiça substantiva’”. [tradução livre]

<sup>51</sup> Available at: <<http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/yauctions.htm>>; e *Yahoo!, Inc. v. LICRA*, C-00-21275 JF, 2001 U.S. Dist. LEXIS 18378 (N.D. Cal. Nov. 7, 2001).

*Effect*, o caso brasileiro, *Cicarelli v. Youtube*,<sup>52</sup> em que uma artista famosa foi flagrada em uma praia na Espanha com seu namorado praticando atos sexuais, sendo que um indivíduo filmou tudo e inseriu (*uploaded*) o vídeo no *Youtube*, sendo que em poucos minutos este era um dos vídeos mais acessados do *Youtube*.

Neste caso, a discussão girou em torno da suposta violação à imagem e à honra do casal, por isso o advogado deles, tendo em vista a dificuldade de retirar totalmente o acesso ao vídeo dos usuários da internet, pediu que o juiz retirasse o site *Youtube* do ar, tornando todo o site inacessível por qualquer pessoa.

No entanto, há um conflito entre o direito à informação e à liberdade de expressão, na medida em que o site *Youtube* é muito utilizado para divulgação de trabalhos artísticos não patrocinados com o intuito de divulgar suas artes. Por isso, o juiz entendeu que o pedido de tornar o site inacessível a qualquer pessoa violaria o direito à informação e à liberdade de expressão do público em geral.

Todavia, o Direito garante e tutela a proteção dos direitos da personalidade, no caso, o direito à imagem, à honra, à intimidade e à vida privada. Por isso, o juiz determinou que o administrador do *Youtube* retirasse o vídeo de circulação e estabelecesse um filtro para que o vídeo não fosse reinserido no site, impondo multa diária (astreintes):

Ação inibitória fundada em violação do direito à imagem, privacidade e intimidade de pessoas fotografadas e filmadas em posições amorosas em areia e mar espanhóis – Esfera íntima que goza de proteção absoluta, ainda que um dos personagens tenha alguma notoriedade, por não se tolerar invasão de intimidades [cenas de sexo] de artista ou apresentadora de tv – Inexistência de interesse público para se manter a ofensa aos direitos individuais fundamentais [artigos 1º, III e 5º, V e X, da CF] – Manutenção da tutela antecipada expedida no agravo de instrumento nº 472.738-4 e confirmada no julgamento do agravo de instrumento nº 488.184-4/3 – Provimento para fazer cessar a divulgação dos filmes e fotografias em websites, por não ter ocorrido consentimento para a publicação – Interpretação do art. 461, do CPC e 12 e 21, do CC, preservada a multa diária de R\$ 250.000,00, para inibir transgressão ao comando de abstenção.

---

<sup>52</sup> Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ap. 556.090.4/4-00, j. junho 14, 2008. Des. Relator Ênio Santarelli Zuliani.

## 8. Das conseqüências civis pela violação à intimidade e à privacidade na internet:

Os direitos de personalidade são tutelados no Código Civil de 2002 (CC/02), dos artigos 11 a 21. Os direitos de personalidade são intransmissíveis e inalienáveis, tutelados pelo CC/02 em diversos dispositivos, no art. 12<sup>53</sup> há previsão de se pedir que cesse a ameaça ou lesão a direito da personalidade além do responsável pagar uma indenização pelos danos causados e outras conseqüências legais e o art. 20 do CC/02<sup>54</sup> complementa a previsão legal anterior, na medida em que se admite que qualquer interessado possa a proibição da divulgação de escritos ou outras formas de publicação que prejudique a honra e a boa fama de um indivíduo.

Em suma, a principal medida para que o dano aos direitos à personalidade com relação a conteúdos divulgados na internet é a tutela inibitória, ou seja, para cessar a conduta antijurídica e que ocasiona eventual dano à imagem, à honra e à privacidade de um indivíduo sob multa diária (astreites), também fundamentado no art. 461 do Código de Processo Civil (CPC).

No entanto, a dificuldade é dar efetividade a esta decisão judicial, o já mencionado *Streisand Effect*, porque o conteúdo pode ser reinserido na rede mundial de computadores por outros indivíduos e outras formas ou em outros sites (outras páginas na internet).

E tal pedido não exclui a obrigação do causador do dano reparar os prejuízos e os danos morais e materiais causados, ou seja, a reparação civil, fundamentada nos arts. 186 c/c 927 do CC/02.

E, eventualmente, pode o indivíduo ser processado criminalmente, se sua conduta estiver tipificada em lei, como exemplo, a

---

<sup>53</sup> Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

<sup>54</sup> Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

inserção e a divulgação pela internet de conteúdo de pornografia infantil. No âmbito penal, a Lei n. 10.764, de 12 de novembro de 2003, que alterou alguns artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990), tipificando como crime a divulgação de mídia contendo cenas de pornografia infantil pela internet<sup>55</sup>, bem como alargando a tipificação de alguns crimes para incluir outros meios de comunicação dentre eles, a internet<sup>56</sup>.

O problema é identificar o indivíduo causador do dano e se o provedor de acesso à internet é ou não responsável ou co-responsável, dependendo das circunstâncias de cada caso.

No Brasil, não há regulamentação específica sobre este tema. Muito embora, no âmbito da administração pública, o Decreto n. 4.829 de 03 de novembro de 2003<sup>57</sup>, que institui o Comitê Gestor da internet no Brasil, o art. 1º deste Decreto estabelece as atribuições do referido órgão, *in verbis*:

Art. 1º Fica criado o Comitê Gestor da Internet no Brasil - CGI.br, que terá as seguintes atribuições:

I - estabelecer diretrizes estratégicas relacionadas ao uso e desenvolvimento da Internet no Brasil;

II - estabelecer diretrizes para a organização das relações entre o Governo e a sociedade, na execução do registro de Nomes de Domínio, na alocação de Endereço IP (Internet Protocol) e na administração pertinente ao Domínio de Primeiro Nível (ccTLD - country code Top Level Domain), ".br", no interesse do desenvolvimento da Internet no País;

---

<sup>55</sup> O art. 4º desta lei altera o art. 241 do ECA, que passa a vigor com a seguinte redação: "Art. 241. Apresentar, produzir, vender, fornecer, divulgar ou publicar, **por qualquer meio de comunicação, inclusive rede mundial de computadores ou internet**, fotografias ou imagens com pornografia ou cenas de sexo explícito envolvendo criança ou adolescente: Pena - reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa." (grifo nosso) A redação antiga do art. 241 era: "Art. 241. Fotografar ou publicar cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente: Pena - reclusão de um a quatro anos."

<sup>56</sup> O art. 3º desta lei altera o art. 240 do ECA, cuja redação passa a ser: ""Art. 240. Produzir ou dirigir representação teatral, televisiva, cinematográfica, atividade fotográfica **ou de qualquer outro meio visual**, utilizando-se de criança ou adolescente em cena pornográfica, de sexo explícito ou vexatória: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa." (grifo nosso) Compare com a redação anterior do dispositivo: "Art. 240. Produzir ou dirigir representação teatral, televisiva ou película cinematográfica, utilizando-se de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica: Pena - reclusão de um a quatro anos, e multa."

<sup>57</sup> Disponível em: <<http://www.cgi.br/regulamentacao/decr4829.htm>>, acessado em 08 de outubro de 2008, às 10:48 hs.

III - propor programas de pesquisa e desenvolvimento relacionados à Internet, que permitam a manutenção do nível de qualidade técnica e inovação no uso, bem como estimular a sua disseminação em todo o território nacional, buscando oportunidades constantes de agregação de valor aos bens e serviços a ela vinculados;

IV - promover estudos e recomendar procedimentos, normas e padrões técnicos e operacionais, para a segurança das redes e serviços de Internet, bem assim para a sua crescente e adequada utilização pela sociedade;

V - articular as ações relativas à proposição de normas e procedimentos relativos à regulamentação das atividades inerentes à Internet;

VI - ser representado nos fóruns técnicos nacionais e internacionais relativos à Internet;

VII - adotar os procedimentos administrativos e operacionais necessários para que a gestão da Internet no Brasil se dê segundo os padrões internacionais aceitos pelos órgãos de cúpula da Internet, podendo, para tanto, celebrar acordo, convênio, ajuste ou instrumento congêneres;

VIII - deliberar sobre quaisquer questões a ele encaminhadas, relativamente aos serviços de Internet no País; e

IX - aprovar o seu regimento interno.

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça manifestou o entendimento sobre a aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) à relação entre provedor de acesso à internet e o usuário, analisando um caso sobre o tema, determinou que se o provedor de serviço de internet não tinha conhecimento do conteúdo, não pode ser responsabilizado. Mas, ao contrário, se tiver conhecimento, deve ser “enérgico” e retirar imediatamente o conteúdo de circulação:

CIVIL E CONSUMIDOR. INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. PROVEDOR DE CONTEÚDO. FISCALIZAÇÃO PRÉVIA DO TEOR DAS INFORMAÇÕES POSTADAS NO SITE PELOS USUÁRIOS. DESNECESSIDADE. MENSAGEM DE CONTEÚDO OFENSIVO. DANO MORAL.

RISCO INERENTE AO NEGÓCIO. INEXISTÊNCIA. CIÊNCIA DA EXISTÊNCIA DE CONTEÚDO ILÍCITO. RETIRADA IMEDIATA DO AR. DEVER. DISPONIBILIZAÇÃO DE MEIOS PARA IDENTIFICAÇÃO DE CADA USUÁRIO. DEVER. REGISTRO DO NÚMERO DE IP. SUFICIÊNCIA.

1. A exploração comercial da internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90.

2. O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo "mediante remuneração", contido no art. 3º, § 2º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor.

3. A fiscalização prévia, pelo provedor de conteúdo, do teor das informações postadas na web por cada usuário não é atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não examina e filtra os dados e imagens nele inseridos.

4. O dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no site pelo usuário não constitui risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/02.

5. Ao ser comunicado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, deve o provedor agir de forma enérgica, retirando o material do ar imediatamente, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada.

6. Ao oferecer um serviço por meio do qual se possibilita que os usuários externem livremente sua opinião, deve o provedor de conteúdo ter o cuidado de propiciar meios para que se possa identificar cada um desses usuários, coibindo o anonimato e atribuindo a cada manifestação uma autoria certa e determinada. Sob a ótica da diligência média que se espera do provedor, deve este adotar as providências que, conforme as circunstâncias específicas de cada caso, estiverem ao seu alcance para a individualização dos usuários do site, sob pena de responsabilização subjetiva por culpa in omittendo.

7. Ainda que não exija os dados pessoais dos seus usuários, o provedor de conteúdo que registra o número de protocolo (IP) na internet dos computadores utilizados para o cadastramento de cada conta mantém um meio razoavelmente eficiente de rastreamento dos seus usuários, medida de segurança que corresponde à diligência média esperada dessa modalidade de provedor de serviço de internet.

8. Recurso especial provido.

(REsp 1186616/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/08/2011, DJe 31/08/2011)

Pacificando o entendimento, que já tinha sido adotado no final de 2010, cujo entendimento foi no mesmo sentido:

DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO.

INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. PROVEDOR DE CONTEÚDO. FISCALIZAÇÃO PRÉVIA DO TEOR DAS INFORMAÇÕES POSTADAS NO SITE PELOS USUÁRIOS. DESNECESSIDADE. MENSAGEM DE CONTEÚDO OFENSIVO.

DANO MORAL. RISCO INERENTE AO NEGÓCIO. INEXISTÊNCIA. CIÊNCIA DA EXISTÊNCIA DE CONTEÚDO ILÍCITO. RETIRADA IMEDIATA DO AR. DEVER.

DISPONIBILIZAÇÃO DE MEIOS PARA IDENTIFICAÇÃO DE CADA USUÁRIO. DEVER.

REGISTRO DO NÚMERO DE IP. SUFICIÊNCIA.

1. A exploração comercial da internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90.

2. O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo "mediante remuneração" contido no art. 3º, § 2º, do CDC deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor.

3. A fiscalização prévia, pelo provedor de conteúdo, do teor das informações postadas na web por cada usuário não é atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não examina e filtra os dados e imagens nele inseridos.

4. O dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no site pelo usuário não constitui risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/02.

5. Ao ser comunicado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, deve o provedor agir de forma enérgica, retirando o material do ar imediatamente, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada.

6. Ao oferecer um serviço por meio do qual se possibilita que os usuários externem livremente sua opinião, deve o provedor de conteúdo ter o cuidado de propiciar meios para que se possa identificar cada um desses usuários, coibindo o anonimato e atribuindo a cada manifestação uma autoria certa e determinada. Sob a ótica da diligência média que se espera do provedor, deve este adotar as providências que, conforme as circunstâncias específicas de cada caso, estiverem ao seu alcance para a individualização dos usuários do site, sob pena de responsabilização subjetiva por culpa in omittendo.

7. Ainda que não exija os dados pessoais dos seus usuários, o provedor de conteúdo, que registra o número de protocolo na internet (IP) dos computadores utilizados para o cadastramento de cada conta, mantém um meio razoavelmente eficiente de rastreamento dos seus usuários, medida de segurança que

corresponde à diligência média esperada dessa modalidade de provedor de serviço de internet.

8. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1193764/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/12/2010, DJe 08/08/2011)

## 9. O tratamento do *Spam* e *Spyware* no direito norte-americano:

Quanto à privacidade, discute-se se o envio de *Spam* e *Spyware* seria uma violação à intimidade e à vida privada do usuário da internet. Estas técnicas, e outras tantas, são utilizadas para divulgar determinado produto ou serviço aos consumidores.<sup>58</sup>

*Spam* pode ser conceituado como o envio de mensagem com conteúdo comercial utilizado pelos fornecedores para divulgação em massa de seus produtos ou serviços.

*Spyware* é uma técnica de *marketing* em que o fornecedor instala no computador do usuário um programa de computador “espião” para investigar as preferências deste consumidor em potencial através das páginas da internet mais acessadas por ele. Desta forma, é possível fazer um *marketing* direto ou específico tendo em vista às preferências deste consumidor.

Sobre este último aspecto, o Brasil tem apenas um projeto de lei específico sobre o envio de mensagens eletrônicas indesejáveis (*spam*), é o Projeto de Lei n. 6.210, de 2002<sup>59</sup>, que “Limita o envio de mensagem eletrônica não solicitada (*spam*), por meio da Internet” (sic). A definição de **spam** é dada pelo art. 1º, que, inclusive, faz referência expressa à terminologia inglesa, entendida como “[...] a mensagem eletrônica recebida por meio de rede de computadores, sem consentimento prévio do destinatário, e que objetive a divulgação de produtos, marcas, empresas ou endereços eletrônicos, ou a oferta de mercadorias ou serviços, gratuitamente ou mediante remuneração”.

Este Projeto de lei estabelece alguns princípios no art. 2º, quais sejam: I – proibição do reenvio (tais mensagens só podem ser encaminhadas uma única vez); II – princípio da identificação clara (deve-se indicar que se trata de uma mensagem não solicitada); III – princípio da identificação do remetente (que deve indicar um endereço eletrônico válido); e, IV – princípio da

---

<sup>58</sup> ABRAHAMSON, Tsan; HUSTON, Lezlie; Cobalt LLP. *Internet law for the practical lawyer: spamming and other advertising issues*. Berkeley (CA): The American Law Institute, 2007. p. 23.

<sup>59</sup> In: *Revista de Direito do Consumidor*, ano 12, vol. 45, jan. / mar., de 203. p. 302-303.

autodeterminação (devem-se assegurar meios para que o destinatário de tais mensagens opte pelo não recebimento de outras mensagens do mesmo remetente – sistema *opt-out*).

Por isso, o enfrentamento da utilização do *spam* e *spyware* deve ser feito com urgência no Brasil. Neste aspecto, há decisões da Suprema Corte norte-americana que proíbem o *spam* e *spyware*, desconsiderando tais manifestações como liberdades de expressão.

Assim, há dois sistemas: o primeiro, *opt-in*, ou seja, se o indivíduo manifestar sua vontade em receber mensagens com conteúdo comercial, o recebimento destas mensagens não caracteriza violação à sua intimidade ou privacidade; e o segundo sistema, *opt-out*, se o indivíduo não quiser receber estas mensagens, então ele deve pedir a exclusão do seu e-mail do banco de dados da empresa. Este segundo sistema é o que prevalece nos Estados Unidos. Por isso, o julgamento é feito caso a caso, quanto ao *spam*.<sup>60</sup>

Por exemplo, no caso *United States v. Cyberheat*<sup>61</sup>, a Suprema Corte norte-americana julgou ilegal e responsabilizou a empresa Cyberheat por enviar e-mails não solicitados por terem conteúdo pornográfico.

Semelhantemente, o caso *Hypertouch Inc., v. Kennedy-Western University*,<sup>62</sup> *Asis Internet Services v. Optin Global, Inc.*<sup>63</sup>, a Suprema Corte norte-americana entendeu que os fornecedores violaram algum ou alguns dos dispositivos da lei *Can-Spam*, determinando a responsabilização dos fornecedores ou prestadores de serviços pelo envio das mensagens de conteúdo comercial não solicitadas.

Em suma, nos Estados Unidos, a lei *Can-Spam* proíbe, no entanto, o envio de mensagens com o conteúdo falso ou que leve o usuário a

---

<sup>60</sup> Can-Span Act.

<sup>61</sup> 2007 U.S. Dist. Lexis 15448 (D. Arizona).

<sup>62</sup> 2006 U.S. Dist Lexis 14673 (N. D. Cal).

<sup>63</sup> 2006 Lexis 73669 (N.D. Cal).

algum tipo de engano.<sup>64</sup> Também é ilegal o envio de mensagens comerciais sem solicitação prévia quando não se apresenta como tal ao usuário.<sup>65</sup> E, por fim, outro aspecto importante desta lei específica sobre *spam* norte-americana é que obriga o remetente de mensagens com conteúdo comercial a se identificar.<sup>66</sup>

Em outros cases, por exemplo, a Suprema Corte norte-americana entendeu que o envio da mensagem com conteúdo comercial não solicitada previamente não caracterizou infração à lei *Can-Span: Omega World Travel v. Mummagraphics, Inc.*<sup>67</sup>, *Madorsky v. Does*,<sup>68</sup> *FTC v. Yesmail, Inc., d/b/a @Once Corporation*,<sup>69</sup> *FTC v. Matthew Olson and Jennifer Leroy*<sup>70</sup> a Suprema Corte norte-americana entendeu não haver violação à lei *Can-Span*. Portanto, no Direito norte-americano o diploma legal que regula o envio de e-mails com conteúdo comercial não solicitado é a *Can-Span*, cuja interpretação é casuística como é a praxe do sistema *Common Law*.

No entanto, o *spkyware* é uma violação à intimidade e à vida privada do indivíduo, porque é um programa de computador que é instalado no computador pessoal do usuário para investigar suas preferências e as páginas na internet mais acessadas. Mas tal fato é omitido ao usuário, que ignora este

---

<sup>64</sup> "unlawful for any person to initiate the transmission, to a protected computer, of a commercial electronic mail message [...] that contains, or is accompanied by, header information that is materially false or materially misleading." 15 U.S.C. s7704(a)(1).

<sup>65</sup> "if such person has actual knowledge, or knowledge fairly implied on the basis of objective circumstances, that the subject heading of the message would be likely to mislead a recipient, acting reasonably under the circumstances, about a material fact regarding the contents or subject of the message." 15 U.S.C.

<sup>66</sup> "unlawful for any person to initiate the transmission of any commercial electronic mail message to a protected computer unless the message provides a valid physical postal address of the sender." 15 USC s7704(a)(5)(A)(iii).

<sup>67</sup> 469 F.3d 348 (4th Cir. 2006).

<sup>68</sup> 2006 U.S. Dist. Lexis 37631 (N.D. Ohio).

<sup>69</sup> (United States District Court for the Northern District of California) Civil Action No. 06-6611; FTC File No. 062-3002.

<sup>70</sup> (United States District Court, Western District of Washington At Seattle) Civil Action No. C05-1979; FTC Matter No. 0523180.

sistema, configurando uma prática abusiva tanto nos Estados Unidos<sup>71</sup>, regulado por lei específica.

No Brasil, a nosso ver esta prática é abusiva segundo o Código de Defesa do Consumidor, porém, melhor seria regulamentar no Brasil esta matéria para alcançar uma efetiva proteção aos usuários da rede mundial de computadores.

---

<sup>71</sup> Internet Spyware (I-Spy) Prevention Act (H.R. 744 [formerly H.R. 4661]) e Spy Act (H.R. 2929 [formerly H.R. 4661]).

## **10. Das *injunctions* norte-americanas como tutela à liberdade de expressão e à proteção à intimidade e à privacidade:**

O sistema norte-americano é muito semelhante ao sistema brasileiro quanto à tutela dos direitos da personalidade, notadamente a tutela da privacidade, e intimidade. Em outras palavras, o indivíduo que sofre algum eventual dano à sua intimidade ou privacidade, ou outro direito de personalidade pode pedir para que tal conduta cesse ou a ameaça cesse sob pena de uma multa diária, semelhante às astreintes brasileiras.

Assim, nos *cases* norte-americanos sobre este tema, a tutela sempre está atrelada à uma medida inibitória, *injunctions*, em que o judiciário determina que cesse a conduta ou a ameaça à lesão de direito da personalidade sob pena de multa diária.

Isso foi aplicado, por exemplo, no caso *Hustler Magazine v. Falwell*<sup>72</sup> em que foi imposta uma multa para a retirada da revista Hustler do conteúdo que violou à imagem e à honra de Falwell, bem como em outros casos abaixo analisados.

---

<sup>72</sup> 483 U.S. 1018, 107 S.Ct. 3259, 97 L.Ed.2d 759.

## 11. Exposição dos *leading cases* da Suprema Corte norte-americana sobre o equilíbrio entre o direito de liberdade de expressão e proteção à intimidade e à privacidade.

O *leading case* norte-americano sobre o tema desta pesquisa é o denominado *Supreme Court of the United States John ASHCROFT, Attorney General, Petitioner, v. AMERICAN CIVIL LIBERTIES UNION et al.*<sup>73</sup> em que foi inserido em um site conteúdo pornográfico, que foi retirado da internet por determinação judicial da Corte do 3º Distrito, e a Associação Americana das Liberdades Civas (*American Civil Liberties Union*) e outros alegaram inconstitucional tal medida fundamentando seus argumentos na liberdade de expressão da Primeira Emenda à Constituição norte-americana.

A Suprema Corte norte-americana entendeu prevalecer a lei específica sobre proteção contra pornografia infantil (*Child Online Protection Act - COPA*) sobre o *First Amendment*, concluindo pela retirada do conteúdo, considerado ilícito, do site.

Em outro *leading case*, porém, os fatos eram distintos, prevalecendo a liberdade de expressão garantida pela Primeira Emenda à Constituição norte-americana, o denominado *Reno v. American Civil Liberties Union (ACLU)*<sup>74</sup>:

“we held that the CDA's regulation of indecent transmissions, see § 223(a), and the display of patently offensive material, see § 223(d), ran afoul of the First Amendment. We concluded that “the CDA lack[ed] the precision that the First Amendment requires when a statute regulates the content of speech” because, “[i]n order to deny minors access to potentially harmful speech, the CDA effectively suppress[ed] a large amount of speech that adults ha[d] a constitutional right to receive and to address to one another.”

Mas o entendimento da Suprema Corte neste caso deve-se à falta de precisão dos termos da lei denominada *Communication Decency Act (CDA)*. Assim, em sentido amplo, a Suprema Corte, neste caso *Reno v. ACLU* entendeu que os adultos têm liberdade constitucional de circular entre si

<sup>73</sup> No. 00-1293. Argued Nov. 28, 2001. Decided May 13, 2002.

<sup>74</sup> 521 U.S., at 874, 117 S.Ct. 2329.

mensagens eletrônicas com conteúdo que quiser, porque não se pôde concluir que houve nenhuma ofensa à lei específica, ou seja, à denominada *Communication Decency Act*.

No caso denominado, *UNITED STATES of America, Plaintiff, v. Monte KATZ*<sup>75</sup>, Katz foi processado porque tinha um discurso favorável ao consumo de heroína, sendo acusado de conspiração. Em sua defesa, Katz alegou a liberdade de expressão com fundamento na Primeira Emenda à Constituição norte-americana. A Suprema Corte norte-americana entendeu em manter o julgamento do tribunal do 9º Circuito que condenou Katz por conspiração em razão de veicular entre seus amigos e-mails que continham conteúdo favorável ao consumo de heroína.

---

<sup>75</sup> No. 92 CR 94. June 15, 1992. Supreme Court of the United States. Hyman KATZ et al., petitioners, v. The UNITED STATES of America. No. 462. October 17, 1921.

## 12. Conclusão:

O tema central desta pesquisa está relacionado à tutela dos direitos de personalidade, notadamente, o direito à imagem, à honra e à intimidade com a preocupação de que tal tutela não ameace ou elimine os outros direitos constitucionalmente garantidos, o direito à liberdade de expressão e o direito à informação.

Este tema é pouco estudado no Brasil quando inserido no contexto das novas tecnologias, em especial, a internet, que alterou notavelmente os meios de comunicação. Em outras palavras, os sites de relacionamento e as redes sociais viabilizam a divulgação de conteúdo, seja uma imagem, palavras ou vídeos, de forma rápida e sem fronteiras geográficas. Este fato traz implicações no instituto da responsabilidade civil quanto à reparação do dano, que tem sua extensão em nível global.

Nos Estados Unidos, este tema tem sido há muito tempo objeto de questionamento pela doutrina e pelos tribunais, chegando à Suprema Corte norte-americana que fixa os *binding precedents*, devendo ser obrigatoriamente seguidos pelos tribunais inferiores.

Além da doutrina e *case law*, há leis específicas sobre o tema que de maneira direta ou indireta regulamenta algumas questões relacionadas ao tema central desta pesquisa, tais como *Communication Decency Act*, *Child Obsenity Protection Act*, *Can-Spam*, *Spyware*, dentre outras.

Analisando o tema central no contexto norte-americano, chegou-se à conclusão que se deve analisar casuísticamente a tutela dos direitos de personalidade face à proteção da liberdade de expressão e ao direito à informação consoante os *leading cases* proferidos pela Suprema Corte norte-americana.

Mesmo existindo algumas leis específicas (*Statutes*), acima mencionados, a interpretação dada pela Suprema Corte norte-americana é caso a caso conforme as peculiaridades fáticas de cada um. Porém, sistematicamente, há uma tutela ampla aos direitos de personalidade com uma preocupação em respeitar os direitos e garantias fundamentais.

No entanto, permanece a preocupação se, em razão dos novos meios tecnológicos, há uma efetiva liberdade de expressão e respeito ao direito à informação, isto em razão aos sistemas de filtro de conteúdo que é aplicados pelas empresas provedoras de acesso à internet de forma velada.

Esta parece ser a atual preocupação da doutrina norte-americana, ou seja, garantir a liberdade de expressão e o direito à informação na rede mundial de computadores.

Já no contexto brasileiro, não há muitos estudos doutrinários específicos sobre o tema e há alguns julgados. No entanto, a falta de regulamentação específica é uma constante ameaça à lesão aos direitos da personalidade, bem como ao direito à liberdade de expressão e ao direito à informação na sociedade brasileira.

### **13. Resultados objetivos da pesquisa realizada:**

A bolsista apresentou, ao final de sua pesquisa, na *Fordham School of Law*, uma palestra sobre o seu tema “Freedom of expression on the internet: the US Supreme Court precedents (a comparative study between the US and Brazilian Legal approach)” no dia 09 de fevereiro de 2011, cujos slides estão em anexo no Sistema Sage, bem como o Certificado recebido.

Esta apresentação representou um grande avanço na pesquisa realizada pela bolsista, porque respondeu a vários questionamentos, o que acrescentou algumas reflexões mais aprofundadas sobre o tema.

Por fim, esta foi uma oportunidade de demonstrar alguns avanços da doutrina e jurisprudência brasileira sobre o tema, ainda que embrionária.

#### 14. Bibliografia consultada e referenciada:

ABRAHAMSON, Tsan; HUSTON, Lezlie; Cobalt LLP. *Internet law for the practical lawyer: spamming and other advertising issues*. Berkeley (CA): The American Law Institute, 2007.

ANGELOPOULOS, Tracey. Pavlovich v. Superior Court: Spinning a World Wide Web for California Personal Jurisdiction. *In: San Diego Law Review*, vol. 39, n. 3, p. 1019 – 1032, summer 2002. (versão eletrônica)

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação*. Coimbra: Almedina, 2001.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

BASEDOW, Jürgen. The effects of globalization on private international law. *In: BASEDOW, Jürgen; KONO, Toshiyuki. Legal aspects of globalization: conflict of laws, Internet, capital markets and insolvency in a global economy*. p. 01-10.

BAPTISTA, Luis Olavo. Comércio eletrônico: uma visão do direito brasileiro. *In: Revista da faculdade de Direito da USP*. São Paulo: USP. v. 94. p. 83-100. Jan. – dez./1999.

BRASIL. Projeto de Lei n. 6.210 de 2002. *In: Revista de Direito do Consumidor*, ano 12, vol. 45, jan. / mar., de 203. p. 302-303.

CAMBOGI, Ana Paula. *Contratos via internet*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CASTELLS, Manuel. End of millenium. 2. ed. *The information age: economy, society and culture*. vol. 3. Massachusetts: Blackwell, 1998.

\_\_\_\_\_. The power of identity. 2. ed. *The information age: economy, society and culture*. vol. 2. Massachusetts: Blackwell, 2004.

\_\_\_\_\_. The rise of the network society. 2. ed. *The information age: economy, society and culture*. vol. 1. Massachusetts: Blackwell, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico. *In: Revista dos Tribunais*, n.º 353, março de 1965. pp. 14 – 26.

DIAMOND, John L.; LEVINE, Lawrence C.; BERNSTEIN, Anita. *Understanding Torts*. 4. Ed. São Francisco (CA): LexisNexis, 2010.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. 1ª ed. 3ª tir. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_; KUNTZ, Rolf. *Qual o futuro dos direitos? – Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

FERRAZ Júnior, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FINE, Toni M. *An Introduction to the anglo-american legal system*. Navarra: Thomson Aranzadi, 2007.

\_\_\_\_\_. The Globalization of Legal Education in the U.S.. *In: The Future of the International Practice of Law from a Global Perspective*. *In: European Journal of Law Reform*, vol. 02, p. 567 (2000). Reimpressão in “The Internationalization of the Practice of Law”, p. 329 (Kluwer International, 2001).

\_\_\_\_\_. O judiciário americano e o direito internacional: o novo debate. *In: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, vol. 12, p. 71 (2009). (tradução do inglês)

\_\_\_\_\_. El supreme corte de los EEUU: Un tribunal en transición. *In: La Gaceta de Negocios*, publicada em 16 de outubro de 2006. (tradução do inglês).

\_\_\_\_\_. Common Law and Civil Law Systems: Some Defining and Distinguishing Characteristics. *In: III Anuario Juridico Villanueva*, p. 143 (2009).

FRANKLIN, Marc A.; ANDERSON, David A.; LIDSKY, Lyrisa Barnett. *Mass Media Law: cases and materials*. 7. Ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2010. (Supplement).

GEIST, Michael. *Internet in Canada*. 3. Ed. Concord (Ontario): Captus Press, 2002.

GONZÁLEZ, Javier Carrascosa. Globalización y derecho internacional privado. *In: Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, vol. 22, p. 17 – 58, 2004. Disponível em: <<http://www.um.es/facdere/publicaciones/anales/anales22/javier-carrascosa.pdf>>. Acesso em: 19 de nov. 2008. [documento em meio eletrônico sem paginação]

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

HINDMAN, Matthew. *The Myth of Digital Democracy*. Princeton e Oxford: Princeton University Press, 2009.

KENT, Stephen T.; MILLETT, Lynette I. *Who goes there?: authentication through the lens of privacy*. Washington: The National Academies Press, s.d.

LANE, Frederick S. *American Privacy: the 400 –Year history of Our Most Contested Right*. Boston: Beacon Press, 2009.

McLEOD, Kembrew. *Freedom of expression: resistance and repression in the age of intellectual property*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2007.

MANDELL, Steven L. *Computers, data processing, and the law: text and cases*. Nova Iorque: West Publishing Company, 1984.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

McLEOD, Kembrew. *Freedom of Expression: resistance and repression in the age of intellectual property*. Minneapolis: Universidade de Minnesota, 2007.

NEGROPONTE, Nicholas. *Being digital*. Nova Iorque: First Vintage Books, 1996.

NUNZIATO, Dawn C. *Virtual Freedom: net neutrality and free speech in the internet age*. Stanford (CA): Stanford Law Books, 2009.

PERRITT Jr, Henry H. *Digital Communications Law*. Revised Edition. Boston: Aspen Publishers, 2010.

POSNER, Richard A. *The Problems of Jurisprudence*. Cambridge (MA): Harvard University Press, 1990.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos: Noções Gerais. Direito Positivo. Direito Objetivo. Teoria Geral do Direito Subjetivo. Análise dos Elementos que Constituem os Direitos Subjetivos*. 6. ed. anotada e atual. por Ovídio Rocha Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ROSTOKER, Michael D.; RINES, Robert H. *Computer jurisprudence: legal responses to the information revolution*. Nova Iorque: Oceana Publications, 1986.

SACCO, Rodolfo. *Introdução ao Direito Comparado*. Tradução de Véra Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SCHWABACH, Aaron. *Internet and the Law: technology, society and compromises*. Santa Bárbara (CA): ABC CLIO, 2006.

SCOTT, Michael D. Scott. *Scott on information technology law*. 3. Ed. Formerly published as Scott on Computer Law. Vol. 2. Austin: Aspen Publishers, 2011.

SHAW ESQ, Thomas J. *Information security and privacy: a practical guide for global executives, Lawyers and tecnologists*. United States: American Bar Association, 2011.

SHIFFRIN, Steven H.; CHOPPER, Jesse H. *The First Amendment: cases, comments, questions*. 4. Ed. Minneapolis: West Publishing Co., 1996.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

STREET, F. Lawrence; GRANT, Mark P.; GARDINER, Sandra Sheets. *Law of the internet*. São Francisco (CA): LexisNexis, 2009.

SOLOVE, Daniel J. *The Digital Person: technology and privacy in the information age*. Nova Iorque: New York University, 2004.

SOUZA FILHO, Gelson Amaro de. Liberdade de expressão na internet: a globalização e o direito internacional. In: *Revista Jurídica UNIGRAN*. Dourados, MS, vol. 11, n. 21, p. 141 – 155, de jan./jun. de 2009.

STUCKEY, Kent D. *Internet and online law*. Nova Iorque: Law Journal Press, 2011.

ZIMMERMANN, Reinhard; REIMANN, Mathias. *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Nova Iorque: Oxford University press, 2007.

WEAVER, Russel L.; BAUMAN John H.; CROSS, John T.; KLEIN, Andrew R.; MARTIN Edward; ZWIER, Paul J. *Torts: cases, problems, and exercises*. 3. Ed. São Francisco (CA): LexisNexis, s.d.

WILHELM, Anthony G. *Digital Nation: toward an inclusive information society*. Cambridge, Massachusetts: MIT, 2004.