

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E CAPACIDADE COMUNICATIVA: UM NOVO CRITÉRIO PARA RESOLVER CONFLITOS ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS INFORMACIONAIS

Ivar A. Hartmann

Professor da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio - Rio de Janeiro/RJ). Doutor (Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ - Rio de Janeiro/RJ) e Mestre (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS - Porto Alegre/RS) em Direito Público. LL.M. (Harvard Law School, Estados Unidos). *E-mail:* <ivar.hartmann@fgv.br>.

Resumo: O ambiente de comunicação descentralizada da internet, ainda que não perfeitamente democrática, proporcionou oportunidades de equilíbrio do poder de alcançar uma audiência de uma forma jamais vista na sociedade tradicional dos meios de comunicação de massa. A conveniência da atuação judicial para resolver conflitos envolvendo a liberdade de expressão é diferente daquela existente há três décadas. Essa inserção mais igualitária de uma grande parcela da população no debate público resultou, de um lado, na mobilização de grupos para coibir o discurso de ódio na internet e fora dela. De outro, ampliou radicalmente os meios para que um indivíduo possa responder a uma ofensa. Diante disso, a pergunta de pesquisa é se seria necessário um aprimoramento da técnica para resolver tais conflitos de direitos fundamentais. Minha hipótese é de que esse aprimoramento é necessário, por meio da incorporação de um teste prévio à ponderação. A metodologia é de revisão de literatura, estudos de caso e análise indutiva. O resultado é a confirmação da hipótese de que, ao avaliar pedidos de indenização por dano moral em razão de ofensa à honra, imagem ou no contexto de discurso de ódio, o magistrado deve proceder à análise do mérito da manifestação somente quando um primeiro teste da capacidade comunicativa das partes ofensora e ofendida revela um desequilíbrio em favor da parte ofensora.

Palavras-chave: Liberdade de expressão. Honra. Difamação. Discurso de Ódio. Direitos Fundamentais. Ponderação. Internet. Redes sociais.

Sumário: **1** Introdução – **2** A democratização da capacidade de comunicar e seus efeitos na proteção da honra – **3** O papel do Estado na proteção e promoção da igualdade na manifestação do pensamento – **4** A mudança proporcionada pela internet na relação entre igualdade e manifestação do pensamento – **5** A capacidade comunicativa como teste prévio na decisão judicial sobre liberdade de expressão – **6** Conclusão – Referências

1 Introdução

Existe uma quantidade significativa de trabalhos acadêmicos no direito brasileiro e estrangeiro sobre a liberdade de expressão e seus conflitos com direitos como honra, imagem e privacidade. A partir da popularização da internet, desde muito cedo recebida como um meio revolucionário para a comunicação

humana, muitos trabalhos dedicaram-se a questões envolvendo a manifestação do pensamento online e seus impactos no direito.

Eles lidam com o problema da definição de limites dessa liberdade e seus impactos *off-line* e *online*, oferecendo contribuição essencial na elaboração de modelos de solução de tensões entre direitos associados, apontando parâmetros para diferenciar os casos em razão de características do indivíduo ou grupo se manifestando e do perfil do objeto de sua eventual crítica, bem como em função do conteúdo e contexto das manifestações. Ao longo de décadas, a doutrina, especialmente na área do direito constitucional e civil, construiu um quadro de instruções que pode ser utilizado por aqueles na histórica linha de frente da solução desses conflitos envolvendo a liberdade de expressão: os juízes.

Esses trabalhos dedicaram-se a descrever mudanças sob o ponto de vista dos veículos de manifestação, sua disseminação e alcance, as novas ameaças, tais como aquela apresentada pelo papel de buscadores *online* eficientes que afetam a memória natural da sociedade sobre fatos relevantes, e até tendências relacionadas ao conteúdo como o uso de redes sociais para disseminar e fortalecer o terrorismo.

A grande maioria dos trabalhos, com realmente poucas exceções, ignora a possibilidade ou até necessidade de revisão do papel do Judiciário, especialmente na diferenciação entre expressão ilegal e protegida, a partir da solução de conflitos entre a liberdade de expressão e outros direitos fundamentais. A ponderação é virtualmente uma unanimidade na literatura brasileira.

Mas uma das mudanças causadas pela popularização da internet foi pouco explorada ou descrita e suas consequências para a conveniência e formato da solução judicial das colisões de direitos fundamentais informacionais representam um problema relevante para o direito e, infelizmente, não enfrentado. Essa mudança é a redução da escassez de espaço e a relativa, porém crescente democratização da capacidade de alcançar uma audiência.

O problema de pesquisa do presente artigo é: essa mudança crucial na dinâmica da comunicação exige um aprimoramento do modelo tradicional da ponderação na solução judicial de conflitos entre a liberdade de expressão, de um lado, e a honra e imagem, de outro; ou do modelo tradicional de tratamento jurídico do discurso de ódio? Minha hipótese é de que esse aprimoramento é necessário. Seria preciso estabelecer um teste a ser realizado pelo magistrado antes de chegar à ponderação.

A metodologia que adoto para responder a essa pergunta é de revisão de literatura sobre liberdade de expressão e comunicação e estudos de caso sobre a realidade atual do fluxo de informação na sociedade, envolvendo, entre outros, a imprensa e as redes sociais, bem como análise indutiva.

Esse artigo pode ser caracterizado como uma proposta relacionada às implicações da democratização da capacidade de alcançar uma audiência no que tange à busca da igualdade material exigida pela Constituição.

Como resposta à pergunta de pesquisa, o argumento a ser delineado e defendido nesse trabalho é que, em casos de efetiva manifestação de opinião em geral – seja discurso de ódio, seja opinião considerada difamatória –, as sanções previstas devem ser aplicadas apenas quando a parte que se manifestou tem poder de comunicação muito maior do que aquele da parte autora da ação judicial. A existência de um desequilíbrio entre quem se expressa e quem se sentiu prejudicado pela manifestação é condição para a atuação estatal censória em um Estado Democrático de Direito. O desequilíbrio de poder comunicativo seria, portanto, um teste prévio à ponderação, no caso de danos morais, ou uma característica necessária para a configuração da tipicidade nos crimes associados à manifestação.

Apresento primeiro algumas inquietações sobre o estado da arte da doutrina sobre a proteção da honra no direito brasileiro. Na sequência, discorro sobre o papel do estado na proteção e promoção da igualdade na manifestação do pensamento e os elementos da mudança desse papel proporcionada pela internet. Por último, apresento o conceito de capacidade comunicativa, seu fundamento legal como critério prévio à ponderação e características de sua aplicação no direito constitucional e civil brasileiro.

2 A democratização da capacidade de comunicar e seus efeitos na proteção da honra

Existem duas razões possíveis pelas quais a difamação foi sempre considerada, em culturas jurídicas diversas, inclusive aquelas com proteção de *status* constitucional da liberdade de expressão, como causa de ação criminal e cível.

A primeira diz respeito ao conteúdo da manifestação. Uma pessoa poderia objetar à fala ou escrita que a descreve de maneira considerada injusta ou incorreta. Essa pessoa poderia sentir que sua imagem na comunidade não deveria ser influenciada por uma opinião que foi expressada por outro membro da mesma comunidade. Essa insatisfação, por sua vez, pode ser dividida em dois tipos: ela pode estar direcionada à expressão que é uma opinião – uma afirmação que não pode ser verificada como verdadeira ou falsa, uma avaliação objetiva feita sobre uma pessoa ou suas ações –, e pode também ser uma insatisfação com uma afirmação factualmente imprecisa ou objetivamente falsa.

Essas nuances levaram ao desenvolvimento de diferentes *standards* em diferentes sistemas jurídicos. Conforme visto, no Brasil, uma expressão que afeta a percepção do ofendido – pessoa física ou jurídica – por parte da comunidade pode ser considerada causadora de dano moral indenizável independentemente de qualquer falsidade na afirmação. Nos Estados Unidos, a parte que leva ao Judiciário uma ação de cunho privado com base em difamação, se for figura pública, precisa provar mais do que o dano à sua reputação. A manifestação objeto do processo precisa ser factualmente incorreta e é necessário que o erro seja resultado de má-fé.

Existe uma segunda razão possível para a tutela judiciária de determinados tipos de manifestação: o desequilíbrio entre a capacidade de ser lido e ouvido do ofensor e do ofendido. Essa razão não está relacionada ao conteúdo da manifestação e sim a uma noção de justiça procedimental no livre mercado de ideias. Em outras palavras, talvez o que legisladores e tribunais desejassem prevenir não era que um cidadão criticasse seus pares, mas sim que um jornal ou grande organização pudesse fazê-lo. Um jornal está em posição privilegiada de alcançar e, portanto, persuadir, um público de maneira que uma pessoa normal nunca estaria, o que impede uma real troca ou influência igualitária no debate sobre a reputação do ofendido.

Naturalmente, é possível que tenha sido a combinação dessas duas razões a levar legisladores e cortes ao desenvolvimento do instituto da difamação. Nesse caso, a manifestação somente seria ilegal se preenchesse ambos os requisitos: (i) tem cunho crítico e (ii) foi veiculada em circunstâncias nas quais o desequilíbrio do poder comunicativo favorecia as chances de disseminação e persuasão do discurso do ofensor.

Após décadas de literatura sobre liberdade de expressão e teoria democrática, existe um argumento agora fácil de ser feito de que há valor social na manifestação ácida, desrespeitosa e até na proteção que eventualmente cubra afirmações falsas. Segundo Frederick Schauer, o *chilling effect* resultante da judicialização de opiniões tem custo que em muito excede aquele de tolerar algumas manifestações que um indivíduo ou grupo possam considerar ofensivas.¹ Esse alerta faz ainda mais sentido no campo da proteção da honra do que quando se trata e restringir intolerância.

Em uma hipotética sociedade sem escassez de espaço ou atenção, a comunicação teria um nível máximo de democratização. Todos com acesso aos meios para imediatamente fazer chegar sua mensagem a todos. É evidente que essa situação é impossível, mas pensar suas características e consequências

¹ SCHAUER, 1978.

ajuda a tornar mais claras as motivações possíveis para a regulação do fluxo de informação que é levada a cabo em nossa sociedade real.

Nessa sociedade hipotética não haveria diferença entre o poder de comunicar que tem hoje um jornal de circulação nacional e uma pessoa física comum. Sem um desequilíbrio, não existiria a situação na qual comumente se encontra a pessoa mediana que se vê associada a um crime ou escândalo por um meio de comunicação em massa. Sem meios eficazes para rebater, responder ou esclarecer, ela sente-se impotente. É dessa falta de balanceamento que resulta a conveniência ou mesmo necessidade do mecanismo de direito de resposta.

O exemplo tradicional da matéria jornalística que acaba instantaneamente com uma reputação construída ao longo de décadas de vida pressupõe um ofendido em uma situação totalmente desbalanceada. Esse tipo de caso é impossível na sociedade hipotética. Nessa sociedade, a matéria jornalística chega com a mesma eficácia, nada além disso, a todos aqueles que se relacionaram com o ofendido ao longo de sua vida e, em consequência disso, formaram opinião que foi lentamente disseminada. A matéria jornalística trazendo a notícia de suposto crime ou escândalo não é lida por milhões de pessoas a mais do que aquelas que lerão a resposta judicialmente assegurada ou aqueles para quem o ofendido explicou os fatos narrados na matéria. Estamos falando de uma circulação equilibrada de informações. Essa sociedade fictícia é única na qual a metáfora do livre mercado de ideias poderia ser utilizada sem ressalvas ou adaptações.

O mesmo vale para exemplos de discurso de ódio. Sua nocividade decorre muito mais da grande disparidade entre o fluxo, sob o ponto de vista do volume ou capilaridade, da intolerância e o fluxo da tolerância. Não há nada de inerentemente melhor na qualidade de um argumento racista ou machista. O discurso de ódio é um problema porque é veiculado para pessoas muitas vezes como a única interpretação para um determinado fato ou como um dogma. Mais do que isso, é apresentado a pessoas em situação de hipossuficiência intelectual sem estar acompanhado de contextualização ou resposta com conteúdo de tolerância.

O discurso de ódio é particularmente difícil de combater porque é viabilizado e fortalecido pelo mesmo fator que sempre oprimiu as minorias sujeitas a ele: a desigualdade de acesso a bens da vida e sua fruição. No caso da comunicação, essa desigualdade é expressada em um desequilíbrio de acesso a determinadas audiências e desequilíbrio no volume de mensagens. Graças a mecanismos legais do mercado e outros não legítimos, uma emissora como a Fox News tem uma audiência maior e cativa de uma determinada parcela da população que é bombardeada com intolerância incessantemente. Nenhum ator social querendo transmitir respostas a essas mensagens, incluindo análise crítica do racismo,

machismo e homofobia veiculadas pela emissora, conseguiria alcançar o mesmo público ou ter deles o mesmo espaço de atenção.

Em longo prazo, à medida que aumenta o nível e a qualidade de instrução da população, a intolerância diminui. É o que mostram pesquisas no Brasil, onde em 6 anos o apoio ao casamento entre pessoas do mesmo sexo aumentou 17 pontos percentuais.² Uma ideia menos compatível com valores universalizados e aceitos de igualdade e dignidade não consegue competir e sobreviver, desde que o desequilíbrio no poder de comunicação não seja extremo e não exista discriminação legal de ponto de vista. Em condições de equilíbrio de comunicação, o discurso de ódio possivelmente sequer seria um problema decisivo como é na sociedade real.

Qual o sentido de discutir regulação da manifestação do pensamento em condições ideais impossíveis? Essa discussão é sempre relevante para esclarecer e orientar a motivação de escolhas legislativas e interpretativas em uma sociedade caracterizada pelo desequilíbrio de poder comunicativo, como as democracias modernas dominadas pelo trânsito da informação em meios de comunicação de massa. Mas a discussão é necessária também para subsidiar reformas e aprimoramentos nessas escolhas legislativas e interpretativas quando a sociedade gradualmente avança na direção da sociedade hipotética e, especialmente, quando ocorrem evoluções significativas nesse sentido. É precisamente o caso da internet e, especialmente, das redes sociais. Ou seja, partilho do ponto de vista de Daniel Sarmento tanto no que tange ao potencial uso da repressão judicial do discurso de ódio em prejuízo das minorias que deveriam ser protegidas, quanto, e aqui mais importante, na visão de que

um Direito que se pretenda transformador não deve simplesmente capitular diante disto, nem esperar sentado por alguma revolução redentora, e sim desenvolver instrumentos necessários para enfrentar e superar este risco. Trata-se, portanto, de pensar em mecanismos que evitem ou pelo menos minimizem a possibilidade de que a legislação criada para proteger os direitos de minorias mais vulneráveis possa voltar-se contra os integrantes destas próprias minorias.³

² “[...] a aceitação do casamento entre pessoas do mesmo sexo também cresceu: de 25% para 42% – que configura empate técnico com os contrários, que somam 44%” (BRETAS, 2016). O mesmo fenômeno ocorre nos Estados Unidos, onde em 2001 apenas 35% da população apoiava o casamento entre pessoas do mesmo sexo e, em 2017, essa parcela havia aumentado para 62% (CHANGING..., 2017).

³ SARMENTO, 2006, p. 249.

A questão é o formato dessa repressão judicial, que deve sempre ser adaptado à realidade da dinâmica de comunicação em uma determinada sociedade. Nessa linha, é importante reconhecer que a internet trouxe uma mudança paradigmática em termos de fluxo de manifestação do pensamento proporcionada pelas redes sociais, com uma evidente democratização da capacidade de comunicar, porém sem superar a escassez de atenção.⁴

Até meados da década de 1990, era menos relevante se as razões históricas para a punição da difamação eram relacionadas ao conteúdo ou ao desequilíbrio da capacidade comunicativa. A vasta maioria dos processos judiciais visava a empresas de mídia ou figuras públicas porque as suas manifestações eram as únicas com alguma audiência palpável e, portanto, com algum impacto imediato. Raramente um processo permitiria uma análise das duas razões citadas para proibir a difamação que resultasse a conclusão de que o conteúdo era legal, porém havia desequilíbrio de capacidade comunicativa. Com tantos processos judiciais contra a mídia, era razoável presumir a desproporcionalidade entre as capacidades de alcançar um público e, em razão disso, ignorar de todo esse teste.

As manifestações de pessoas privadas na internet mudaram esse panorama. A maior parte dos processos sobre liberdade de expressão e honra na primeira instância atualmente envolvem manifestações *online*, muitas vezes produzidas por pessoas sem grandes posses. Essa virada deveria ser comemorada, pois mostra a descentralização do debate público. Muitas opiniões mais conservadoras, no entanto, apontam para o caráter aparentemente caótico e desordenado das manifestações em redes sociais como uma espécie de degeneração da opinião pública.⁵ Brian Leiter fala que existem “*cyber-latrinas*” na internet que constituem antros de manifestações indignas de proteção jurídica.⁶

Pessoas com menor instrução, por exemplo, agora podem ser ouvidas. Qualquer que seja a opinião negativa que se faça sobre a qualidade de suas manifestações, é certamente melhor ter a “legião de idiotas” aprendendo a lidar com seu novo papel ativo do que mantê-los estritamente na posição de consumidores passivos do conteúdo dos meios de comunicação em massa – situação que, não se pode esquecer, sempre foi muito útil para determinados grupos no poder.

⁴ HARTMANN, 2015, v. 1, p. 153-164.

⁵ Um dos exemplos mais conhecidos vem da declaração de Umberto Eco em uma entrevista ao jornal italiano *La Stampa*: “As redes sociais dão o direito de falar a uma legião de idiotas que antes só falavam em um bar depois de uma taça de vinho, sem prejudicar a humanidade. Então, eram rapidamente silenciados, mas, agora, têm o mesmo direito de falar que um prêmio Nobel. É a invasão dos imbecis” (10 FRASES para recordar a lucidez mordaz de Umberto Eco. *BBC*, 20 fev. 2106. Brasil. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/02/160220_frases_umberto_eco_rb>. Acesso em: 21 jan. 2018).

⁶ Não se trata de toda a internet, conforme ele, mas apenas de partes isoladas (LEITER, 2010, p. 168).

O preconceito com a suposta falta de qualidade das manifestações em redes sociais no mais das vezes não passa exatamente disso: presunções pouco informadas sobre o perfil mais amplo do todo das manifestações em uma região ou país, sobre as características e objetivos daqueles que antes não tinham voz e agora têm e, especialmente, sobre os impactos dessa evolução. Aqui, como sempre, é preferível o conhecer da realidade permitido pela pesquisa científica empírica. Whitney Phillips passou diversos anos realizando uma etnografia do grupo que se costuma chamar de *trolls* em diversas de suas comunidades preferidas. Para aqueles preocupados com a ordem pública, a honra e os bons costumes, os *trolls* são a pior manifestação possível da democratização do discurso. Sua mera existência incita, como poucos outros fenômenos, o desespero por algum controle da internet vindo de alguma espécie de autoridade centralizadora, como forma de buscar garantir algum resquício consolador dos tempos em que todos sabiam respeitar a decência e a cordialidade. Após centenas de horas de pesquisa qualitativa que produziu uma brilhante e essencial tese de doutorado, a conclusão de Phillips é que, na sua essência, as manifestações dos *trolls* repetem exatamente os mesmos problemas que a grande mídia sempre teve como, por exemplo, o racismo e o machismo velados.⁷

Quando os ataques à honra posteriormente processados com pedidos de dano moral deixam de ser privilégio de veículos de imprensa e passam a estar ao alcance de qualquer um, o papel do Judiciário, conforme a descrição oferecida até aqui, pode ser visto sob duas luzes diversas. Se o principal motivo para usar o poder estatal de coibir a difamação é o conteúdo danoso da manifestação, então os magistrados são chamados a avaliar o dano feito à reputação individual ou a veracidade da assertiva. Por outro lado, se a principal razão para sujeitar o pensamento à moderação judicial é a existência de desigualdades disseminadas e institucionalizadas na capacidade de comunicar, então o papel dos magistrados guarda menor relação com a avaliação do mérito de opiniões e suas manifestações e maior relação com a compensação financeira ou garantia de direito de resposta apenas em situações nas quais o sujeito ou grupo objeto da crítica não tem condições de alcançar de forma similar a mesma audiência.

⁷ “Trolls may be destructive and callous; they may represent privilege gone berserk; they may be a significant reason why we can’t have nice things online. But the uncomfortable fact is that trolls replicate behaviors and attitudes that in other contexts are actively celebrated (‘This is how the West was won!’) or simply taken as a given (‘Boys will be boys’). Trolls certainly amplify the ugly side of mainstream behavior, but they aren’t pulling their materials, chosen targets, or impulses from the ether. They are born of and fueled by the mainstream world – its behavioral mores, its corporate institutions, its political structures and leaders – however much the mainstream might rankle at the suggestion” (PHILLIPS, 2016, p. 168-169).

Portanto, se a missão do Judiciário nesse contexto é equalizar a capacidade de fala e garantir que as condições materiais mínimas para um livre mercado de ideias sejam viáveis, então a principal pergunta a ser respondida em um processo judicial não é se a manifestação difamou. A principal pergunta é se o alvo da manifestação tem as condições de rebater a crítica por si próprio, sem a ajuda do Estado. Apenas se a resposta é negativa a avaliação judicial do conteúdo da manifestação seria realizada.

Essa descrição do contexto da necessidade e conveniência da atuação Estatal na delicada tarefa de moderação da opinião de seus cidadãos torna-se mais clara quando se observa o perfil da proteção da honra e imagem no direito brasileiro. Existe uma farta literatura, especialmente no campo dos direitos da personalidade, dedicada a apresentar as razões pelas quais a honra e a imagem constituem bens da vida relevantes o suficiente para gozar de proteção legal e constitucional.⁸ Não pretendo aqui questionar tal *status*. Mas é necessário perguntar: contra o que se protege judicialmente a honra e a imagem de uma pessoa? Parece existir uma noção majoritária de que essa proteção se dá em oposição à crítica com determinados conteúdos. Acredito que essa concepção atualmente dominante no Brasil está enganada e seu manejo pelas cortes tem causado efeito prejudicial decisivo à liberdade de expressão.

A imagem que uma pessoa tem perante sua comunidade é o resultado líquido das opiniões de todos sobre essa pessoa. Se existem mais opiniões positivas do que negativas, então a pessoa goza de bom *status*. Se existem mais opiniões negativas do que positivas, a pessoa é malvista. A crítica, a manifestação feita com intenção de contrabalançar as manifestações positivas, com a finalidade de modificar para pior a imagem de uma pessoa em sua comunidade, não é um fenômeno externo e estranho ao desenvolvimento da imagem. Pelo contrário! É um bloco essencial da construção da imagem de um indivíduo ou empresa. Se a crítica, feita com intenção de difamar, fosse fator alienígena contra o qual a imagem pudesse ser encapsulada pelo Judiciário, então a reputação individual seria formada unicamente pelas manifestações positivas e elogiosas. Em uma sociedade chapa-branca, na qual todos recebem apenas amabilidades e galanteios, não é possível se diferenciar as pessoas. Se todos são competentes ninguém conseguiria se diferenciar por sua competência. Sem a possibilidade de

⁸ Ver, por todos, Schreiber (2013, p. 74): “É verdade que, na prática, a violação à honra vem, muitas vezes, acompanhada do uso não autorizado da imagem, mas não há dúvida de que consistem em direitos autônomos, aos quais o ordenamento jurídico assegura proteção própria e independente. O uso não autorizado da imagem pode ser vedado mesmo na ausência de qualquer afronta à honra ou à respeitabilidade. De outro lado, a violação à honra pode surgir sem o uso da imagem ou mesmo do nome da vítima, como na hipótese de lhe ser dirigido um xingamento durante uma discussão em local público.”

diferenciação, a construção de uma identidade individual ou do grupo é inviável. É por essa razão que confiar ao Judiciário a tarefa impossível de, sem produzir um efeito disseminado de insegurança e imprevisibilidade, diferenciar a crítica da ofensa pessoal⁹ não é viável.

Importa aqui desmistificar o chamado *animus difamandi* e os ataques pessoais. Eles são pré-condição necessária e saudável da construção social da reputação de pessoas e grupos. A nocividade decorre de ataques ou críticas feitas por alguém ou alguma organização com maior capacidade comunicativa do que seu alvo.

Por que essa noção é tão impopular? Por que o *baseline* da atividade legislativa e judicial é a presunção de que a difamação é intrinsecamente ruim? Entendo que a explicação para isso tem menos a ver com o conceito de imagem ou reputação e mais a ver com o conceito de honra. James Whitman minuciosamente descreve a evolução do direito do insulto ou *Beleidigungsrecht* na Alemanha de sua raiz na sociedade medieval dos duelos até o final do século XX.¹⁰ A perspectiva histórica é reveladora da origem do atual entendimento de que a dignidade da pessoa humana oferece base para a proteção da honra individual. Ainda que essa seja uma justificação possível e eficaz sob o ponto de vista argumentativo, a proteção da honra defendida hoje na doutrina civil-constitucional tem causa real e seu impulso inicial no conceito de demonstração externa de respeito tão cara à nobreza. De expressão totalmente ritualística, a demonstração externa de respeito era algo devido apenas à elite. O dever do respeito é algo umbilicalmente ligado ao desnível de *status* social tão natural ao medievo. O inferior devia respeito ao superior e isso era manifestado pela demonstração externa física e verbal de respeito. Se um nobre tratava outro nobre sem o respeito exigido por seu *status* especial perante o restante da sociedade, o resultado era o desafio para um duelo. O dano à honra, caracterizada pela posição de superioridade, somente poderia ser desfeito pela via não patrimonial – justamente por não se tratar de dano material.

A origem elitista do conceito de honra determinou o curso evolutivo do direito do insulto na Alemanha. Em determinada época, a ideia de que uma reparação por dano imaterial legitimasse a violência física deixou de ser compatível com o monopólio do uso da força pelo Estado. A partir daí, o dano imaterial causado pelo insulto à honra passou, ainda que com algum estranhamento inicial, a ser passível apenas de compensação financeira após a moderação da disputa entre ofendido e ofensor pelo Estado. A honra permanecia, contudo, um fator discriminador: algumas pessoas

⁹ Os magistrados brasileiros, no entanto, entendem que essa é uma missão necessária, como aponta Andrade (2013, p. 105).

¹⁰ WHITMAN, 2000, p. 1295 e ss.

tenham maior interesse legítimo na proteção da honra do que outras, perpetuando o espírito elitista.

A democratização do interesse legítimo e legalmente respaldado na proteção da honra individual na Alemanha é o resultado de dois movimentos chocantemente estranhos à proteção da dignidade humana segundo a lógica e fundamentação atual da honra no direito brasileiro. O primeiro passo foi o alargamento da parcela da população com interesse legítimo de proteção de sua honra. Essa ampliação foi operada no auge do regime nazista com fundamento de elevação do *status* dos membros da raça ariana, independentemente de seu *status* financeiro. Assim como o “*todos*” da democracia ateniense significava na verdade uma parcela muito pequena da população, tampouco o “*todos*” do direito do insulto alemão decorreu de uma inclusão real e igualitária. A proteção da honra passou a ser acessível às massas – arianas.

Uma das constatações mais curiosas de Whitman é que a inclusão de uma parcela numericamente significativa da população no conjunto daqueles que poderiam proteger sua honra não significou um descolamento da lógica elitista. A desigualdade talvez tenha deixado de ser um fator em teoria, mas não porque todos passaram a ter liberdade na forma como tratam os demais. Em vez disso, o efeito da reforma nazista do direito do insulto foi o de elevar a população em geral ao padrão da nobreza. A lógica do “sabe com quem está falando?” persiste, de modo que houve um “nivelamento para cima” da sensação individual de que a demonstração externa de respeito é devida. Agora, todos acreditam ser legítimo proibir o ataque à sua honra pessoal. Conforme Whitman, esse é o oposto do que ocorreu na cultura norte-americana, na qual o elemento elitista da honra que precisa ser protegida, inerente ao papel da nobreza na sociedade, nunca existiu simplesmente porque a cultura americana foi moldada desde o início com base na ideia de ausência de castas ou elites. Ou seja, se na Alemanha ocorreu o nivelamento de todos por cima, nos Estados Unidos sempre houve o nivelamento de todos por baixo, um contexto hostil à noção de que o conceito que a pessoa tem de si é legalmente intocável pelas demais.

De uma sociedade medieval baseada em castas, originou-se um conceito de honra cuja proteção é tarefa do Estado.¹¹ De uma sociedade de colonos e imigrantes que, na maioria das vezes, não eram ninguém em sua terra natal, originou-se um conceito de liberdade de crítica. A oposição entre o “sabe com quem está

¹¹ “And at the heart, finally, of the conception of *Beleidigung*, of insult, there still lies a kind of high-society concept of civility—a concept that necessarily limits the reach of the German enforcement of respect. For “civil” behavior, in the thought-world of the law of insult, remains the kind of civility that was characteristic of upper-status behavior in centuries past: It remains civility that revolves around the highly formalistic, often thoroughly insincere, outward show of respect [...]” (WHITMAN, *op. cit.*, p. 1337).

falando?” e o “quem você pensa que é?”. Essa é uma descrição alegórica e romantizada, além de simplista, da cultura europeia e brasileira em comparação com a cultura americana. Mas a alegoria é útil como contraste à igualmente alegórica descrição da proteção jurídica da honra como desdobramento necessário, intrínseco e desejável da proteção da dignidade da pessoa humana.

O segundo movimento do direito alemão que colaborou para o atual perfil da honra está relacionado ao combate inicial do discurso de ódio. No pós-guerra, a única opção para fazer frente à intolerância era a ação privada por parte do membro ofendido da minoria atacada. Isso era obviamente insuficiente em razão da característica coletiva da intolerância baseada no preconceito com um determinado grupo como um todo. O código penal alemão foi reformado e passou a contar com o conceito de dignidade como elemento relevante para a identificação do discurso de ódio.

Mas de onde os autores da alteração tiraram um conceito operacionalizável de dignidade? Conforme Whitman:

German constitutional scholars had developed, in the 1950s, a powerful body of Kantian thought on the nature of human dignity, which rested on subtle ideas of the distinction between exchangeable “value” and non-exchangeable “dignity.” These subtleties did not seem practical to the drafters of the new hate-speech regulation of §130; they felt the need to grasp at some more concrete conception. The tale of how they found their more concrete conception is a tale of the strengths of the old social traditions and of the consequent weaknesses of German hate-speech regulation: For, strange though it may seem, the draftsmen drew their concrete conception of human dignity from *military law*, a classic arena of honor-based thinking. In the wake of the horrors of the Nazi period, the Federal Republic’s military Codes of Conduct and of Criminal Law had been amended to include provisions on “human dignity.” Foreigners will assume that these provisions aimed to prevent a repetition of Nazi atrocities, but in fact their principal aim was different. German legislators wanted to guarantee the dignity of *Germans*, ensuring that they would be treated as citizen-soldiers, and not as underlings. [...] What did these new provisions mean? Their setting was the interaction between two individuals, the commanding officer and soldier, against the background of centuries of traditions requiring soldierly respect. Inevitably, therefore, the new provisions were understood as guaranteeing *the individual show of respect*.¹²

¹² WHITMAN, *op. cit.*, p. 1339-1340.

A relação entre honra e dignidade nunca existiu na origem medieval do direito do insulto. A honra e sua proteção passaram a ser fundamentadas na proteção da dignidade apenas por influência do direito militar alemão – com todos os vícios autoritários, formalistas e ritualísticos que isso acarreta. Esses vícios não se manifestam necessariamente no recurso à dignidade humana em qualquer área do direito ou proteção de qualquer direito fundamental, evidentemente. Eles caracterizam o contexto da proteção da honra porque essa se originou e consolidou-se como uma asserção de autoridade aristocrática formal.

Em sua raiz, portanto, a proteção da honra emana das dinâmicas de poder entre nobres e não nobres em uma sociedade medieval. Em sua essência, a proteção da honra no direito brasileiro perpetua a noção de desigualdade e autoridade inerente à ideia de que criticar é desrespeitar.

O questionamento central que move o presente trabalho é: Em uma democracia constitucional, há alguma razão para impedir que alguém ou algum grupo ofenda e difame abertamente outra pessoa ou grupo, se o ofensor não tiver maior capacidade comunicativa do que o ofendido? A resposta positiva, em países com herança de desigualdade e autoritarismo elitista como o Brasil, deve-se principalmente à influência da origem da proteção formalista e ritualística da honra e da demonstração externa de respeito.

A título de sumarização e conclusão intermediária, há que se separar os papéis, funções e limites da proteção da imagem e da honra. A primeira é construção social que resulta da interação das manifestações positivas e negativas sobre o indivíduo ou empresa. A crítica não só é legítima como é necessária a essa interação. Somente existe necessidade de atuação Estatal para garantir a interação com equilíbrio de capacidade comunicativa entre as manifestações positivas ou negativas. Já a honra é conceito originado em sociedades elitistas e pressupõe um dever de respeito formal e ritualista do inferior para com um superior. Apesar de fundamentações diferentes construídas pela doutrina nas últimas décadas, aparentemente em consonância com a igualdade material e como decorrência necessária da proteção da dignidade, as pré-condições do papel da honra e sua função não permitem que sua proteção pelo Judiciário se dê de outra forma que não a reforçar o caráter censurador e autoritário do papel da honra.

3 O papel do Estado na proteção e promoção da igualdade na manifestação do pensamento

Qual deve ser o objetivo do direito na solução de conflitos entre a liberdade de expressão e a honra ou imagem? Qual o objetivo da proteção contra o discurso

de ódio? Qual a sintonia fina a ser buscada pela dogmática jurídica? Passo agora a essas questões.

Há uma relação direta, elementar entre uma compreensão da democracia e a forma como a lei aborda a questão da comunicação.¹³ Do ponto de vista sociológico, isto pode ser explicado pelo fato de que as leis de comunicação são os blocos de construção da própria sociedade.¹⁴ Como não há sociedade sem comunicação, a escolha por uma sociedade de um modelo de autogoverno tem impacto sobre a escolha de como regular as comunicações. Um Estado Democrático de Direito requer, portanto, mecanismos legais para fomentar e promover a manifestação do pensamento, e não apenas para a prevenção de sua regulamentação abusiva.

Poucos aderem a um modelo elitista de democracia, em que um pequeno grupo de pessoas governa, por serem os únicos com as habilidades e motivação para fazê-lo, enquanto eleições periódicas são realizadas apenas para garantir a alternância no poder e manter as pessoas felizes com o governo, legitimando-o.¹⁵ As posições frequentemente se dividem entre algo parecido com o modelo liberal e algo parecido com o modelo republicano. O modelo liberal de pluralismo é definido como aquele no qual diferentes grupos de interesse barganham e negociam a distribuição de poder e de bens sociais, a fim de chegar a um compromisso, ao passo que o modelo republicano pressupõe que as pessoas podem chegar a acordo sobre um único bem comum por meio do debate.¹⁶ Este último modelo, de acordo com C. Edwin Baker, leva a lição do pluralismo liberal de que um bem comum não existe porque as sociedades, via de regra, estão repletas de diversidade. E ele incorpora a noção de democracia republicana, que dita que o discurso é preciosamente necessário para permitir que os grupos de interesse construam a sua própria identidade e desenvolvam seu próprio conceito de bem comum, de modo a, em seguida, deliberar e se comprometer no nível de toda a sociedade.¹⁷

Conclui-se que a regulação da comunicação e dos meios de comunicação pretende uma imprensa livre, porque todos os modelos acima descritos para a democracia incluem este ator guardião como um controle sobre o governo. Isto

¹³ LUHMANN, 1986. Luhmann explica a relação direta entre a democracia e como as leis em uma democracia tratam os problemas da comunicação.

¹⁴ Sistemas sociais usam a comunicação como seu modo particular de reprodução autopoietica. Seus elementos são comunicações que são recursivamente produzidas e reproduzidas por uma rede de comunicações e que não podem existir fora dessa rede. Luhmann enfatiza que a comunicação é o alicerce da sociedade (LUHMANN, *op. cit.*, p. 174).

¹⁵ BAKER, 2001, p. 130. Baker descreve o modelo elitista de democracia e explica a razão pela qual poucos, dominados pelos valores do iluminismo, são propensos a aceitar a ideia.

¹⁶ Essa é a descrição de Habermas a partir da obra de Frank Michelman, entre outros: "A diferença decisiva reside na compreensão do papel que cabe ao processo democrático" (HABERMAS, 2002, p. 269).

¹⁷ BAKER, *op. cit.*, p. 146.

também inclui a liberdade de expressão como uma liberdade negativa para evitar que o governo cale as pessoas. E isso pressupõe que há um valor inerente na mais ampla participação das pessoas na discussão política possível.¹⁸ É aí que reside a necessidade de promover positivamente o discurso em uma democracia complexa. Por essa razão, existe um razoável consenso entre os estudiosos de que evitar a concentração da mídia ou do poder de comunicação é um interesse perseguido à luz de um certo conceito daquilo que a democracia exige.¹⁹ Nesse sentido, a defesa de Jack Balkin de uma “culture in which individuals have a fair opportunity to participate in the forms of meaning making that constitute them as individuals.”²⁰

Este dever do Estado pode ser dissecado para revelar dois elementos: uma macrointervenção e uma microintervenção, de acordo com Thomas Emerson.²¹ A distinção é desenhada para que os governos estejam mais bem preparados para promover os valores da manifestação do pensamento sem favorecer qualquer visão de mundo política ou específica.²² A diversidade é para ser valorizada e elevada, não nivelada. A macrointervenção é a operação pela qual o estado escolhe uma área ou elemento da vida social para agir, afirmativamente promovendo a liberdade de expressão.²³ Microintervenção compreende os arranjos e decisões tomadas dentro dessa área, de modo a realizar o objetivo da macrointervenção.²⁴

Existem diferentes tipos de macrointervenção possíveis para a concretização da manifestação do pensamento como capacidade. Na dogmática de direitos fundamentais, essas macrointervensões podem ser lidas como a atuação do Estado para garantir promocionalmente e ativamente o direito de expressão em

¹⁸ BAKER, *op. cit.*, 267. O autor entende que, a fim de viabilizar uma democracia bem sucedida, é necessária a ampla participação das pessoas no discurso político.

¹⁹ BENKLER, 1998, p. 378. Benkler expressa a importância de promover o discurso positivamente em uma democracia. Ou seja, esses argumentos “procuram assegurar um discurso político forte, e defender a ampla distribuição da produção de informações sobre o fundamento de que é fundamental para esse objetivo.” Além disso, nos Estados Unidos, “[a] preocupação da Primeira Emenda com a produção de informação concentrada surge quando as instituições jurídicas de uma sociedade criam assimetrias sistemáticas na distribuição de poder entre os seus constituintes para afetar o ambiente de informações” (*Id.*, p. 383).

²⁰ BALKIN, 2004, p. 2.

²¹ EMERSON, 1981, p. 803-04 (ilustrando a distinção entre macro e microintervenção do governo em casos afirmativos da Primeira Emenda à Constituição norte-americana).

²² FISS, 1986, p. 1416: “[o] dever do estado é preservar a integridade do debate público da mesma maneira como um grande mestre, não para doutrinar, não para não adiantar a ‘Verdade’, mas para salvaguardar as condições para a verdade e para uma auto-determinação coletiva e livre.”

²³ EMERSON, *op. cit.*, p. 803-4.

²⁴ EMERSON, *op. cit.*, p. 804 (explicando que o poder de controlar a macroárea pode ser manipulado de forma a controlar a microárea).

razão da perspectiva objetiva deste.²⁵ Existe uma tradição de macrointervenções na regulação do rádio, da imprensa e da televisão a cabo que revelam existir uma busca por igualdade de capacidade comunicativa mesmo em países como os Estados Unidos, nos quais prevalecem as concepções utilitarista, de estado mínimo e político-liberais sobre a expressão. Naquele contexto, que abrange também tentativas de efetivar um direito de resposta, a falta de sucesso deveu-se ao fato de que a opção pela macrointervenção já predispunha automaticamente as medidas tomadas no nível de microintervenção.²⁶

Em razão da arquitetura centralizada, intrínseca aos meios de comunicação em massa, existente nos meios sobre os quais foi tentada a macrointervenção, a independência entre a macro e a microintervenção, que é palpável em teoria, tornou-se inviável na prática. Por exemplo: ao buscar criar um espaço para resposta, o Estado acaba sendo obrigado a definir necessariamente o tamanho desse espaço, sua periodicidade e outras características relacionadas ao conteúdo da resposta. É muito apropriada a interpretação pluralista daquilo que a Constituição brasileira exige em termos de liberdade de expressão, igualdade e acesso à informação feita por Gustavo Binenbojm, de modo que considero acertado o reconhecimento do papel do direito de resposta como “um instrumento de mídia colaborativa”. Mas entendo que a autonomia editorial não permanece intocada.²⁷ Na verdade, há pouco de autonomia também por parte da pessoa que exerce a prerrogativa.

Mais importante, o direito de resposta pressupõe uma análise prévia de conteúdo, trazendo consigo todos os problemas inerentes. Outro exemplo: ao procurar privilegiar a licença de operação para rádios utilizando critérios de interesse público e não apenas poder econômico, o Estado abriu a porta para a discriminação na concessão de licenças segundo o critério do conteúdo da programação. O resultado foi a perseguição de licenciados por meio de critérios perversos, inclusive discriminando em função da religião.

Isso selou o destino das políticas de promoção da manifestação do pensamento do governo norte-americano no século 20: a neutralidade que é essencial para a microintervenção – não privilegiar um tipo de opinião em detrimento de outra – foi substituída pela operação da própria macrointervenção.

Existe outro exemplo de macrointervenção com objetivo de promoção de igualdade. Catherine MacKinnon fez defesa pioneira da necessidade de se compatibilizar a proteção da liberdade de expressão com a proteção da igualdade

²⁵ Ver SARLET, 2006, p. 167-177. Essa perspectiva objetiva, segundo Alexy, atua como uma ordem branda emitida ao Estado, através de preferências *prima facie* de determinados valores ou princípios (ALEXY, 1993, p. 157).

²⁶ HARTMANN, 2013, p. 317 e ss.

²⁷ BINENBOJM, 2006, p. 19.

material por razões similares àquelas que expus aqui.²⁸ Sua crítica é articulada principalmente em dois pontos: a dogmática jurídica de liberdade de expressão neutra no que diz respeito às relações sociais de poder garantiu espaço para abuso por parte daqueles com poder ao mesmo tempo que negou amparo às minorias com passado histórico reconhecido de opressão legal e social.

MacKinnon aponta aquilo que entende ser um exagero nas garantias de liberdade contra restrição da capacidade de manifestação. Um dos exemplos é o precedente estabelecido no caso *New York Times vs. Sullivan* em 1964 pela Suprema Corte norte-americana.²⁹ Segundo ela, a luta pela realização da igualdade material era central ao caso, já que o comissário de segurança pública (L. B. Sullivan) de Montgomery, capital do Alabama, havia processado o *New York Times* pela publicação de um anúncio pago denunciando abusos praticados contra membros do movimento pelos direitos civis. É elemento essencial naquele contexto o fato de que quem mais precisava de proteção contra censura operada ou buscada pelo poder público eram os membros do movimento dos direitos civis e não um dos jornais de maior circulação nos Estados Unidos. Segundo MacKinnon, o critério do erro com má-fé (*actual malice*) criado pela Suprema Corte para decidir o caso beneficiava diretamente e no curto prazo os primeiros, mas acabou por garantir ao NYT uma quase imunidade contra processos judiciais, permitindo que esse e outros veículos de imprensa passassem a utilizar seu avantajado poder comunicativo, resultando de poder econômico, de forma irresponsável.

Ao não coibir a publicação de informações falsas a não ser que a falsidade fosse resultante de má-fé, a Suprema Corte garantiu maior força à parte já mais poderosa no contexto. Preocupada menos com o conteúdo da manifestação do pensamento e mais com uma jurisprudência alheia ao desequilíbrio de poder comunicativo, MacKinnon conclui que o precedente de 1964 e outros que o seguiram, ao mirarem as possibilidades de censura estatal, erraram o alvo: “Has this doctrinal edifice guaranteed free and equal speech? These days, censorship

²⁸ Sua descrição do problema é bastante elucidativa, ao alertar que “This mutual one-sidedness in the law has made it virtually impossible to create a community of comprehension that there is a relation, for example, between the use of the epithet “nigger” and the fact that a disproportionate number of children who go to bed hungry every night in this country are African-American; or the use of the word “cunt” and the fact that most prostitutes are women. It creates no room to see that slave codes that made it a crime to teach a slave to read, or schools in which Black children cannot learn to write, deny them freedom of speech; or that judicially eliminating grievance procedures that recognize racist or homophobic vilification as barriers to education officially denies students equality in education.? The tensions and intersections between the deeper principles and wider orbits of equality and speech remain unmapped, equality unspeaking and speech unequal” (MACKINNON, 1996, p. 74).

²⁹ *N.Y. Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 283-84 (1964) (reconhecendo as limitações constitucionais ao poder do Estado para conceder indenizações por difamação em recursos interpostos por funcionários públicos contra críticos de sua conduta oficial);

occurs less through explicit state policy than through official and unofficial privileging of powerful groups and viewpoints.”³⁰ Há ao menos uma exceção: ao confirmar a proteção menor assegurada às figuras públicas – uma total impossibilidade de obter danos morais indenizatórios por difamação –,³¹ a Suprema Corte foi capaz de embutir um critério necessário ligado às relações de poder existentes entre quem critica e quem é criticado.

De qualquer forma, uma visão equivocada sobre liberdade de expressão protege demais os atores sociais errados. Mas também deixa desprotegidos os membros de minorias. A visão de Alexander Meiklejohn, de que importa o que é dito e não quem se expressa,³² não é compatível com uma sociedade minimamente plural. Em crítica específica à indústria da pornografia, MacKinnon entende que há inclusive práticas que não deveriam sequer ser consideradas “expressão” e que, no entanto, obtêm total proteção contra restrições no mesmo nível que o discurso político merece. Ao garantir a legalidade de discurso de ódio contra mulheres, o Estado falha em identificar e coibir instâncias de abuso sexual. Ao proteger o discurso de ódio contra negros e judeus, o Estado oferece plataforma para que membros dos grupos atacados sejam obrigados a reviver a experiência original de abuso.³³

Jeremy Waldron também percebe o discurso de ódio como um problema de exercícios díspares da manifestação do pensamento. Mais especificamente, a comunicação disseminada e institucionalizada de ódio. Ele pretende examinar mais do que apenas a injúria racial ou instâncias verbais de intolerância. Está preocupado com os efeitos do ambiente: qual é a sensação, para um membro de minoria vivendo em uma sociedade como a norte-americana ou brasileira de viver em um ambiente no qual existem manifestações físicas e concretizadas de ódio sutil e gradualmente sufocante, como placas do tipo “Apenas católicos” ou “Apenas brancos”. Sua atenção está voltada para o “visible display of power”.³⁴ O problema é

a publicação e o dano causado a indivíduos e grupos pelo desfiguramento de nosso ambiente social por anúncios visíveis, públicos e

³⁰ MACKINNON, *op. cit.*, p. 77.

³¹ *Hustler Magazine, Inc. v. Falwell*, 485 U.S. 46 (1988) assegura que figuras públicas podem ser criticadas sem direito de retaliar na maioria das circunstâncias.

³² MEIKLEJOHN, 1965, p. 26.

³³ MACKINNON, *op. cit.*, p. 105.

³⁴ “We can think about the visible display of power, including the presence and bearing and uniforms of police and security forces, about flags and banners, and civil and military parades. Above all, we can think about publicly visible signage as subsumed under this heading of political aesthetics, from official posters and warnings to advertising hoardings to posters pasted up by citizens. I think that, in political philosophy, we need to pay more attention to all such issues than we do at present” (WALDRON, 2012, p. 75).

semipermanentes no sentido de que na opinião de um grupo na comunidade, talvez majoritário, membros de outro grupo não são dignos de igual cidadania.³⁵

Não questiono a descrição geral de MacKinnon e de Waldron. Mas, diante disso, o que fazer? A resposta de MacKinnon ao primeiro problema que descreve é menos clara do que ao segundo. O discurso abusivo de ódio, um obstáculo à realização da igualdade formal em sociedades com parcelas historicamente oprimidas, deve ser combatido (macrointervenção) por meio da discriminação em razão do conteúdo (opção de microintervenção). Essa é também a proposta de Waldron – como de tantos outros.

Ao mirar o conteúdo e não as relações de poder, essa opção é fundamentalmente ineficiente.³⁶ Na moldura apresentada até aqui, a proibição do discurso de ódio falha por três razões. Primeiro, porque não tem qualquer condição de corrigir, ao longo do tempo, a posição deficiente de capacidade comunicativa compartilhada por minorias. Segundo, porque filtros de conteúdo da opinião são sempre mais difíceis de operar e geram um efeito silenciador resultante do risco percebido pelos atores sociais: se a avaliação para identificar o discurso de ódio é subjetiva, então há um risco inerente em qualquer manifestação do pensamento.³⁷ Terceiro, precisamente porque essa avaliação é subjetiva, o filtro de conteúdo não impede que a proibição de discurso de ódio seja virada de ponta-cabeça para motivar processos contra minorias por terem criticado indivíduos ou grupos conservadores ou de extrema direita – conforme já defendi em capítulo anterior. Quarto, e talvez mais importante, porque todas essas avaliações continuam ocorrendo no ambiente judicial que reflete – de maneira muitas vezes ainda mais exacerbada – os mesmos problemas de desigualdade que a proibição do discurso de ódio visa a combater. A concorrência de ideias discriminadoras

³⁵ “The issue is publication and the harm done to individuals and groups through the disfiguring of our social environment by visible, public, and semipermanent announcements to the effect that in the opinion of one group in the community, perhaps the majority, members of another group are not worthy of equal citizenship” (WALDRON, *op. cit.*, p. 39).

³⁶ Ainda que seja possível descrevê-la como operando justamente isso: “those same pornography and hate speech regulations might be described alternatively in redistributive terms. On this account, they are designed to redistribute speaking power for the sake of material equality rather than increased ideological competition or a better mix of speech” (SULLIVAN, 1994, p. 958).

³⁷ Aqui é especialmente perigoso o risco de arbitrariedade nas decisões, gerando insegurança, quando se adota a ponderação judicial, conforme pleiteia Sarmiento, naquilo que chama de “Caminho do meio” (SARMENTO, *op. cit.*, p. 256 e ss). Diante dos resultados da pesquisa sobre o uso da ponderação da primeira instância do TJ-RJ, não há nada que leve a crer que a ponderação será utilizada com mínima qualidade em casos de discurso de ódio. Por outro lado, concordo plenamente com o autor que uma categorização é ainda pior e não resolve o problema.

e não discriminadoras, quando judicializada, passa a ocorrer em um ambiente centralizador da avaliação do mérito das ideias e altamente desigual.

Esses problemas não atuam em paralelo, mas sim de forma combinada, quando se pretende que o Judiciário seja o guardião do significado das manifestações pessoais. Mas não há apenas um significado! Há sempre, necessariamente, muitos:

Os efeitos indiretos das nossas ações diretas em sede de liberdade de expressão, que sejam “intencionais” ou não, estão presos às palavras que pronunciamos, pois elas nem sempre correspondem aos seus significados; em certo modo, tempo e lugar, a linguagem está repleta de palavras “malditas”, de totalitarismos, de aforismos, enfim de sentidos que servem para distrair, desviar, desencaminhar, extraviar o seu emissor e aqueles a quem são dirigidas, seja pela disposição de suas sílabas que por vezes não resulta lógica, nem harmônica, nem apetecível de pronunciar (o amargor das palavras) e, ainda mais, predis põem elas muitas vezes para evocar o contrário ao que se pretendia com a sua emissão.³⁸

Assim, ao atacar o discurso de ódio em função exclusivamente de seu conteúdo, a opção de política legislativa é tal que aposta todas as fichas em uma solução que exige que um órgão judicial – estatisticamente, um homem branco heterossexual – possa definir, em detrimento do papel da sociedade, não apenas o significado atual das palavras objeto da discórdia, mas todos seus significados possíveis futuros. Se essa fosse a única saída possível para combater o discurso de ódio, talvez a avaliação sobre sua adoção fosse diferente. Mas está longe de ser a única opção.

4 A mudança proporcionada pela internet na relação entre igualdade e manifestação do pensamento

Quando a opinião pública circulava apenas por meios de comunicação em massa, talvez a opção judicial fosse comparável. A popularização da internet e a consequente descentralização da comunicação é decisiva.

As condições de discurso em um Estado-rede permitem avaliar alternativas totalmente novas para efetivar a infusão de igualdade material de que o direito

³⁸ SARLET; MOLINARO, 2012, p. 51.

de manifestação do pensamento sempre precisou. Os problemas de inclusividade nos meios de comunicação e o discurso de ódio utilizados como exemplo até aqui ilustram uma oportunidade de macrointervenção positiva ou promocional e uma negativa.

No caso da primeira, conforme já aponte, é possível caracterizar a dimensão objetiva da liberdade de expressão, bem como a eficácia positiva³⁹ da dimensão subjetiva desse direito. Entendo, entretanto, que deve ser reconhecido um direito constitucional de acesso à internet.⁴⁰ A eficácia positiva e prestacional desse é que cuidaria das macrointervensões de inclusividade. Essa dimensão é inclusive passível de controle judicial.⁴¹

O problema da igualdade se manifesta na proteção da manifestação do pensamento e aqui isolo dois campos: o discurso de ódio e a proteção da honra. No caso do discurso do ódio, concordo com o diagnóstico de MacKinnon e Waldron, mas acredito que a solução esteja equivocada.⁴² Minha proposta é de protagonismo da macrointervenção promocional e, residualmente, de uma macrointervenção negativa no sentido de permitir a intervenção judicial no mercado das ideias apenas quando existe desequilíbrio concreto entre a capacidade comunicativa da parte criticada, que se sente ofendida, e da parte que critica. Esse novo *standard* pode ser aplicado tanto a casos de proteção da honra, quanto a casos de discurso de ódio.

Cabe aqui explicar a razão pela qual a internet é uma mudança decisiva no contexto das teorias de justiça exploradas, a descrição do déficit de igualdade na

³⁹ A liberdade de expressão, como qualquer outro direito com eficácia eminentemente negativa, possui também um lado positivo, que exige atuação estatal proativa. Essa a lição mais importante de Holmes (1999, p. 35-36). Uma concepção alternativa e visionária da diferença entre as eficácias positiva e negativa de um mesmo direito fundamental pode ser encontrada em Häberle (1972). Este autor propõe esta questão não como a liberdade e direitos sociais protegidos pelo estado, mas como de um grupo comum dos direitos fundamentais protegidos pelo estado produtivo ou ativo).

⁴⁰ HARTMANN, 2008, p. 2.

⁴¹ HARTMANN, 2013, p. 362 e ss.

⁴² Pelas mesmas razões apontadas, por exemplo, por Kathleen Sullivan, para quem não se pode subestimar a diferença entre buscar igualdade material no fluxo do discurso por meio de regulação estrutural, de um lado, e regulação de conteúdo, de outro. Ela discute essa diferença no contexto da invalidação de normas sobre financiamento de campanha política feitas pela Suprema Corte norte-americana em *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976). Naquele caso, a Corte tratou a regulação estrutural e neutra em relação ao ponto de vista ou ideologia, como se fosse uma regulação de conteúdo: "The new speech regulators would too easily relax this distinction. If consequences are all that matter, then the distinction between purpose and effect is irrelevant. But if purpose does matter, then there is an alternative account of what went wrong in *Buckley*. The mistake in that decision arguably was the equation of spending and speech at the outset. The law partially invalidated in *Buckley* arguably did not aim at speech but merely at a market transaction that facilitated it. It was more like aiming at the toaster than at the picture. But it does not follow that laws that aim at the picture are justified simply because they are premised on redistributive ends. Permitting regulation of the literal market for political speech should not bring a host of regulation of metaphorical speech markets along with it" (SULLIVAN, *op. cit.*, p. 964-965).

proteção da liberdade de expressão e os problemas específicos tanto da proteção paralisante da honra quanto do discurso do ódio.

A popularização da internet traz consigo uma mudança qualitativa profunda na viabilidade de promover as condições para o discurso prosperar porque o meio online não sofre da mesma deficiência que era inerente às outras mídias: admitir um indivíduo no meio não implica em si nenhuma decisão sobre quando, como e onde essa pessoa vai se expressar.⁴³ Isto não é o mesmo que uma situação na qual os canais não sejam escassos: eles simplesmente não existem como uma estrutura pré-construída. O problema na internet deixou de ser de escassez de espaço e passou a ser escassez de atenção.⁴⁴

Em vez disso, um canal novo e diferente é feito com qualquer ato comunicativo único, isolado. O discurso de um indivíduo pode se sobrepor ao de outro infinitamente, de forma assíncrona. Sem que exista um proporcional custo, as comunicações foram de *one-to-many*, na mídia de massa, para *many-to-many* na internet.

Isso justifica o entusiasmo da Suprema Corte norte-americana com a internet como uma plataforma para o discurso em um dos primeiros casos que trata da *web*⁴⁵ e permite condições ideais para a satisfação dos requisitos regulatórios sobre meios de comunicação que resultam da escolha de um modelo complexo de democracia de autogoverno.⁴⁶ O nível no qual colocar um indivíduo em uma

⁴³ BENKLER, 2006, p. 11. Benkler explica que a diferença entre a internet e a mídia de massa é que “a esfera pública interconectada permite que muitos indivíduos comuniquem as suas observações e seus pontos de vista a muitos outros e a fazê-lo de uma forma que não pode ser controlada pelos donos da mídia e não é tão facilmente corruptível por dinheiro como eram os meios de comunicação de massa”. Isso significa que, a partir de um ponto de vista econômico (e, portanto, também social), esta evolução é decisiva, porque implica que “as tecnologias básicas de processamento, armazenamento e comunicação da informação tornaram modelos não proprietários mais atraentes e eficazes do que jamais foi antes possível. Processadores ubíquos de baixo custo, meios de armazenamento e conectividade de rede tornaram praticamente viável para os indivíduos, por si só, e em cooperação com os outros, criar e trocar informações, conhecimento e cultura em padrões de reciprocidade social, redistribuição e partilha, em vez de produção de proprietário, baseada no mercado” (*Id.* p. 462).

⁴⁴ EMERSON, *op. cit.*, p. 807-12 (descrevendo os problemas ocasionados pela escassez de instalações físicas como predicações para a intervenção governamental).

⁴⁵ Em *Reno v ACLU*, 521 U.S. 844, 853, 870 (1997) a maioria da Corte afirmou que “[q]ualquer pessoa ou organização com um computador conectado à Internet pode ‘publicar’ informação” e que “[a]través do uso de salas de bate-papo qualquer pessoa com uma linha telefônica pode se tornar um pregoeiro com voz que soe além do que poderia desde qualquer caixote. Através do uso de páginas da Web, divulgadores de mail e grupos de notícias, o mesmo indivíduo pode se tornar um panfletário”.

⁴⁶ BAKER, *op. cit.*, p. 187-192. Estas exigências não são insignificantes! Baker afirma que os democratas complexos têm vários objetivos para a política de mídia: garantir à imprensa o papel de guardião, garantindo que a mídia permaneça como uma esfera para a discussão de toda a sociedade (como os republicanos); protegendo o pluralismo nos meios de comunicação contra a segmentação e monopolização corrompidas (como os liberais) e assegurando um equilíbrio adequado entre os dois: isolamento de vozes e diálogo comum. A política de comunicação social exige, portanto, o diagnóstico das condições da sociedade, a fim de determinar o que ela precisa de mais em um momento específico: mídia partidária para a construção

plataforma define as condições de seu discurso, uma vez que existe, é o mais baixo em qualquer meio de comunicação.⁴⁷

Diante disso, resta ao Estado algum papel centralizado de microintervenção promocional da liberdade de expressão? Se os aspectos técnicos da internet não forem fundamentalmente alterados, sobra apenas combater os efeitos nefastos da escassez de atenção.⁴⁸ Eles são exacerbados por escolhas obscuras de algoritmos das plataformas privadas que são decisivas para a circulação da informação na internet.⁴⁹

5 A capacidade comunicativa como teste prévio na decisão judicial sobre liberdade de expressão

Os efeitos na capacidade comunicativa são claros. O que temos hoje é um ambiente no qual um parlamentar ou celebridade tem potencialmente o mesmo número de seguidores em redes sociais que um jornal de médio ou pequeno porte. O que é mais importante ainda é que mesmo indivíduos com menos influência e audiência direta na internet podem ter uma opinião disseminada de maneira viral, alcançando centenas de milhares ou milhões de pessoas sem o necessário intermédio de um veículo de imprensa.

Seria ingênuo dizer que o desequilíbrio no poder comunicativo deixou de existir e não há mais risco de dominação da esfera econômica sobre aquela da expressão.⁵⁰ O ponto é apenas que o *status quo* trouxe um progresso revolucionário nesse campo. Certamente não se pode “confiar exclusivamente na ‘mão invisível’ do mercado [...] sobretudo se o mercado comunicativo for tão concentrado como é o brasileiro, e tão associado ao poder econômico.”⁵¹ Essa realidade é inegável.

da identidade e do diálogo intragrupo ou esferas comuns para discussão e acordo sobre o bem comum por toda a sociedade.

⁴⁷ Nesse sentido, BALKIN, *op. cit.*, p. 5-7. Ele enfoca alguns aspectos principais da diferença entre a velha mídia e a Internet, especialmente aqueles que exacerbam a evolução em termos da viabilidade da política e regulamentação da promoção do discurso. Existem, naturalmente, outros aspectos desta distinção. Balkin alega que a “revolução digital reduz drasticamente os custos da cópia e distribuição de informações”; “a revolução digital torna mais fácil para o conteúdo atravessar fronteiras culturais e geográficas”; “a revolução digital reduz custos de inovar com as informações existentes, de comentar sobre isso e de construir em cima disso”; e, o mais importante, a redução dos custos de transmissão, distribuição, apropriação e alteração da informação democratiza o discurso.

⁴⁸ GOODMAN, 2004, p. 1454. A autora destaca como provedores existentes no mercado podem reduzir o espaço ou interesses do canal em redes rivais, aumentando seu domínio dentro de um nicho particular.

⁴⁹ Esse é um de muitos contextos nos quais existe risco de censura privada na internet – um dos maiores problemas do direito constitucional da liberdade de expressão atualmente (BROWN; MARSDEN, 2013).

⁵⁰ Nesse sentido, é representativa a eficiente crítica de Hindman (2008).

⁵¹ SARMENTO, *op. cit.*, p. 283.

Mas estamos muito mais perto de um de equilíbrio agora do que há duas décadas. Quando tudo que havia eram meios de comunicação em massa, fazia pouco sentido um juiz avaliar se a parte autora de um processo visando a coibir dano à honra ou o discurso de ódio estava em igual patamar de capacidade comunicativa que a parte supostamente ofensora. Os casos levados ao Judiciário possuíam na sua quase totalidade um veículo de imprensa no polo passivo. Hoje, entretanto, mais e mais pessoas físicas são processadas pelo que escreveram ou curtiram em redes sociais ou *blogs*.

Em uma sociedade na qual o *default* é o equilíbrio do poder comunicativo entre as partes, como é possível justificar a proibição de ataques à reputação? Essa é a razão pela qual o caso Mendes-lozzi causa perplexidade a partir de seu desfecho. Trata-se de exemplo de uma jornalista mulher criticando acintosamente uma decisão que acentua a falta de proteção reservada às mulheres, resultado machista de um Judiciário formado, em sua cúpula, essencialmente por homens. Esse caso demonstra a falta de eficácia da proibição de discurso de ódio contra mulheres bem como expõe o efeito nefasto da opção por uma cada vez maior tutela judicial do mérito das opiniões.

O novo *standard* seria utilizado como um teste prévio para verificar a possibilidade de análise judicial de um caso, por exemplo, de pedido de danos morais por restrição do direito à honra. Quaisquer que sejam os mecanismos que a dogmática jurídica oferece para a solução de casos envolvendo a colisão da liberdade de expressão com outros direitos individuais, como a ponderação, ou casos envolvendo uma restrição estatal à liberdade de expressão, como a proporcionalidade, são precedidos de uma pergunta: o ofendido tem capacidade comunicativa igual ou superior ao ofensor? Caso a resposta seja positiva, o juiz deve exercitar contenção e não entrar no mérito do conteúdo da expressão. Não há papel a ser exercido pelo Estado-juiz nesses casos exceto justamente pela análise das capacidades comunicativas.

Aqui é preciso sumarizar, de forma instrumental, as considerações sobre teorias de justiça feitas anteriormente de modo a localizar a proposta no plano dogmático. Seria possível adotar quatro posições distintas em relação à proteção da imagem, honra e dignidade no que tange a ações individuais por danos morais ou a regulação do discurso de ódio.

1. Os bens jurídicos elencados em contraposição à liberdade de expressão, nesses casos, na verdade não merecem proteção; 2. Os bens jurídicos merecem proteção, porém não são lesados; 3. Os bens jurídicos merecem proteção, são lesados, mas o Estado não deve intervir, pelas razões apresentadas até aqui; 4. Os bens jurídicos merecem proteção, há lesão, o Estado em tese deveria intervir, mas essa intervenção não deveria ocorrer por parte do Judiciário.

Adoto a posição 1 apenas em relação à honra. Em sua única menção à honra em toda a sua extensão, no art. 5, X, a Constituição Federal a coloca lado a lado com a imagem. Não acredito que exista razão que justifique trabalhar com ambos os conceitos em paralelo. Por outro lado, conforme já expliquei, entendo que o uso do conceito de honra no direito brasileiro tem causado prejuízo desnecessário. Defendo, portanto, que o dispositivo constitucional seja interpretado como uma referência ao bem jurídico imagem, sendo a menção à honra mero qualificador que auxilia sua interpretação. Dispositivos infraconstitucionais que operam com o conceito de honra em separado do direito de imagem devem ser declarados inconstitucionais.

Entendo que a grande maioria dos casos pode ser descrito pela posição 3. Aqui se enquadram os casos de ofensa à imagem e discurso de ódio quando o ofensor não tem maior capacidade comunicativa do que o ofendido. Existe uma lesão, mas em razão do equilíbrio do poder de informar ou mesmo do desequilíbrio em favor do ofendido, o núcleo essencial de proteção não é atingido. Trata-se de compatibilizar o art. 5, caput, e incisos IV, V e X, de maior concretude normativa, com os fundamentos da República, art. 1º, II, III e V. Entendo que existe a necessidade de preservar o conteúdo de dignidade⁵² na autonomia individual manifestada perante a sociedade pela opinião pessoal, em observância à necessidade de pluralismo político na interação entre efetivos cidadãos, o que, em razão da igualdade material, exige a preponderância da liberdade de expressão no caso concreto, quando há equilíbrio da capacidade comunicativa. Apenas nos casos onde há desequilíbrio o Judiciário está autorizado a realizar a ponderação ou aplicação da proporcionalidade para averiguar se há dano indenizável.

Não adoto o entendimento da posição 4 como um impeditivo imediato de exercício da jurisdição nos casos discutidos. No que tange ao Judiciário, a posição 4 é sim um alerta para a existência de ainda mais um motivo (como se já não houvessem o suficiente...) para se buscar uma real representatividade no Judiciário brasileiro, de forma gradual e sem retrocessos, pois essa deficiência afeta de modo especialmente pungente a qualidade de decisões sobre liberdade de expressão, honra, imagem e discurso de ódio. No que tange aos outros dois Poderes, a posição 4 aponta para a necessidade de atuação proativa, porém não focada na análise governamental ou judicial do conteúdo de manifestações específicas. É necessária a atividade reguladora para atacar as causas estruturais da desigualdade na capacidade comunicativa e fomentar a autorregulação de

⁵² Aqui entendida como “dever de reconhecimento de determinadas possibilidades de prestação, nomeadamente, a prestação do respeito aos direitos, do desenvolvimento de uma individualidade e do reconhecimento de um auto enquadramento no processo de interação social” (SARLET, 2015, p. 258).

plataformas privadas que viabilizem uma *moderação descentralizada* do discurso. É dizer que “[o] papel do Estado não deve ser o de árbitro no mercado de idéias – ele não tem nenhuma isenção para isto –, mas o de promotor do pluralismo na esfera pública.”⁵³ O futuro da liberdade de expressão, conforme já observou Jack Balkin há quase uma década, não é a tutela judicial de direitos constitucionais:

Protecting free speech values in the digital age will be less and less a problem of constitutional law – although these protections will remain quite important – and more and more a problem of technology and administrative regulation.⁵⁴

O conceito de capacidade comunicativa é, portanto, central para minha proposta. E certamente não é objetivo. Estou ciente do risco de se substituir análises carregadas de subjetividade como a ponderação e aplicação do princípio da proporcionalidade, cuja operação é amparada, entretanto, por décadas de doutrina e jurisprudência, por uma outra análise igualmente subjetiva e com contornos ainda indefinidos. Isso aconteceria apenas nos casos que não passaram pelo teste da capacidade comunicativa. Nos que passam, pressuponho que, na sequência, o magistrado irá continuar resolvendo o conflito como a doutrina já descrita determina.

Por outro lado, a aplicação de um critério de capacidade comunicativa não leva o juiz a uma terra totalmente desconhecida, pois “capacidade econômica” e outros *standards* similares são utilizados em ramos como o Direito Tributário e Direito Administrativo há muito tempo.

No campo da comunicação, a capacidade comunicativa já foi apontada como uma nova característica de consumidores coprodutores de bens culturais a partir da popularização da internet.⁵⁵ É esse o tipo de papel e, inclusive, o tipo de sujeito que está no centro da conveniência na utilização inovadora do conceito no contexto da jurisdição sobre liberdade de expressão. Conforme afirmei anteriormente, figuras públicas, grandes empresas e órgãos de mídia sempre tiveram diferentes

⁵³ SARMENTO, *op. cit.*, p. 286.

⁵⁴ BALKIN, 2009.

⁵⁵ “O consumo na rede se torna paradigmático do lugar e do papel do consumo contemporâneo: produz-se aí, de forma radical, uma customização massificada, articula-se a personalização com a produção em massa. Passa-se a enfatizar, nas organizações, não exatamente a gestão de produtos mas sim de clientes, consumidores ou co-produtores (em função de sua maior ou menor capacidade comunicativa). O valor agregado, mais do que associado a hardware ou software, está associado à relação com os clientes, à socialização de informações e conhecimento.⁹ As organizações, especialmente as que atuam no espaço virtual, por exemplo, são, cada vez mais, guiadas pelos consumidores, isto é, encorajadas a apostar na interatividade entre clientes e representantes diretos e indiretos pelo processo produtivo” (PEREIRA; HERSCHMANN, 2002, p. 35-36).

capacidades de alcançar uma audiência. Como esse grupo de atores era muito reduzido e a diferença entre a capacidade de qualquer um deles e do cidadão médio sempre foi abissal, não havia tanto sentido em considerar o desequilíbrio de capacidade antes da ponderação no caso concreto. Com a viabilização, pela internet, de um salto em capacidade comunicativa por parte daqueles que antes, ao menos diante da comunidade regional ou nacional, eram meros consumidores passivos, passa a ser decisivo trabalhar com o conceito.⁵⁶

Essa distinção entre o papel anterior e o atual do cidadão médio perante a audiência da opinião pública também permite separar as habilidades necessárias para a comunicação, ligadas à ideia de competência, de um lado, e as condições procedimentais ligadas à ideia de capacidade.⁵⁷ Até a década de 1990, uma pessoa comum tinha maior ou menor fluência nas habilidades para comunicação, no sentido de ser competente para comunicar-se, mas não gozava de condições procedimentais que a permitissem se comunicar por escrita, áudio ou vídeo diretamente com milhões de pessoas.

A despeito do uso da expressão no campo da linguística e da comunicação, não é coincidência que o significado mais próximo e de contexto mais similar ao que busco construir aqui venha da ciência política. Koen Bartels, após extensas pesquisas sobre participação pública em tomadas de decisão, identificou um ponto nevrálgico: a qualidade da interação discursiva entre servidores públicos e eleitores. A partir dessa constatação, propôs elementos que permitiriam um acréscimo decisivo na qualidade da interação nesse contexto o que, por sua vez, aprimoraria substancialmente os resultados de experiências de tomada de decisão participativa. É o que ele então chama de teoria da capacidade comunicativa.⁵⁸

A capacidade comunicativa seria “a social and situated ability that emerges and exists in the interactions between people while being engaged in the process [...] of participatory practice.”⁵⁹ Estritamente falando, a capacidade comunicativa

⁵⁶ O conceito também é utilizado no campo da filosofia da comunicação, com a capacidade comunicativa sendo essencial ao ato de referenciar (SALOMÃO, 2003, p. 72).

⁵⁷ Tiro inspiração aqui da definição, feita em termos parcialmente diferentes, proposta por Henry Widdowson e adotada por Bagarić e Djigunović (2007, p. 95): “In an attempt to clarify the concept of communicative competence, Widdowson (1983) made a distinction between competence and capacity. In his definition of these two notions he applied insights that he gained in discourse analysis and pragmatics. In this respect, he defined competence, i.e. communicative competence, in terms of the knowledge of linguistic and sociolinguistic conventions. Under capacity, which he often referred to as procedural or communicative capacity, he understood the ability to use knowledge as means of creating meaning in a language. According to him, ability is not a component of competence.”

⁵⁸ BARTELS, 2014, p. 657: “The main outcome of the research is a theory of communicative capacity, which claims that, *to enhance the quality of participatory democracy, public professionals and citizens need the ability to recognize and break through dominant communicative patterns by constantly adapting the nature, tone, and conditions of their conversations to the situation at hand.*” (grifado no original)

⁵⁹ BARTELS, *op. cit.*, p. 670.

de que falo é uma condição técnico-econômica social que emerge e existe nas interações entre pessoas e grupos enquanto engajados no debate público. As diferenças são pequenas e o contexto é praticamente o mesmo. A prática participativa e o debate público são *loci* de um Estado Democrático de Direito. Há inclusive um *overlap* enorme entre ambos. A maior diferença, portanto, está no que a capacidade mede. Bartels foca a natureza, tom e condições das conversas, muitas vezes presenciais. Está preocupado em cuidado com o exercício da linguagem. Para o conceito de capacidade comunicativa que proponho aqui, alguma habilidade no exercício da linguagem é um pressuposto e minha preocupação é com as condições técnico-econômicas de alcançar um público.

As questões relevantes são, por exemplo: quantos seguidores a pessoa tem no Twitter? A mídia de massa rotineiramente repercute as declarações feitas por essa pessoa? O grupo tem condições financeiras de pagar por um anúncio de página inteira para responder a uma manchete no mesmo veículo? Quantos assinantes e compradores esporádicos (leitores) tem a revista ou o jornal?

O conceito está muito próximo da ideia de capacidade econômica utilizada no direito regulatório, especialmente quando se trata da regulação de meios de comunicação. A fatia de mercado de uma emissora de televisão, por exemplo, importa para a capacidade comunicativa. Mas a capacidade econômica e a capacidade comunicativa não se confundem porque uma pessoa ou grupo pode ter capacidade econômica baixa e, a despeito disso e graças às redes sociais, uma capacidade comunicativa alta.

Além disso, é possível – e, de fato, necessário – estabelecer algumas diretrizes de aplicação do *standard* de capacidade comunicativa.

Por se tratar de conceito sustentado na autodeterminação expressiva de cada sujeito participante de uma democracia, ou grupo deles, a capacidade comunicativa pressupõe a capacidade jurídica. Menores de idade podem, eventualmente, ter capacidade comunicativa muito mais alta do que a média. Essa capacidade não pode, entretanto, ser usada contra eles. O conceito tem por objetivo reconhecer a autonomia informativa de construção dialética da própria identidade e prestigiá-la no contexto do debate público. Usar a capacidade comunicativa como obstáculo para impedir um adolescente de buscar indenização seria manejar o conceito como forma de punir alguém que é biologicamente vulnerável, objeto inclusive de proteção excepcional pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em meados de 2017 a adolescente Maisa Silva foi convidada e incentivada a dançar com Dudu Camargo em programa televisivo comandando por Sílvio Santos. O apresentador não se deu por satisfeito com a negativa de Maisa e tentou forçá-la a beijar Dudu. Após o ocorrido, ela manifestou-se nas redes sociais de forma corretamente forte e assertiva em relação ao aspecto profundamente machista e

até pedófilo do ocorrido – insistir que uma adolescente de 15 beijasse ao vivo, em rede nacional, um homem de 19, a despeito da clara negativa dela.⁶⁰ Suas declarações foram criticadas por algumas pessoas. Se ela, com 11 milhões de seguidores no Instagram, se sentisse assediada ou difamada por alguma das respostas, poderia buscar o Judiciário. Não fosse o fato de ser menor de idade, o teste do equilíbrio comunicativo certamente evitaria a análise do mérito, pois a ofendida tem acesso direto a uma audiência que a vasta maioria de seus críticos jamais sonharia ter. Mas em razão da condição de absolutamente incapaz, Maisa não poderia ser prejudicada pela aplicação do teste.

O outro elemento que afasta a aplicação do teste é o caráter privado ou secreto da manifestação. A ideia de equilíbrio do potencial de se comunicar com uma audiência pressupõe a igualdade ou paridade de armas. A capacidade de o ofendido responder, criticar ou contextualizar perante a comunidade passa pela condição de tal manifestação ter sido feita de maneira aberta em primeiro lugar. O teste da capacidade comunicativa não se presta, por exemplo, a uma situação na qual a manifestação ocorreu em segredo ou em um grupo de rede social do qual o ofendido não participa, tomando conhecimento da manifestação apenas por coincidência. Como uma característica do caso, condições restritas de veiculação da manifestação podem ser consideradas relevantes pelo julgador ao realizar a ponderação. Mas devem excluir o teste prévio da capacidade comunicativa, pois a pessoa que opta por manifestar-se em privado não pode beneficiar-se de uma regra movida pela centralidade do debate público.

A capacidade a ser considerada é a efetiva ou média e não a potencial. A partir do fenômeno da viralização, qualquer pessoa com acesso à internet tem a capacidade potencial de disseminar uma ideia ou opinião para bilhões de pessoas. O que importa é a capacidade real, verificada na audiência média do ofensor e do ofendido e seus respectivos grupos (no caso de discurso de ódio) em suas manifestações. Apenas quando uma foto, vídeo ou post viral é precisamente o objeto da ação judicial a avaliação da capacidade comunicativa do ofensor pode ser feita com base nessa viralização já concretizada. Nesses casos, dificilmente o teste prévio barraria a análise do mérito com a aplicação devida da ponderação ou proporcionalidade, já que pouquíssimos atores sociais, como celebridades ou veículos de mídia, têm, na média de suas manifestações, a audiência de uma mensagem viral.

O teste não ignora os efeitos presentes de opressões legalizadas levadas a cabo no passado. Existe uma presunção de menor capacidade comunicativa de membros de minorias historicamente oprimidas e seus respectivos grupos e

⁶⁰ EM NOVO..., 2017.

associações. Essa presunção decorre da própria natureza do discurso de ódio, já que, conforme aponta Daniel Sarmento,

o Estado deve ser, a priori, mais tolerante diante dos excessos expressivos cometidos por membros de grupos estigmatizados contra a maioria, do que em relação aos perpetrados por integrantes da maioria contra estes grupos.⁶¹

Enquanto que tradicionalmente esse é um critério utilizado na avaliação do conteúdo de manifestações supostamente negativas sobre grupos desfavorecidos, aqui opera como um critério utilizado na avaliação da capacidade comunicativa – de maneira totalmente indiferente ao conteúdo em si da manifestação – tanto em casos de manifestações sobre grupos desfavorecidos como em declarações de membros desses grupos.

Se um indivíduo heterossexual processa uma pessoa que não se identifica como heterossexual por tê-lo chamado de “homofóbico” em rede social, ainda que sob outros parâmetros analisados exista igualdade de capacidade comunicativa, o juiz não deve passar à análise do mérito da expressão. Essa presunção não é absoluta e pode ser afastada em casos de gritante desequilíbrio em favor do ofensor. A exemplo, se o deputado Jean Wyllys, com 633 mil seguidores no Twitter, declara que uma pequena empresa do interior de São Paulo adota práticas homofóbicas, a presunção pode ser superada. Existem casos judicializados de celebridades da internet, ou *youtubers*, que utilizaram sua capacidade comunicativa para uma crítica de pessoas sem qualquer condição de alcançar uma audiência parecida. Isso por óbvio não resolve o caso em favor da empresa, no exemplo hipotético de Jean Wyllys. Apenas permite que o juiz possa avaliar o mérito do conteúdo da declaração do deputado. No caso já discutido da revista *AzMiná*, existe a presunção em favor do *blog* diante de ação promovida pelo usuário que se sentiu ofendido quando criticado por seu machismo. Se a presunção não fosse afastada, o julgador não poderia proceder à ponderação do conflito de direitos fundamentais nesse caso, deixando de avaliar, portanto, o conteúdo da manifestação. Claramente o *blog* possui maior capacidade comunicativa do que o usuário isolado; no entanto, no caso específico, não creio que exista desequilíbrio de proporção excepcional. A página da revista no Facebook, onde ocorreu a troca, tem 127 mil seguidores. Isso por si só já impede que adquira o nível de influência e capilaridade de uma personalidade com milhões de seguidores, exemplo que será apresentado logo

⁶¹ SARMENTO, *op. cit.*, p. 249.

em seguida. Mais importante, no entanto, é que a audiência de 127 mil pessoas da revista é a mesma do autor da ação, pois os seus comentários foram feitos na própria página. Todos que viram a resposta da revista, considerada por ele ofensiva, haviam visualizado também, logo acima, seu comentário inicial.

Mesmo quando não se trata de discurso de ódio, existem declarações muitas vezes voltadas para um membro específico de categoria ou grupo que acabam sendo respondidas, desconstruídas ou criticadas por diversos membros do grupo inteiro. Em 2015, a *youtuber* Kéfera discutiu com um taxista que a transportava e foi expulsa do carro. Lamentou-se para sua audiência de 10 milhões de seguidores, que acabaram por reagir em apoio de Kéfera das mais diversas formas, incluindo milhares de ameaças de morte ao taxista – cujos dados haviam sido divulgados pela *youtuber*. Ela acabou sendo condenada a indenizar o taxista.⁶² Esse caso é útil por duas razões. Primeiro, para mostrar como determinadas pessoas têm capacidade comunicativa suficiente para desfazer a presunção de hipossuficiência dos membros de minorias historicamente desfavorecidas explicada acima. Segundo, para ilustrar uma situação hipotética. Os taxistas como grupo poderiam ter se solidarizado e feito uma campanha com escala nacional e ampla repercussão, em apoio ao colega e criticando a atitude de Kéfera. Nesse caso, o teste deveria ser aplicado levando em consideração a capacidade comunicativa dela em comparação com a capacidade do grupo dos taxistas – e não apenas a capacidade do taxista isolado, objeto das críticas em primeiro lugar. É necessário identificar as trocas e oposições em seu ambiente ou ecossistema, que muitas vezes transborda uma única rede social e envolve veículos de imprensa repercutindo o ocorrido, e diferenciar a ação orgânica concentrada, organizada e focada de grupos de respostas esparsas, isoladas e sem impacto.

Para auxiliar as comparações entre a capacidade do ofendido e ofensor, existem diversos parâmetros numéricos úteis. Podem ser comparados os números de seguidores de ofensor e ofendido em redes sociais, o número de leitores nos respectivos *sites* ou *blogs*. O número de reações ao *post* ou vídeo da ofensa pode ser comparado com o número de reações ao *post* ou vídeo utilizado pelo ofendido em resposta. Uma diferença entre 1 milhão e 100 seguidores não pode ser tratada da mesma forma que uma diferença entre 1 milhão de seguidores e 500 mil acessos únicos diários em uma página, no exemplo de um processo intentado por celebridade contra veículo de imprensa por difamação. Esse é um elemento que reduz um pouco a subjetividade do teste de capacidade comunicativa. Além disso, trata-se de aferições já familiarmente feitas pelo Judiciário, quando se busca dimensionar o dano à imagem ao qual a parte autora foi submetido. Uma das

⁶² KÉFERA..., 2017.

sentenças do TJ-RJ analisadas, por exemplo, afirma que “As referidas ‘postagens’ tiveram 6 e 4 ‘curtidas’, respectivamente, e poucos comentários, feitos por amigos do réu. Ou seja, a repercussão da opinião do réu foi bem pequena.”⁶³

A adoção da proposta aqui promovida não é incompatível com o direito de resposta, cujos limites atualmente estão definidos em lei própria, conforme já discutido. Pelo contrário. O critério da capacidade comunicativa permite corrigir a incongruência apontada no direito de resposta atualmente, mediante a qual uma celebridade com 10 milhões de seguidores, uma senadora com enorme repercussão na mídia ou uma empresa multinacional podem exigir direito de resposta em face de uma matéria jornalística veiculada por um jornal municipal com tiragem de 5 mil exemplares.

O teste passaria então a servir como uma barreira tanto para a análise do mérito do pedido sobre danos morais, quanto para a decisão sobre a conveniência do direito de resposta no caso concreto.

É conveniente discutir a aplicação desses parâmetros em um caso concreto. Em janeiro de 2017 o TJ-SP manteve condenação promovida pela primeira instância ao pagamento de indenização por danos morais em um caso envolvendo manifestações em um grupo de Whatsapp.

O réu da ação fez declarações em grupo do qual a autora não fazia parte. Afirmou que havia mantido relações sexuais com ela e que isso se repetia com frequência, sempre que ele tivesse vontade. Nenhum dos dois é uma figura pública. Apesar de, segundo a autora, não terem relacionamento próximo, ambos fazem parte de círculos sociais comuns que se formaram em razão de escolas frequentadas e persistiram até a época da ação judicial, quando a autora tinha 21 anos. Não há clareza quanto ao início das declarações, de modo que é possível tenham elas ocorrido quando a autora da ação era ainda menor de idade.

O inteiro teor do acórdão não traz qualquer menção à ponderação ou aplicação do princípio da proporcionalidade para resolver a tensão entre a liberdade de expressão do réu e a reputação da autora. A totalidade da porção do voto vencedor que se dedica ao mérito da existência de dano a indenizar não tem qualquer citação a precedente ou doutrina, não usa qualquer dos critérios e parâmetros de ponderação propostas pela literatura sobre o assunto e não faz qualquer consideração sobre a restrição de cada direito envolvido que seria produzida pelas opções possíveis de decisão. Eis a totalidade da fundamentação nessa parte:

Aparentemente, e de maneira injustificada, o réu teve o intuito de prejudicar a reputação da autora. Não se demonstrou nos autos que

⁶³ Sentença do Processo nº 2014.001.237354-0.

autora e réu tenha tido algum relacionamento anterior, onde tenha restando mágoa ou ressentimento por parte do réu que o tenha levado a praticar tais atitudes. As alegações da autora, comprovadas pelas impressões das telas de mensagens, e as afirmações das testemunhas, demonstram conduta do réu que trouxeram danos que fogem ao mero dissabor e simples chateação cotidiana, merecendo reparação de cunho moral. Ainda que terceiros tenham divulgado as mensagens, foi do réu que partiram, partilhando as afirmações inverídicas com todo um grupo de amigos ou conhecidos, pretendendo se gabar de fatos que nunca ocorreram e que trouxeram à autora vexame e evidente abalo à sua honra. Analisado todo este contexto, de rigor o reconhecimento do ilícito civil, consistente nas ofensas lançadas pelo apelante contra a apelada. O dano moral é evidente, pois é situação que extrapola o dever de urbanidade e respeito à intimidade da pessoa, ainda que tais fatos se reputassem verdadeiros, pois se trata da intimidade da autora, e que não pode ser divulgado sem seu consentimento. Dispõe o art. 953 do CC, 'A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que dela resulte ao ofendido.' De fls. 15/20 consta apenas amostra do baixo calão com que era tratada a autora. São expressões difamatórias, que caracterizam o ilícito civil, conforme expressa disposição do Código Civil. Não se trata de um simples desentendimento entre autora e réu. São ofensas fortes e desajuizadas e merecem o reparo da lei. Assim, alvitro ser o caso de se manter a condenação do apelante em indenização pelo dano moral causado à autora, por ter sido ofendida em sua reputação, honra e dignidade.⁶⁴

A decisão repete padrões encontrados na análise das sentenças no TJ-RJ. Adota critérios sem conteúdo minimamente auferível e sem amparo qualquer na Constituição, como “dever de urbanidade”. Utiliza a dignidade como um elemento de igual natureza e hierarquia que a reputação e a honra, e que anda somente junto com essas duas e não está relacionado à liberdade de expressão. Esse é o tipo de decisão que torna o teste da capacidade comunicativa necessário como uma proteção adicional contra a arbitrariedade. A porção do voto que toca no mérito faz o oposto daquilo que determina a doutrina e jurisprudência. Mas esse caso é útil por outras razões: ele permite esclarecer a aplicação dos parâmetros do teste.

⁶⁴ SÃO PAULO. Apelação nº 1111617-17.2015.8.26.0100.

Por se tratarem de pessoas físicas sem *status* de figura pública ou celebridade, em princípio o conteúdo das declarações sequer seria analisado. Há equilíbrio da capacidade comunicativa, o que resolveria já de antemão o processo.

No entanto, se a autora de fato era menor de idade quando foram feitas as manifestações, o teste não poderia ser aplicado para prejudicá-la. Caso ela fosse já maior de idade, atuaria a presunção de desequilíbrio em favor da parte que é membro de uma minoria historicamente oprimida – a autora. O caso ilustra bem a conveniência dessa presunção, considerando o contexto e conteúdo das declarações. Uma das maneiras como se perpetua o discurso de estereótipos femininos é em grupos fechados de homens fazendo declarações sobre a sexualidade de determinadas mulheres. O teste da capacidade comunicativa teria resultado que autorizaria a análise do conteúdo das manifestações e a resolução do conflito entre os direitos constitucionais em questão seguindo as diretrizes já pacificadas.

Hipoteticamente, o réu poderia ter feito declarações similares em um grupo de homens sobre outro homem: alegar ter tido relações sexuais com o autor da ação, bem como que isso se repete sempre que ele, réu, deseja. Nesse caso a presunção não opera, dado que o próprio réu faz parte de minoria historicamente perseguida e o autor ou faz parte da mesma minoria ou é homossexual. O mesmo se daria se declarações sobre competência profissional fossem feitas por uma mulher sobre outra mulher.

Nesses casos, no entanto, seria aplicado o critério da publicidade da manifestação: se a parte autora nesses exemplos – como a parte autora do caso real discutido – não participasse do grupo, não seria possível aplicar o teste da capacidade comunicativa para beneficiar a parte ré da ação impedindo a ponderação dos direitos fundamentais em conflito.

6 Conclusão

O critério da capacidade comunicativa se insere como um teste anterior à ponderação e aplicação do princípio da proporcionalidade. Não se trata, portanto, de alterar a maneira consolidada pela doutrina como adequada para a solução judicial de conflitos de direitos fundamentais informacionais. Minha proposta é apenas que essa atividade seja deslocada para uma segunda etapa de maneira condicional: ela somente é iniciada se o caso passa no teste da capacidade comunicativa.

A aplicação desse teste prévio diminuiria o número de decisões judiciais que, ao enfrentarem o mérito da colisão dos direitos, utilizam fundamentação arbitrária

ou pecam pela total falta dela. Essa diminuição resulta do fato de que muitas vezes o teste teria resposta negativa (não há desequilíbrio de capacidade comunicativa favorecendo a parte ré da ação), evitando que o magistrado chegasse à etapa de manifestar-se sobre o mérito do conteúdo da manifestação. A operação, que atualmente traz riscos de resultados inconstitucionais, passaria a ser menos frequente.

Com a capacidade comunicativa, porém, pretendo mais do que isso. Ainda que absolutamente todas as decisões judiciais sobre liberdade de expressão no Brasil aplicassem a ponderação e proporcionalidade de maneira perfeita, existiria um déficit de consideração da igualdade material. Procurei mostrar como a escolha por considerar o problema da desigualdade por meio da regulação do *conteúdo* das manifestações é problemático e, na melhor das hipóteses, largamente insuficiente. O teste da capacidade comunicativa, dessa forma, insere o componente da igualdade no litígio sobre liberdade de expressão sem depender de avaliações sobre o conteúdo, mas sim de equilíbrio entre as *condições de se comunicar* com uma determinada audiência.

Por evitar avaliações do *mérito* das manifestações em si e focar, em vez disso, os *meios* dos quais os indivíduos dispõe para exercerem a liberdade de expressão, o teste está sujeito por definição a uma carga de subjetividade muito menor. Ela nem por isso é ausente, é claro. Por essa razão apresentei uma série de critérios que podem balizar a aplicação do teste.

Estou ciente de que o ciclo pode se repetir: uma proposta acadêmica é feita sobre como magistrados devem decidir diante de um determinado tipo de caso, ela não é bem recebida ou compreendida e acaba não sendo usada, dando lugar ao arbítrio. Assim como fazem ao citar descompromissadamente a dignidade humana e a ponderação, magistrados podem passar a brandir a capacidade comunicativa como uma cortina de fumaça para produzir exatamente a mesma sentença que teriam elaborado sem nunca ouvir falar do teste. Isso não é razão, no entanto, para descartar a ideia da capacidade comunicativa. Qualquer proposta deve ser seguida de estudos que, por meio de método científico empírico, acompanhem e avaliem sua implementação prática. A capacidade comunicativa não é exceção.

O efeito colateral previsto e desejado pela minha proposta de capacidade comunicativa é que mesmo manifestações cujo conteúdo seria consensualmente ilegal pelos padrões jurídicos atuais deixariam de sofrer restrição judicial por envolver pessoas ou grupos em equilíbrio de condições de comunicação. Na raiz, o teste proposto não tem apenas uma constatação sobre uso insatisfatório da ponderação e proporcionalidade por magistrados. Tem também – e isso é mais importante – um posicionamento sobre o papel da manifestação em uma sociedade democrática. Salvo para frear distorções de poder de disseminação de

discurso, ninguém deve ter qualquer opinião – falsa ou verdadeira, respeitosa ou difamatória, tolerante ou odiosa – avaliada pelo Estado.

É importante perceber que essa opção normativa é perfeitamente compatível com a ponderação e proporcionalidade conforme consolidadas pela literatura. Esses métodos não pressupõem uma resposta ou escolha de balanceamento de antemão. Sua aplicação é influenciada, claro, pela visão de mundo do intérprete quando ele mede o impacto das restrições sobre cada direito e avalia seus custos sociais. Acredito que o jurista brasileiro médio, ao realizar essas medidas e considerar esses custos, tem uma perspectiva muito diferente sobre o papel e valor da liberdade de expressão em uma sociedade. Mas as etapas e parâmetros de aplicação da ponderação ou proporcionalidade permanecem os mesmos. Conforme minha proposta, a proteção da honra e reputação não é anulada ou impossibilitada. Ela é apenas realocada para casos nos quais há desequilíbrio de capacidade comunicativa favorecendo ofensor. Nada do que proponho nesse trabalho impede que tenha sucesso uma ação judicial com pedido de indenização por dano moral em função de ataque à honra. Pelo contrário, ao tirar do caminho os casos nos quais a parte ofendida não precisa do Judiciário, o teste da capacidade comunicativa permite que os magistrados aumentem o foco e cuidado com os casos nos quais um jornal de circulação nacional destrói a reputação de alguém até ali conhecido por um pequeno número de pessoas.

Freedom of Speech and Communicative Capacity: A New Criterion to Solve Conflicts Between Informational Fundamental Rights

Abstract: The decentralized, even if not perfectly democratic, communication environment of the internet has allowed opportunities for balance in the power to reach an audience in ways never before experienced in traditional mass media societies. The convenience of judicial review to solve conflicts involving freedom of expression is not the same as it was three decades ago. The seemingly egalitarian insertion of a large share of the population in public debate has resulted, on one hand, in the mobilization of groups to fight hate speech on and offline. On the other, it has radically increased the means by which an individual can respond to personal offense. The research question is therefore whether an improvement is necessary in the technique employed to solve such collisions of fundamental rights. My hypothesis is that such improvement is necessary, by means of the addition of a test prior to balancing. The methodology is literature review, case studies and inductive analysis. The result is the confirmation of the hypothesis, such that the judge, when evaluating claims of injury to honor and personal image or of hate speech, should only perform a balancing test if the communicative capacity of the offending party is equal or greater than that of the offended party.

Keywords: Freedom of expression. Honor. Defamation. Hate speech. Fundamental rights. Balancing. Internet. Social networks.

Summary: **1** Introduction – **2** The democratization of the capacity to communicate and its effects in the protection of honor – **3** The role of the State in the protection and promotion of equality in speech – **4** The change afforded by internet in the relationship between equality and freedom of expression – **5** Communicative capacity as a prior test in the judicial ruling on free speech – **6** Conclusion – References

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. A tutela dos direitos da personalidade no direito brasileiro em perspectiva atual. *Revista de Derecho Privado*. n. 24, 2013.
- BAGARIĆ, Vesna; DJIGUNOVIĆ, Jelena Mihaljević. Defining Communicative Competence. *Metodika*. v. 8, br. 14, 2007.
- BAKER, C. Edwin. *Media, Markets, and Democracy: Communication, Society and Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.
- BALKIN, Jack. Digital speech and democratic culture: a theory of freedom of expression for the information society. *New York University Law Review*. v. 79, n. 1, p. 1-58, abr. 2004.
- BALKIN, Jack. The Future of Free Expression in a Digital Age. *Pepperdine Law Review*. v. 36, 2009.
- BARTELS, Koen. Communicative Capacity: The Added Value of Public Encounters for Participatory Democracy. *American Review of Public Administration*. v. 44, n. 6, 2014.
- BENKLER, Yochai. Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain. *NYU Law Review*, n. 74, 1998.
- BENKLER, Yochai. *The Wealth Of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*, 2006.
- BINENBOJM, Gustavo. Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa: as liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. n. 5, 2006.
- BRETAS, Valéria. Pesquisa Ibope comprova que brasileiros estão mais conservadores. *Exame*, 22 dez 2016. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/geral/pesquisa-ibope-comprova-que-brasileiros-estao-mais-conservadores/>>. Acesso em: 14 jan. 2018.
- BROWN, Ian; MARSDEN, Christopher T. *Regulating Code: good governance and better regulation in the information age*. MIT Press, 2013.
- CHANGING Attitudes on Gay Marriage. *Pew Research Center*, 26 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.pewforum.org/fact-sheet/changing-attitudes-on-gay-marriage/>>. Acesso em: 14 jan. 2018.
- EM NOVO desabafo, Maisa critica sociedade machista e diz: “Não é não!”. *UOL*, 20 jun. 2107. Disponível em: <<https://tvefamosos.uol.com.br/noticias/redacao/2017/06/20/em-novo-desabafo-maisa-critica-sociedade-machista-e-diz-nao-e-nao.htm>>. Acesso em: 19 jan. 2018.
- EMERSON, Thomas I. The Affirmative Side of the First Amendment. *GA. Law Review*, n. 15, 1981.
- FISS, Owen M. Free Speech and Social Structure. *Iowa Law Review*. n. 71, 1986.
- GOODMAN, Ellen P. Media Policy Out of the Box: Content Abundance, Attention Scarcity, and the Failures of Digital Markets. *Berkeley Technology Law Journal*. n. 19, 2004.

- HÄBERLE, Peter. Grundrechte im Leistungsstaat. In: MARTENS, Wolfgang; BACHOF, Otto (Orgs.). *Veröffentlichungen Der Vereinigung Der Deutschen Staatsrechtslehrer*. n. 30, 1972.
- HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. In: *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002.
- HARTMANN, Ivar A. Liberdade de manifestação política e campanhas: é preciso atenção aos algoritmos. In: FALCÃO, Joaquim. (Org.). *Reforma Eleitoral no Brasil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015. v. 1, p. 153-164.
- HARTMANN, Ivar A. M. A Right to Free Internet? On Internet Access and Social Rights. *Journal of High Technology Law*, v. XIII, 2013.
- HARTMANN, Ivar A. M. O acesso à internet como direito fundamental. *Alfa-Redi*, Lima, v. 118, p. 2, 2008.
- HERSCHMANN, Micael. Comunicação e novas estratégias organizacionais na era da informação e do conhecimento. *Comunicação & Sociedade*. São Bernardo do Campo: PósCom-Umesp, a. 24, n. 38, p. 27-42, 2002.
- HINDMAN, Matthew. What is the Online Public Sphere Good For? In: TUROW, Joe; TSUI, Lokman (Eds.). *The Hyperlinked Society*. Michigan: University of Michigan Press, 2008.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost Of Rights: Why Liberty Depends On Taxes*, 1999.
- KÉFERA é condenada a pagar R\$25 mil a taxista por vídeo de “vingança”. *UOL*, 21 nov. 2017. Disponível em: <<https://entretenimento.uol.com.br/noticias/redacao/2017/11/21/kefera-e-condenada-a-pagar-25-mil-a-taxista-por-video-de-vinganca.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2017
- LEITER, Brian. Cleaning Cyber-cesspools: Google and Free Speech. In: NUSSBAUM, Martha; LEVMORE, Saul (Eds.). *The Offensive Internet: Speech, Privacy, and Reputation*. Cambridge: Harvard University Press, 2010.
- LUHMANN, Niklas. The Autopoiesis of Social Systems. In: GEYER, F.; ZOUWEN, J. Van (Eds.). *Sociocybernetic Paradoxes: Observation, Control and Evolution of Self-Steering Systems*, 1986.
- MACKINNON, Catherine. *Only Words*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.
- MEIKLEJOHN, Alexander. *Political Freedom: The Constitutional Powers of the People*, 1965.
- PHILLIPS, Whitney. *This Is Why We Can't Have Nice Things: Mapping the Relationship between Online Trolling and Mainstream Culture*. Cambridge: MIT Press, 2016.
- SALOMÃO, Maria Margarida Martins. Razão, realismo e verdade: o que nos ensina o estudo sociognitivo da referência. *Caderno de Estudos Linguísticos*. n. 44, 2003.
- SÃO PAULO. Apelação nº 1111617-17.2015.8.26.0100. 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/1/art20170117-06.pdf>>. Acesso em: 23 jan. 2018
- SARLET, Ingo W.; MOLINARO, Carlos Alberto. Liberdade de Expressão! [Superando os Limites do “Politicamente (In)Correto”]. *Revista da Ajuris*. v. 39, n. 126, 2012.

SARLET, Ingo W. Notas sobre a dignidade (da pessoa) humana no âmbito da evolução do pensamento ocidental. *Revista Opinião Jurídica*. a. 13, n. 17, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais*: estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHAUER, Frederick. Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect. *Boston University Law Review*. n. 58, 1978.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SULLIVAN, Kathleen. Free speech and unfree markets. *UCLA Law Review*. n. 42, 1994.

WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

WHITMAN, James Q. Enforcing civility and respect: three societies. *Yale Law Journal*. v. 109, 2000.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

HARTMANN, Ivar A. Liberdade de expressão e capacidade comunicativa: um novo critério para resolver conflitos entre direitos fundamentais informacionais. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 12, n. 39, p. 145-183, jul./dez. 2018.

Recebido em: 30.07.2018
Pareceres: 25.08.2018, 01.10.2018
Aprovado em: 21.11.2018