

**O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA *INTERNET*
VERSUS A RESTRIÇÃO DO USO DE REDES PELO JUDICIÁRIO: O CASO DE
LIMEIRA - SP**

**THE FUNDAMENTAL RIGHT TO FREEDOM OF EXPRESSION IN INTERNET
VERSUS THE RESTRICTION OF IT'S USE BY THE JUDICIARY: THE CASE OF
LIMEIRA - SP**

FRANCIELI PUNTEL RAMINELLI¹

JAQUELINE LUCCA SANTOS²

RESUMO

O direito à liberdade de expressão, apesar de tradicionalmente classificado como direito de primeira geração, relaciona-se diretamente com direitos de terceira geração, classificados como novos direitos e relacionados, principalmente, às novas tecnologias de informação e comunicação. Neste contexto, sua proteção ou restrição, na *internet*, tem sido tema corriqueiro junto ao Poder Judiciário, que constrói decisões de acordo com os casos apresentados. Entretanto, uma decisão em especial, da Comarca de Limeira, SP, que proibiu o uso das redes sociais por um acusado de cometer crimes contra a honra e imagem de terceiro, gerou grande repercussão nacionalmente. Neste contexto, objetivou-se verificar o contexto do direito fundamental à liberdade de expressão no Estado Democrático de Direito, bem como analisar a decisão que restringiu o uso das redes sociais, no pertinente aos ditames da Constituição Federal. No intuito de cumprir o proposto, a pesquisa adota uma postura fenomenológica-hermenêutica, bem como o método de abordagem monográfico e a técnica de análise documental. Conclui-se que o teor da decisão proferida inicialmente, e em momento posterior reformada, revela um juízo solipsista, baseado em concepções pessoais, que ignora as diretrizes constitucionais bem como o contexto Democrático de Direito Brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade de expressão; Direitos Humanos Fundamentais; Solipsismo Judicial; Novas tecnologias; Caso de Limeira-SP.

ABSTRACT

The right to freedom of expression, although traditionally classified as right of first generation, related directly with third-generation rights, classified as new rights and mainly related to new technologies of information and communication. In this context, your

¹ Mestranda da Universidade Federal de Santa Maria, no programa de Pós-graduação em Direito, com ênfase em Direitos Emergentes da Sociedade Global. Integrante do Núcleo de Direito Informacional (NUDI), inscrito no CNPQ, com atuação na linha de pesquisa Ativismo Digital e as Novas Mídias: desafios e oportunidades da cidadania global e (Des)controle da blogosfera: entre a regulação e a censura no ciberespaço. Bolsista CAPES. E-mail: francieli.raminelli@gmail.com.

² Graduanda do 10º semestre do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria - UFSM. Integrante do Núcleo de Estudos Avançados em Processo Civil da Universidade Federal de Santa Maria – NEAPRO. E-mail: jaque.lucca@hotmail.com.

protection or restriction, the Internet, has been the subject commonplace along the Judiciary, which builds decisions according to the cases presented. However, a decision in particular, of the District of Limeira, SP, which banned the use of social networks by an accused of committing crimes against the honor and image of another, had deep effects nationally. In this context, the objective was to check the context of the fundamental right to freedom of expression in a democratic state, as well as analyze the decision that restricted the use of social networks in relevant to the dictates of the Constitution. In order to accomplish the proposed research adopts a phenomenological-hermeneutic, and the method of approach and technique monographic documentary analysis. It is concluded that the content of the decision initially, and at a later reformed, reveals a solipsistic judgment, based on personal views, which ignores the constitutional guidelines as well as a democratic context of Brazil.

KEY WORDS: Freedom of expression; Fundamental Human Rights; Judicial Solipsism; New technologies; Case Limeira-SP.

INTRODUÇÃO

O direito à liberdade de expressão é direito humano fundamental e está amparado por sua expressa previsão na Constituição Federal de 1988. Entendido como um direito de primeira geração dentro da Teoria das Gerações de Direito, recebe um viés de “novo direito” quando utilizado por meio das novas tecnologias de informação e comunicação, principalmente a *internet*.

Neste sentido, a proteção desta liberdade toma novas formas e apresenta desafios ao Poder Judiciário, já que este em um número cada vez maior de casos vem sendo chamado para solucionar questões em que o direito à liberdade colide com outros direitos fundamentais, como é o caso do direito à honra e à imagem de terceiros.

Diante disto, ao Juiz, inserido no contexto de um Estado Democrático de Direito, é requerido dar a resposta correta, ou mais adequada, no sentido de proferir uma decisão que satisfaça os anseios de quem se sente vitimado ao mesmo tempo em que resguarda os direitos do indivíduo que terá sua liberdade de expressão restringida.

A solução para cada caso levado ao Judiciário é única e deve transpassar as peculiaridades da questão. Entretanto, uma em especial, que gerou grande repercussão nacional, foi a decisão que proibiu o Réu de uma ação penal da Comarca de Limeira-SP, acusado de denigrir a imagem de terceiro por meio da *internet*, de acessar toda e qualquer rede social a fim de evitar a possível reiteração da conduta tida como criminosa.

Diante deste caso, questiona-se: como o direito à liberdade de expressão se insere no contexto do Estado Democrático de Direito, tendo em vista a existência das novas tecnologias

que servem de ferramenta para seu exercício? No caso em concreto mencionado, agiu o juiz de acordo com a Constituição ou acabou por decidir “de acordo com a sua consciência”?

Por meio da revisão teórica acerca da liberdade de expressão e da evolução das Gerações de Direito, veiculada a própria construção do Estado Democrático, objetiva-se analisar em que medida a decisão de primeiro grau que restringiu a liberdade de um cidadão de acessar as redes sociais da *internet* foi construída, principalmente no pertinente às diretrizes da Constituição Federal. Ainda, tangencialmente, intenta-se transpassar pelos modelos de juiz, como forma de examinar se a decisão partiu de um juízo solipsista.

No intuito de cumprir o proposto, a pesquisa adota uma postura fenomenológica-hermenêutica, que se preocupa com a descrição dos próprios fatos observados, pois parte da tese de que a experiência vivida é em si mesma essencialmente um processo interpretativo, no qual a realidade é compreendida, interpretada e comunicada. Utiliza-se, ainda, o método de abordagem monográfico, dada a verificação de uma decisão em específico, além da técnica de análise documental, uma vez que se partiu do exame de um acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo.

O artigo encontra-se dividido em duas partes, a saber: (1) Do Direito Fundamental à Liberdade de Expressão e (2) O Solipsismo Judicial e a construção de uma decisão constitucionalmente adequada diante da Liberdade de Expressão no meio virtual.

1 DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A liberdade de comunicação do pensamento corresponde a uma necessidade universal do ser humano desde os primórdios da civilização, já que aos homens é necessária a existência de canais de expressão a fim de que possam se relacionar entre si. Além disso, as técnicas de comunicação desempenham um papel capital na evolução da governação política, posto que transformam e aumentam as capacidades da linguagem humana (LÉVY, 2002, p. 29). Em consonância a isto, o direito à liberdade de expressão é considerado fundamental no Estado Brasileiro e no âmbito internacional, motivo pelo qual também é elencado entre os Direitos do Homem.

Entretanto, este direito nem sempre recebeu proteção por parte do Estado. Neste sentido, apesar de ser considerado um direito fundamental de primeira geração, ainda hoje encontra dificuldades para ser definido e bem aplicado, principalmente diante da sociedade

informacional³ atual. Para uma análise do contexto em que este direito foi construído e transformado até os dias de hoje, é necessária uma análise da evolução dos direitos fundamentais e do Estado, tendo em vista que ambos modificaram-se de acordo com as necessidades da época em que surgiram. Com vistas a atingir este objetivo, será utilizada como teoria de base a desenvolvida pelo professor espanhol Antonio Enrique Pérez-Luño⁴, renomado pesquisador do tema.

Inicialmente, para apresentar a Teoria das Gerações dos Direitos, é essencial esclarecer a diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais. Em apertada síntese, ambos são entendidos como direitos essenciais ao ser humano, dignos de proteção especial e incondicional, sendo diferenciados, entretanto, pelo plano em que atuam. Os direitos humanos são entendidos como direitos universais e aplicam-se ao plano internacional, sendo reconhecidos pelos Estados e estando acima deles ou ultrapassando suas fronteiras. Como exemplo, citam-se os tratados e cartas internacionais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada no ano de 1948⁵. Os direitos fundamentais, por sua vez, são entendidos como aqueles positivados nos ordenamentos jurídicos internos de cada Estado (PÉREZ LUÑO, 2010, p. 33), sendo protegidos por ele dentro de seu território, como, por exemplo, os direitos elencados como fundamentais na Constituição Federal Brasileira de 1988, especialmente em seu artigo quinto (BRASIL, 1988).

Em consonância com a doutrina majoritária, o professor Pérez Luño utiliza ambos os termos como sinônimos⁶, concedendo a eles a mesma classificação. Em suma, Pérez-Luño defende a Teoria das gerações de direitos que, até o presente momento, são três⁷: os direitos de primeira geração, os de segunda e os de terceira, esta última no qual se inseriram os “novos direitos”.

³ Este termo foi inserido por Manuel Castells em seu livro *A Sociedade em Rede* (1999, p. 46, nota 33), e basicamente refere-se a sociedade atual, em que a inserção das novas tecnologias de informação e comunicação, como telefones, computadores e *internet*, é difundida e amplamente utilizada por grande parte das pessoas.

⁴ Antônio Enrique Pérez-Luño é doutor em Direito pela Universidade de Bolonha e ampliou os seus estudos nas Universidades de Coimbra, Trieste, Friburgo (Brisgovia) e Estrasburgo. Atualmente, é professor de filosofia do direito da Universidade de Sevilla. Também, possui diversos livros sobre a temática dos direitos fundamentais e direitos humanos.

⁵ Muito se discute acerca dos direitos humanos universais *versus* o relativismo cultural. Isto porque atualmente “os direitos humanos são algumas vezes manipulados, outras vezes utilizados como bandeira para esconder diversos fundamentalismos extremistas, o que acaba por leva-los a constituírem-se como paradoxos, significando diferentes posições. Certos doutrinadores afirmam que a postura universalista seria uma inequívoca imposição cultural, ofendendo o direito essencial à diferença” (NASCIMENTO, 2011, p. 33).

⁶ É o que se denota da leitura do livro “Los derechos humanos en la sociedade tecnológica”, de sua autoria (PÉREZ LUÑO, 2010, p. 33).

⁷ Para outros doutrinadores as gerações de direito ultrapassam estas três iniciais, como é o exemplo do professor Paulo Bonavides, que aponta cinco gerações de direitos fundamentais (SARLET, 1998).

A Teoria das três gerações de direito, entretanto, foi criada em 1979 por Karel Vasak, Diretor do Departamento Jurídico da UNESCO, na palestra inicial da Décima Sessão do Instituto Internacional de Direitos Humanos de Estrasburgo (PÉREZ LUÑO, 2012, p. 17). De acordo com Vasak, as gerações de direitos estão diretamente ligadas à evolução do Estado Moderno, que iniciou com o Estado Liberal, passou pelo Social, e hoje se encontra no Estado Democrático de Direito. A teoria está umbilicalmente conectada ao contexto histórico de cada geração de direito, sendo estes apenas as consequências das necessidades da sociedade da época.

Neste sentido, de acordo com as necessidades de cada época da história, foram fixados os direitos mais essenciais do ser humano. Assim, na primeira geração tinham-se os direitos relativos à liberdade do indivíduo, na segunda os direitos relativos à igualdade (direitos sociais) e na terceira os novos direitos, que são representados pela palavra solidariedade (STRECK; MORAIS, 2006), uma vez que somente são atingidos quando buscados em conjunto, podendo-se dar como exemplo o direito à paz, ao meio ambiente, à qualidade de vida, ao desenvolvimento dos povos, entre outros (PÉREZ LUÑO, 2012, p. 18).

Para compreender as gerações de direito, portanto, é necessário realizar uma (breve) retrospectiva sobre a evolução do Estado Moderno.

O primeiro modelo de Estado Moderno foi o chamado Estado Absolutista. Nele o Rei era soberano e os excessos do clero e da nobreza eram notórios, sendo considerado “um aparelho de dominação feudal, alargado e reforçado” (SOARES, 2008, p. 79). Propiciou a unidade jurídica e o poder de Estado no continente europeu, além de transformar o Estado em uma forte entidade capitalista. Através da política mercantilista, “fomentou o advento de um poder burguês muito potente” (SOARES, 2008, p. 79) que, entretanto, não possuía o poder político necessário para impor os direitos de interesse burguês.

Com o fortalecimento da burguesia, o terceiro Estado iniciou a reivindicação por votos por cabeça, e não por Estado. No modelo utilizado, os dois primeiros Estados, o clero e a nobreza, representavam cerca de 200 mil privilegiados franceses, possuíam dois votos, e o terceiro estado, composto por mais de 25 milhões de pessoas, somente um (STRECK; MORAES, 2006, p. 48). Neste contexto de conflitos eclodiram inúmeras revoltas, as quais culminaram na principal delas, a Revolução Francesa. Após este fato histórico, que retirou terminantemente o poder das mãos dos reis absolutistas, a burguesia inaugurou seu poder político como classe (STRECK; MORAES, 2006, p. 46) e originou a emergência do Estado Liberal de Direito.

Sendo o Estado Liberal um estado burguês, possuía o fim precípua de “dar aqueles que controlavam a economia (os burgueses) ampla liberdade de exercerem suas atividades, sem estarem ameaçados por qualquer outro poder” (ARAUJO, 1997). Para Bobbio, o liberalismo é uma concepção do Estado que possui poderes e funções limitados, ao contrário do Estado Absoluto e do Estado Social (BOBBIO, 1994, p. 07). Este Estado caracteriza-se por ser mínimo, respeitando os direitos individuais e não intervindo na economia, a qual era considerada auto regulável. O Estado Liberal de Direito, assim, não se restringe somente ao respeito à norma, no sentido estrito da legalidade, mas emerge aliado ao conteúdo próprio do liberalismo.

Em vista disto, o liberalismo mostrou-se como uma “teoria anti estado” (STRECK; MORAES, 2006, p. 56), no qual a intervenção do Estado além dos limites “aceitáveis” é prejudicial, porquanto enfraquece a independência característica do mercado capitalista. Assim, no Liberalismo, o crescimento da atuação do Estado é diretamente responsável pela diminuição dos espaços das liberdades individuais, tão protegidos pelo sistema liberal. Neste contexto histórico, a atuação do Estado é vista como negativa, ou seja, o Estado deve abster-se de interferir na vida dos cidadãos. É disto que surge, também, a palavra de ordem dos direitos de primeira geração: liberdade.

Surgindo em um meio no qual o cidadão é apenas um objeto diante do Estado, os direitos civis são o principal foco dos direitos de primeira geração, que apenas objetiva controlar o Estado frente ao indivíduo. Garantem-se os direitos de liberdades individuais, também considerados como direitos de defesa, e mantêm-se a autodelimitação e a não ingerência dos poderes públicos na esfera privada, tutelando-se os direitos apenas com a atitude passiva do Estado e de vigilância em termos de polícia administrativa (PÉREZ LUÑO, 2012, p. 16).

Entretanto, a supervalorização das atividades econômicas sem o controle Estatal propiciou uma sociedade desigual, assimétrica (ARAÚJO, 1997, p. 25). Inicia-se uma postura ultra individualista, uma concepção individual e formal da liberdade, na qual há a liberdade e não o poder de ser livre; igualmente, forma-se o proletariado, em consequência da Revolução Industrial (STRECK; MORAIS, 2006, p. 62).

Este período da história é marcado por conflitos extremados, como aquele entre a classe detentora de capital e a classe trabalhadora das fábricas; igualmente, inseridos neste contexto tumultuado, encontram-se os camponeses pobres, revoltados pela expropriação da terra feita pelos grandes proprietários (ARAUJO, 1997, p. 27).

Assim, surgem as lutas sociais pelos direitos tidos como de segunda geração, que se consubstanciam na palavra igualdade, correspondente aos direitos econômicos, sociais e culturais e se traduzem como direitos de participação (PÉREZ LUÑO, 2012, p.16). Para eles, requer-se uma política ativa dos poderes públicos, encaminhada a garantir seu exercício, sendo que estes direitos se realizam por meio das técnicas jurídicas das prestações e dos serviços públicos (PÉREZ LUÑO, 2012, p.16).

O conceito limitador do Estado de garantidor da paz e da segurança é modificado, assumindo também outros papéis, como o de prestador de serviços públicos, ou, até mesmo como interventor socioeconômico (STRECK; MORAIS, 2006, p. 58). O Estado passa a intervir em espaços até então próprios da iniciativa privada desaparecendo, assim, a figura do Estado Mínimo.

Apesar do conteúdo social agregado ao Estado, ainda não existe a concretização da igualdade, somente percebida de modo formal, não materialmente. Na busca pela igualdade material, entre outros motivos, intenta-se agregar valores verdadeiramente democráticos ao Estado de Direito, conjugando o ideal democrático. Neste “conjunto”, agregam-se as conquistas democráticas, as garantias jurídico-legais e a preocupação social. Este novo conceito oriunda o Estado Democrático de Direito, o qual possui como escopo principal a transformação do *status quo*, com um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo a melhorias nas condições dos cidadãos.

Diante deste contexto originam-se os direitos de terceira geração, tidos como complementadores dos direitos das fases anteriores. Sua “palavra chave” é solidariedade, pois estes direitos possuem incidência universal na vida dos seres humanos e exigem um conjunto de esforços e responsabilidades em escala planetária (PÉREZ LUÑO, 2012, p. 26).

Para Pérez-Luño, estes direitos se subdividem em três grandes grupos: a) os relativos ao meio ambiente, a qualidade de vida e à paz; b) os direitos no âmbito das NTICs; e c) os direitos na esfera da bioética e das biotecnologias⁸ (PÉREZ LUÑO, 2012, p. 25). O próprio Autor aponta que, apesar de representar os principais direitos de terceira geração, esta classificação não é taxativa, podendo ser ampliada para abarcar outros tantos direitos relativos à sociedade contemporânea. Até porque “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto de *justificá-los*, mas de *protegê-los*. Trata-se de um problema não filosófico, mas político” (BOBBIO, 2004, p. 43, grifos no original).

⁸ O autor ressalta que existem outros direitos inseridos na terceira geração, apesar destes três citados serem os mais representativos e consolidados (PÉREZ LUÑO, 2012, p. 28).

A liberdade, no caso a de expressão, que classicamente se enquadra como um direito de primeira geração⁹, sofre uma profunda modificação com o advento nas novas tecnologias. Isso se deve principalmente ao fato de que se ampliam os espaços onde esta pode ser exercida, como, por exemplo, por meio do ambiente virtual (*internet*), e se reduz, em alguns casos, a proteção legal, fazendo-se necessária uma análise do caso concreto.

Imperioso, desde já, esclarecer que existe uma distinção entre liberdade de informação e liberdade de expressão. A primeira diz respeito ao direito fundamental de comunicar livremente os fatos, bem como ao direito difuso de ser deles informado, enquanto que a liberdade de expressão, por sua vez, se destina a proteger o direito de externar ideias, opiniões, juízos de valor, ou qualquer outra manifestação do pensamento humano (BARROSO, 2003).

Como já referido, a liberdade de expressão possui proteção constitucional no Estado Democrático de Direito Brasileiro, especificamente em seu artigo 5º, inciso IV, e no artigo 220. Em poucas palavras, a proteção se dá à manifestação do pensamento, sob qualquer forma, processo ou veículo e não sofrerá qualquer restrição, desde que observado outros preceitos da Constituição¹⁰ (BRASIL, 1988).

Em âmbito internacional, ou seja, em sua perspectiva de direito humano, o direito está previsto no art. 19 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que proclama em favor de todos à liberdade de opinião e expressão, sem constrangimento ao direito de ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras (ONU, 1948).

Sendo assim, a liberdade de expressão garante a possibilidade de externarem-se opiniões, convicções, comentários, avaliações ou julgamentos sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo o interesse público ou não (MENDES et al, 2008). É esta proteção, inclusive, que dá o caráter democrático a qualquer Estado, uma vez que sendo permitida a crítica, é possível que o cidadão possa propor também a solução.

Neste sentido, a possibilidade de debate e argumentação pública tem sido abordada com mais frequência na filosofia política contemporânea, consoante aponta Amartya Sen (2011, p. 358). Isto porque a visão de democracia voltada apenas ao concernente às eleições e

⁹ Apesar da classificação inicial de liberdade de expressão apenas referindo-se a possibilidade de comunicação, tem-se que este direito está diretamente associado aos direitos de terceira geração relacionados às novas tecnologias de informação e comunicação, sobretudo a *internet*. Neste sentido, a análise do direito deve observar que também o acesso ou a proibição do acesso às redes pode configurar uma limitação a livre expressão.

¹⁰ A liberdade de expressão não pode ser absoluta no sentido de que deve respeitar outros direitos fundamentais do cidadão, como, por exemplo, o direito à intimidade, à honra e à imagem, também previstos no artigo 5º (BRASIL, 1988).

à votação secreta é a mais formal e antiga delas, sem a perspectiva do governo por meio do debate, e vem sendo superada. O desenvolvimento da sociedade atual, “marcada pelo uso intensivo das TICs, com ênfase na internet, [...] não se esgota (e nem deve se esgotar) no processo eleitoral” (SANTOS; BERNARDES; ROVER, 2012, p. 19). A opinião pública e o debate, assim, ganham espaço nos governos democráticos, e a possibilidade de expressão do cidadão, neste contexto, é a protagonista para a realização qualitativa daqueles.

Entretanto, não existe no Brasil norma específica acerca da aplicação do direito fundamental à expressão, uma vez que sua violação ou proteção dependerá do caso concreto. Desta forma, nem todos os comentários ou críticas podem ser protegidos, uma vez que os direitos individuais de terceiros devem ser resguardados – é o caso, por exemplo, de divulgação de fatos caluniosos ou difamatórios.

A má utilização da liberdade de expressão, ainda, gera um número exponencial de situações quando a ferramenta utilizada é a rede mundial de computadores. Isto porque na *internet* a propagação do conteúdo é feito de um modo no qual todos falam para todos, ou seja, já não é mais um alcance individual em que a mensagem deveria ser passada de indivíduo para indivíduo. No mundo virtual, uma notícia pode percorrer o mundo todo em segundos, já que todos se tornam receptores e emissores de informação.

É por este motivo que casos de (má) expressão na rede são cada vez mais comuns no Poder Judiciário Brasileiro, que deve resolver cada situação de acordo com suas peculiaridades. Assim, ao julgador cabe a árdua tarefa de analisar o conteúdo e seu grau de ofensividade ou não, observando, ainda, o possível conflito com outro direito fundamental e não violando a liberdade de expressão garantida constitucionalmente.

Apesar dos diversos casos neste sentido ocorridos nos Tribunais brasileiros, um em especial obteve grande repercussão após a proibição do uso das redes sociais de um indivíduo, devido às postagens que realizava. Assim, analisar a construção dessa decisão no que se refere à proteção da liberdade de expressão em meios virtuais, e em consonância com a Constituição, é o que se propõe o título a seguir.

2 O SOLIPSISMO JUDICIAL E A CONSTRUÇÃO DE UMA DECISÃO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA DIANTE DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO MEIO VIRTUAL

A construção de uma decisão deve se dar de forma que esta esteja constitucionalmente adequada e coerente com o caso concreto o qual se analisa. No entanto, em face do apego a

um ideário existente desde o Estado Liberal, a decisão proferida, muitas vezes, se baseia em critérios arbitrários e discricionários, o que a torna incompatível com o Estado Democrático de Direito Brasileiro.

Partindo-se da ligação existente entre as gerações de direitos e a evolução do modelo de Estado, pode-se ainda verificar uma conexão com a forma em que o julgador constrói e profere sua decisão, pois, com a evolução do Estado, o Judiciário assumiu um papel de destaque e suas decisões tornaram-se cada vez mais relevantes.

Sendo uma das grandes características do Estado Liberal sua restrição ao Direito e à Lei, estes limitavam as ações dos governantes em um sentido de proteção dos direitos e liberdades individuais. Isto se dava em razão da necessidade de que a atuação estatal fosse mínima, não intervindo nem mesmo na economia, a qual era considerada auto regulável.

Dessa forma, os poderes do Juiz (devido ao fato de que o alicerce da jurisdição liberal encontra-se em uma dogmática normativo-positivista acrítica) deveriam restringir-se a apenas aplicar a lei na busca por verdades absolutas, não podendo interpretá-la, já que sua função era meramente declaratória (SALDANHA, 2011, p. 191-195). Este juiz, que se origina da “sede” de liberdade da população nos tempos da Revolução Francesa, é conhecido como Juiz “boca da lei” ou “Juiz Júpiter”¹¹(OST, 1993, p. 170).

Com o advento do Estado Social se dá a reconceitualização de seu mecanismo básico de ação: a lei. Assim, “o exercício da função jurisdicional assume nova roupagem” (ISAIA, 2012, p.148), tendo que lidar com todos os novos direitos sociais, oriundos deste contexto capitalista e conflituoso. Nessa conjuntura, o juiz do Estado Social torna-se um “ator ativista”, assumindo o papel ativo na aproximação entre Estado e Sociedade e fazendo uso de uma “justiça distributiva”. Isto porque o Estado Social “distribuiu bens jurídicos de conteúdo material, disponibilizando a sociedade uma série de mecanismos institucionais (e processuais) adequados para protegê-la” (ISAIA, 2012, p. 150).

Entretanto, diante da grande gama de promessas oriundas principalmente da modernidade que não conseguiram ser cumpridas pelo Estado¹², o foco volta-se para o Poder Judiciário. Por este motivo, ao juiz “são conferidos” poderes de interferir em tarefas e atividades de outras instituições, sendo denominado de Juiz Hércules, aquele que “se submete

¹¹ Para Ost, o Juiz Júpiter é aquele que profere decisões desde cima, como se de um “Monte Sinai”, sendo que o direito adota a forma de lei e deste “foco supremo de juridicidade” emana o resto do Direito em forma de decisões particulares (OST, 1993, p. 170).

¹² Hommerding (2007, p. 25-26) refere que no caso do Brasil, a modernidade ainda não começou, já que este seria um país de modernidade tardia em que o *welfare state* não passou de um simulacro, onde a nação vive uma espécie de pré-modernidade, situação da maioria dos brasileiros explorados e excluídos socialmente. Complementa ainda que em especial nos países de Terceiro Mundo há uma evidente contradição entre o quadro social real e os textos das leis e da Constituição.

a trabalhos esgotadores de julgar e acaba a levar o mundo sobre seus braços estendidos” (OST, 1993, p. 170, livre tradução).

Este trabalho hercúleo assumido pelo juiz, contudo, gera o problema de que a atividade jurisdicional ultrapassa o controle na promoção e efetivação das políticas públicas sociais, sendo que ao juiz foi concedido o “poder criativo”, que “se justificaria pelo aumento do poder discricionário dos juízes oriundo da tentativa de implementação das políticas público-promocionais” (ISAIA, 2012, p. 153) do Estado Social. Nesse sentido, ao invés de romper com o paradigma da concepção sujeito-individualista oriunda do Estado Liberal, o direito permaneceu detido em uma concepção individualista e solipsista.

É neste meio que se oriunda o Estado Democrático de Direito, o qual possui como objeto principal a transformação do *status quo*, através de um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo a melhorias nas condições dos cidadãos.

Neste sentido, para Canotilho (1993, p. 43), o Estado Democrático de Direito é balizado “por uma *lei fundamental* escrita (constituição juridicamente constitutiva das “estruturas básicas da justiça”) e pressupõe um modelo de legitimação tendencialmente reconduzível à legitimação democrática”. Ou seja, o modelo deste Estado impõe necessariamente a existência de uma lei base, uma constituição, a qual estará ligada a democracia, uma vez que irá balizar e definir direitos e deveres, conforme a vontade popular, sendo, por este motivo, legitimamente democrática.

Tem-se, portanto, que o escopo do Estado Democrático de Direito é transformar a sociedade, atendendo suas expectativas frustradas com os modelos anteriores e concretizando direitos sociais sem, desta maneira, ignorar os direitos individuais típicos do modelo Liberal de Estado. A partir disso, o papel jurisdicional mais uma vez tenta se modificar, já que recebeu “tanto a função de zelar quanto a de implementar, a partir dos textos constitucionais, os direitos sociais” (ISAIA, 2012, p. 162).

Dessa forma, ao Poder Judiciário cabe a tarefa de efetivar as promessas não cumpridas da modernidade, sem que com isto, ressalte-se, seja retomado o modelo de juiz “Hércules”, detentor de todos os poderes e filiado à filosofia da consciência¹³ e à subjetividade. No mesmo sentido não se busca um juiz adstrito a mera aplicação do texto legal, já que esta figura surgiu em um contexto histórico diferenciado, onde era necessário o

¹³ A filosofia da consciência, em brevíssima explicação, refere-se ao paradigma da subjetividade, que surgiu na modernidade e é, basicamente, o esquema sujeito-objeto, em que o mundo é explicado e fundamentado pela razão. Neste sistema, o sujeito “muda de posição” em relação ao iluminismo, uma vez que passa a “assujeitar” as coisas. A fase posterior, oriunda do giro linguístico, ao contrário, tende a ver o ser humano com um sujeito no mundo, uma vez que ele é um ente que compreende a si mesmo (STRECK, 2013, p. 13-15).

predomínio do vetor “segurança” sob o vetor “justiça” (SILVA, 2006, p. 225-226). Para que uma decisão esteja adaptada ao Estado Democrático de Direito esta deve ser construída nos parâmetros impostos pela Constituição.

No entanto, esta não é uma realidade existente nos dias atuais, nos quais grande parte das decisões desconsideram o texto constitucional ou são proferidas com base na consciência do julgador. No intuito de que seja superado o paradigma da Filosofia da Consciência, na qual o juiz “decide conforme sua consciência”, embasado na razão, na subjetividade e em um sistema sujeito-objeto (STRECK, 2013, p. 100-120), é que se desenvolveram duas teorias, o procedimentalismo e o substancialismo¹⁴.

Conforme já mencionado, inúmeras decisões ainda não superaram o paradigma em que estão inseridas, sendo em grande parte das vezes baseadas na consciência e na vontade do julgador, o que se denomina de solipsismo. O Solipsismo é a crença de que, além de nós, só existem as nossas experiências. É a consequência extrema de se acreditar que o conhecimento deve estar fundado em estados de experiências interiores e pessoais, e de não se conseguir encontrar uma ponte pela qual esses estados nos deem a conhecer alguma coisa que esteja além deles. O solipsismo do momento presente estende este ceticismo aos nossos próprios estados passados, de tal modo que tudo o que resta é o eu presente (BLACKBURN, 1997, p. 367). Tal situação se agrava quando envolvem situações ainda não previstas na legislação infraconstitucional, mas cuja previsão constitucional é de uma garantia fundamental, como é a liberdade de expressão, em especial nos meio virtuais.

Incontáveis são as decisões proferidas envolvendo a retirada de conteúdo *online* ou de proibição de manifestação na *internet*, com base nos mais diversos fundamentos, sendo que várias destas acabam por ferir a garantia constitucional da liberdade de expressão. Felizmente, grande parte destas decisões é reformada em grau recursal.

Neste sentido, um caso específico referente a este tema que gerou grande repercussão nacional foi o da decisão do Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Limeira, em São Paulo. Apesar de o processo principal ser objeto de segredo de justiça, é sabido que o caso versa sobre um advogado que fez uso da *internet* e de redes sociais para criticar a atuação de um Promotor de Justiça, que o processou em âmbito cível e criminal em razão das “ofensas” (JUSTIÇA, 2013).

¹⁴ Devido à extensão e complexidade das teorias, não serão abordadas nesta pesquisa. Entretanto, ressalta-se que apesar das diferenças, ambas possuem o mesmo fim, qual seja, evitar modelos antidemocráticos e de juízos solipsistas.

O advogado é acusado de incurso no artigo 138 (crime de calúnia), por dez vezes; no artigo 139 (difamação), por 24 vezes; e no artigo 140 (injúria), por 07 vezes; todos cominados com o artigo 141, incisos II e III (crime cometido contra funcionário público no exercício das suas funções e na presença de várias pessoas por meio que facilite a divulgação dos crimes), na forma do artigo 69, todos do Código Penal (BRASIL, 1940).

O Ministério Público, em seus pedidos, requereu a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão visando a assegurar a proteção do Promotor Público, previstas nos incisos I, II e III, do artigo 319, do Código de Processo Penal. Assim, postulou-se o comparecimento periódico em Juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar suas atividades, a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares e proibição de postagem de qualquer comentário sobre o ofendido e o Ministério Público, por qualquer meio de comunicação, tais como redes sociais, sítios eletrônicos, blogs, bate papo, dentre outros, sob pena de decretação de prisão preventiva, nos termos do § 4º, do artigo 282, do Código de Processo Penal (BRASIL, 2013).

Entretanto, a decisão em primeiro grau, de caráter liminar e, portanto, sem ouvir o Réu, além de determinar que este comparecesse mensalmente em juízo para informar e justificar atividades, o proibiu de acessar todas as redes sociais da *internet* (BRASIL, 2013). Assim, o Réu ficou proibido de acessar o *Facebook*, o *Twitter*, o *Orkut*, o *MySpace*, o *Flixter*, o *Linkedin*, o *Tagged*, entre outros, uma vez que “os comentários depreciativos estão sendo feitos através da Internet (circunstâncias relacionadas ao fato), devendo o denunciado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações” (BRASIL, 2013). Determinou, ainda, que em caso de descumprimento, as medidas poderiam ser substituídas e cumuladas, além de, em último caso, ser decretada a prisão preventiva do Réu.

Diante da decisão judicial, o Réu impetrou *habeas corpus*, uma vez que alegou sofrer constrangimento ilegal em sua liberdade, direito fundamental individual previsto constitucionalmente. Como resultado, o Tribunal de Justiça concedeu a ordem para que todas as medidas impostas na ação penal fossem revogadas, cassando a liminar anteriormente deferida no próprio remédio constitucional que “reputou suficiente a proibição ao paciente de postagens de comentários, por qualquer meio de comunicação, relativos à vítima e ao Ministério Público, com o intuito de assegurar a honra do ofendido” (BRASIL, 2013).

A referida decisão de segundo grau, que por sua vez não se encontra sob segredo de justiça, utiliza como fundamento principal o fato de que a liberdade de expressão é direito fundamental do ser humano, sendo que deve ser analisada sob um viés constitucional que não venha a restringir o direito do cidadão.

Em seus fundamentos, o Relator Desembargador Marco de Lorenzi cita um trecho de uma decisão do Supremo Tribunal Federal que refere que o Poder Judiciário “não pode ser utilizado como instrumento de injusta restrição a essa importantíssima franquia individual cuja legitimidade resulta da própria declaração constitucional de direitos” (BRASIL, 2013), sendo que

nenhuma autoridade, por tal razão, inclusive a autoridade judiciária, pode prescrever (ou impor), segundo suas próprias convicções, o que será ortodoxo em política, ou em outras questões que envolvam temas de natureza filosófica, ideológica ou confessional, nem estabelecer padrões de conduta cuja observância implique restrição aos meios de divulgação do pensamento (BRASIL, 2013).

Complementa, ainda, que “a liberdade de manifestação do pensamento traduz prerrogativa político-jurídica que representa, em seu próprio e essencial significado, um dos fundamentos em que repousa a ordem democrática” (BRASIL, 2013). Isto porque a liberdade de expressão permite a deliberação e o debate, requisitos mínimos para a formação de uma opinião pública e, conseqüentemente, “uma diversidade máxima dos saberes, das ideias e dos recursos” (LÉVY, 2002, p. 31). Ou seja, a decisão repisa o entendimento de que a “democracia compreende, ao mesmo tempo, a ideia de liberdade e de inteligência coletiva¹⁵” (LÉVY, 2002, p. 31).

Dessa forma, ainda que não expressamente mencionado em suas razões de decidir, resta evidente que a decisão prolatada pelo Juízo de primeira instância levou em consideração suas convicções pessoais, destoando do ideário que deveria estar presente na fundamentação de uma decisão proferida em um Estado Democrático de Direito, como preleciona a Magna Carta. Ao que parece a decisão de primeiro grau, infelizmente, ainda se encontra adstrita aos ideários presentes no Estado Liberal e Social, uma vez que o “ato de julgar” ficou adstrito “à consciência do intérprete, como se o ato (de julgar) devesse apenas ‘explicações’ a um, por assim dizer, ‘tribunal da razão’ ou decorresse de um ‘ato de vontade do julgador” (STRECK, 2013, p. 18).

A decisão de segunda instância que cassou a decisão corrigiu a discricionariedade cometida pelo julgador anterior, a fim de que prevalecesse “a garantia fundamental inerente a

¹⁵ Por inteligência coletiva entende-se “uma inteligência difundida por toda parte, incessantemente valorizada, coordenada em tempo real, que resulta em uma mobilização efetiva das competências”. Ou seja, é um conhecimento que visa o enriquecimento mútuo das pessoas, que o constroem conjuntamente, sendo que o ciberespaço pode ser caracterizado como o ambiente móvel onde as interações entre conhecimentos e conhecedores podem encontrar-se (LÉVY, 2007, p. 31).

todo Estado Democrático de Direito, o direito ao livre pensamento, à livre manifestação” (BRASIL, 2013).

Vale ressaltar, por fim, que ainda que a decisão tenha garantido a concretização do direito fundamental à liberdade de expressão, restou claro que eventual violação de direitos de outros indivíduos à imagem e à honra, por exemplo, poderão ser objeto de nova demanda, cível ou criminal, e que as consequências dos ilícitos cometidos até então pelo Réu ainda serão de sua responsabilidade.

Portanto, a restrição da liberdade de expressão de forma generalista, como ocorreu na decisão do caso analisado, deveria sim ser objeto de reforma. Isto porque a liberdade de expressão é um direito fundamental do cidadão brasileiro, que deve sofrer restrições apenas quando entrar em conflito com direitos de terceiros, mas observando-se os parâmetros que o Estado Democrático permite, ou seja, em razão e em consonância com a Constituição Federal.

Ao proibir o Réu de acessar todas as redes sociais, não apenas sua liberdade de expressão foi suprimida, mas sua liberdade como um todo, já que, ainda que para uso de fins profissionais ou pessoais, o advogado não poderia ingressar em seus canais diários de comunicação.

A decisão de primeiro grau, desta forma, consistiu em uma afronta aos princípios constitucionais e direitos fundamentais considerados ainda de primeira geração. Ao privar o Réu do acesso da *internet*, o julgador agiu de forma contrária aos preceitos constitucionais e, aparentemente, de acordo com “sua consciência”, sendo, portanto, solipsista. Ocorre que esta “livre decisão” por parte do juiz acabou por cercear a livre expressão do acusado, ferindo seu direito fundamental da liberdade, que, como demonstrado, ainda não é objeto de proteção eficiente, mesmo que em um primeiro momento, por parte do Estado (Democrático de Direito).

CONCLUSÃO

Os direitos humanos fundamentais são classificados, por grande parte da doutrina, em três gerações, cada qual veiculada a um dos momentos da construção do Estado Moderno. Neste sentido, direitos de primeira geração possuem relação com os princípios do Estado Liberal, normalmente relativos à liberdade; os de segunda com o Estado Social, relacionado à palavra igualdade; e os de terceira geração, típicos do atual Estado Democrático de Direito, caracterizados pela palavra solidariedade.

O direito à liberdade de expressão, embora leve a palavra da primeira geração de direitos no nome, nos moldes do Estado Democrático Brasileiro, tem se mostrado também ligado a direitos de terceira geração, mormente se relacionado às novas formas de comunicação e informação. Neste sentido, a veiculação do direito de expressão à *internet* tem reformulado sua conceituação original de direito meramente burguês para conduzi-lo ao centro do atual cenário social.

Diante da complexidade que acompanhou a evolução deste direito, que acompanhou a evolução do Estado, tem-se que o Judiciário deve resolver as questões pertinentes a seu exercício de acordo com as diretrizes dadas pela Constituição Federal, no intuito de preservar os direitos de todas as partes envolvidas nos casos levados a sua apreciação.

Não foi este o entendimento, entretanto, do juiz do caso da Comarca de Limeira, em São Paulo, que, em medida liminar, proferiu uma decisão que cerceava o uso em absoluto de redes sociais de um indivíduo acusado de difamar, caluniar e injuriar o Promotor Público da cidade. Ao tentar proteger a vítima, o juiz acabou por atingir direitos fundamentais individuais do Réu, que teve afetada também sua vida pessoal e profissional diante da medida imposta.

Como analisado, em segundo grau, no julgamento de um *Habeas Corpus*, foi concedida ordem para a revogação de todas as medidas impostas pela primeira decisão, principalmente a que proibia o acesso do acusado à *internet*. Isto apontou que em um primeiro momento o Judiciário equivocou-se, fugindo dos preceitos constitucionais e julgando de acordo com os entendimentos pessoais do julgador.

Por certo, o solipsismo do julgador deste caso em específico não pode ser considerado uma amostra de todo o Poder Judiciário ou um retrato de todos os juízes. Entretanto, se casos como esse, de expressa violação de direitos constitucionalmente postos, ainda ocorrem, existem apenas duas opções para justificá-los: ou o Estado Brasileiro não se consolidou em sua caracterização de Estado Democrático de Direito ou alguns julgadores ainda não compreendem o inteiro teor e peso da palavra “liberdade”, utilizando-a apenas para justificar seus atos de “livre” consciência.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso de. **O Acesso a Terra no Estado Democrático de Direito**. Frederico Westphalen: URI, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da

Lei de Imprensa. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**, ano 4, v. 16, p. 59-102. Rio de Janeiro: Padma, 2003.

BLACKBURN, Simon. **Dicionário Oxford de Filosofia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 1997.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. 5 ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em 25 ago. 2013.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 05 ago. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Ação de *Habeas Corpus* nº 007320514.2013.8.26.0000. Ordem concedida que cassou a decisão liminar de primeiro grau e revogou as medidas impostas. Cassius Abrahan Mendes Haddad. Relator: Marco de Lorenzi. DJ, 26 jul. 2013. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/search.do?paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=SAJ&numeroDigitoAnoUnificado=&foroNumeroUnificado=&dePesquisaNuUnificado=&dePesquisa=0073205-14.2013.8.26.0000&pbEnviar=Pesquisar>>. Acesso em 15 ago. 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão Hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ISAIA, Cristiano Becker. **Processo civil e hermenêutica: a crise do procedimento ordinário e o redesenho da jurisdição processual civil pela sentença (democrática) liminar de mérito**. Curitiba: Juruá, 2012.

JUSTIÇA proíbe advogado de acessar redes sociais. 09 de abril de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-09/justica-proibe-advogado-criticou-mp-acessar-redes-sociais>>. Acesso em 15 ago. 2013.

LÉVY, Pierre. **A inteligência coletiva: por uma antropologia do ciberespaço**. 5 ed. São Paulo: Loyola, 2007.

LÉVY, Pierre. **Ciberdemocracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **O tempo das Reconfigurações do Constitucionalismo: os desafios para uma cultura cosmopolita**. São Paulo: LTR, 2011.

ONU. **Declaração Universal Dos Direitos Humanos**, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf>. Acesso em 08 ago. 2013.

OST, François. Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de Juez. In: **Doxa: Cuardenos de Filosofia del Derecho**, nº 14, Alicante, 1993. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01048841455381501310035/cuaderno14/doxa14_11.pdf>. Acesso em 15 maio 2013.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 10 ed. Madrid: Tecnos, 2010.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos humanos en la sociedad tecnológica**. Madrid: Editorial Universitas, 2012.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Substancialização e efetividade do direito processual civil** - A sumariedade material da jurisdição: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC. Curitiba: Juruá, 2011.

SANTOS, Paloma Maria; BERNARDES, Marciele Berges; ROVER, Aires José. **Teoria e prática de governo aberto: lei de acesso à informação nos executivos municipais da região sul**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e Ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado: novos paradigmas em face da globalização**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.