

Problemas? *Fiat Lex!*

Ou sobre a liberdade de expressão e a Internet

ANDRÉ FELIPE ALVES DA COSTA TREDINNICK

Juiz de Direito do TJ/RJ

1. Os problemas do ser humano somente podem ser resolvidos pela Lei? - É uma idéia comum, tanto para os versados no mundo jurídico quanto para os leigos neste - por vezes - fastidioso universo, que para cada problema existente na sociedade humana sempre haverá um remédio no denominado “ordenamento jurídico” pronto para resolvê-lo, ou seja, uma **lei** ou, de forma mais técnica, uma **norma jurídica**, que o solucionará.

Se não houver, teremos então que criá-la...

Aprendemos, nós, os iniciados no mundo jurídico, que a norma jurídica distingue-se das não-jurídicas, tais como normas morais (que ditam regras para a convivência entre as pessoas) e religiosas (que ou explicitam a vontade de um ente Supremo ou ensinam como transcender a vida mundana) precisamente porque seria aquela primeira (a norma jurídica) dotada de **coerção**, ou seja, uma vez não cumprida, poderia ser imposta ao violador.

Nos Estados teocráticos, as normas religiosas e jurídicas se confundem, e a violação da norma religiosa redundava numa sanção ao seu perpetrador.

Num ou noutro sistema, jurídico ou teocrático, o fato é que, invariavelmente, está presente a concepção de que a **lei** é o preceito cogente e o norte daqueles submetidos ao seu império, sendo execrável e punível a sua violação.

Mas como teria se originado a lei como a conhecemos?

Em termos simples, podemos dizer que em um dado momento da evolução da sociedade, como diz **Wilhem Friedrich HEGEL**¹, os costumes, que até então regiam a vida dos grupos humanos, conhecidos apenas subjetiva e acidentalmente (sendo esta sua exata distinção das leis), foram transformados na lei escrita ou reunidos e ordenados, constituindo o direito consuetudinário ou costumeiro, surgindo então o **Direito**, em qualquer de suas concepções arquetípicas: a materialização do “justo” ou do “ideal”, ou

¹ “*Filosofia del Derecho*”, 3ª ed., Ed. Claridad, Buenos Aires, 1944, p. 186.

na expressão - inteligida pelos eleitos - da “vontade da divindade” ou dos “caminhos do autodescobrimento”.

Sempre, contudo, a figura da Lei.

A lei, assim, ao mesmo tempo totem e tabu, é imemorial, sagrada e intocável.

O ser humano se habituou a ter sua vida regradada pela lei. Não, por certo, que se paute por ela.

A norma inspira a transgressão, para uns, como afirmava **Sigmund FREUD**², para outros, o respeito reto e inflexível, colocando-a inclusive acima da Justiça; e para alguns ainda, traz a necessidade de ser colocada sob o conceito de Justiça ou, como preferimos, tal como **Mauro CAPPELLETTI**³, de ser adequada dentro da ordem constitucional, aplicando-a apenas quando plenamente inserida no sistema constitucional do Estado Democrático de Direito.

Seja como for, violando-a, observando-a cegamente, vendo-a sob o prisma variável da Justiça ou da ordem constitucional, a Lei está sempre presente.

Existiram pessoas, contudo, e que possuem seguidores ainda hoje, que pregavam exatamente o contrário: que o ser humano se deve libertar do “jugo da lei”, que nada mais simboliza do que a tirania e a opressão do mais fraco pelo mais forte.

Pyotr Alexeivich KROPOTKIN foi um desses homens.

Conhecido como um dos pais do movimento **anarquista**, escrevendo no final do efervescente e sonhador século XIX, atribuía o surgimento do anarquismo à pura manifestação do povo, constituindo a capacidade criadora e construtiva dos próprios seres humanos encarregados de desenvolver instituições de direito comum para proteger-se de uma minoria ansiosa pelo poder⁴.

Lutar contra a autoridade, rechaçando toda lei escrita, eis o que bradavam os impulsores do movimento anarquista, que pretendiam estabelecer

² Citado por Hermann MANNHEIM, *Criminologia Comparada* (tít. orig.: “*Comparative Criminology*”, vol I, ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1984, p. 459, que atribui a FREUD a frase: “Toda a proibição tem de ocultar um desejo”.

³ “*Il significato del controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel mondo contemporaneo*”, in “*Rivista di Diritto Processuale*”, vol. XXXIII, 1968, p. 482.

⁴ “*Folleto Revolucionarios I - Anarquismo: su filosofía y su ideal*”, ed. Tusquets, 1ª ed., 1977, Barcelona, Edição, introdução e notas de Roger N. Baldwin, p. 164/5

uma nova sociedade baseada na igualdade e no trabalho e no governo de cada um segundo sua consciência, e, especialmente, numa comunidade livre da lei escrita⁵.

A lei, para este pensador russo, significa apenas a resposta dos homens indolentes e covardes, fugindo de enfrentar a convivência com seu próximo, e buscando na norma jurídica a solução para cada problema surgido com a vida em comunidade.

Tal indolência leva as pessoas a pensarem que, para cada dilema da vida social, deve existir uma lei que o elimine e supere. E se já existir a dita lei, deveria então ser alterada, ou serem criadas outras, mais severas ou mais específicas, ou em outros termos, enfim, mudá-la, para adaptá-la a nova realidade.

Se há violência e criminalidade, aumentem a duração e gravidade das penas! Se há imigrantes, ampliem as restrições para seu ingresso no país! Se há falsificação de remédios, criminalizem este fato, com penas mais graves, especialmente *hediondas*...

Nossos olhos certamente se espantam com a história recente das leis.

Assim nos sentimos perplexos diante da luta pelos direitos da mulher não casada, dos filhos havidos fora do casamento, da superação da tortura como fase natural do processo penal (cf. Pietro VERRI, *Observações sobre a tortura*, ed. Martins Fontes, São Paulo, 1992, tit. orig. *Osservazioni sulla tortura*, Cesare BECCARIA, *Dos delitos e das penas*, tit. orig. "*Dei delitti e delle pene*", ed. Ediouro, s/l, s/d), da escravidão institucional, e outros tantos exemplos que encham nossa memória de vergonha.

Houve época em que leis disseram que existiriam homens superiores a outros homens, e havia a necessidade de estabelecer quem teria "sangue puro"⁶, e o resultado deste preconceito insano foi o *Shoah*, ou o Holocausto de milhões de judeus durante a segunda guerra mundial, o *apartheid* legalizado no sul dos Estados Unidos, na antiga Rhodésia, hoje Zimbábue, e na República da África do Sul, até poucos anos atrás.

⁵ Kropotkin, op.cit., p. 167, v.I

⁶ Em julho de 1933, a "equipe de trabalho" de Becker enviou os resultados de suas deliberações para Vicco von Bulow-Schwante, conselheiro da legação no Ministério para Assuntos Estrangeiros da Alemanha Nazista. Parte do que eles enviaram foi o projeto de lei para a Regulamentação do *Status* dos Judeus (DLRSJ). (Tradução livre do artigo de Adam U.D., "An Overall Plan for Anti-Jewish Legislation in the Third Reich?" *Yad Vashem Studies*, XI: 33 - 55, 1976)

Hoje vemos as leis sofrerem de envelhecimento rápido, ante o avanço da sociedade, de modo que nos é permitido concluir que elas não consubstanciam, como um ideal, o conceito do justo.

A crítica de **KROPOTKIN** parece procedente, nestes termos.

Nem as leis que podem ser rotuladas de boas ou úteis, admite este filósofo como argumento contrário à sua posição inflexível.

Na época de seus escritos, anotou: “Talvez se objete que durante os últimos cinquenta anos se tem aprovado um considerável número de leis progressistas. Porém, se analisarmos estas leis, descobriremos que esta legislação progressista constitui a derrogação de leis que nos foram legadas pelo barbarismo dos séculos precedentes. Toda lei liberal, todo programa radical, pode resumir-se nestas palavras: abolição das leis que atormentaram a própria classe média, devolução e ampliação a todos os cidadãos das liberdades que desfrutaram os nobres no século XII. A abolição da pena de morte (...), o direito de levar um funcionário público a um tribunal (...) não significam mais do que um retorno à liberdade que existiu antes que a Igreja e o Monarca pusessem suas mãos sobre todas as manifestações da vida humana. Assim, a proteção direta da exploração através de leis sobre a propriedade, e indireta pela manutenção do Estado, é ao mesmo tempo o espírito e a substância dos nossos códigos modernos, e a função concreta de nossa custosa máquina legislativa”⁷.

Curvemo-nos, deste modo, à realidade de que a lei não traz a felicidade nem a segurança.

A nossa Constituição Federal, a oitava desde a proclamação da independência política em 1822, já foi eleita a responsável por todas as mazelas de nossa República, e, por este motivo, emendada já dezenove vezes em pouco mais de dez anos de vida. Será este um exemplo de nossa incapacidade de elaborar um texto que exprima a vontade de nossa sociedade, ou será que nosso povo mudou tanto em uma década?

A citação de um filósofo anarquista em um ensaio jurídico pode soar como uma verdadeira “blasfêmia”, mas a intenção é exatamente esta: pensar, ainda que num devaneio, em um mundo sem leis e as consequências disto, ou *em um mundo onde não possam existir leis, e qual atitude tomar diante disso*.

⁷ Op. Cit., p. 41, v. II.

Oscar WILDE, contemporâneo do filósofo russo, certa vez disse, em seu livro *De Profundis*, que “o eterno paradoxo da alma humana, de que nos apercebemos a cada momento, é que ela possa ser a um só tempo inteiramente livre e inteiramente dominada pelas leis”⁸.

Vemos sempre que as leis envelhecem antes da sociedade. A lei dificilmente está à frente de seu tempo, prevendo conflitos que surgirão. Normalmente, ela é alterada pelo clamor público contra sua ineficiência anacrônica, ou diante da histeria pregada pela mídia sobre determinado fato. Algumas vezes, ela é apenas para “inglês ver”; outras, ela simplesmente “não pega”.

Aonde iremos, então?

Permitir que antigos conceitos, que não se coadunam com a realidade social, continuem a vigorar, e que permaneçamos sempre editando novas leis, ou simplesmente devemos abolir todas as leis, e viver no pré-diluviano “estado natural?”.

Qualquer doutrina, filosofia ou religião, pregava Karl POPPER, que pretenda ser a resposta para todas as indagações, a solução de todos os males, e sinônimo da verdade, é o embrião da intolerância, da ditadura e do totalitarismo.

E de exemplos desta máxima a história da humanidade está repleta, pela eterna corrupção causada pela nossa espécie de todas as doutrinas, filosofias e religiões já concebidas.

O importante é que se mantenha - sempre - o senso crítico com relação ao mundo que nos cerca, sem admitir qualquer coisa como verdade absoluta e incontestável.

2. O limite da lei. A imposição da autoconsciência - Se um dia o homem puder se livrar do “jugo das leis”, e se isto realmente é necessário, nunca saberemos.

Sabemos sim que muitas delas constituem efetivamente um instrumento de defesa social, ainda que, e em alguns casos - como na nossa sociedade atual - meramente em gestação.

⁸ *A Alma do Homem sob o Socialismo e Escritos do Cárcere* - incluindo *De Profundis* e cartas para o *Daily Chronicle*, tit. orig.: *The Soul of Man Under Socialism* e *De Profundis*, ed. L&PM, trad. de Maria Ângela S. Vieira de Aguiar, Júlia Tettamanzy e Heitor Ferreira da Costa, Porto Alegre, 1996, p. 78.

Mas certo é que diversos campos das relações humanas ou são insusceptíveis de regulamentação legal, ou de tal forma mutáveis que as próprias leis deixam propositalmente espaço para o costume e outros métodos a fim de que o magistrado possa prestar a jurisdição, sem o auxílio da norma jurídica.

Assim, temos a Lei de Introdução do Código Civil, diploma integrador de todo o ordenamento jurídico, ao reconhecer que, na ausência da lei, o intérprete se valerá do costume, da analogia e dos princípios gerais do direito para dar a solução ao caso que deverá julgar.

Ou seja, jamais pensou o legislador que a lei poderia esgotar todas as possibilidades de situações litigiosas. Assim também o artigo 126 do Código de Processo Civil, o artigo 2º do Código de Processo Penal, e no direito estrangeiro o artigo 10 do Código Civil português e o artigo 12 do Código Civil italiano a situação merece tratamento semelhante, até porque foi lá onde nosso legislador se abeberou, como de regra.

Outros campos do direito reconhecem a quase impossibilidade da competição da lei com o dinamismo das relações humanas, e aí temos, em especial, o direito comercial e o direito internacional.

No direito mercantil vemos que a lei sempre está a reboque das mudanças do mundo capitalista e da evolução tecnológica. Novos contratos comerciais surgem no mercado de forma tão rápida que os livros de doutrina tornam-se desatualizados de um ano para o outro. Novas formas de títulos de crédito torna-se imateriais ou virtuais com a difusão da informática, admitindo o Projeto do Código Civil de 1984⁹, com recentes modificações, documentos por meios eletrônicos (artigo 225¹⁰) e livros comerciais *virtuais* (artigo 1.181¹¹).

O direito internacional, depois da fase em que era sinônimo de força bélica, neste período pós-*détente* parece racionalizar-se em torno das relações comerciais e no respeito aos direitos humanos¹², sempre contudo com

⁹ O Projeto de Lei da Câmara nº 118, de 1984 (nº 634/75, na Casa de origem), que reunirá, de modo infeliz, os atuais Código Civil e Comercial.

¹⁰ “Art. 225. As reproduções fotográficas, cinematográficas, ou registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão.”

¹¹ “Art. 1.181. Além dos demais livros exigidos por lei, é indispensável o Diário, que pode ser substituído por fichas no caso de escrituração mecanizada, ou eletrônica.”

¹² *International Criminal Tribunal for Rwanda, Rules of Procedure and Evidence, U.N. Doc. ITR/3/REV.1 (1995), entered into force 29 June 1995* e *INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVI*, e a recente prisão do ex-ditador chileno Augusto Pinochet na Inglaterra, em virtude de um mandado de prisão para garantia de pedido de extradição feito pelo Juiz espanhol Baltazar Garzón.

abissais discordâncias acerca de tratados e convenções internacionais, e de seu cumprimento efetivo.

Em outros campos da vida humana, tampouco se admite a existência de leis, como no mais recente e fantástico dos inventos humanos: a INTERNET. Neste, a lei não encontra espaço, devido às suas peculiaridades, cabendo apenas à autoconsciência e a noção comum do bem e da civilização a manutenção de seu propósito livre.

3. A Internet. Uma nova forma de comunicação e seus diversos significados - Há poucos anos atrás, tornou-se rotina o uso de linhas telefônicas para a troca de dados de informática, rompendo-se desta forma a barreira física do armazenamento das informações, antes restrito a meios materiais, como papéis, livros e registros magnéticos, agora permanecendo o potencial humano praticamente limitado à nossa capacidade de assimilação.

A interligação de computadores pessoais desta forma constitui a Internet.

Como disse o profeta da contracultura **Timothy LEARY**, no capítulo "From Aquaria to Terrarium to Cyberia" de seu livro *Chaos and Cyberculture*, nós partimos em escala evolutiva do mundo aquático, onde viveram há milhões de anos nossos ancestrais peixes, para depois vivermos sobre a superfície da terra, até finalmente chegarmos àquilo que ele denominou de *Cyberia*: "*During the Roaring 20th Century, the equations of quantum physics led to the development of quantum appliances that allowed humans to receive, process, and transmit electronic images. Telephone, cinema, radio, television, computers, compact discs, fax machines; suddenly humans were creating digital realities that were accessed on living-room screens. This universe of electronic signals, in which we now spend so much time, has been called Cyberia*".

Nesta compreensão transcendente da evolução *do homo sapiens sapiens*, podemos constatar o quão fantástica pode ser esta terceira fase.

Não se trata apenas da máquina de imprimir de **GUTTENBERG**, do telégrafo ou do telefone, do rádio ou da televisão, sobretudo nestes dois últimos veículos de comunicação, onde o espectador ou ouvinte é sempre inerme, mas sim da verdadeira possibilidade de obter livremente informações de qualquer fonte e de comunicar-se, em toda a amplitude deste termo, com qualquer um em qualquer parte do planeta.

Este novo tipo de comunicação não poderia ficar de fora da tentativa de controle dos detentores do poder econômico e político, e também do medo e da ignorância das pessoas de alma pequena.

Jürgen HABERMAS anotou em “Mudança Estrutural da Esfera Pública - Investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa”¹³, que a imprensa, invariavelmente, de início um veículo de comunicação meramente reprodutor de acontecimentos, passou a refletir opiniões políticas e, neste passo, tornou-se um empreendimento capitalista e um instrumento da manipulação e criação da opinião pública.

Esta força, este poder mítico e transformador, levava ao que este filósofo chamou de “tendência à concentração e centralização”, observado no último quarto do século XIX com os grandes trustes da imprensa: **HEARST** nos E.U.A., parodiado por **Orson WELLES** no filme “Cidadão Kane” (1941), e **NORTCHCLIFFE** na Inglaterra, **ULLSTEIN** e **MOSSE** na Alemanha.

A mesma tendência é observada neste século, em impérios como o de **Ted TURNER** nos E.U.A. e, em nosso país, com os reinados de **Assis CHATEAUBRIAND** e, mais recentemente, num virtual monopólio dos meios de comunicação, com as mesmas características anteriores.

Estas corporações e trustes, contudo, participaram do controle dos “meios de comunicação de massa”, com poderes de extensão e eficácia incomparavelmente superiores aos da imprensa escrita, cunhando a opinião pública não mais com técnicas de persuasão política, mas de **publicidade**, para atingir o “tipo do consumidor político”, que **REISMAN**¹⁴ deu o nome de “o novo indiferente”.

A imprensa, usualmente considerada um quarto poder, “não se mostra mais interessada em sua própria reforma”, como diz **Umberto ECO**¹⁵, até porque ela é consciente de seu poder, e este é atualmente, através da ignominiosa corrupção do dogma franciscano do “dar para receber”, a “moeda forte” para planos e projetos de governos neoliberais messiânicos, especialmente através da distribuição de concessões de rádios e televisões, a par de outras práticas vexaminosas para a conquista de votos no parlamento.

¹³ Tít. original: “*Strukturwandel des Öffentlichkeit*”, ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1984, p. 217 ss.

¹⁴ Citado por **HABERMAS**, op. cit.

¹⁵ *Cinco Escritos Morais*, título original “*Cinque Scritti Morali*”, trad. Eliana Aguiar, ed. Record, Rio de Janeiro, 1997, p. 56.

Umberto ECO nos diz também que já está superada a polêmica referente ao controle exercido pelos meios de comunicação de massa sobre a opinião pública, porque não existe atualmente uma notícia verdadeiramente objetiva.

Embora o professor da Universidade de Bolonha reconheça que o domínio e a manipulação da notícia tenham um preço alto, que é a perda da sua confiabilidade pelo “público alvo” (leitor, ouvinte ou espectador), podemos observar que na verdade o que ocorre é pior do que a inconfiabilidade deste (embora diversas pesquisas de opinião pública indiquem que a imprensa seja uma das instituições de maior confiabilidade do povo): vemos uma verdadeira apatia na população, tanto no que diz respeito ao consumo, quanto à fabricação de personalidades e artistas, quanto à manipulação do eleitorado, com doses maciças de política sob forma de *marketing*, tornando possível transformar, sem maiores dificuldades, lobo em cordeiro.

No direito italiano, chegou-se à certeza de que o monopólio dos meios de comunicação consiste em última análise na negação do direito à liberdade de expressão, como anota **Fausto CUOCOLO**¹⁶: “... a liberdade de exprimir o próprio pensamento e de comunicá-lo aos outros conquistou crescente importância, seja pelo progressivo e relevantíssimo desenvolvimento dos meios de comunicação, seja pelo aumento da participação dos cidadãos na vida da comunidade civil e política, que tem evidenciado, não apenas o caráter funcional dos instrumentos de manifestação e de comunicação do pensamento, mas também a necessidade de impedir a degeneração deste exercício da liberdade no discurso que poderá, através do surgimento de situações monopolísticas, impedir de fato a circulação das idéias, transformando os meios de difusão do pensamento em instrumentos de agregação do consenso em torno de opiniões preconstituídas, e de fato suprimir a livre discussão. Trata-se de situação bem observada e recorrente tanto na Itália quanto em outros países (...)”.

Como resultado deste pensamento, na Itália foi submetido a um referendo um conjunto de leis, conhecidas como “*Legge Mammì*”, em razão do nome do Ministro italiano que as propôs, regulamentando o sistema de comunicações daquele país, com o intuito de combater a situação oligopolística existente ao tempo de sua elaboração. Existem naquele país seis grandes canais que podem ser recebidos em toda Itália, três deles (*Canale5, Italia1,*

¹⁶ “*Principi di Diritto Costituzionale*”, Giuffrè ed., Milano, 1996, p. 358 ss.

Rete4) pertencem à empresa *Fininvest*, a companhia do ex-Primeiro-Ministro **Silvio BERLUSCONI**, e três deles (*RAI1*, *RAI2*, *RAI3*) constituindo empresas estatais.

Os objetivos deste *referendum* são, em primeiro lugar, reduzir para um o número de canais que uma empresa comercial privada possa possuir, e, em segundo lugar, reduzir para um o número de intervalos comerciais possíveis de serem inseridos durante a exibição de um filme, e em último lugar, abolir o monopólio da *RAI* e da *Fininvest* para a vinculação de anúncios.

Estas leis sofrem severas críticas, tanto da Corte Constitucional, que tende a considerá-las inconstitucionais, quanto do próprio parlamento, onde o partido de Berlusconi é muito forte¹⁷.

Em nosso sistema constitucional, por força do disposto no artigo 220, § 5º, da Constituição Federal¹⁸ é admissível semelhante legislação, que seria muito bem vinda, pelo menos do ponto de vista do interesse dos espectadores.

No Brasil, sabemos que o virtual monopólio existente iniciou suas atividades há mais de meio século, com um jornal diário, consumido basicamente pela classe média. Com o passar do tempo, passou ao domínio de rádios e de uma rede de televisão, de proporções nacionais, suspeita de favorecimento estatal pelo apoio prestado ao regime militar e com notícias de capital estrangeiro em sua formação embrionária. Nos últimos anos, lançou-se ao mercado como editora de livros e revistas, da mesma forma gigantesca que antes, e, ultimamente, observando que seu diário não possuía boa penetração junto às classes menos favorecidas, lançou outro diário para competir com os periódicos que eram tradicionalmente consumidos por estes, lançando também uma revista semanal com preço idêntico àquela até então líder do mercado, sendo que com “preço promocional” abaixo daquela. Também possui participação em sistemas de transmissão de televisão a cabo e por microondas, gravadora de *compact discs* e fitas magnéticas etc.... Se tais investidas podem significar a princípio a “sadia competição de mercado”, elas efetivamente representam a prática de verdadeiras tendências

¹⁷ Tendo como fonte desta informações a organização “*Media Watchdog*” (<http://theory.lcs.mit.edu/~mernst/media/>).

¹⁸ Artigo 220, § 5º - “Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio”.

monopolísticas sobre os veículos da comunicação. No entanto, nenhuma lei regula esta matéria...

A grande questão deste novo meio de comunicação que é a Internet, e que é intrinsecamente diverso dos tradicionais, por exigir que os seus usuários deixem a passividade tradicional dos “recebedores de informações” dos veículos até então existentes (em regra) e atuem, selecionem e emitam as informações que desejem, é aceitar que a mídia em regra não publica apenas acontecimentos e tampouco possui compromisso com a verdade. Com a Internet, ao contrário, é possível sair da roda viva da manipulação da opinião pública, criando, obtendo e divulgando informações.

De forma pessimista, **Umberto ECO**, embora reconhecendo que na Internet “a informação difunde-se por inumeráveis canais autônomos”, constituindo um sistema acéfalo e incontrolável, aponta em seu último trabalho¹⁹ problemas futuros, ou no mínimo momentâneos: em primeiro lugar, diz que “as redes telemáticas continuarão sendo instrumentos para uma elite aculturada e jovem, não havendo evidência de que essas redes vão continuar acéfalas para sempre”, prevendo um *Big Brother - à la* **BILL GATES**²⁰ - que ambicione o seu domínio, pelo monopólio dos *browsers*²¹ ou dos provedores de acesso²², e, em segundo lugar, afirma que a imensidade de informação que essas redes permitem poderia levar a uma “censura por excesso”.

Esta visão certamente não pode ser rotulada, de forma irônica, de meramente escatológica, e não apenas em respeito ao renomado semiólogo, mas especialmente porque ela representa nossa herança comum em Caim, sempre denotando grande aptidão para o mal.

A imprensa escrita, e depois, neste século, o rádio e a televisão, poderiam também aparentar, quando surgiram, ser o berço de um mundo como o profetizado por **George ORWELL** em “1984”, controlado e manipulado por um Estado onisciente, pelo uso da vigília panóptica e da mídia, mas foi possível verificar que isto não ocorreu, ao menos de

¹⁹ Op. cit, p. 86.

²⁰ Cujas empresa, a “Microsoft”, vem sendo processada pelo governo dos E.U.A. sob a acusação de formação de cartel na distribuição de seus *softwares*.

²¹ O mesmo que programa de computador (*software*) que permite o acesso às informações da Internet, que permite a “navegação” pelo ciberespaço.

²² Provedores são empresas que dão acesso à Internet, através de redes de alta conexão às empresas telefônicas, mediante o pagamento de determinada mensalidade, de acordo com o consumo, o que ainda ocorre no Brasil.

uma forma tão explícita ou uniforme. A mídia também possui suas leis próprias, e embora possa ser usada durante muito tempo para incutir determinada idéia em algum povo ou nação, ela também pode fomentar uma revolta contra o excesso da pregação de uma mentira, ou uma idéia exatamente contrária aquela imposta.

Sendo mantida sempre acesa a chama da liberdade, isto também não ocorrerá na Internet, a despeito de todos os defeitos que possa vir a ter, e considerando ainda a quase impossibilidade tecnológica disto vir a ocorrer, pela popularização da grande rede, através da acessibilidade vertiginosa à informática, e porque os grandes impérios deste mundo eletrônico constituem verdadeiros “castelos de cartas”, prontos a ruírem aos ventos de um novo *nerd* que descubra um novo programa de computador ou processador revolucionário, ou de uma nova empresa surgida no quarto de algum adolescente em um país qualquer.

A Internet é, conforme pensamos, uma ameaça a opinião de um grupo de afortunados que detém o controle dos meios de comunicação de massa, uma alternativa ao paradoxo descrito por Umberto ECO²³, segundo a qual este “quarto poder”, que teria as funções de criticar e controlar os outros poderes tradicionais, só pode controlar e criticar a mídia através da própria mídia.

Mas isto é apenas uma faceta da liberdade de expressão.

4. A liberdade de expressão como direito fundamental e seu alcance. A Internet como veículo deste direito - A liberdade de expressão é, em termos simples, o direito de exprimir e divulgar um pensamento sem qualquer restrição, por qualquer meio, bem como o direito de obter informações de qualquer fonte, sem sujeição a qualquer forma de censura.

Por todos os tempos esta liberdade também significou o ousar dissentir da opinião da “maioria compacta”²⁴, tanto no sentido de influir em sua modificação, quanto no direito de expressão das minorias.

²³ Op. cit., p. 56.

²⁴ Como dizia Henrik IBSEN em sua peça *Um Inimigo do Povo*, de 1882. Nesta, um ilustre habitante de uma cidadezinha descobre as propriedades medicinais de fontes termais próximas, o que permite o crescimento econômico da localidade, fazendo com que ele seja conclamado por todos. Quando, entretanto, ele descobre que as águas estão contaminadas, e decide levar isto ao conhecimento público, mesmo em prejuízo do desenvolvimento até então obtido, é execrado por seus mesmos entusiastas.

Nenhum dos direitos fundamentais do ser humano foi mais detestado e perseguido pelos tempos, porque para existir plenamente sempre exigiu demais do mais frágil sentimento humano: a tolerância.

Formou-se, contudo, o entendimento generalizado nas democracias do pós-guerra de que a liberdade de expressão, juntamente com outras liberdades individuais, consiste um patrimônio inseparável do ser humano.

É expressão do direito fundamental do ser humano, e como tal vem descrito na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948:

“Artigo XIX

Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.”²⁵

Basicamente, para que se reconheça como existente em um determinado País, sua Constituição deve prevê-lo livre de quaisquer restrições.

As normas constitucionais, em relação ao direito fundamental da liberdade de expressão e a de pensamento, podem ser classificadas em ilimitadas, aquelas onde não há possibilidade de censura prévia ao seu exercício, mas existe a responsabilização pela violação de outros direitos fundamentais, limitadas, onde há real possibilidade de censura, mas seu alcance é bem claro e definido, restringível, onde existe a concreta possibilidade de censura, pouco definida, possibilitando a censura arbitrária, e a condicional, que ao vincular o exercício deste direito a um fim determinado, acaba por desconstituir sua existência efetiva, que carrega em sua definição, ainda que de forma implícita, as noções de pluralidade, diversidade e tolerância.

Nossa Constituição Federal de 1988 enquadra-se na primeira modalidade:

“Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

²⁵ “Article 19. Everyone has the right to freedom of opinion and expression; this right includes freedom to hold opinions without interference and to seek, receive and impart information and ideas through any media and regardless of frontiers..”

IV - É livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

IX - É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

O primeiro dispositivo prevê de forma genérica as liberdades individuais e coletivas, explicitadas nos seus incisos.

A liberdade de expressão é dividida em duas disposições: a liberdade de manifestação de pensamento, prevista no inciso IV, e na liberdade de expressão propriamente dita, estatuída no inciso IX.

A razão de ser desta divisão consiste numa opção de nosso constituinte, rompendo com a ordem constitucional outorgada pela ditadura militar²⁶, e com a tradição constitucional anterior²⁷, de fazer bem claras as liberdades que podem ser genericamente denominadas de “liberdades de expressão”, eis que ao manifestar publicamente um pensamento ou ao divulgar uma peça ou filme, exerço o meu direito fundamental de liberdade de expressão.

A vedação do anonimato visa impedir a violação de outros direitos fundamentais (tais como a honra e a dignidades alheias) sem a correspondente responsabilização, o que poderia vir a ocorrer, caso não fosse identificado seu autor.

As demais normas da lei fundamental que complementam este direito fundamental deixam claro seu alcance:

²⁶ Como consta na “Emenda” Constitucional de 1969: “Artigo 153. § 8º - É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação independentemente de censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos não depende de licença da autoridade. Não serão, porém, toleradas a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de religião, de raça ou classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes.” Redação semelhante possuíam as cartas de 1934 e a “polaca” de 1937. A atual disposição mais se assemelha com a Constituição de 1891, inspirada, como a maioria das Constituições sul-americanas de então, na *Charta* dos E.U.A.: “Artigo 72, § 12 - Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento pela imprensa, ou pela tribuna, sem dependência de censura, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido o anonimato.”

²⁷ Assim era o texto correspondente da Carta de 1946: “Artigo 153. § 8º - É livre a manifestação de pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos não depende de licença do poder público. Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de processos violentos para a subverter a ordem política e social, ou preconceitos de raça ou de classe.”

“CAPÍTULO V - DA COMUNICAÇÃO SOCIAL

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

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

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

§ 3º - Compete à lei federal:

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

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

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

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

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

Art. 221 - A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;

II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;

III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;

IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.” (grifei).

Assim, o cânone de nossa ordem constitucional é a liberdade de expressão ilimitada, criando a Lei Maior escopos a serem priorizados pelo

emprego deste direito, notadamente pelos veículos de comunicação de massa, como se vê em seu artigo 221.

Estes nortes não constituem exceções à regra, pois, em caso contrário, o direito seria esvaziado, admitindo-se a censura. Não constituem empecilhos para outras formas de pensamento, inclusive que os contrariam, mas constituem as aspirações médias da população, que pode, sobretudo por meio das ações coletivas, questionar e punir tais abusos.

Preferiu o constituinte, ao invés de limitar o direito, dotar a sociedade de instrumentos de defesa contra os abusos cometidos pelo exercício do direito de liberdade de manifestação de pensamento²⁸.

Em casos excepcionais, como o estado de sítio, tampouco é prevista a censura indiscriminada:

“Art. 139 - Na vigência do estado de sítio (...) só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas:

III - restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei;

Parágrafo único - Não se inclui nas restrições do inciso III a difusão de pronunciamentos de parlamentares efetuados em suas Casas Legislativas, desde que liberada pela respectiva Mesa.

Vê-se que nem se ousou falar na liberdade expressão como um todo, neste caso excepcional, mas em uma parcela sua, e mesmo assim em alguns veículos. Como se trata de norma restritiva e excepcional, não admite interpretação ampliativa (*favorabilia amplianda et odiosa restringenda* - “as coisas favoráveis devem ser ampliadas, e as restritivas, restringidas”).

O Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos, ratificado pelo Brasil e editado na ordem jurídica interna sob a forma do Decreto 592, de 6 de julho de 1992, diploma que desta forma, segundo nosso entendimento, respaldado no disposto no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal, possui

²⁸ É o caso da experiência brasileira no atual período pós-ditatorial. Em nossa democracia incipiente, onde existe sobretudo a falta de um pensamento realmente democrático, em um primeiro momento colocou-se a responsabilidade pela qualidade dos programas (especialmente transmitidos pela televisão) nas mãos dos donos das emissoras. Então surgiram aberrações sob a forma de programas de auditório, que constituem verdadeiros “circos dos horrores eletrônicos”, exibindo pessoas mortas cruelmente ou portadoras de deformidades atrozes, que recentemente foram processadas pelo Ministério Público paulista, que invocava exatamente as normas do artigo 221 da Charta Magna para punir tais abusos, com multa diária, tendo em vista que não poderia alterar o programa ou censurá-lo previamente, por força do texto constitucional que proíbe tais atos.

hierarquia superior a todas as normas do ordenamento infraconstitucional, estatui, sobre o tema, que:

“Artigo 18.

1. Toda pessoa terá direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Esse direito implicará [n]a liberdade de ter ou adotar uma religião ou uma crença de sua escolha e a liberdade de professar sua religião ou crença, individual ou coletivamente, tanto pública quanto privadamente, por meio de culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino.

2. Ninguém poderá ser submetido a medidas coercitivas que possam restringir sua liberdade de ter ou de adotar uma religião ou crença de sua escolha.

3. A liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita apenas a limitações previstas em lei e que se façam necessária para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.

4. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais - e, quando for o caso, dos tutores legais - de assegurar a educação religiosa e moral dos filhos que esteja de acordo com suas próprias convicções.” (acréscimo nosso).

Desta forma, temos um tratado internacional editado na ordem jurídica interna, explicitando este direito, impedindo a criação de qualquer lei que o contrarie.

Em outros países, o mesmo direito também é garantido, com suas peculiaridades.

Vejamos os termos em que este direito fundamental é previsto em uma democracia ocidental, como está na Constituição da Suécia, com as reformas de 1974:

“Capítulo 2 (Liberdades e direitos fundamentais)

Artigo 1- Todo cidadão terá garantidos perante à comunidade:

1. Liberdade de expressão e de imprensa: ou seja, liberdade de transmitir informação ou formular opiniões por palavras, ou por escrito ou pela imagem ou por qualquer outro meio.”

Semelhante é a disposição da Constituição espanhola de 1978:

“Artículo 20

1. Se reconocen y protegen los derechos:

a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.”

Igualmente, a Constituição portuguesa de 1974, evidentemente inalterada neste aspecto pela revisão de 1997:

“Artigo 37º (Liberdade de expressão e informação).

1. Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações. 2. O exercício destes direitos não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura. 3. As infrações cometidas no exercício destes direitos ficam submetidas aos princípios gerais de direito criminal, sendo a sua apreciação da competência dos tribunais judiciais. 4. A todas as pessoas, singulares ou coletivas, é assegurado, em condições de igualdade e eficácia, o direito de resposta e rectificação, bem como o direito de indenização pelos danos sofridos.”

Em algumas nações, sob os mais variados motivos, tal direito é negado pela própria norma que parece assegurá-lo, como por exemplo, na Constituição Cubana de 1992, e aqui temos um exemplo de norma condicional:

“Artículo 53. Se reconoce a los ciudadanos libertad de palabra y prensa conforme a los fines de la sociedad socialista. Las condiciones materiales para su ejercicio están dadas por el hecho de que la prensa, la radio, la televisión, el cine y otros medios de difusión masiva son de propiedad estatal o social y no pueden ser objeto, en ningún caso, de propiedad privada, lo que asegura su uso al servicio exclusivo del pueblo trabajador y del interés de la sociedad. La ley regula el ejercicio de estas libertades”.

A vinculação do direito de liberdade de expressão a um conceito puramente normativo (“aos fins da sociedade socialista”), destrói a própria

existência do direito, que abrange, certamente, a diversidade e pluralidade de opiniões.

Em outros, muito embora não exista qualquer restrição normativa, a norma está lá apenas formalmente, diante das inúmeras notícias sobre prisões e condenações de dissidentes políticos:

Observemos o que diz a Constituição da República Popular da China de 1982:

“Article 35. Citizens of the People’s Republic of China enjoy freedom of speech, of the press, of assembly, of association, of procession and of demonstration”.

Isto porque, como dissemos, não é a lei que traz a sua obediência tão-somente por existir, mas a consciência geral de que ela é boa e carrega o espírito da justiça e da liberdade, e, o mais importante de tudo, que a sociedade esteja suficientemente organizada para impedir que o tirano ascenda ao poder, tornando a lei “letra morta”, como ocorre em alguns países.

A Lei Fundamental da Alemanha de 1948, embora mais clara e prolixa, deu margem ao mesmo perigoso potencial limitativo da Constituição de Weimar de 1919²⁹, a qual, nunca nos esqueçamos, não teve que ser revogada expressamente para possibilitar a ascensão do III Reich:

“Artigo 5. (Liberdade de expressão, informação e de imprensa; liberdade de criação artística e científica).

1. Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente a sua opinião pela palavra, pelo escrito e pela imagem, bem como o direito de se informar, sem impedimentos, por meio de fontes acessíveis a todos. São garantidas a liberdade de imprensa e a liberdade de informação por radiodifusão e filme. Não haverá censura.

2. Estes direitos têm por limites os preceitos das leis gerais, as determinações legais para a proteção da juventude e o direito à honra.”

²⁹ “Artigo 118 - Liberdade de imprensa e censura. Todo alemão tem direito a manifestar sua opinião através da palavra, por escrito, através da imprensa, de gravação ou de outro meio qualquer, sempre que se mantenha dentro dos limites que impõem as leis gerais. Não se pode impedi-lo de exercer este direito pela circunstância de trabalhar ou estar empregado em um lugar determinado, e ninguém tem direito a prejudicá-lo por haver feito uso deste direito. Não existirá a censura, porém a lei poderá prescindir deste princípio no caso dos cinematógrafos. Também será permitida a adoção de medidas para combater a literatura obscena e pornográfica, assim como para proteger a juventude nos espetáculos e representações públicas.” (tradução livre do livro de **Ottmar BÜHLER**, “*La Constitución Alemana*”, ed. Labor, Barcelona, 1931, p. 120).

A liberdade de expressão é, assim, limitada no direito teutão, mas de uma forma razoavelmente clara, embora se saiba que o filósofo Sócrates tenha sido condenado à morte pela acusação de ter cometido o crime de “corrupção da juventude”³⁰ com seus ensinamentos.

No direito italiano, a previsão deste direito fundamental é do tipo restringível, posto que suas delimitações são vagas:

“Artigo 21 - Todos têm direito de manifestar livremente o próprio pensamento com a palavra, o escrito ou todos os outros meios de difusão.(...) São vedadas as publicações de jornal, os espetáculos e todas as outras manifestações contrárias aos bons costumes (...)”.

A definição do que é ou do que pode significar bom costume é tão vaga que torna passível de restrição a liberdade de expressão, e desta forma neste sistema o direito mencionado pode ser considerado condicional.

Todo direito fundamental não pode ser limitado, mas evidentemente não pode importar na violação ou negação de outro direito fundamental.

Mas evidentemente tal direito pode ser mal utilizado, causando danos à sociedade ou para as outras pessoas.

Quando vamos ter a exata noção do abuso? A questão pode ser assim sintetizada: *“toda vez que se produzir uma alteração desnecessária na esfera jurídica alheia, o que ocorrerá quando ameaçar, violar ou negar outro direito fundamental”.*

Em termos simples, podemos empregar aqui a regra de ouro da Justiça: o meu direito termina onde começa o direito do próximo³¹.

³⁰ “Sócrates é réu de corromper a mocidade (...)”, **PLATÃO**, *A Apologia de Sócrates*, (título original: *Apologia tou Swkratouz*), 24b e “...Assim resolvido (...) quando seus inimigos o acusaram de (...) corromper os jovens (...)”, **XENOFONTE**, *A Apologia de Sócrates*, (título original: *Apologia tou Swkratouz*), 10.

³¹ Como variante da regra de ouro assim enunciada por **Hans KELSEN** (*A Justiça e o Direito Natural*, tit. Original *Das Problem Der Gerechtigkeit*, ed. Armênio Armada, Coimbra, 1979, p. 21): “devemos tratar os outros tal como gostaríamos de ser tratados”. **Immanuel KANT**, ao seu turno, diz: “Tratemos as outras pessoas sempre como um fim em si mesmo, e não como um simples meio para se chegar a outra coisa.”. A mesma regra consta da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, repetida no preâmbulo da atual Constituição Francesa: “A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados por lei.” (citada em *Anotações à Constituição de 1988*, de **Nagib SLAIBI FILHO**, ed. Forense, 4a ed., Rio de Janeiro, 1.993, p. 174).

Podemos facilmente constatar isto, através de exemplos práticos, sem, contudo, se ter a pretensão de evitar qualquer contrasenso.

Eu posso emitir uma opinião sobre alguém, quando estarei exercendo meu direito fundamental à liberdade de manifestação de pensamento. Mas se eu disser que uma pessoa é um assassino, estarei violando o direito fundamental desta à honra e à imagem³². Tal violação não ocorrerá, contudo, se o prolator de tal opinião for um representante do Estado encarregado da persecução penal, legalmente investido no cargo, e que imputa na forma da lei a acusação de um homicídio a algum indivíduo, porque também constitui um direito fundamental o direito à vida³³, que deve ser punido, em caso de violação, pela aplicação da sanção penal apropriada³⁴.

Da mesma forma, se, exercendo o direito à manifestação de pensamento, um indivíduo emitir uma opinião racista, tendo em vista que nossa sociedade deve ser justa, igual e solidária, e almejar promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, com repúdio ao racismo, que constitui crime³⁵, ou apregoando a pornografia infantil, porque em nosso direito ninguém pode ser submetido a tratamento desumano ou degradante³⁶, considerando ainda que os menores não possuem igual desen-

³² “Artigo 5º - V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”; e “X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

³³ “Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”

³⁴ Código Penal brasileiro de 1940: “Artigo 121. Matar alguém. Pena: de 06 a 20 anos de reclusão (...).”

³⁵ “Art. 3º - *Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil*: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”; Artigo 4º, VIII, e “Artigo 5º - XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.”

³⁶ “Artigo 5º - III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.”

volvimento físico e psíquico aos adultos, carecendo de proteção especial do Estado e da sociedade³⁷.

Estes são os valores fundamentais de nossa sociedade, são os temas que, embora possa alguém crer no racismo ou ser um pedófilo, ofendem aos demais direitos fundamentais, e por este motivo podem ser objeto de punição.

Fausto CUOCOLO³⁸ sintetiza desta forma a questão: “a liberdade de expressão não pode violar os outros valores que são constitucionalmente tutelados”.

Apesar desta concepção, o que se observa é que, ainda que tenhamos uma imprensa livre, e consagremos em nossa Constituição a liberdade de expressão de forma ilimitada, ela é freqüentemente burlada e tolhida, exatamente pela ausência de uma experiência constitucional em nosso país (especialmente), e pelo discurso intolerante quanto à liberdade de expressão, ainda que de forma implícita, daqueles que trabalham com as leis e a sua aplicação, sob o argumento de salvaguardar os outros direitos fundamentais.

As tentativas de punir ou impedir a atividade da empresa de um provedor de acesso à Internet, visando impedir a difusão do racismo ou da pornografia infantil, ou do uso de drogas, ou do terrorismo, são inadmissíveis por redundarem em violação do texto expresso da Constituição Federal, e também demonstram a ignorância que toma conta do tema.

Veremos de forma mais detalhada como isto acontece, e o que se pode fazer para salvaguardar os demais direitos fundamentais.

³⁷ Art. 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

(.....omissis);

§ 3º - O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

(.....omissis);

V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

(.....omissis);

§ 4º - A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.”

“Art. 228 - São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.”

³⁸ Op. cit, p. 359.

5. **Tentativas de controle da Internet** - A liberdade de expressão, posta desta forma, impede, a toda sorte, que se proíba ou se limite de qualquer forma sua manifestação pela Internet.

Em ocorrendo qualquer abuso, o que caberá será a punição do indivíduo que violou outros direitos e garantias fundamentais, mas não poderá dar ensejo a censura ao veículo ou ao provedor, como já se vem defendendo, de forma inconstitucional.

Nuno ROGEIRO³⁹ observa na Alemanha o processo movido contra a “Compuserve” norte-americana (empresa provedora) pela “difusão de pornografia infantil” pela Internet, na Baviera, e, em Mannheim, contra a “Deutsche Telekom” (empresa estatal de telefonia), pela difusão de propaganda nazista, obrigando-os a barrar o acesso dos utentes a estas páginas virtuais.

Ou seja, e ao contrário do que deveria ter sido feito, não se buscou a punição dos pornógrafos ou racistas, mas sim das empresas que permitiram a divulgação destas idéias.

No Brasil, também vem se discutindo como controlar a Internet, em casos de provedores⁴⁰ que permitem o acesso à pornografia infantil.

O penalista **Damásio Evangelista de JESUS e Gianpaolo Poggi SMANIO**, no artigo intitulado “Internet: Cenas de Sexo Explícito Envolvendo Menores e Adolescentes - Aspectos Cíveis e Penais”, respondendo à consulta formulada por membros do Comitê Gestor da Internet no Brasil, posicionam-se de forma incorreta, ao defender que, sob a luz do disposto no artigo 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990), *verbis*, “fotografar ou publicar cena de sexo explícito ou pornográfico envolvendo criança e adolescente, cominando pena de 1 (um) a 4 (quatro) anos de reclusão”, que, “a divulgação dos *sites*⁴¹ [com conteúdo de pornografia infantil] via Internet constitui o núcleo da norma penal incriminadora (“publicar”) e adequa-se à figura típica”.

Segundo este entendimento, o fato de alguém se valer de um provedor para divulgar pornografia infantil, o provedor também cometeria a infração prevista no artigo 243 do Estatuto da Criança e do Adolescente, atra-

³⁹ *A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*, Coimbra Editora, 1996, p. 129

⁴⁰ O provedor é uma empresa que conecta o usuário à grande rede, por onde ele pode ir para qualquer *web site* (endereço eletrônico) onde poderá ter contato com uma *home page*.

⁴¹ O mesmo que *web site*.

vés do núcleo excessivamente vago “publicar”, o que levaria a situações absurdas, ou ridículas, como no caso de um usuário, em um *chat*⁴², divulgar mensagens ou imagens de pedofilia, e desta forma o provedor, embora este seja sempre uma pessoa jurídica, seria punido, juntamente com o divulgador da imagem, embora se alguém enviar fotografias desta matéria para alguém que conscientemente as tenha encomendado, ninguém pensaria em punir a empresa de correios.

Na reportagem da Revista Veja, de 23 de julho de 1997, observou-se que um representante do Ministério Público de Salvador requereu a apreensão do computador de um indivíduo que o usava para distribuir material de pedofilia pela Internet, e também a apreensão dos computadores da “CPUNet”, provedor de acesso do pedófilo.

No Jornal do Brasil de 31 de dezembro de 1997 (p. 04), em uma reportagem sobre um grupo de adolescentes que divulgou material de pornografia infantil em sua *home page*⁴³, que copiavam de outros endereços na Internet, e o repórter chegou a entrevistar o representante da empresa norte-americana que fornecia gráficos e desenhos para a decoração das páginas virtuais, que disse: “Tentar culpar o grupo americano... pela utilização de seus produtos em sites pornográficos na Internet é o mesmo que processar o fabricante de um automóvel pelo uso do veículo em um assalto ou processar a companhia telefônica caso um lunático ligue para a Casa Branca fazendo ameaças ao Presidente...”

Na edição do dia anterior, o mesmo periódico escreveu que o provedor poderia processar o usuário que divulgasse material ilícito, mas que aquele não exercia nenhuma forma de controle prévio (p. 05).

Tentar processar o provedor, para impedir que exerça sua atividade, apenas e tão-somente porque hospedou uma página com material ilegal, ou porque permitiu o acesso a outros *web sites* com material ilegal, é o mesmo que tentar fechar-se um jornal porque alguém mandou publicar um anúncio ofensivo ou porque um entrevistado declarou-se racista, ou ainda por ter um alguém publicado notícias de que faz escuta clandestina ou procura voluntárias para uma rede de escravo-prostitutas.

Diante de algo novo, vemos uma espécie de comportamento semelhante ao do tristemente famoso caso das “bruxas de Salem”: onde os igno-

⁴² Canal de conversação na Internet.

⁴³ *Home page* é o conjunto de textos e imagens que integram um endereço eletrônico.

rantes e os hipócritas, arvorando-se defensores da moral e dos bons costumes, perseguem a tudo e a todos, e querem uma censura rápida, querem leis específicas e rigorosas, preferencialmente hediondas, para regular algo que é insusceptível de ser regulado, e onde os abusos devem ser punidos sem a violação dos demais direitos fundamentais do indivíduo, que os provedores garantem.

A Internet, como algo novo, é insuscetível de ser sujeitada a qualquer tipo de lei ou controle.

Dizemos que tal controle é impossível não apenas do ponto de vista jurídico-constitucional, mas, sobretudo do ponto de vista real, porque não há como cercear o usuário na infovia, exatamente porque com um simples *lap top* e um *modem*, uma linha telefônica e uma senha de acesso (e, muitas vezes, nem isso), é possível ingressar na Internet.

Assim, vimos exemplos nos rebeldes zapatistas de Chiapas, nos *e-mails* enviados por diversos dissidentes chineses ao ocidente, nas mensagens das pessoas sitiadas na guerra dos balcãs, e muitos outros casos onde o controle estatal simplesmente não podia ser feito.

É um campo da vida humana, da mídia eletrônica aonde o controle vai ser feito pela própria mídia, e pelos seus usuários.

Por exemplo, existem inúmeros *softwares*⁴⁴ que impedem o acesso do usuário a páginas com conteúdo pornográfico, programáveis pela eleição de palavras-chaves e outros métodos (*exempli gratia*, *Surfwatch*, *Netnanny*, *Cybersitter* etc...), existe a própria autocensura, que repele a busca de *web sites* infames. Da mesma forma, existem hoje em dia aparelhos de telefone com bloqueadores dos serviços que normalmente hospedam números eróticos, e as televisões a cabo criaram códigos para impedir o acesso de pessoas não autorizadas ao mesmo tipo de material.

Ignorando tais fatos, em 1996, o Congresso dos Estados Unidos da América, em um caminho totalmente diverso, comungando da velha concepção de que não é possível a existência humana sem ser regrada pela lei, aprovou e o Presidente Clinton sancionou o *Communication Decency Act* (CDA), que criminalizava as seguintes condutas: “qualquer pessoa que, pelos meios de telecomunicação, faz, cria, solicita ou inicia a transmissão de qualquer comentário, pedido, sugestões, propostas imagens ou outra comunicação obscena ou indecente, sabendo que quem recebe tal comunicação

⁴⁴ Programas para computador, como o *Word*, o *CorelDraw* etc.

tem menos de 18 anos” (artigo 223 a) e “comete um crime quem usa um serviço computadorizado interativo para expedir, mostrar em uma modalidade acessível a qualquer pessoa menor de 18 anos comentários, solicitações, sugestões, propostas, imagens ou outra comunicação que, no contexto, represente ou descreva em termos evidentemente ofensivos, segundo os *standard* contemporâneos da comunidade, atividade ou órgãos sexuais ou escretores, sem precaução de que o usuário do serviço estabeleça a chamada ou inicie a comunicação”. (artigo 223 d).

Algumas organizações não-governamentais (entre elas a famosa *American Civil Liberties Union*) intentaram então um pedido de declaração de inconstitucionalidade destas disposições, que afrontariam as I e V emendas da Constituição Norte-Americana, que dispõe da seguinte forma:

“I - O Congresso não pode emitir lei que (...) reduza a liberdade de expressão ou de imprensa (...).⁴⁵

V - Ninguém pode ser (...) privado da vida, da liberdade ou da propriedade sem um adequado processo previsto na lei (without due process of law) ...”⁴⁶

No sistema norte-americano, difuso em sua essência, quem primeiro apreciou a causa foi o tribunal do Estado da Filadélfia, que efetivamente reconheceu a inconstitucionalidade das mencionadas disposições, afirmando: “...As medidas adotadas devem ser consideradas excessivas, diante da impossibilidade tecnológica, por um lado, e da onerosidade econômica, por outro, impedindo que muitos provedores da Internet respeitem o CDA sem excluir o acesso a tais materiais também aos adultos”.⁴⁷

⁴⁵ “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances.”

⁴⁶ “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.”

⁴⁷ Extraído do artigo “La sentenza del Tribunale di Philadelphia contro il Communications Decency Act”, da cátedra dos professores R. Orlandi ed G. Illuminati da UNIVERSITÀ DI BOLOGNA - FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA (*Forum Multimediale di Procedura Penale*).

Disse ainda o referido tribunal que a expressão “material indecente e obsceno” é extremamente vaga.

Sobre tais “**conceitos jurídicos indeterminados**”, violadores mesmo da própria garantia da reserva legal⁴⁸, pela sua suscetibilidade de quaisquer interpretações, também encontrados em nossa legislação (“**reputação ilibada**”, artigo 73, § 1º, II, 94, e “**notável saber jurídico**”, 101, caput, e 104, parágrafo único, da Constituição Federal, “**mulher honesta**” artigos 215, 216 e 219 do Código Penal e outros) e mencionados especificamente na Constituição Italiana a respeito do direito fundamental aqui discutido, **Fausto CUOCOLO**⁴⁹ disse que seriam “limitações gerais”, e que existiam em seu país duas vertentes doutrinárias: uma, restritiva, que entendia compreendida na expressão apenas a moral sexual, enquanto outra era ampliativa, fazendo coincidir o bom costume com o sentimento comum moral, abrangendo inclusive a moral religiosa.

Ora, quer adotando a primeira, quer aceitando a segunda, haverá sempre uma dose de subjetivismo inaceitável, e um caráter de exclusão das minorias, para esta expressão, o que podemos observar inclusive nos últimos cinquenta anos, através dos quais a moral e os bons costumes variaram muito.

Diante dos termos vagos empregados na lei norte-americana, entendeu o Tribunal Federal da Filadélfia que eles afrontariam o disposto na quinta emenda, porque impediriam ao cidadão conhecer qual seria o objeto efetivo do termo utilizado.

O dilema decorrente dos possíveis malefícios trazidos com a Internet, como a divulgação de mensagens racistas, terroristas e a pornografia ilegal, é o mesmo com relação ao serviço infame conhecido como “disque sexo” e congêneres, pagos além da conta telefônica: ninguém tenta censurar a comunicação por telefone, a pretexto de impedir tais atos ilícitos ou abjetos, nem se pensa em punir a empresa telefônica pelos descabros que cometem alguns de seus usuários.

Com relação à primeira emenda da Constituição Norte-Americana, o tribunal entendeu que em matéria de liberdade de expressão ficou em evidência

⁴⁸ Previsto no artigo 5º, II, da Constituição Federal: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, cujo teor deverá ser, necessariamente, o mais claro e objetivo possível.”

⁴⁹ Op. cit., p. 360.

como as tecnologias das comunicações são determinantes em relação à modalidade através das quais tal liberdade se exercita, com a consequência que a análise dos instrumentos constitui um pressuposto fundamental para a verificação do exercício do citado direito constitucional.

Realizou o Tribunal uma aprofundada análise das características das tecnologias e das regras sociais da Internet. A respeito desta última, o Tribunal individualizou quatro características relevantes, entre elas algumas evidentes, como que a Internet é usada por diversas pessoas, e com as mais diversas finalidades, sem representar exclusivamente uma fonte de material pornográfico (ou ilícito).

Como toda expressão humana, e exatamente pela ambigüidade de nossa espécie, é indissociável o seu uso tanto para o bem como para o mal. Não é possível se dizer que a imprensa, o jornal, o rádio, o telefone ou a televisão jamais foram usados para o mal, mas é inegável o imenso serviço que eles prestaram à humanidade.

A Corte Federal da Filadélfia, sintetizando seu pensamento, afirmou:

“Just as the strength of the Internet is chaos, so the strength of our liberty depends upon the chaos and cacophony of the unfettered speech the First Amendment protects”.

O Governo Federal norte-americano apelou desta decisão, e a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, em 26 de junho de 1997⁵⁰, também considerou inconstitucionais tais disposições.

Entre as diversas argumentações que utilizou, na mesma linha de raciocínio da Corte estadual, afirmou a Corte Suprema que a Internet não é tão “invasiva” quanto o rádio ou a televisão, isto porque as comunicações pela Internet não invadem o lar individual ou aparecem nos computadores. É preciso que o usuário, ao acessar seu provedor através de uma senha, busque as informações, selecionando as pesquisas que deseja realizar nas “ferramentas” disponíveis, como o *InfoSeek*, o *Altavista*, o *Yahoo*, o *Cadê*, e outros, como fizemos com a maior parte das informações contidas neste artigo, ou, onde mais seria possível conseguir cópias de leis estrangeiras?

⁵⁰ RENO, ATTORNEY GENERAL OF THE UNITED STATES, et al. v. AMERICAN CIVIL LIBERTIES UNION et al. *appeal from the united states district court for the eastern district of pennsylvania* Nº 96-511.

Juntamente com os argumentos de que os termos empregados pelo CDA eram excessivamente vagos, como acima abordado, a existência de *softwares* de controle de acesso aos menores, exatamente como hoje se faz com a televisão a cabo, com a introdução de senhas para o acesso a canais com conteúdo erótico (isto, no Brasil) ou de violência (como nos EUA, imaginando que no Brasil não se pensa que a violência é tão danosa à infância e a juventude quanto o sexo estereotipado e vulgarizado), com a proibição do usuário para a companhia telefônica de serviços como o “0900” e o “0910”, onde, no território nacional, se encontram serviços como o “*dial a porn*” ianque (nosso “disque-sexo”) etc...

Em 23 de novembro de 1998 o Juiz Federal norte-americano **Leonie M. BRINKEMA**, julgando uma causa do *Mainstream Loudoun versus Loudoun County Library*, declarou inconstitucional a colocação de “filtros” nos computadores instalados em bibliotecas públicas, para impedir o acesso a *sites* com conteúdo pornográfico, por entender que tal ato violaria o direito dos adultos de acessar tais endereços eletrônicos, o que seria vedado pela primeira emenda da Constituição daquele país⁵¹. Para os menores de idade ficou estabelecido que estes deverão ser acompanhados pelos seus responsáveis ou possuir licença destes para acessar os computadores com acesso à Internet.

Essa decisão demonstra que vai-se tornando clara a limitação entre o direito fundamental à liberdade de expressão e o que pode ser feito para coibir as violações dos demais direitos fundamentais, especialmente em países onde aquele direito é ilimitado.

Qualquer forma de censura aos provedores poderia significar, inclusive, uma medida que certamente favoreceria o surgimento de monopólios ou oligopólios deste tipo de informação, com servidores que se propusessem a não permitir o acesso a *sites* pornográficos, ou amorais, ou de determinada religião, ou opinião política etc...

Em suma, não é a lei que trará a segurança para os usuários da Internet. O abuso do direito demanda uma nova mentalidade dos aplicadores do Direito e da polícia judiciária, que deverá utilizar equipamentos capazes de navegar pela Internet, requerendo a colaboração do público para denúncias de violações de outros direitos humanos e rastreando mensagens enviadas

⁵¹ Como noticiou o Jornal “O GLOBO”, e ainda de acordo com o artigo de **Cheryl ARVIDSON**, intitulado “Loudoun Co. libraries adopt new Internet policy to meet judge’s concerns”.

por aqueles que abusam deste direito fundamental, solicitando inclusive a busca e apreensão de seus equipamentos, o que é, certamente, muito mais simples do que localizar alguém que tenha colocado uma carta numa caixa de correio no meio da rua.

Não é necessário que se criem leis para proibir e punir a divulgação de pornografia infantil pela Internet, ou páginas que preguem o racismo ou o terrorismo, posto que isto já está previsto em nossa legislação, e a Internet é apenas um meio para tanto.

Agir de forma diferente é cair no ridículo, e dar razão, ainda que involuntariamente, a **Pyotr KROPOTKIN**... ♦