XXXI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA - DF

DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS II

DANIELLE JACON AYRES PINTO

EUDES VITOR BEZERRA

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Copyright © 2024 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU – São Paulo
Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Fernando Passos – UNIARA - São Paulo
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia
Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal
Comunicação:
Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM – São Paulo
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará
Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI – Santa Catarina
Eventos:
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo
Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina
Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP – Pernambuco

D597

DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Danielle Jacon Ayres Pinto, Eudes Vitor Bezerra, Lucas Gonçalves da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5274-062-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Saúde: UM OLHAR A PARTIR DA INOVAÇÃO E DAS NOVAS TECNOLOGIAS

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Governança e novas tecnologias. XXX Congresso Nacional do CONPEDI Fortaleza - Ceará (3: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXXI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA - DF

DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS II

Apresentação

O conjunto de pesquisas que são apresentadas neste livro faz parte do Grupo de Trabalho de "DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS II", ocorrido no âmbito do XXXI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA, realizado entre os dias 27 e 29 de novembro de 2024, na cidade de Brasília, promovido pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI e que teve como temática central "Um olhar a partir da inovação e das novas tecnologias".

Os trabalhos expostos e debatidos abordaram de forma geral distintas temáticas atinentes DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS, especialmente relacionadas aos principais desafios que permeiam a tecnologias jurídica, passando pela inteligência artificial, demais meios digitais, também apontando para problemas emergentes e propostas de soluções advindas de pesquisas em nível de pós-graduação, especialmente, Mestrado e Doutorado.

Os artigos apresentados em Brasília trouxeram discussões sobre: Tecnologias aplicáveis aos tribunais, Governança digital e governo digital, Exclusão digital derivando tanto para exclusão social quanto para acesso à justiça, Eleições, desinformação e deepfake, cidades e TICs. Não poderiam faltar artigos sobre privacidade e proteção de dados pessoais, com atenção aos dados sensíveis, consentimento e LGPD, liberdade de expressão, censura em redes sociais, discriminação, uso de sistemas de IA no Poder Judiciário e IA Generativa.

Para além das apresentações dos artigos, as discussões durante o GT foram profícuas com troca de experiências e estudos futuros. Metodologicamente, os artigos buscaram observar fenômenos envolvendo Direito e Tecnologia, sem esquecer dos fundamentos teóricos e, ainda, trazendo aspectos atualíssimos relativos aos riscos que ladeiam as novas tecnologias, destacando os princípios e fundamentos dos direitos fundamentais

Considerando todas essas temáticas relevantes, não pode ser outro senão de satisfação o sentimento que nós coordenadores temos ao apresentar a presente obra. É necessário, igualmente, agradecer imensamente aos pesquisadores que estiveram envolvidos tanto na confecção dos trabalhos quanto nos excelentes debates proporcionados neste Grupo de Trabalho. Por fim, fica o reconhecimento ao CONPEDI pela organização e realização de mais um relevante evento internacional.

A expectativa é de que esta obra possa contribuir com a compreensão dos problemas do cenário contemporâneo, com o a esperança de que as leituras dessas pesquisas ajudem na reflexão do atual caminhar do DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS.

Profª. Drª. Danielle Jacon Ayres Pinto (UFSC)

Prof. Dr. Eudes Vitor Bezerra (PPGDIR – UFMA)

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva (UFS)

A (I)LEGALIDADE DE DECISÕES DE REMOÇÃO DE CONTAS E CONTEÚDOS DE PLATAFORMAS DIGITAIS

ON THE (I)LEGALITY OF JUDICIAL RULINGS TO REMOVAL ACCOUNTS OR POSTS FROM DIGITAL PLATFORMS

Paulo Ricardo Aguiar De Deus [1]
Bruno Irion Coletto [2]

Resumo

Este artigo visa analisar as decisões judiciais de remoção de contas e/ou conteúdos que têm sido tomadas em face de cidadãos usuários de plataformas digitais. Como objetivo de pesquisa, tentamos determinar, com base exclusivamente na lei nacional, se decisões de remoção de contas e conteúdos são legais no cenário brasileiro. Para atender a essa proposta de pesquisa, utilizamos o método dedutivo apoiado em análises qualitativas da literatura, bem como revisão bibliográfica quando necessário. Foi possível demonstrar que, ainda que por vezes seja possível remover determinados conteúdos, sob ampla proteção dos direitos e garantias individuais, não há que se falar em remoção de contas inteiras sem que disso decorram inúmeras violações a garantias constitucionais. No mundo em que vivemos, sustentado em interações sociais em grande parte virtuais, a exclusão completa de contas de usuários, ainda que porventura estejam abusando de seus direitos de expressão, é verdadeiro ostracismo imposto àquela pessoa pelo Poder Judiciário. Mais ainda, a manutenção da conta de indivíduos que estejam dolosamente violando normas é muito mais gravosa para o próprio acusado, pois abre espaço para múltiplas ações civis ou criminais, mas também abre espaço para retratação e mudança de ideias. Para evitar abusos por parte do Poder Judiciário, é sugerida a prudência que apenas o tempo oferta, além de, sempre, o apego inegociável ao devido processo legal.

Palavras-chave: Plataformas digitais, Direitos digitais, Liberdades civis, Devido processo legal, Garantias individuais

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to analyze the judicial decisions to remove accounts and/or aimed at citizens who use digital platforms. As a research objective, our goal was to determine, based solely on domestic law, whether decisions to remove accounts and content are legal in the Brazilian setting. To meet this research proposal, we used the deductive method supported by qualitative analysis of the doctrine, as well as bibliographical review when necessary. It was possible to demonstrate that, although it is sometimes possible to remove certain content,

[1] Mestre e doutorando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília. Advogado.

[2] Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestre em Política pela The New School for Social Research. Advogado.

under broad protection of individual rights and guarantees, it is not possible for a judge to remove entire user accounts without resulting in numerous violations of constitutional rights. In the world we live in, largely supported by virtual interactions, the complete banishment of user accounts, even if the user is abusing their rights of expression, is actually some sort of ostracism imposed on that person by the Judicial ruling. Furthermore, preserving online the account of individuals who are intentionally violating laws is much more serious for the defendant, as it creates space for multiple civil or criminal actions, but also opens space for retraction and manifestation of changing ideas. To avoid abuses by the Judiciary, the prudence that only time offers, and may be found in the marketplace of ideas, is advised, plus the non-negotiable adherence to due legal process.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Digital platforms, Digital rights, Civil liberties, Due process, Constitutional rights

1. Introdução

Plataforma digital é o termo amplo que abriga toda uma gama de atividades humanas que passaram a ser reproduzidas em ambiente virtual (ASADULLAH; FAIK; KANKANHALLI, 2018), quase como um reflexo perfeito do mundo material, incluindo relações econômicas, políticas e sociais. Não seria absurdo dizer que o advento das plataformas digitais modificou total e definitivamente a maneira que a espécie humana se relaciona.

Plataformas de sistemas operacionais de dispositivos celulares, como Android e iOS controlam e orientam a própria indústria de telecomunicações móveis; PayPal, Apple Pay e Square estão revolucionando o setor financeiro; as plataformas digitais P2P[1], como Uber, Airbnb e TaskRabbit, criaram o que veio a ser conhecido como economia compartilhada. Essa nova dinâmica fez com que o eixo da competição saísse da busca de controle da cadeia de valor, deslocando-se para uma busca por atrair atividades generativas associadas a uma plataforma (DE REUVER; SØRENSEN; BASOLE, 2018).

Dado que tal gama de interações modificaram definitivamente as relações sociais e econômicas, não é exagero sugerir que surgiu então um novo espaço de convívio no mundo virtual que está sujeito, logicamente, a toda sorte de resultados (criação de valor, execução de contratos, golpes, crimes, abusos privados ou públicos etc.), necessitando, para alguns, até mesmo de uma declaração universal dos direitos humanos nos espaços digitais (SAMPAIO; FURBINO; MENDIETA, 2020). A ideia seria garantir à personalidade virtual direitos que protejam o indivíduo e suas atividades, mesmo quando integralmente imersos na internet. Nesse sentido, atividades virtuais como vídeos produzidos online e mesmo publicações em redes sociais merecem proteção pois integram a personalidade da mesma maneira que seus demais direitos subjetivos o fazem, inclusive igualmente passíveis de defender.[2]

É nesse contexto que analisaremos no presente artigo a legalidade das ordens judiciais que determinam a retirada do ar de conteúdos ou contas de usuários das plataformas digitais. Caso legais, analisaremos os requisitos para que a decisão de remoção não apresente vícios.

---

[1] P2P ou peer-to-peer é uma arquitetura de rede distribuída na qual os computadores conectados a um mesmo sistema funcionam também como servidores. Na economia, o P2P é um tipo de transação que ocorre diretamente entre usuários sem a intermediação de uma terceira parte, ainda que por vezes uma terceira parte forneça alguma plataforma para essas transações.

[2] Todo direito próprio de defesa pelo indivíduo pode ser encontrado nesse rol chamado de direitos da personalidade que, entendemos, se estendem para o ambiente virtual. Dentre eles, nos parece relevante mencionar os direitos à integridade intelectual (como a liberdade de pensamento) e a integridade moral (como honra e identidade pessoal, familiar e social) (DINIZ, 2009, p. 142).

Metodologicamente, lançaremos mão de pesquisa qualitativa e revisão bibliográfica apoiada pela revisão do conteúdo de alguns acórdãos judiciais para então proceder com a análise dedutiva do tema.

Na primeira parte do artigo analisaremos o que seriam direitos digitais, seus impactos no exercício das liberdades individuais de expressão, iniciativa, atividade intelectual e comunicação. Na segunda parte, apreciaremos a técnica que vem sendo utilizada em decisões judiciais que têm determinado a retirada do ar de conteúdos e contas criadas em plataformas digitais a partir da natureza dessas decisões, distinguindo-os dos direitos das próprias plataformas de fazê-lo sob o olhar dos direitos e garantias aqui estudados[3]. A terceira e última parte trará possíveis abordagens para que sejam preservadas a legalidade e constitucionalidade da decisão, e o resultado útil do processo.

Como delimitação, trataremos de direitos individuais, limitação à atuação do Estado e responsabilidade civil ou criminal conforme a lei doméstica, consoante nosso referencial legislativo sobre o tema, notadamente a Constituição Federal – CF e o Marco Civil da Internet – MCI (Lei 12.965/2014), além de outras normas que levem a considerações a respeito de seus desdobramentos nas plataformas digitais, como o Código Civil – CC e o Código Penal – CP.

2. Direitos digitais na era digital

É intuitivo afirmar que o usuário das plataformas digitais possui no ambiente virtual os mesmos direitos e deveres que possui no mundo real. Contratos firmados virtualmente possuem validade, precisando ser cumpridos, delitos cometidos demandam investigação e punição proporcional, ilícitos de natureza cível devem ser reparados, relações de trabalho podem ser reconhecidas etc. O MCI tratou de traçar em seu bojo as linhas gerais a guiarem essas interações, estabelecendo tanto obrigações para o mundo privado quanto limitações ao poder público.

Parece apenas natural que novas formas de interação social atraiam novas formas para com elas lidar, seja nas relações entre privados ou mesmo a partir da atuação do poder público. O que se espera, no entanto, é que todo e qualquer desafio seja enfrentado dentro das regras do

[3] O presente artigo foi desenvolvido antes da veiculação do que a mídia tem chamado de Twitter Files Brasil. As decisões ali divulgadas e a discussão gerada em torno do modo de atuação da Rede X e de Elon Musk certamente permite um estudo à parte, de modo que não será abordado aqui.

Estado de Direito; leia-se, em atenção ao que se prescreve na Constituição, nas demais legislações e eventualmente tratados firmados pelo Estado brasileiro. É compreensível que dúvidas e incertezas surjam mesmo no próprio judiciário enquanto se busca um equilíbrio e se refina a compreensão sobre como lidar com esse novo universo.

Os impasses jurídicos que tangem os limites do uso das plataformas digitais, bem como os contornos da atuação legítima do poder público na intervenção sobre os direitos individuais nesse âmbito vêm se intensificando desde a instauração do Inquérito 4.781 em 14 de março de 2019, perante o Supremo, batizado "inquérito das *fake news*", e em todos os inquéritos que a ele sucederam, notadamente no "inquérito dos atos antidemocráticos". A despeito de controvérsias em relação à legalidade e constitucionalidade desses inquéritos (LORENZETTO; PEREIRA, 2020), nosso intuito é analisar especificamente a legalidade e constitucionalidade das decisões de banimento de contas e conteúdos veiculados em plataformas digitais que se tornaram corriqueiras nesses inquéritos, balizando medidas semelhantes em outros tribunais.

Ao determinar a exclusão por completo de contas de usuários de plataformas digitais ou dos conteúdos por eles produzidos, *prima facie*, alguns direitos individuais parecem ser mais afetados: os da liberdade de expressão, livre iniciativa e os direitos à atividade intelectual e de comunicação. De maneira ampla, todos esses direitos podem ser encontrados tanto no MCI quanto na CF, como apresentaremos a seguir.

1.1 Limites legais para a liberdade de expressão impostos ao privado e no exercício do poder público nas redes

Uma vez que a nossa pesquisa não se trata de um ensaio sobre liberdade de expressão, não haverá fôlego para aprofundar o tema, sendo necessário um referencial teórico mais completo para servir de fiel aos objetivos do artigo. Para tanto, nos apoiaremos num artigo (BLASI, 2004) que destrinchou um voto a respeito da questão, apresentado na Suprema Corte norte-americana. Essa escolha foi realizada, acima de tudo, em razão do argumento utilizado pelo juiz Oliver Wendell Holmes Jr. ter sido objeto de debate e parte do fundamento da posição adotada em acórdãos do STF sobre liberdade de expressão em diversas oportunidades, como por exemplo, na Reclamação - Rcl 38.782/RJ, nas Ações por Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPFs 130 e 187, e na Ação Penal – AP 1.044.

Em seu artigo, Vincent Blasi analisa o famoso caso *Abrams vs United States*, quando o juiz da Suprema Corte norte-americana, Oliver Holmes Jr., cunhou a famosa expressão *marketplace of ideas*, traduzido para o português como livre mercado de ideias. Holmes Jr. explicou em seu voto o que Blasi chamou de "incontestável lógica da repressão", na qual alguém que não tem dúvidas de suas premissas ou de seu poder e deseja conscientemente promover determinado resultado, irá refletir seus interesses na lei e eliminar toda oposição a eles. O juiz segue afirmando que, contrariamente ao que muitos juristas defendem, no seu entendimento a lei não é fruto de deduções lógicas, mas de experiência. Nesse sentido, a prudência que surge da experiência é o meio adequado para temperar a vontade natural e lógica humana de extirpar ideias consideradas incômodas. Ora, se alguém está certo que sua opinião está correta ou que certas posições estão erradas, nada mais lógico que impedir a propagação de opiniões equivocadas. No entanto, seria apenas pelo teste do tempo que o ser humano conseguiria perceber se de fato suas ideias são as mais adequadas, tempo que pode inclusive, arriscamos dizer, estar além do tempo de vida do próprio julgador. Sendo assim, o livre comércio de ideias seria o melhor teste da verdade, pois envolve o poder de fazer uma ideia ser aceita como se numa competição de mercado. Holmes Jr. afirma ainda que a Primeira Emenda da constituição americana, que estabelece o direito à liberdade de expressão, apenas poderia ser limitada durante uma "emergência que torna imediatamente perigoso deixar a correção de maus conselhos ao tempo". Apenas assim, em situações emergenciais de risco real e iminente de dano a pessoas, haveria então espaço para intervenção estatal contra a liberdade de expressão.

Buscando esclarecer o significado do que Holmes Jr. intentou dizer, Blasi analisa uma questão comumente levantada de que, por se falar de um mercado, ainda que de ideias, seria natural a preocupação com as chamadas falhas de mercado.[4] Teoricamente, afinidades culturais e predisposições psicológicas poderiam facilmente influenciar a relação do que seria algo como a compra e venda de ideias. Diferenças de habilidades entre humanos de articular e organizar discursos e até mesmo de compreendê-los em suas complexidades seriam complicadores a agravar essas falhas de mercado. Certas ideias inclusive poderiam ser mais bem embaladas, por assim dizer, e vendidas como um produto de maior facilidade de consumo, criando injustiças de mercado. Devido a essa visão, muitos intérpretes do discurso de Holmes encontraram

[4] Na economia, falhas de mercado ocorrem quando o mercado não opera em sua máxima eficiência. Isso pode decorrer principalmente a partir de externalidades, quando as escolhas de consumidores ou produtores resulta em custos ou benefícios que não são projetados nos preços de mercado, ou quando há uma assimetria de informações entre os agentes econômicos, levando-os a tomadas de escolhas irracionais ou não otimizadas. (PINDYCK; RUBINFELD, p. 318, 2013)

justificativa para defender e implementar diversas intervenções governamentais visando ajustar o que seria uma distribuição de oportunidades comunicativas.

No entanto, Blasi sustenta que há um problema fundamental na comparação entre ideias e bens de consumo, além de haver um problema insolúvel no paralelo entre o processo persuasivo e a troca competitiva de um mercado (compra e venda). Enquanto o mercado de ideias gera todo um universo de crenças individuais que vai subsidiar a produção de observações e argumentos, mercados de bens e serviços geram preços e níveis de produção. Outro fator impactante para o mercado é a escassez de recursos, que afeta diretamente tanto a produção quanto o consumo, surgindo a noção já na economia clássica de equilíbrio de mercado. A escassez que poderia limitar ideias, seria mais no sentido de quais ideias teriam algum potencial de serem efetivamente acreditadas pelo receptor (a pessoa deve decidir se crê em p ou -p) e retransmitidas. Essa decisão, no entanto, não esgota os recursos disponíveis para a produção de ideias.[5] O autor defende ainda que a criação e o consumo de ideias passam por escolhas menos rígidas, categóricas, ou discretas, do que as escolhas enfrentadas pelos indivíduos envolvidos no processo de mercado de produção, distribuição e consumo de produtos ou serviços.

Finalmente, Blasi sustenta que a analogia sobre falhas de mercado se desfaz quando analisado o sistema de preços. No mercado de produtos ou serviços surgirá o que chamamos de preço de mercado, que participantes do mercado podem seguir ou ignorar por sua conta e risco. Já no chamado mercado de ideias, ouvintes e leitores não buscam exclusivamente aquelas ideias que melhor servem aos seus interesses particulares, abarcando exclusivamente seu uso privado. Na realidade, esses consumidores de ideias de uma forma ou de outra, estão em busca de ideias valiosas para eles num sentido mais amplo, que leva em consideração inclusive os desejos, necessidades, opiniões e experiências de outras pessoas. Dessa forma, o valor das ideias, está majoritariamente em como a sua produção e consumo geram benefícios ao longo do tempo para outras pessoas, potencialmente em toda sua comunidade, e não apenas para os produtores e consumidores imediatos, como é no mercado tradicional. Holmes Jr. tinha essa mesma percepção, segundo Blasi, conforme seus escritos e reflexões deixavam a crer. O autor ilustra o foco do juiz na questão social para além da perspectiva técnica-econômica pela troca de correspondências entre ele e Frederick Pollock, onde afirmou que aquilo que o interessava na

[5] Em outros termos, o receptor deve escolher quais ideias finitas de um universo quase infinito tomarão sua atenção finita e quais de seus incontáveis pensamentos e conclusões buscará reproduzir para o mundo exterior.

leitura de economistas era quando suas análises se tornavam sociológicas, motivo pelo qual não tinha interesse em ler as reflexões sobre o equilíbrio de preços de mercado.

O que o mercado de ideias em Holmes Jr. sugere é um contrapeso tanto conceitual quanto retórico a atitudes iliberais tomadas por autoridades que buscam justificar sua atuação censória. Em sentido contrário a essa perspectiva, vai a argumentação do ministro Alexandre de Moraes, relator da AP 1.044, ao citar Cass Sunstein, que defende que todo tipo de mercado "exige critérios e regras claras. Nenhum mercado pode operar inteiramente livre", sendo possível estabelecer hipóteses de regulação e limitação à liberdade de expressão. Outros votos dentre aqueles destacados na abertura deste tópico parecem ter uma leitura mais próxima da de Holmes Jr. segundo Blasi, como é o caso do voto vencedor na Rcl 38.782/RJ. Nele, o relator, Ministro Gilmar Mendes, defendeu a preservação de determinado conteúdo satírico veiculado em plataforma de transmissão particular dado haver diversas maneiras para um usuário de serviços privados demonstrar seu descontentamento, como não assistir àquele conteúdo, ou ainda cessar o uso da plataforma, o que caracteriza o livre mercado de ideias.

Encerrada essa apresentação, vamos nos focar na questão da liberdade de expressão conforme o direito pátrio no ambiente virtual das plataformas digitais. Para essa análise, logo de partida o art. 2º do MCI define que o fundamento do uso da internet no Brasil deve ser a liberdade de expressão. Foi conferido tamanho vulto a esse fundamento que ele chega a ser repetido no art. 3º como primeiro princípio do uso da internet do país, declarando *ipsis literis* "garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, **nos termos da Constituição Federal**" [grifo nosso]. Por sua vez, nossa carta constitucional ao tratar da liberdade de expressão, afirma em seu art. 5º que "é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato".

Há uma condição para a manifestação do pensamento, ao que chamamos de expressão, que é a vedação ao anonimato. Por simples técnica interpretativa, é possível dizer que, o usuário que de alguma forma ocultar sua identidade, driblando métodos que viabilizem identificá-lo dentro das regras legalmente estabelecidas, abre mão dessa proteção. Essa condição é imposta para que seja possível, caso necessário, algum tipo de responsabilização civil ou criminal daquela pessoa, conforme previsto na legislação brasileira. Nesse tipo de situação é perfeitamente possível e razoável que toda uma conta, incluídas as postagens a ela vinculadas, venha a ser excluída dentro da regra legal nacional. Ressaltamos que, ausente esse anonimato, há que serem considerados direitos e garantias individuais erigidas com o intuito de preservar o discurso, mesmo que controverso. A exigência constitucional de renúncia ao anonimato para

que possa haver eventual responsabilização, deve ser equilibrada com uma garantia ao cidadão: à renúncia ao anonimato corresponde, uma promessa do poder no sentido de proteger a liberdade de expressão e pensamento. Assim, para que o sentido ético e as expectativas legítimas sejam mantidas, a promessa de proteção da liberdade de expressão é, em certa medida, uma forma de equilibrar a vedação ao anonimato.

Para tanto, a regra mais adequada a ser aplicada a contas identificáveis parece ser aquela apresentada no MCI, que determina que o juiz forneça meios específicos para que a plataforma identifique e exclua uma postagem entendida como inadequada para todos os fins, conforme o caso concreto. Nesse sentido, previu o art. 19, *caput*, e seu §1º, que para assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, a ordem judicial que definir um conteúdo como ilegal deve conter identificação clara e específica do conteúdo infringente, sob pena de nulidade. O primeiro parágrafo é rigoroso, ao definir como nula a ordem judicial que não manifeste claramente o conteúdo específico entendido como infringente, restando absolutamente nula a decisão que determina o banimento de uma conta de maneira indiscriminada por ausência de autorização legal para assim proceder.

Nesse passo, se toda uma conta vem a ser banida, estamos falando da mais pura e indiscutível censura – a qual abrangeria, inclusive, pensamentos ainda nem pensados e falas ainda não faladas. Ao banir integralmente uma conta de alguma plataforma digital, o Poder Judiciário está afirmando que aquela pessoa é, em si, alguém que devido a suas opiniões, não pode ser permitida a se manifestar no espaço público.

Isso é *per se* um absurdo, pois recai invariavelmente nesse espaço de censura da pessoa e de censura prévia. Em se falando da pessoa, como já definimos, a norma brasileira é unânime em preservar o direito à expressão de ideias e pensamentos de todas as pessoas. Se assim não o fosse, estaríamos lidando com um tipo de direito personalíssimo, portanto, persecutório e digno de regimes de exceção que deveríamos rejeitar como caminho a ser seguido por sua própria definição de arbitrariedade e ilegalidade. Em última análise, o banimento absoluto de uma conta de qualquer pessoa determinada é sinônimo de impedir que ela trate de amenidades da sua própria vida, interaja e se comunique com seus familiares, que ela realize atividades privadas, como estudos e comércio, além do mais óbvio: impede que ela possa até ter a aptidão para se manifestar pedindo desculpas ou mudando de ideia sobre pensamentos que anteriormente teria proferido.

Sendo possível a autoria das postagens, que se proceda à responsabilização do indivíduo por suas manifestações. Ora, se estamos falando de ilegalidade, temos muito bem definida na legislação pátria que todo ilícito deve ser reparado (art. 5º, X, CF), tratando-se de responsabilidade civil ou penal. Ou seja, inexistindo dano a ser reparado (ao particular ou à sociedade), não há que se falar em retirada de qualquer conteúdo do ar apenas por se tratar de palavras desconfortáveis ou duras a quem quer que seja. Nas palavras da ministra Cármen Lúcia quando do julgamento da ADI 4.815, o "risco é próprio do viver. Erros corrigem-se segundo o direito, não se coartando liberdades conquistadas. A reparação de danos e o direito de resposta devem ser exercidos nos termos da lei".

A responsabilidade civil precisa atender à orientação do Código Civil – CC (art. 927, CC), de maneira que não impeça o debate saudável que é necessário de ocorrer numa sociedade funcional. Danos aos direitos da personalidade precisam ser calculados e cobrados conforme as regras claramente definidas pelo Código Civil e pela jurisprudência, sendo necessário comprovar que esse dano moral está acima dos meros dissabores da vida em sociedade. Ao contrário da fala proferida pelo Ministro Dias Toffoli,[6] o Brasil não precisa de um judiciário ou um STF atuando no papel de editores da sociedade. Aliás, toda a lógica interna e histórica desses direitos é justamente evitar que o Estado tenha este tipo de poder em face do cidadão. Se fosse esse o interesse dos constituintes originários, teriam incluído tal atuação no rol de competências do art. 102, CF. Ainda que se argumente que o ministro usou de uma linguagem figurativa, causa profunda espécie a maneira que se referiu à atribuição da corte suprema ao declarar que se "todo órgão [sic] de imprensa tem censura interna [...], nós, enquanto judiciário, enquanto Corte Suprema, somos editores de um país inteiro". A própria noção do que se chama livre mercado de ideias é que a população possa ter contato com pensamentos distintos dos seus próprios para tomar, cada um por si, o lado que entende ser mais coerente conforme seu conjunto de crenças.

Na seara criminal vai-se ainda além, pois estamos falando da reprimenda máxima, aquilo conhecido na ciência jurídica como *ultima ratio*, a máxima penalidade possível em um Estado de Direito: a restrição da liberdade física. Diferentemente do direito americano que, como vimos, cerceia a liberdade de expressão apenas em situações de perigo iminente de dano gerado a partir daquela fala, o direito brasileiro vai criminalizar ofensas à honra (calúnia - art.

[6] PODER 360. **STF atua como 'editor' da sociedade no inquérito das fake news, diz Toffoli**. Disponível em: https://www.poder360.com.br/justica/stf-atua-como-editor-da-sociedade-no-inquerito-das-fake-news-diz-toffoli/ Acesso em 02 out 2023.

138, CP; difamação - art. 139, CP; e injúria art. 140, CP), incitação ao crime (art. 286, CP) e apologia ao crime (art. 287, CP).[7] Esses crimes possuem como pena máxima dois anos (calúnia), um ano (difamação) e seis meses (para injúria, incitação ao crime e apologia ao crime). Isso significa que esses crimes por si só são entendidos como de menor potencial ofensivo (art. 61, Lei 9.099/95), de ação penal privada (nos crimes contra a honra – art. 145, CP) ou, em sendo o caso de processamento pelo Ministério Público (na incitação ou apologia ao crime), abre espaço para acordos de não persecução criminal (art. 28-A, CP) e sursis processual (art. 89, Lei 9.099/95). Aliás, o art. 143, parágrafo único, da legislação penal define que caso a calúnia ou difamação sejam cometidos por meio de comunicação, é possível retratação, o que isenta de pena o querelado. Todavia, essa possibilidade apenas pode ser usufruída caso o querelado o faça pelos mesmos meios que utilizou para realizar a calúnia ou difamação. Para levantar um singelo questionamento: como fazer isso se a conta do usuário for banida mediante ordem do poder judiciário?

Alegações no sentido de que determinados tons contra certas autoridades ou mesmo órgãos públicos, como o STF, possam incorrer em "atos antidemocráticos" não podem prosperar pelo próprio texto legal previsto na Lei nº 14.197/21, que incluiu no Código Penal um novo título com tipos penais dedicados à repressão a crimes contra o Estado Democrático de Direito, e responsável por revogar a antiga Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170/83). Dessa maneira, o art. 359-T, CP, expressamente declara não constituir crime contra o Estado Democrático de Direito críticas aos poderes constitucionais.[8]

Todavia, falas mais inflamadas que por exemplo pedem por algum tipo de golpe ou o fechamento de órgãos com poderes constitucionais, precisam ser apreciadas a partir do princípio da legalidade estrita. Analisemos, pois, essa questão. A ADPF 187, de relatoria do ministro Celso de Mello, julgou que manifestações favoráveis à descriminalização da droga, não são consideradas criminosas. Na *ratio decidendi* do acórdão, foi entendido que: i) a chamada "marcha da maconha" é um legítimo exercício por cidadãos de liberdades individuais, onde se encontram o direito de reunião (liberdade-meio) e o direito à livre expressão do pensamento (liberdade-fim) e; ii) A abolição penal de tipos penais criminosos (abolitio

[7] Importantes críticas são feitas em relação à incompatibilidade entre a liberdade de expressão como um direito fundamental e os crimes de opinião, mas não há espaço para esse debate aqui, além de fugir ao escopo deste artigo.
[8] Art. 359-T. Não constitui crime previsto neste Título a manifestação crítica aos poderes constitucionais nem a atividade jornalística ou a reivindicação de direitos e garantias constitucionais por meio de passeatas, de reuniões, de greves, de aglomerações ou de qualquer outra forma de manifestação política com propósitos sociais.

criminis), não pode se confundir com o crime de incitação à prática de delito, tampouco se identificando com apologia de fato criminoso.

Ou seja, se alguém se manifestar abertamente em redes sociais a favor de um golpe militar, ou mesmo favoravelmente ao fechamento de algum órgão da República jamais poderia ser entendido como o crime de abolição do estado democrático de direito ou de golpe de estado. Estão em legítimo exercício de liberdades individuais utilizando plataformas digitais (liberdade-meio) e o direito à livre expressão do pensamento (liberdade-fim). Ademais, a menos que se criminalizasse o pensamento ou o desejo de se ter um golpe militar ou contra o fechamento de órgãos públicos, seria necessário considerar a aptidão para que aquelas pessoas manifestando tal desejo teriam para concretizar suas palavras, conforme exigido pelo art. 17, CP que trata do crime impossível. O dispositivo enuncia que sequer a tentativa é punível se houver ineficácia absoluta do meio ou impropriedade do objeto. No caso, trata-se inequivocamente de uma ineficácia absoluta do meio, sendo impossível com algumas postagens de redes sociais praticar um golpe de estado ou mesmo a abolição do estado de direito. Se muito, postagens desse gênero nas plataformas digitais poderiam ser consideradas incitação ao crime ou apologia ao crime a depender do conteúdo e forma da postagem, sendo, aí sim, passível de remoção dada a ilegalidade da manifestação, mas jamais da conta como um todo.

Lembramos ainda que pela teoria da independência das instâncias, um mesmo discurso de dado usuário pode, em tese, ensejar ao mesmo tempo tanto a responsabilização cível, quanto a penal (arts. 65 a 67, CPP). Dessa maneira, o desavisado que intencionalmente abusa de seu direito de expressão (art. 187, CC) abre espaço para todas as penalidades e responsabilizações devidas, inclusive reiteradamente caso se mantenha produzindo conteúdo desse tipo. Portanto, é muito mais gravoso para o abusador desses direitos responder por suas reiteradas violações em uma conta ativa, que ter essa conta completamente banida.

Mais ainda, para que o direito seja corretamente aplicado a esse tipo de caso, é necessário que a conta do indivíduo violador esteja ativa. De outra forma, instrumentos de adequação e reparação do fato, como eventual direito de resposta ou a publicação de decisão em seu desfavor como forma de sinalizar ao restante da comunidade que ainda que a lei nacional permita a liberdade de expressão, esta não pode ser objeto de excessos sem que isso culmine em alguma sanção legal.

Antes de encerrar este tópico, é importante abordar a questão da falsa liberdade de expressão. Trata-se do caso da responsabilização como promessa abstrata de punição pela fala,

agindo como uma espada de Dâmocles pairando sobre a cabeça do indivíduo. Há nesse caso verdadeira falácia de liberdade de expressão (MAULSTASCH, 2022, p. 61-62), pois se junto à pretensa garantia de liberdade se oferta outra garantia de responsabilização por essa liberdade, de fato a liberdade não existe. O que existe, na realidade, é um discurso autorizado pelo Estado onde caso o que é dito não agrade o regime, ele se movimenta para coibir o exercício da fala. Nesse ponto, estamos falando de um dos estágios mais perigosos da arbitrariedade e autoritarismo estatal, onde os indivíduos começam a ter receio de que sua fala seja ou censurada ou eles próprios sejam perseguidos por terem se expressado, chamada autocensura. Em circunstâncias assim, o anonimato passa a ser uma necessidade não mais para que o cidadão fuja à justiça, mas quase como um tipo de legítima defesa contra o arbítrio estatal.

1.2 Liberdade de iniciativa, atividade intelectual e de comunicação no mundo digital

Além da liberdade de expressão, um outro direito fundamental é flagrantemente violado quando da imposição pelo poder público da exclusão de todo um perfil das plataformas digitais: a livre iniciativa. Com a nova revolução digital, se tornou lugar comum que praticamente toda iniciativa comercial e econômica se baseie na rede mundial de computadores.[9] Se essa rede serve como uma espécie de *locus* para o estabelecimento de negócios, as plataformas digitais se tornaram os fóruns de encontro, negociação, marketing e debate desse universo. Não raro, os usuários de plataformas digitais baseiam seu modelo de negócios completamente nessa mesma estrutura.

Sendo assim, o banimento irrestrito de contas em plataformas digitais retira a capacidade prática de que a propaganda, comercialização e divulgação de certos produtos ou serviços seja conduzida de maneira muitas vezes irremediável. Por exemplo, uma empresária do ramo de consultoria, que necessita de suas redes para divulgar seu trabalho, poderia ver minguar sua base de clientes que, em última análise, é o que proporciona o giro de caixa necessário para que pague as contas e sustente inclusive os funcionários que dependem de seus salários, além de fornecedores e clientes.

Chamamos a atenção a esse fato especificamente, que atrapalhar a atividade comercial de uma pessoa da forma que se têm tornado praxe no país pode produzir efeitos devastadores.

[9] Segundo uma pesquisa realizada pelo SEBRAE em parceria com o IBGE, entre 71% e 80% das pequenas empresas contam com plataformas digitais para vender seus produtos ou serviços (SEBRAE, 2023).

A Constituição Federal prevê a livre iniciativa como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV, CF), além de ser um princípio geral da ordem econômica (art. 170, caput c/c parágrafo único, CF). Além disso, a constituição protege entre o rol de direitos fundamentais a livre expressão de atividade intelectual e de comunicação independentemente de censura (art. 5º, IX).

Não é por acaso que a livre iniciativa é elementarmente lançada como fundamento da República na Constituição Federal *e* princípio geral da ordem econômica. Isso se dá por ter sido esse princípio eleito pelos constitucionalistas como um desdobramento lógico da própria liberdade individual, largamente favorecida na nossa carta maior, servindo enfim como "princípio político constitucionalmente conformador" (COSTA, 2018). É dizer que tanto o produto dos processos legiferantes quanto jurisdicionais precisam se conformar a este princípio por força constitucional.

O sentido de uma decisão que determina que uma conta ou conteúdo seja desmonetizado pela plataforma em que ele é vinculado, é tecnicamente o mesmo de uma decisão que determina a suspensão do pagamento do salário de alguém devido ao tipo de conversas que ocorrem em seu estabelecimento. Da mesma forma, quando uma conta que se dedica a atividades virtuais é fechada por força de decisão judicial, é uma empresa inteira que está sendo encerrada devido a manifestações opinativas em plataformas digitais. Nesses casos, a rigor, o Judiciário está encerrando uma atividade empresarial, demitindo funcionários e atingindo diretamente a própria economia e liberdade de iniciativa protegida pela Constituição.

Por óbvio não defendemos qualquer tipo de blindagem a usuários que abusam de seus direitos, mas da mesma forma que um criminoso declarado como tal em decisão transitada em julgado tem direito de trabalhar com o que bem desejar e de viver em sociedade, virtualmente ou não (GONÇALVES; LOPES, 2013), também o tem pessoa que incorre na produção de conteúdo reputado ilegais. Que dirá se tal decisão ainda for precária. Determinar que pessoas mesmo que condenadas em definitivo sejam banidas de plataformas digitais por qualquer crime que o valha, é o mesmo que negar-lhes o direito de viver na sociedade do século XXI. Há inclusive correntes de sociologia do direito que defendem que mesmo detentos devem ter direito ao acesso às redes (RUDNICKI ; VEECK, 2018), restando totalmente arbitrário negar o mesmo acesso a alguém meramente em razão do uso de sua liberdade de expressão.

Há na constituição, também, uma proteção inequívoca à atividade intelectual e à comunicação. A liberdade de comunicação pode ser dividida entre liberdade em sentido estrito

e liberdade de meios de comunicação, que “se refere aos sujeitos responsáveis pela fonte da mensagem comunicativa” (OLIVEIRA, 2014). A liberdade em sentido estrito é integrada por distintas liberdades, sendo elas a de manifestação do pensamento, de expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, e liberdade de informação.

A liberdade de meios de comunicação é particularmente interessante ao presente tema, pois ela refere-se aos agentes responsáveis pela fonte da mensagem comunicativa. Ela possui duas faces, uma formada pelos sujeitos responsáveis pela imprensa, e outra pelos meios tecnológicos tal qual a radiodifusão por meio de sons e sons e imagens e, por que não dizer, plataformas digitais. O art. 220 da CF aprofunda a questão, ao estabelecer que a expressão e a informação sob qualquer forma, processou veículo não sofrerão qualquer restrição.

Há distintas proteções a distintos direitos nesse dispositivo constitucional, protegidos de *qualquer* tipo de restrição, ressalvada a ilegalidade do seu uso. O *caput* trata das liberdades em sentido estrito, portanto, do direito a: i) manifestação do pensamento, ii) criação, iii) expressão e iv) informação, sob qualquer forma ou veículo, incluindo as plataformas digitais.

Conquanto a liberdade de comunicação esteja inserida entre os direitos e garantias fundamentais e seja essencial em qualquer regime que se pretenda democrático, não é um valor isolado no ordenamento jurídico, de maneira que não há como imaginar que possua qualquer tipo de primazia sobre outros direitos fundamentais (SOARES, 2013). É certo que a liberdade de meios de comunicação são essenciais para a consolidação e até mesmo o aperfeiçoamento da democracia, porém, tal qual qualquer outro direito fundamental, em caso de conflito aparente com outros direitos fundamentais, deve ser ponderado. Nesse sentido, como indicado alhures, é perfeitamente razoável que uma mensagem veiculada em plataformas digitais seja removida por força de decisão judicial.

Oliveira (2014) descreve expressão intelectual como a manifestação de pensadores que se diferenciam por sua instrução, conhecimento técnico ou competência, capacitando-os a indicar novos caminhos à sociedade ou apenas ideias e propostas especulativas no campo espiritual ou metafísico. Dado o teor da Constituição, não parece ser o caso de se esperar qualquer tipo de autorização ou certificação declarando alguém como intelectual, estando para todos os fins apto a se enquadrar nessa categoria todo indivíduo que logre sucesso em convencer terceiros a respeito da sua linha de raciocínio ou conjunto de crenças no referido livre mercado de ideias, desde que não o faça em prejuízo doloso de quem quer que seja. Dessa forma, podem

ser enquadrados nesse campo o filósofo, o líder religioso, empreendedores, ou mesmo os influenciadores digitais.

Intervenções diretas em uns enquanto se preservam outros indica, na verdade, uma preferência da autoridade coatora. Tal medida potencialmente cerceia vozes que poderiam ser ou a voz da razão em um grupo ou mesmo apresentar uma perspectiva que se apresentasse mais correta no longo prazo que aquela entendida por um ou mais julgadores como a correta. Pode-se estar ainda criando a falsa percepção de hegemonia de um tipo de pensamento enquanto se busca reprimir à força outro que poderia ser facilmente derrotado no mercado de ideias. Por esse motivo, a liberdade na atividade intelectual deve ser preservada tanto quanto possível.

Faz parte da própria ordem espontânea social (HAYEK, 2003, p. 38-39) o surgimento de influenciadores que podem tornar-se políticos ou os líderes do amanhã. Não cabe ao poder público buscar regrar essas interações, não é sua função determinar de qualquer forma quem deve ou não deve alcançar a fama, reduzindo ou mesmo estimulando o alcance e impacto de alguém. O Estado que se pretenda dirigir a sociedade nesse nível de interferência é por essência um Estado totalitário (ARENDT2012, p. 407-412; 533).

3. Contribuição na busca pela resposta do Judiciário aos discursos extremos

É um corolário do direito a noção de que uma decisão judicial de mérito só pode ser definitiva mediante seu trânsito em julgado, ou seja, quando tornar-se imutável e indiscutível.[10] No entanto, é possível que certas decisões sejam tomadas em caráter precário até que uma causa se resolva definitivamente. Essas decisões são denominadas cautelares e precisam ter como objetivo a preservação da efetividade do processo.

Ao falar de efetividade, referimo-nos à "aptidão de um meio ou instrumento para realizar os fins ou produzir os efeitos a que se ordena" (MOREIRA, 1984, p. 27-28). Ainda nesse sentido, a efetividade se alcançaria a partir de cinco pontos identificados por Moreira:

- Na medida do possível, o processo deve possuir instrumentos de tutela adequados a todos os todos os direitos contemplados no ordenamento (implícita ou explicitamente);

[10] Chamada coisa julgada, possui previsão na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro em seu art. 6º, §3º, no direito civil no art. 502 do Código de Processo Civil - CPC, e no direito penal, se sustenta na Constituição, no art. 5º, LVII.

- Deve haver uma utilidade prática a tais instrumentos, sejam quais forem os alegados titulares do direito debatido cuja preservação ou reintegração esteja em debate;
- Tanto quanto possível, propiciar a necessária reconstituição dos fatos alegados ao julgador em sua relação com a realidade;
- A parte vencedora do litígio deve ter garantido o gozo pleno da específica utilidade do direito que faz jus;
- Alcançar a satisfação desse direito com o mínimo dispêndio de energia e tempo possível.

Foi objetivando essa efetividade processual que se desenvolveu a noção do chamado poder geral de cautela, que deve garantir efetividade ao processo sem que os princípios e garantias das partes sejam negligenciados (VEIGA, 2014, p. 56). Assim, toda medida cautelar busca, acima de tudo, resguardar o bem jurídico para que seja preservada a utilidade própria da demanda, tanto na esfera cível quanto na criminal.

Todo e qualquer provimento cautelar, seja típico, seja atípico, tem como pressupostos dois requisitos explícitos e absolutamente fundamentais: a fumaça do bom direito (*fumus boni iuris*) e o perigo de demora (*periculum in mora*). Aliás, é essa a *ratio legis* do art. 19, §4º do MCI. A fumaça do bom direito é a análise judicial a partir de critérios que buscam definir a mera probabilidade, de forma que não pode ser entendida como exauriente, visto limitar-se à plausibilidade do direito apresentado pela parte pleiteante desde o litigante privado até a polícia e o ministério público. Já a verificação do risco de demora na prestação jurisdicional deve ser averiguado, conforme dados concretos, os riscos que a uma demora excessiva do processo, infelizmente inerente aos processos judiciais brasileiros,[11] poderá acarretar à pretensão futura da parte (ALVES, 2003). Aqui, é necessário mais que um risco meramente alegado, é necessária a demonstração de que, se não garantida a tutela pleiteada, a prestação jurisdicional se quedaria esvaziada, inviabilizando a concretização da justiça.

Algumas vezes, a medida cautelar é garantida ouvida a parte contrária, porém em tantas outras, isso é feito sem espaço para manifestação dessa parte, o que configura a chamada tutela de urgência. A tutela de urgência concedida sem manifestação da parte atingida pela decisão (*inaudita altera pars*) é extremamente gravosa por cercear ainda que temporariamente o direito ao contraditório, e apenas pode ser concedida nos riscos mais extremos à prestação

[11] Segundo a última edição do Justiça em números do CNJ, a duração média de processos pendentes é de 7 anos e 8 meses na Justiça Federal e 5 anos e 6 meses na Justiça Estadual, desconsideradas as execuções criminais uma vez que estes processos se mantêm em acervo até o cumprimento da pena (CNJ, 2023).

jurisdicional. O chamado dever-poder geral de cautela (VEIGA, 2014, p. 132) não surge do exercício de conveniência e oportunidade por parte da autoridade determinante, mas em razão da necessidade no cumprimento da função jurisdicional. Acima de tudo, a medida cautelar é verdadeiro sacrifício imposto sobre seu sujeito passivo. É inafastável a noção de que a indisponibilidade de tanto pessoas quanto coisas se resolverá em custos, que precisam ser levados em consideração (BARROS, 1982, p. 42). É fundamental ponderar o vulto do prejuízo a ser gerado em razão da cautela pleiteada conforme o caso concreto. Imagine pois o estrago no ramo de trabalho de alguém que se desenrola virtualmente quando suas contas em plataformas digitais são banidas por algo entre cinco e sete anos. Há quase uma obrigação imposta que a pessoa mude de ramo se quiser continuar recebendo recursos para gerir sua vida.

Ora, se no curso de uma ação judicial ou inquérito policial o juízo competente apenas pode atuar banindo conteúdos quando uma publicação contiver riscos tais que ao mesmo tempo tenha: i) a intenção e potencial real de causar ações ilegais,[12] ii) presentes a fumaça do bom direito e o risco de demora e, iii) a urgência de retirada de conteúdo sem que seja possível ouvir a parte contrária em circunstâncias extraordinárias e devidamente embasadas. Só então poderia a autoridade judiciária, de modo fundamentado, apontar especificamente o conteúdo a ser retirado do ar. É necessário ainda que seja considerado pela autoridade judiciária que em algum momento a parte poderá ter seu conteúdo restituído caso não se sustente a alegação do risco apresentado pelo requerente. E isso, mesmo ainda no decorrer da ação ou inquérito após a necessária manifestação da parte prejudicada. Só há que se falar no banimento definitivo de qualquer conteúdo que esteja infringindo alguma norma legal, após essa constatação em caráter irretratável, mediante sentença transitada em julgado.

Se essas considerações processuais não estiverem sendo levadas a cabo, se nenhuma ponderação do gênero é levantada pelo juízo ao decidir retirar um conteúdo do ar ou, pior ainda, toda a integralidade de uma conta, então de fato temos o Judiciário agindo não mais como um garantidor da justiça na prestação jurisdicional, mas como ilegítimo editor da sociedade. As garantias constitucionais contra esse tipo de postura são inúmeras, e para citar apenas as mais relevantes, destacamos que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (art. 5º, LIV, CF) e que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, LVII, CF).

[12] É mais um direito fundamental a previsão que ninguém deverá fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei (art. 5º, II, CF).

Quando um juízo determina de maneira sumária a retirada do ar de conteúdo sem passar por todas essas etapas, há a violação de garantias erigidas justamente para impedir abusos estatais e garantir o devido processo legal. Patente então a ilegalidade de decisão com tais características. O prejuízo decorrente desses abusos é potencialmente irreversível, qualidade, aliás, centro da preocupação da própria medida cautelar. Uma alternativa a esse risco seria que se determinasse a suspensão por período predeterminado de um conteúdo e talvez até mesmo de uma conta inteira como forma de aplicação do poder geral de cautela durante a apreciação de uma tutela de urgência (art. 300, CPC). Isso preservaria o direito de expressão do indivíduo, minimizaria os danos que sofreria o usuário e ao mesmo tempo viabilizaria que a justiça e órgãos de persecução criminal, quando for o caso, realizem as diligências necessárias para determinar a respeito da legalidade ou não das publicações. Naturalmente, o tempo dessa suspensão deveria obedecer aos princípios de celeridade e moralidade, precisando ser aquele exclusivamente suficiente para que seja ouvido o responsável pelas postagens ou para que o poder público faça os levantamentos necessários para saber se se trata de pessoa determinável ou não e, por fim, possa o juízo se manifestar a respeito da legalidade da manifestação presente no conteúdo objeto do litígio.

Situação completamente distinta é aquela do banimento de uma conta ou conteúdos pelas próprias plataformas digitais. A atividade realizada pelas plataformas digitais é uma de prestação de serviços. Como tal, há um contrato dessa prestação, geralmente, chamado termos de uso. Esses termos traçam as regras sobre como os usuários podem interagir com as plataformas, de forma que a violação desses termos pode ensejar o encerramento à prestação do serviço.

Há ainda a possibilidade de recurso interno para que as empresas analisem a possível ocorrência de erros de análise, o que pode levar ao restabelecimento da conta ou conteúdo veiculado. Mas não sendo acatado o recurso, há espaço para que o Poder Judiciário intervenha caso a empresa esteja atuando fora das regras apresentadas por ela mesma. Na prática, não é nada além da mediação judicial a respeito da interpretação e aplicação dos termos de contratos que se faria em qualquer outra situação que envolva sua jurisdição. Então, se uma plataforma digital tem nos termos de serviços a proteção à liberdade de expressão, mas apesar disso, bane uma conta que não incorreu na violação de outras diretrizes, restando claro que a empresa está cerceando a liberdade de expressão do usuário, é papel da justiça fazer cumprir os termos do contrato, minimamente determinando a restauração do produto afetado, mas em última análise, podendo até impor uma reparação por perdas e danos (art. 12, CC).

4. Conclusão

No artigo foi possível abordar a questão da legalidade de decisões judiciais que determinem a exclusão de certos conteúdos ou mesmo de contas inteiras de usuários de plataformas digitais. Vimos que sob o manto da norma nacional, destacando-se as proteções constitucionais, a remoção de contas não é algo que possa ser considerado abarcado pelo poder geral de cautela da justiça no Brasil, salvo se o usuário estiver ocultando sua identidade para fomento de conteúdos ilegais. No entanto, a remoção de conteúdos determinados, como vídeos ou mensagens de textos, é perfeitamente possível quando comprovada a ilegalidade de seu conteúdo.

Porém, essa remoção precisa atender aos critérios mínimos de proteção da liberdade de expressão, de iniciativa, intelectual e de comunicação, além de regras rígidas que garantam o devido processo legal e direito ao contraditório, além de deverem ser proporcionais à baixa lesividade e gravidade deste tipo de crime conforme já estabelecido na legislação penal. A liberdade de expressão foi amplamente discutida no âmbito do STF a partir da tese de Holmes Jr., que defende um livre mercado de ideias, não podendo, entretanto, essa proteção ser abusada para cometimento de crimes ou colocar em risco imediato e concreto pessoas determináveis.

Pendente a análise sobre a legalidade de determinado conteúdo, quando necessário e devidamente fundamentado, é possível que pelo poder geral de cautela o Poder Judiciário suspenda por um prazo razoável conteúdos ou contas que tenham comprovados o risco de demora e a fumaça do bom direito enquanto procedem com as análises necessárias para decisão a esse respeito. Destacamos a importância da preservação da vida virtual de todo cidadão brasileiro, para que não se criem párias sociais por meio de uma indevida atuação da justiça como editora da sociedade.

Apesar da limitação de que por meio de decisão judicial toda uma conta seja removida, é prerrogativa da plataforma prestadora de serviço fazê-lo caso o próprio usuário dê ensejo a esse resultado ao violar o contrato que firmou com a plataforma por meio dos termos de serviços. É, então, absolutamente ilegal que o Judiciário obrigue uma plataforma a impor sobre um usuário o banimento de uma conta se esse poder não está autorizado em lei, e sem que a plataforma esteja negligenciando a moderação adequada dessa conta causando prejuízo a terceiros.

No extremo, foi possível verificar que é mais democrático, segundo a constituição Brasileira, buscar a responsabilidade criminal por excessos cometidos, do que simplesmente censurar alguém em plataformas digitais. Essa garantia tão sólida prometida pela nossa Constituição tem o claro objetivo não apenas de proteger os usuários e demais cidadãos dos abusos cometidos por eles mesmos, mas também busca proteger os usuários de possíveis arbítrios estatais que possam, ainda que na melhor das intenções, violar garantias tão fundamentais.

Por vezes ao mirar em um alvo, é possível que uma autoridade atinja outro sem sua intenção, causando um mal muito maior do que aquele que conseguia enxergar a partir do seu ponto de vista. A realidade se opera numa complexidade tal que é impossível a qualquer pessoa compreender e apreender essa realidade integralmente, de maneira que a única garantia que a jurisdição e os jurisdicionados possuem de um processo justo são aquelas que os protegem deles mesmos. E para que essas garantias surtam efeito, é necessário que toda sociedade, de todos os Poderes da República e seus órgãos, aos cidadãos mais jovens, façam a correta deferência à lei e ajam sempre conforme as regras desenhadas pelo Estado Democrático de Direito.

5. Referências

ASADULLAH, Ahmad; FAIK, Isam; KANKANHALLI, Atreyi. Digital Platforms: A Review and Future Directions. *In*: [s.l.: s.n.], 2018.

ALVES, Rogério Pacheco. O Poder Geral de Cautela no Processo Penal. **Revista da EMERJ**. v. 6, n. 22. Rio de Janeiro: EMERJ, 2003. v. Trimestral. ISSN 1415-4951

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo Penal Cautelar.** Rio de Janeiro: Forense, 1982

BLASI, Vincent. Holmes and the Marketplace of Ideas. **The Supreme Court Review**, v. 2004, p. 1–46, 2004.

COSTA, Ari Boemer Antunes da. A ordem constitucional econômica. **Revista JurisFIB**, v. 9, n. 9, 2018. Disponível em: <https://revistas.fibbauru.br/jurisfib/article/view/364>. Acesso em: 6 out. 2023.

Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Justiça em Números** 2023. Brasília: CNJ, 2023

DE REUVER, Mark; SØRENSEN, Carsten; BASOLE, Rahul C. The Digital Platform: A Research Agenda. **Journal of Information Technology**, v. 33, n. 2, p. 124–135, 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Teoria geral do direito civil. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, H. A.; LOPES, M. H. A dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, v. 4, n. 2, p. 129–145, 2013.

HAYEK, Friedrich A. **Law, legislation and liberty**, volume 1. Routledge: London, 2003.

LORENZETTO, Bruno Meneses; PEREIRA, Ricardo dos Reis. O Supremo Soberano no Estado de Exceção: a (des)aplicação do direito pelo STF no âmbito do Inquérito das "Fake News" (Inquérito n. 4.781). **Sequência (Florianópolis)**, p. 173–203, 2020.
MAULSTASCH, Gustavo. **Contra toda censura**. São Paulo: Avis Rara, 2022.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual***:* terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

OLIVEIRA, Cristiane Catarina Fagundes de. Liberdade De Comunicação. **Cadernos do programa de pós-graduação em direito**. PPGDir./UFRGS 4, no. 7 (2014). doi:10.22456/2317-8558.50832.

PODER 360. **STF atua como 'editor' da sociedade no inquérito das fake news, diz Toffoli**. Disponível em: https://www.poder360.com.br/justica/stf-atua-como-editor-da-sociedade-no-inquerito-das-fake-news-diz-toffoli/ Acesso em 02 out 2023.

PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomia**. Tradução: Daniel Vieira, revisão técnica: Edgard Merlo, Julio Pires. 8. ed. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2013.

RUDNICKI, Dani; VEECK, Matheus Oliveira. Sobre o direito à comunicação e o acesso dos presos à internet. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 5, n. 2, 2018. Disponível em: <https://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/article/view/206>. Acesso em: 6 out. 2023.

SEBRAE. **Pulso dos Pequenos Negócios**. 4ª edição. Coleta: 25 a 31 de julho de 2023.

SAMPAIO, José Adércio Leite; FURBINO, Meire; MENDIETA, David. A declaração universal dos direitos humanos nos espaços digitais: uma necessidade em tempos cibernéticos. **Revista Juridica**, v. 4, n. 61, p. 30–69, 2020.

SOARES, Fábio Costa. Liberdade de comunicação. Proibição de censura e limites. Curso de constitucional: normatividade jurídica, 2012, Rio de Janeiro. **Normatividade Jurídica**. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013. 308 p. (Série Aperfeiçoamento de Magistrados, 11) ISBN 978-85-99559-14-7.

VEIGA, Daniel Brajal. **O dever-poder geral de cautela:** uma visão constitucional. 2014. 192 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.