

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Repositório autorizado de jurisprudência
do Egrégio Supremo Tribunal Federal
Registro nº 25/99, de 22/04/1999
DJU nº 72, de 16/04/1999, p.1

Repositório autorizado de jurisprudência
do Egrégio Superior Tribunal de Justiça
Registro nº 37 – Portaria nº 1, de 26/10/1998
DJU de 05/11/1998, p.137 - Registro retificado
Portaria nº 9, de 14/06/1999 – DJ 22/06/1999

nº 76 abr./jun. 2020

Crimes cibernéticos e óbices ao cumprimento do Acordo de Cooperação Internacional (MLAT) com base nos *standards* de causa provável e liberdade de expressão do Direito estadunidense

Cybercrimes and impediments in enforcing the Mutual Legal Assistance Treaty due to American law standards of probable cause and freedom of speech

Ana Lara Camargo de Castro*

Sumário

1. Introdução. 2. Assistência judiciária mútua em matéria penal. 3. Obstáculos jurídicos ao cumprimento do MLAT. 4. Causa provável. 5. Liberdade de expressão. 5.1. Controle de constitucionalidade da limitação à liberdade de expressão. 5.2. Exceções à liberdade de expressão. 5.3. Categorias incômodas protegidas. 6. Desnecessidade de MLAT para empresa com agência, filial ou sucursal no Brasil. 7. Colaboração espontânea de provedores e cooperação do governo estadunidense. 8. Conclusão. Referências.

Resumo

O artigo explora as complexidades da cooperação internacional nas investigações de crimes cibernéticos em razão dos standards de liberdade de expressão e causa provável dos Estados Unidos. O trabalho apresenta o desenvolvimento dos testes estabelecidos pela Suprema Corte para determinação de causa provável. Adicionalmente, examina a extensão da liberdade de expressão no direito estadunidense, as possibilidades de controle constitucional de leis e regulamentos, e as categorias de discurso não protegido.

Abstract

The paper explores the intricacy regarding international cooperation in cybercrimes investigations due to freedom of speech and probable cause standards in the United States.

* *Master of Laws* em *Criminal Law*, pela *State University of New York – SUNY/Buffalo*. Especialista em Inteligência de Estado e Segurança Pública, com Direitos Humanos, pela Fundação Escola do Ministério Público de Minas Gerais. Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Membro Auxiliar do Conselho Nacional do Ministério Público. Professora de Pós-Graduação (EDAMP/ UNIGRAN, UCDB e IERB/FEMPERJ).

This work presents the development of the Supreme Court tests to determine probable cause. Additionally, it examines the extension of freedom of speech in the American Law, the possibilities for judicial review of unconstitutional statutes and governmental acts, and the categories of unprotected speeches.

Palavras-chave: Cooperação internacional com os Estados Unidos. Crimes cibernéticos. Causa provável. Liberdade de expressão.

Keywords: *International cooperation with the United States. Cybercrimes. Probable cause. Freedom of speech.*

1. Introdução

A apuração e o processamento de crimes cibernéticos são complexos devido à sofisticação do *modus operandi*, da grande facilidade de ocultação e da oportunidade de anonimato. Além disso, ainda que estabelecida a materialidade e a autoria, tais crimes impõem caminho tortuoso para a validação probatória e amiúde encontra óbice na insuficiência de conhecimento técnico dos investigadores e operadores do Direito. Ademais, tratando-se de empresas de tecnologia que controlam imensa gama de dados da população e, portanto, exercem poder cada vez menos limitado e mais relevante na dinâmica socioeconômica mundial, haverá enorme resistência no compartilhamento dessas ferramentas e informações com órgãos investigativos.

Inicialmente, há de se estabelecer na perspectiva deste artigo que quaisquer argumentos em defesa do amplo *free speech* são fortes, justos, relevantes, fundacionais da autonomia e da democracia. E, nesse sentido, todas as intervenções do poder público, em especial por seus braços coercitivos ou armados, devem ser restritas ao mínimo necessário, conservando-se a todo custo o delicado equilíbrio entre segurança e liberdade. Como disse Noam Chomsky, pensador sempre contrário à regulação estatal do pensamento e da manifestação:

Goebbels era favorável à livre expressão de pontos de vista que lhe agradavam. Stalin também. Mas se você realmente é favorável à livre expressão, isso significa que você é a favor da livre expressão precisamente para pontos de vista que você despreza. De outra forma, você não é favorável à livre expressão.¹

¹ Resposta do linguista, filósofo, sociólogo e ativista estadunidense Noam Chomsky a estudante que o questionava quanto a sua posição intelectual no chamado *affair Faurisson*, no qual ele defendia a liberdade de expressão do professor francês Robert Faurisson de afirmar a inexistência do Holocausto e publicar trabalhos sustentando tal ponto de vista. Não obstante Chomsky tenha afirmado reiteradamente sua posição contrária ao pensamento de Faurisson, e apenas favorável ao seu direito de externá-lo, a polêmica acarretou-lhe infundável controvérsia e indelével acusação de antissemitismo. O trecho citado neste trabalho foi extraído do documentário *Manufacturing Consent*, de 1992, dirigido por Mark Achbar e Peter Wintonick.

As grandes corporações de tecnologia, em especial as Big 9 – Google, Amazon, Apple, Facebook, Baidu, Alibaba, Tencent, IBM e Microsoft – têm ocupado, paulatinamente, grande parte do status historicamente reconhecido ao Estado no controle social (WEBB, 2019). Essa transferência de poder deriva da aquisição de poderio político, econômico e até afetivo alcançado pelo domínio, muitas vezes exclusivo, de dados e metadados dos usuários.

A capacidade de manipulação dessas empresas é, de fato, atentado civilizatório contemporâneo mais significativo do que os tradicionais golpes de Estado que regularmente embaraçavam a construção de democracias no século passado. Todavia esse poder é menos evidente por suscitar a violação da liberdade de pensamento por vias sutis, inusitadas, inovadoras que contam com a servidão voluntária do usuário, valendo-se da inteligência artificial, do manuseio de algoritmos, da aplicação de recursos de *big data* e do emprego de métodos de abordagem comportamental de diversos ramos científicos, como Economia, Biologia, Sociologia, Antropologia, Psicologia.

Essa admirável nova sociedade cibernética é *conundrum* tanto para a Filosofia quanto para os Direitos Humanos Internacionais. Debate que não cabe no reduzido espaço desde artigo que pretende, simplesmente, auxiliar no entendimento jurídico dos óbices à cooperação internacional, vale dizer, tornar mais simples a compreensão dos argumentos de Direito estadunidense utilizados pelas empresas transnacionais e pelo governo norte-americano para negarem colaboração com órgãos investigadores, Ministério Público e Poder Judiciário.

Se esses argumentos são válidos ou simples formas de se esquivar somente se pode apurar caso a caso, não há resposta única, pronta. Se, ao fim, o Supremo Tribunal Federal vai assegurar a ampla soberania nacional e dispensar definitivamente o acordo de cooperação (MLAT) para corporações com filial, sucursal, subsidiária ou representação local ainda não se sabe. Persistirão, de todo modo, outras empresas simplesmente internacionais.

O importante para o escopo deste trabalho é tornar claro que, para lidar com Direito estadunidense, o operador brasileiro precisa conhecê-lo com maior profundidade. E isso não é comum no Brasil que, costumeiramente, liga-se mais ao Direito europeu-continental. O propósito aqui é auxiliar nessa missão, simplificando os conceitos de causa provável e liberdade de expressão nos Estados Unidos para permitir melhor compreensão e maior qualidade técnica dos pleitos apresentados judicialmente nas temáticas cibernéticas.

2. Assistência judiciária mútua em matéria penal

Os caminhos para a cooperação jurídica internacional são: (a) a via diplomática, por meio da Chancelaria; (b) a autoridade central, por exemplo, por meio do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional da Secretaria Nacional de Justiça (DRCI/Senajus), no âmbito do Ministério da Justiça;

ou (c) a via direta, por meio de cooperação policial, ou entre Ministérios Públicos, ou entre autoridades administrativas semelhantes (COAF, RF etc.).

A autoridade central é comumente acionada para o cumprimento de cartas rogatórias do Poder Judiciário ou auxílio direto a investigações do Ministério Público ou das polícias. E os pedidos podem contemplar citações, intimações, notificações, oitivas, provas documentais, afastamento de sigilo bancário, fiscal e telemático, repatriação de ativos, bloqueio, sequestro, busca e apreensão de bens e valores, entre outros.

Em relação aos Estados Unidos, o Decreto 3.810/2001 regula o *Mutual Legal Assistance Treaty* (MLAT), a Assistência Judiciária em Matéria Penal, que em matéria de delitos cibernéticos tem como principais finalidades a obtenção de dados cadastrais, o registro de criação de sites, a lista de acesso de páginas hospedadas no exterior, a remoção de conteúdo ou a suspensão de sites.

Os formulários, em português e inglês, deverão conter: (a) o nome da autoridade que conduz a investigação, o inquérito (IP) ou procedimento de investigação criminal (PIC) ou a ação penal; (b) a descrição da matéria e da natureza da investigação ou da ação penal, incluindo, até onde for possível determiná-lo, o delito específico em questão; (c) a descrição da prova, informação ou outra assistência pretendida; e (d) declaração da finalidade para qual a prova, informação ou assistência é necessária.

Quando possível, a solicitação deve conter: a) informação sobre a identidade e a localização de qualquer pessoa (física ou jurídica) de quem se busca uma prova; b) informação sobre a identidade e a localização de uma pessoa (física ou jurídica) a ser intimada, o seu envolvimento com o processo e a forma de intimação cabível; c) informação sobre a identidade e a localização de uma pessoa (física ou jurídica) a ser encontrada; d) descrição precisa do local ou pessoa a serem revistados e dos bens a serem apreendidos; e) descrição da forma sob a qual qualquer depoimento ou declaração deva ser tomado e registrado; f) lista das perguntas a serem feitas à testemunha; g) descrição de qualquer procedimento especial a ser seguido no cumprimento da solicitação; h) informações quanto à ajuda de custo e ao ressarcimento de despesas a que a pessoa tem direito quando convocada a comparecer perante o Estado Requerente; e i) qualquer outra informação que possa ser levada ao conhecimento do Estado Requerido, para facilitar o cumprimento.

3. Obstáculos jurídicos ao cumprimento do MLAT

Não obstante à cooperação internacional disciplinada pelo Decreto 3.810/2001, estima-se que mais de setenta por cento das solicitações enviadas aos Estados Unidos remanesçam sem atendimento ao argumento de ausência de causa provável (*probable cause*), estabelecida na 4ª Emenda ou de ferimento à liberdade de expressão (*freedom of speech*), estabelecida na 1ª Emenda. No Brasil, ainda há muito desconhecimento quanto à fundamentação utilizada para a recusa das empresas, justamente pela falta de familiaridade com o direito estadunidense.

Nos anos que sucederam a independência das colônias britânicas, o antagonismo entre Federalistas e Antifederalistas eclodiu, aqueles buscando pacificação no fortalecimento de um governo nacional, estes sustentando a preservação da supremacia dos Estados. Com a vigência da Constituição em 1789, após longo processo de ratificação, em especial como resposta às críticas antifederalistas, James Madison, então Deputado por Virgínia, propôs rol de emendas à Constituição que configurasse conjunto de direitos mínimos dos cidadãos frente ao novo e fortalecido governo central que, aprovado, tornou-se a *Bill of Rights* do povo (CASTRO, 2019). A referida Carta de Direitos, na sua edição original de 1791, continha dez emendas à Constituição, sendo que a 1ª e a 4ª Emendas dispõem, respectivamente:

O Congresso não deverá fazer qualquer lei a respeito de um estabelecimento de religião, ou proibir o seu livre exercício; ou restringindo a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações de queixas.

O direito do povo à inviolabilidade de pessoas, casas, documentos e propriedade pessoal contra buscas e apreensões não razoáveis não deve ser violado, e não devem ser emitidos mandados a não ser com causa provável apoiada por juramento ou declaração e descrevendo especificamente o local da busca e as pessoas ou coisas a serem apreendidas.

Ao fim da Guerra da Secessão, em 1865, com a rendição dos escravocratas do sul do país, entraram em vigor as chamadas Emendas à Guerra Civil, entre elas a 14ª emenda, que impôs conjunto de direitos a ser oposto pelos cidadãos também em desfavor dos Estados e não apenas em face do governo federal. A 14ª emenda estabelece que não haverá privação de vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal e inaugurou a chamada doutrina da incorporação (*incorporation doctrine*) que, durante o século XX, permitiu que a Suprema Corte dos Estados Unidos (SCOTUS), paulatinamente, incorporasse contra os Estados quase todas provisões da Carta de Direitos, originalmente destinadas contra os poderes da União (CASTRO, 2019).

Em matéria de delito cibernético, as empresas sediadas nos Estados Unidos utilizam-se dos seus regramentos pátrios – e ainda de suas políticas internas específicas – para justificar a negativa do cumprimento de ordens judiciais ou a cooperação direta. Há colaboração eventual, por meio dos canais de diálogo disponibilizados pelas grandes empresas provedoras de aplicações, como por exemplo Facebook, Twitter ou Microsoft, mas nesses casos não se trata de parceria, mas de atendimento a demandas específicas que, em regra, encaixam-se nas exceções legais estadunidenses ou se amoldam aos interesses das próprias empresas.

Desse modo, é preciso melhor entender essas regras e o fundamento legal dessas recusas. Este artigo concentra-se na análise da legislação norte-americana incidente à matéria, mas não avança na miríade de regulamentos corporativos disponibilizados em forma de formulários de adesão (EULA).

4. Causa provável

A *probable cause* é o *standard* estabelecido na 4ª Emenda da Declaração de Direitos para a expedição de mandados de busca e apreensão de pessoas e coisas. É também o *standard* para busca e apreensão em situação de exceção à exigência de mandado, incluindo *arrest* (prisão).

Por ocasião da redação da *Bill of Rights* a preocupação dos *Framers* era no sentido de compensar o ressentimento das Colônias em relação ao Império Britânico que autorizava a seus soldados, munidos apenas de *general warrant* (mandado genérico), baseado em informações vagas e imprecisas, a adentrar quaisquer residências em busca de papéis ou quaisquer outras evidências de deslealdade à Coroa.

A 4ª Emenda contém, pois, proteção contra buscas e apreensões irrazoáveis, com ou sem mandado, e exigência de prévia obtenção de mandado específico e detalhado quanto ao que se busca e local de cumprimento, fundamentado em declaração juramentada (*affidavit* ou *sworn statement*).

Porém, a 4ª Emenda jamais conceituou causa provável e a construção do conceito se origina de sucessivas interpretações da Suprema Corte dos Estados Unidos ao longo da história. Destaca-se *Brinegar v. United States* (1949), caso referente a violação ao *Liquor Enforcement Act* de 1936, em que o veículo do acusado foi parado quase na divisa entre Oklahoma e Missouri e, em revista, no seu interior foram encontradas bebidas alcoólicas em contrariedade à referida lei.

Em *Brinegar*, a SCOTUS afirmou que existe causa provável quando os fatos e as circunstâncias, no âmbito do conhecimento do agente e sobre as quais ele tenha informação razoavelmente confiável, sejam, por si, suficientes para assegurar a crença por parte de pessoa de cautela razoável de que um crime está sendo cometido.

Em se tratando de *probable cause*, como o próprio nome sinaliza, está-se diante de probabilidades que não são técnicas e, sim, considerações de ordens fática e prática da vida cotidiana, diante das quais qualquer pessoa razoável e prudente agiria. A essência de todas as definições de causa provável é a base razoável para se acreditar na culpa (*reasonable ground for belief of guilt*).

Mais adiante, ao apreciar casos de causa provável para prisão sem mandado ou de expedição de mandado de busca e apreensão, a SCOTUS evoluiu para a elaboração de teste em duas etapas, no qual a justificativa deveria contemplar: (1) a revelação da base do conhecimento ou da conclusão fornecida pelo informante à polícia (*basis of knowledge*); e (2) o estabelecimento da confiabilidade (*reliability*) do informante ou da veracidade (*veracity*) do seu relato. É o que se extrai de *Aguilar v. Texas* (1964) e *Spinelli v. United States* (1969).

Em *Illinois v. Gates* (1983), todavia, a SCOTUS se distancia do teste estabelecido em *Aguilar* e *Spinelli* para doravante estabelecer que a base do conhecimento, a confiabilidade e a veracidade são, de fato, relevantes para a determinação da causa provável, porém, nenhum teste deve ser aplicado de forma rígida, prevalecendo a abordagem da “totalidade das circunstâncias” (*totality of circumstances approach*).

Desse modo, com a mudança de posicionamento havida em *Gates*, para a determinação da *probable cause* não há mais rigidez conceitual, articulada a partir de conjunto fixo de regras e o ponto nodal passa a ser a confiabilidade da informação como um todo. Para tanto contam, por exemplo, a identidade do informante, o histórico de confiabilidade estabelecido, a explicação da origem do conhecimento da informação, a predição acurada de comportamento geral, a predição específica de comportamento incriminatório, a corroboração por investigação policial independente etc.

A causa provável é, conforme *Gates*, conceito fluído, formulado com base em conclusões de senso comum acerca do comportamento humano. E lida, pois, com probabilidade e não certeza, em contexto factual específico.

Assim sendo, em matéria de cooperação jurídica internacional é preciso que todos os pedidos fundamentem adequadamente a causa provável de que o crime está sendo cometido, com respaldo na totalidade das circunstâncias, mas de forma a especificar com detalhamento a razão para o conhecimento da informação e seu grau de confiabilidade.

5. Liberdade de expressão

A liberdade de expressão é princípio fundacional dos Estados Unidos, estabelecido na 1ª Emenda da Declaração de Direitos, que garante aos cidadãos norte-americanos, primordialmente, o direito a criticar livremente o governo e suas instituições, sem medo de censura e perseguição cível ou penal. Em razão disso, o discurso – manifestado por fala, imagem, gesto ou escrito – não está em regra sujeito a limitação por agências governamentais ou seus servidores, sejam federais, estaduais ou locais, nos Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário.

O primeiro caso paradigmático em *freedom of speech* é *Schenck v. United States* (1919). Durante a Primeira Guerra Mundial, Charles Schenck e Elizabeth Baer distribuíram panfletos afirmando que o alistamento obrigatório (*draft*) violava a 13ª Emenda que proíbe servidão involuntária. O material distribuído conclamava à desobediência ao *draft*. Schenck e Baer foram processados por infração ao *Espionage Act* de 1917 por tentativa de insubordinação militar e obstrução ao recrutamento.

A Suprema Corte afirmou a constitucionalidade da referida lei e foi a primeira vez em que articulou o “*clear and present danger test*”, vale dizer, afirmou que a 1ª Emenda não protege discurso capaz de gerar perigo claro e atual da prática de mal que o Congresso tenha o direito de prevenir, inclusive comparando tais panfletos à situação de quem grita “fogo” em teatro lotado.

No mesmo ano, a SCOTUS julgou *Abrams v. United States* (1919), em que cinco imigrantes russos, quatro anarquistas e um socialista, protestavam contra o governo e disseminavam material clamando por greve geral nas fábricas de munição para prejudicar a ação bélica estadunidense na Alemanha, ao argumento de que além de matar os alemães, os norte-americanos iriam também eliminar os trabalhadores da Rússia Soviética, recém vinda da Revolução Bolchevique que depôs o Czarismo.

A Suprema Corte decidiu que as proteções à liberdade de expressão são reduzidas em tempos de guerra e consideraram a referida propaganda política como ameaça ao esforço bélico, em *clear and present danger* suficiente para atender ao standard estabelecido em *Schenck*. Também em 1919, no mesmo contexto da Primeira Guerra Mundial, a SCOTUS julgou *Debs v. United States* (1919), caso em que Eugene Debs havia feito discurso público incitando sua audiência à obstrução do recrutamento militar, mantendo sua condenação com base no *Espionage Act*, de 1917.

Em 1925, a SCOTUS julgou *Gitlow v. New York* (1925) que versava sobre a distribuição de Manifesto da Esquerda (*Left Wing Manifesto*) que clamava pelo estabelecimento do Socialismo por meio de greves e ações para deposição do governo. *Gitlow* foi o *landmark case* que incorporou a proteção da 1ª Emenda da Declaração de Direitos, no que tange à liberdade de expressão, para ser invocada contra os Estados e não apenas em desfavor da União (*doctrine of incorporation*).

Apesar da incorporação protetiva, a condenação de Benjamin Gitlow foi mantida em violação à *New York's Criminal Anarchy Law*, ao argumento de que o Estado pode punir manifestações que coloquem em risco as fundações do governo organizado e ameacem sua deposição por uso de força, violência ou quaisquer meios ilegais. O caso teve famoso dissenso do Ministro Oliver Wendell Holmes Jr. no qual afirmou que “em sentido estrito, a única diferença entre a expressão de opinião e a incitação é o entusiasmo do manifestante pelo resultado”. Para ele, “eloquência pode incendiar a razão”, mas o discurso em questão não se destinava a induzir imediata conflagração, mas propunha rebelião em tempo futuro e incerto, o que não atenderia o standard de perigo claro e atual exigido em *Schenck*.

Esses casos criminais definiram os primeiros contornos históricos da liberdade de expressão na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos. Com o passar dos anos, o teste *Schenck* foi sendo abandonado à medida que análises mais sofisticadas foram se tornando imperiosas para a solução de fatos intrincados e socialmente complexos, construindo-se, sucessivamente, categorias específicas de expressão que constituem exceções à liberdade constitucionalmente assegurada.

5.1. Controle de constitucionalidade da limitação à liberdade de expressão

O controle de constitucionalidade (*judicial review*) da limitação ao discurso por ferimento à 1ª Emenda é feito pelas Cortes estadunidenses por meio dos testes de: *vagueness*, *overbreadthness*, *strict scrutiny*, *intermediate scrutiny* e *reasonableness*, a partir das cláusulas de *Equal Protection* (não discriminação) e *Due Process* (devido processo)

das 5ª e 14ª Emendas à Constituição. O controle é difuso, feito por quaisquer juízes ou tribunais estaduais em relação às suas próprias Constituições ou à Constituição Federal; e por juízes ou tribunais federais em relação à Constituição Federal. A Suprema Corte faz esse controle após expedição de *writ of certiorari* – admissão recursal das decisões dos tribunais estaduais ou federais, em temáticas de significância nacional ou de uniformização, por no mínimo quatro dos nove ministros.

Os níveis de escrutínio variam conforme a classe de pessoas (*equal protection*) e a liberdade (*due process*) em análise. Em matéria de *equal protection*, por exemplo, submetem-se ao escrutínio estrito leis, regulamentos e decisões que possam discriminar pessoas por questões de raça, religião, origem étnica, imigração (e.g. regulação estadual de imigrantes legais); ao escrutínio intermediário leis, regulamentos e decisões que possam discriminar pessoas em razão de gênero, de legitimidade de nascimento, de imigração (e.g. regulação estadual de imigrantes ilegais); e ao escrutínio por base racional leis, regulamentos e decisões que possam discriminar em razão de deficiência, idade, preferência política e imigração (e.g. regulação federal de imigrantes). Em matéria de *due process*, por exemplo, submetem-se ao escrutínio estrito algumas leis, regulamentos e decisões relativos à liberdade de expressão e de imprensa, à livre associação, aos direitos dos acusados, ao direito ao voto; ao escrutínio intermediário algumas que esbarrem no direito à privacidade.

O Poder Judiciário analisa o interesse público evidenciado (proveito, vantagem, benefício, ganho, objetivo) e o design técnico da lei, regulamento ou decisão (seu *link*, nexos ou conexão com o interesse alegado), utilizando o critério de:

(a) *rational-basis* (base racional) ou razoabilidade (*reasonableness balancing*) quando há baixo nível de suspeita de interferência indesejável à proteção constitucional, bastando que o Estado demonstre interesse legítimo (*legitimate interest*) com a edição da lei, ato ou decisão, e que haja mero nexos racional (*rational link*) entre tal interesse e a lei, ato ou decisão;

(b) *intermediate scrutiny* (escrutínio intermediário) quando há médio nível de suspeita de violação à Constituição, sendo necessário que o Estado demonstre a existência de interesse importante, significativo (*important, significant interest*), devendo ser a lei, ato ou decisão substancialmente relacionada (*substantially related*) ao alcance de tal objetivo, e não mais onerosa que o necessário para atingi-lo; ou

(c) *strict scrutiny* (escrutínio estrito) quando há alto nível de suspeita, cabendo ao Estado demonstrar interesse ou vantagem realmente convincente (*compelling interest*) ou primordial (*overriding end*), devendo a lei, ato ou decisão ser estritamente confeccionada (*narrowly tailored*) para a obtenção do resultado, e o meio menos restritivo para atingi-lo (CASTRO, 2019).

Limitações à liberdade de expressão por meio de leis, regulamentos ou decisões baseados em conteúdo (*content-based*) em favor ou desfavor de pontos de vista ou opiniões (*view point discrimination*) recebem controle por escrutínio estrito (*strict scrutiny*), independentemente do local onde o discurso ocorra. Escrutínio estrito é

o critério que também se aplica a limitações legais, regulamentares ou decisórias de liberdade de expressão, em fórum público ou privado, baseadas em conteúdo (*content-based*) em razão da matéria (*subject-matter*) do discurso. Todavia, regulações de conteúdo neutro (*content-neutral*) pertinentes a data, local e forma de expressão, em fóruns públicos ou privados, recebem escrutínio intermediário.

Limitações a discurso que ocorra em ambiente governamental, não público, ou em locais subsidiados ou financiados com recursos públicos são controladas pelas Cortes por escrutínio estrito se se referirem a conteúdo relacionado a opinião ou ponto de vista; e por razoabilidade se versarem sobre conteúdo neutro ou relacionado a determinada matéria. Algumas manifestações não estão sujeitas à proteção constitucional, como obscenidade, solicitação ao crime, provocação para briga, pornografia infantojuvenil; ou têm proteção limitada como é o caso do discurso comercial ou propaganda (que em certos casos impõe escrutínio intermediário) e da difamação (que exige *mens rea* específica).

Vagueness doctrine se refere à análise da suficiência de precisão na redação de regulamentos ou de leis cíveis e penais para dar advertência (*fair warning; sufficient warning*) à pessoa média (comum, de inteligência ordinária) de que determinada conduta é permitida ou proibida, ou configura ilícito. A análise de conteúdo vago se destina a coibir a aplicação discriminatória ou arbitrária, e em Direito Penal estadunidense integra o conceito de Legalidade.

Overbreadth doctrine se refere à amplitude de lei ou regulamento que limite o direito de expressão de tantos indivíduos ao ponto de que sua existência no ordenamento se torne mais perigosa e violadora às liberdades constitucionalmente asseguradas do que a própria conduta que se quer individual ou isoladamente limitar.

5.2. Exceções à liberdade de expressão

Não obstante a vasta proteção à liberdade de expressão nos Estados Unidos há categorias de discursos não protegidas (*unprotected speeches*), para as quais a Suprema Corte admite restrição excepcional. Em regra, são manifestações consideradas de baixo valor ao status da 1ª Emenda. São elas:

(a) Difamação (*defamation*)

Afirmção falsa e pública feita sobre fato capaz de causar ofensa à imagem ou à reputação da pessoa representada; acarretar desprezo ou desrespeito do público em geral; ou causar prejuízo à profissão ou empresa do ofendido. A restrição abrange tanto *libel* quanto *slander*, sendo a primeira a afirmação difamatória por escrito, e a segunda oral. *Defamation* trata-se de asserção de fato desabonador ou ilícito, dirigida nominalmente a determinada pessoa ou com sua implicação direta.

Para configurar difamação – e não simples opinião (*opinion*) – o estado mental (*mens rea*) do autor, se pública a vítima, deve ser de conhecimento (*knowledge*) de

que os fatos alegados são inverídicos ou de grave negligência e desconsideração (*reckless disregard*) pela verdade; ou, sendo a vítima pessoa comum, ao menos simples negligência (*negligence*) em determinar a veracidade.

Em *Rosenblatt v. Baer* (1966), o Ministro Potter Stewart definiu que “o direito à proteção da reputação contra violação injustificada e dano injusto reflete simplesmente o conceito básico de dignidade essencial e valia de cada ser humano – conceito que está na raiz de qualquer sistema decente de liberdade ordenada”.

O caso paradigmático é *New York Times Company v. Sullivan* (1964). Durante a ascensão do *Civil Rights Movement*, o jornal *New York Times* publicou anúncio solicitando doações para auxiliar na defesa de Martin Luther King Jr. em acusações de perjúrio. O anúncio continha afirmações, algumas falsas, sobre a ação policial dirigida a estudantes que participavam de manifestações. O Comissário de Segurança Pública do Alabama, Lester Bruce Sullivan, sentiu-se ofendido com o criticismo da matéria, muito embora seu nome não fosse expressamente mencionado.

Após o NY Times recusar a retratação pleiteada, Sullivan processou civilmente o jornal e um grupo de pastores afro-americanos por *libel*, demandando reparação (*compensatory damages*) e indenização punitiva (*punitive damages*). Júri local fixou quinhentos mil dólares de valor total, o que foi confirmado pela Suprema Corte do Estado do Alabama. Todavia, a Suprema Corte dos Estados Unidos, por unanimidade, afirmou que para caracterizar a violação à 1ª Emenda quanto a pessoas públicas é necessário que a parte demonstre que o estado mental do agente (*mens rea*)² era *knowledge* ou *gross recklessness* (ou na linguagem tradicional da *common law*: *actual malice*), ou seja conhecimento da falsidade ou grave negligência quanto à apuração do conteúdo da afirmação. A SCOTUS reverteu a condenação e estabeleceu que em relação a agentes públicos, seja para o estabelecimento de *compensatory* ou *punitive damages*, é necessária a prova de *actual malice* (vale dizer, *knowledge* ou *reckless disregard*).

Em relação a *private individuals*, ou seja, indivíduos que não sejam agentes ou figuras públicas, a Suprema Corte entende que há maior necessidade de proteção, porque as pessoas comuns têm menos oportunidades para resposta do que pessoas públicas e, portanto, estão mais vulneráveis aos danos causados pela difamação. E por não se exporem, voluntariamente, ao risco de falsidades difamatórias, merecem maior compensação. Desse modo, no caso de pessoas comuns, os Estados não são obrigados a exigir o mesmo standard mental (*mens rea*) elevado para a responsabilização do autor do comentário por danos compensatórios. Todavia, não se admite responsabilidade objetiva pura nem o estabelecimento de indenização punitiva sem standard inferior a *knowledge* ou *gross recklessness* (*actual malice*), conforme *Gertz v. Robert Welch, Inc.* (1974).

² Em Direito estadunidense e para fim deste artigo entende-se como *elements of the offense* (elementos do delito) ou *elements of the crime* (elementos do crime) a estrutura bipartida: *actus reus* e *mens rea*, característica da *common law*. E não a estrutura tripartida clássica (dolo e culpa na culpabilidade) ou finalista (dolo e culpa no fato típico): fato típico, ilicitude e culpabilidade, característica de alguns países de *civil law*, como a Alemanha e o Brasil. Todavia, o Estatuto de Roma (Tribunal Penal Internacional), em vigor no Brasil desde 1º de setembro de 2002 (Decreto nº 4388/2002), utiliza-se da estrutura bipartida: elemento material e elemento mental (elemento psicológico), conforme seu artigo 30.

(b) Ameaças verdadeiras (*true threats*)

Ameaças sérias e deliberadas não estão no escopo da 1ª Emenda. Entretanto, hipérbolos, consistentes em exageros propositados para reforço de argumento dramático, são protegidas pela liberdade de expressão. O *leading case* é *Watts v. United States* (1969), em que Robert Watts, durante protesto no ano de 1966, teria ameaçado matar o Presidente dos Estados Unidos caso fosse forçado a servir e lutar na Guerra do Vietnam, afirmando que “se fosse obrigado a carregar um rifle o primeiro homem que gostaria de encontrar é L.B.J.” (“*If they ever make me carry a rifle the first man I want to get in my sights is L.B.J.*”), em referência a Lyndon Baines Johnson. A Suprema Corte, revertendo condenação da justiça federal, confirmada pela *United States Court of Appeals for the District of Columbia*, entendeu que se tratou de hipérbole política, firmando a necessidade de análise contextual para compreensão da natureza da afirmação. E esclareceu que a linguagem na arena política é com frequência vituperativa, abusiva e inexata.

Ao julgar *Virginia v. Black* (2003), a Suprema Corte afirmou que hipérbole política se distingue de ameaça verdadeira porque esta ocorre quando a pessoa pretende comunicar séria expressão de intenção de cometer ato de violência ilegal contra indivíduo em particular ou grupo de indivíduos. O comunicador não necessita pretender cumprir de verdade a ameaça, basta que seu discurso acarrete o medo da violência e a disrupção que esse medo provoca.

Em *Black*, houve o julgamento conjunto de Barry Black, Richard Elliot e Jonathan O’Mara que foram condenados criminalmente por lei do Estado da Virgínia que tipificava a queima de cruz na propriedade de terceiros, em vias ou espaços públicos. Em 1998, Black havia liderado reunião da Ku Klux Klan, com cerca de trinta participantes, no terreno de propriedade privada de um deles, próximo à via pública, na qual, além de ofensas e ameaças à comunidade afrodescendente e latina em geral (entre outras: “*I would love to take a .30/.30 and just randomly shoot the blacks*”), houve a queima de uma cruz enquanto os manifestantes cantavam *Amazing Grace* com uso de alto-falantes.

No mesmo ano, Elliot e O’Mara, que não eram membros da KKK, tentaram atear fogo em uma cruz no quintal de James Jubilee, afro-americano vizinho de Elliot. A queima foi parcial e a motivação fora reclamação que Jubilee havia recentemente feito à mãe de Elliot, porque ele efetuava disparos de arma de fogo no quintal da casa, em razão de praticar tiro como hobby.

A Suprema Corte do Estado da Virgínia havia declarado o tipo penal inconstitucional em violação à 1ª Emenda por se tratar de *content-based cross-burning statute*, vale dizer lei que restringe pelo conteúdo do discurso e não pela intenção do autor. Em resumo, o legislador estadual escolheu a queima de cruz como discurso ameaçador em si. A Suprema Corte, todavia, entendeu que a lei estadual pode, sim, limitar especificamente a queima de cruz por se tratar de forma particularmente virulenta de expressão, associada à história do reino de terror imposto pela Ku Klux Klan, remanescendo como símbolo de ódio potente e compartilhado entre grupos de determinada identidade e ideologia. Entretanto, a SCOTUS concluiu que a previsão

expressa da lei da Virginia no sentido de que a queima de cruz deve ser *prima facie* evidência da própria intenção de intimidar pessoa ou grupo (o ato por si autoriza, portanto, que os jurados possam inferir o dolo do autor) é inconstitucional por ser excessivamente ampla e inespecífica (*overbreadth doctrine*).

(c) Provocações para agressão ou tumulto imediatos (*fighting words*)

Palavras ou expressões proferidas cara-a-cara (*face-to-face personal insults*), que são inerentemente insultantes e tendentes a resultar em briga ou tumulto imediatos. A exceção é governada por *Chaplinsky v. New Hampshire* (1942), em que Walter Chaplinsky foi condenado por lei estadual que tipificava crime de proferir em via pública discurso intencionalmente ofensivo, irônico ou perturbador. Testemunha de Jeová, ele distribuía material na rua em favor da sua crença e em ataque a outras religiões, tendo também chamando o *marshal* local de “maldito gangster” e “maldito fascista”. A Suprema Corte manteve a condenação sustentando que esse discurso estava desprotegido constitucionalmente por acarretar ofensa direta ao seu alvo e ser capaz de provocar, de pronto, retorsão e perturbação da tranquilidade.

Em *Cox v. Louisiana* (1965), a SCOTUS esclareceu que o discurso indesejado que enseja controvérsia e polêmica não é inconstitucional, haja vista que a proteção assegurada pela 1ª Emenda tem exatamente como função convidar à disputa. Em 1961, o Reverendo Benjamin Elton Cox liderou grupo de cerca de dois mil afro-americanos que realizava protesto contra a prisão de vinte e três membros do *Congress of Racial Equality* (CORE) que haviam sido presos por piquete contra a segregação racial. Cox foi condenado por perturbação da tranquilidade e obstrução de via pública, condenação confirmada pela Suprema Corte de Louisiana. A Suprema Corte dos Estados Unidos declarou inconstitucional a lei estadual por violação aos seus direitos de expressão e assembleia.

A SCOTUS observou que a tipologia era vaga (*vagueness doctrine*), ou seja, imprecisa de modo a tornar seus termos incompreensíveis à pessoa média e, portanto, de inadmissível arbítrio do operador na sua aplicação. Afastou a definição legal estadual de perturbação da tranquilidade por permitir imputação genérica em casos de simples agitação, transtorno, inquietação, entrave, embaraço, interrupção.

E, da mesma sorte, afastou a imputação de obstrução de via pública por excessiva discricionariedade que a lei conferia às autoridades policiais, eis que o quarteirão junto à Corte local, embora lotado de pessoas portando cartazes e cantando, não estava inteiramente obstruído, e não havia essa intenção por parte do grupo que protestava. Desse modo, o discurso não poderia ser considerado violento ou provocador de violência, e em consequência silenciado, apenas porque algumas pessoas podem reagir violentamente a ele, eis que a incitação ao debate, ainda que exaltado, é parte constituinte da liberdade que a *Bill of Rights* pretendeu assegurar.

Em *Snyder v. Phelps* (2011), a Suprema Corte tornou a afirmar que a liberdade de expressão não pode ser restringida simplesmente porque é incômoda ou desperta desprezo. E afirmou que se há princípio fundamental subjacente à 1ª Emenda é

que o governo não pode proibir a expressão de uma ideia simplesmente porque a sociedade a considera ofensiva ou desagradável, citando *Texas v. Johnson* (1989), caso de profanação da bandeira norte-americana.

A SCOTUS sustentou que, em realidade, o ponto nodal de toda proteção à expressão é justamente blindar as escolhas de conteúdo que na visão de algumas pessoas são equivocadas ou mesmo nocivas, citando *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston, Inc.* (1995), caso de recusa de inscrição de grupo LGBT para participação em parada de veteranos de guerra no dia de Saint Patrick. Em *Hurley*, a SCOTUS, revertendo decisão da Corte Estadual, entendeu haver violação ao direito de expressão dos organizadores do evento (veteranos) na imposição da participação do grupo solicitante, cuja mensagem era o orgulho da origem irlandesa como homens e mulheres abertamente LGBT, portanto, sem qualquer correlação com a mensagem original que a parada pretendia transmitir.

(d) Incitação (*incitement*)

O discurso que milita em favor de uso de força, violência ou infringência à lei é protegido constitucionalmente, desde que tal militância não se destine à incitação imediata. *Brandenburg v. Ohio* (1969) é caso que dá clara dimensão da relevância do direito de expressão para o povo norte-americano. Clarence Brandenburg era líder da Klu Klux Klan no interior de Ohio e telefonou para um repórter de uma emissora de televisão de Cincinnati convidando para reunião do grupo que haveria em uma fazenda.

O repórter foi ao local acompanhado de *cameraman* e filmou o evento. Com base nas filmagens, Brandenburg foi condenado com base no *Ohio Criminal Syndicalism Statute* por militar dever, necessidade ou acerto da prática de crime, sabotagem, violência e terrorismo como meio de se obter reforma política, econômica ou social, e por voluntariamente se juntar a sociedade, grupo ou reunião de pessoas formada com o fim de ensinar ou militar doutrinas de sindicalismo criminal. A condenação foi mantida pela Corte de Apelação e também pela Suprema Corte de Ohio.

Um dos filmes mostrava doze figuras encapuzadas, algumas portando armas de fogo, reunidas no entorno de uma grande cruz de madeira, que eles queimaram. Palavras que puderam ser captadas eram derogatórias a afrodescendentes e judeus. Na sequência do mesmo filme, Brandenburg afirmava que não se tratava de organização vingativa, mas se o Presidente, o Congresso e a Suprema Corte continuassem a suprimir os direitos dos brancos, de raça caucasiana, retaliação seria possível. Outro filme mostrava seis figuras encapuzadas e Brandenburg falava que, pessoalmente, ele achava que o *nigger*³ deveria retornar para a África e o judeu para Israel. Alguns participantes carregavam armas, mas não o orador.

Por unanimidade, a Suprema Corte reverteu a condenação de Brandenburg, assegurando-lhe o direito de expressão. A SCOTUS declarou inconstitucional a lei

³ *Nigger* é insulto racial, derivado do latim *niger*, negro. Palavra usada nos Estados Unidos em contexto pejorativo e depreciativo, referida atualmente com “*the N-word*”.

estadual por ser excessivamente ampla (*overly broad*) e proibir, sob pena de sanção penal, mero discurso de militância violenta ou sindicalismo criminal e o direito de assembleia para defender tal ação, sem fazer distinção entre defesa e ensino abstrato dessas práticas, e incitação. Constitui, portanto, exceção à proteção o discurso que defende uso da força ou violação à lei que: (a) seja direcionado a incitar ou promover iminente ação ilícita; ou (b) seja capaz de incitar ou promover esse tipo de ação.

(e) Obscenidade (*obscenity*)

Material sexualmente explícito é protegido pelo direito de expressão da 1ª Emenda, desde que não seja obsceno. O teste de obscenidade foi estabelecido em *Miller v. California* (1973). Marvin Miller foi condenado por distribuição de material obsceno, conforme lei do Estado da Califórnia, por postagem (correios) não solicitada de propaganda de venda de material ilustrado sexualmente explícito – quatro livros de conteúdo adulto intitulados: “*Intercourse*”, “*Man-Woman*”, “*Sex Orgies Illustrated*” e “*An Illustrated History of Pornography*”; e um filme intitulado “*Marital Intercourse*”.

Historicamente, os casos envolvendo a temática de pornografia eram regulados por *Roth v. United States* (1957) e *Memoirs v. Massachusetts* (1966). Em *Roth*, a Suprema Corte havia estabelecido que todas as ideias que possam ser redimidas pela mínima importância social, ainda que não ortodoxas, controversas e odiosas em relação às opiniões prevalentes em determinado contexto, todavia, a história da 1ª Emenda implica a completa rejeição da obscenidade como forma de expressão protegida constitucionalmente.

A SCOTUS fixou em *Roth* que o teste para se aferir tal obscenidade seria: “se para a pessoa média, aplicando standards comunitários contemporâneos, o tema dominante no material em análise, considerado como um todo, apela ao interesse lascivo”. *Roth* estabeleceu teste a partir da pessoa média, vale dizer, pessoa hipotética razoável e de boa-fé, descartando parametrizar a partir de percepções de pessoas particularmente sensíveis por moralismo, religiosidade ou outros fatores. E exigiu também que a conclusão fosse obtida quanto ao tema dominante no material como um todo e não apenas diante de trechos isolados.

Em *Memoirs*, a SCOTUS avançou em *Roth* e estabeleceu novo teste, agora em três etapas. Deve ser estabelecido que: (a) o tema dominante do material, considerado como um todo, apela a interesse lascivo em sexo; (b) o material é patentemente ofensivo porque afronta os standards comunitários contemporâneos em relação à descrição ou representação de assuntos sexuais; e (c) o material é totalmente sem valor social redentor (*utterly without redeeming social value*). Assim é que enquanto *Roth* presumia a ausência mínima de valor social diante de qualquer material obsceno, *Memoirs* passou a requerer a prova de que o material seja irremediavelmente sem valor social.

Em *Miller*, a SCOTUS abandonou o teste *Memoirs* e concebeu novos parâmetros para o teste de obscenidade. As diretrizes para se aferir a possibilidade de regulação estatal passaram a ser: (a) se a pessoa média, aplicando standards contemporâneos

da comunidade, acharia que o trabalho, como um todo, apela a interesse lascivo (*prurient appeal*); (b) se o trabalho descreve ou representa, de forma patentemente ofensiva, conduta sexual especificamente definida em lei estadual (*patent offensiveness*); e (c) se o trabalho, analisado com um todo, carece de sério valor literário, artístico, político ou científico.

O teste *utterly without redeeming social value* foi afastado em *Miller*. E a SCOTUS definiu que a análise dos critérios para definir o que é "*prurient appeal*" e "*patent offensiveness*" pode ser feita com base nos standards prevalentes na comunidade local, e não nacional.

O teste *Miller* ainda é autoridade governante em obscenidade, muito embora a problemática seja histórica e insolúvel, como disse o Ministro Potter Stewart, em *Jacobellis v. Ohio* (1964)⁴, a Suprema Corte está "diante da tarefa de tentar definir o indefinível" ("*faced with the task of trying to define the undefinable*"). Ou como disse o Ministro John Marshall Harlan II, em *Interstate Circuit, Inc. v. City of Dallas* (1968)⁵, trata-se do "intratável problema da obscenidade" ("*intractable obscenity problem*").

Mais à frente, em *Pope v. Illinois* (1987), a Suprema Corte explicitou que as duas primeiras partes do teste *Miller* – *prurient appeal* e *patent offensiveness* – devem ser julgadas conforme os padrões contemporâneos da comunidade local, porém, a terceira parte – *serious literary, artistic, political, or scientific value* – deve ser determinada com base na pessoa razoável (*reasonable person*)⁶ hipotética, ou seja, em se saber se essa pessoa abstrata, média e correta, encontraria valor no material em análise. *Pope* versava sobre instruções dadas aos jurados quanto à aplicação integral do teste *Miller* com base nos parâmetros da comunidade local, no julgamento de Richard Pope e Charles Morrison, proprietários de uma loja de revistas e livros de conteúdo adulto.

Não há conceituação definitiva para atribuir sério valor a determinada expressão erótica ou pornográfica. E com o advento da internet, a Suprema Corte identificou em *Ashcroft v. American Civil Liberties Union* (2002), a problemática de não haver standard nacional para definição de obscenidade online. Em teoria, o teste *Miller* poderia atingir a quase totalidade dos produtores e distribuidores de pornografia *hardcore*, bem como alguns de conteúdo *softcore*, além de boa parte de material *realcore*⁷, mas, na

⁴ Caso em que a Suprema Corte reverteu condenação de Nico Jacobellis, gerente de um cinema em Cleveland Heights, no Estado de Ohio, pela exibição do filme francês *Les Amants*, do diretor Louis Malle.

⁵ Caso em que a Suprema Corte reverteu, por violação à 1ª Emenda e *vagueness*, proibição de exibição do filme francês *Viva Maria*, do diretor Louis Malle, baseada em censura do *Motion Picture Classification Board* da cidade de Dallas, no Estado do Texas.

⁶ O *standard* de *reasonable person* (pessoa razoável) refere-se ao padrão mediano racional de atenção, cautela, conhecimento, experiência, consciência, informação, senso de justiça e imparcialidade conjecturado como adequado por parte de uma pessoa hipotética razoável. Não se refere a estudo estatístico ou empírico da média do conjunto social, mas à razoabilidade socialmente esperável de pessoa abstrata ordinária e de boa-fé. É *standard* objetivo e não subjetivo, pois não leva em consideração intenção, pensamento ou estado mental específico ou particular de qualquer pessoa. Tampouco depende de inteligência, temperamento ou maturidade. É misto de pessoa média com pessoa ideal. Em resumo, é a personificação do parâmetro de alguém tanto comum quanto correto.

⁷ *Hardcore*: expressão utilizada para descrever produção comercial de sexo explícito, com atuação desempenhada para a câmera e com uso de recursos técnicos de luz, som, maquiagem, cenário, edição

prática, não há consenso quanto ao que é realmente obsceno e censurável, e nem grande interesse governamental de restrição nessa temática, para além dos contextos de pornografia infantojuvenil e tráfico de pessoas.

O indefinível e intratável, do ponto de vista conceitual, talvez continue sendo analisado pelo standard "*I know when I see it*", imortalizado pelo Ministro Potter Stewart em *Jacobellis*, ao afirmar que, com base nas 1ª e 14ª Emendas, as leis penais nessa área eram constitucionalmente limitadas à pornografia *hardcore* e que ele não faria tentativa de definir que tipo de material estaria contemplado nessa descrição, porque talvez jamais fosse bem-sucedido em fazê-lo de forma inteligível, mas sabia quando via.

O Congresso norte-americano realizou algumas tentativas de restrição de conteúdo sexual a menores na internet. Em 1996, o *Communications Decency Act* (CDA) tornou ilícito a provedores de conteúdo, comercial ou não, o envio ou a exibição a menores de dezoito ano de qualquer comentário, solicitação, sugestão, oferta, imagem ou outra comunicação que, em contexto, represente ou descreva, em termos patentemente ofensivos, medidos por standards comunitários contemporâneos, atividades ou órgãos sexuais ou excretorios. E, também, tornou ilícita a transmissão de material obsceno ou indecente a menores de dezoito anos.

Contudo, em *Reno v. American Civil Liberties Union* (1997), a ACLU obteve cautelar (*preliminary injunction*) contra o governo federal, representado por Janet Reno, então *Attorney General of the United States*, proibindo a aplicação dos citados dispositivos do CDA. O caso chegou à Suprema Corte que, por unanimidade, julgou tais provisões do CDA inconstitucionais. Primeiro, porque *indecent transmission* e *patently offensive display* são expressões por demais vagas (*vagueness doctrine*), não definidas com precisão no texto legal.

No entender da SCOTUS o legislador deixou de conceituar o que é indecente para fim de aplicação da lei e não há parâmetro conceitual em *Miller*, porque lá a conceituação é de obscenidade e não de indecência. Ademais, a SCOTUS considerou que o termo patentemente ofensivo também não foi associado a qualquer standard, porque em *Miller*, diversamente, a ofensividade patente é relativa à conduta sexual especificamente definida em lei estadual. A SCOTUS ainda observou que *Miller* versa sobre prática sexual e não engloba a mera exibição de órgãos sexuais ou excretorios. Para a Suprema Corte, embora o governo tenha legítimo interesse na proteção de menores em relação a materiais potencialmente danosos, o CDA perseguia tal interesse por meio da supressão de enorme quantidade de expressão que adultos têm direito constitucional de enviar e receber, o que o torna de amplitude sem precedentes e seu ônus ao *adult speech* inaceitável.

Não obstante, é imperioso saber que, apesar de declaradas inconstitucionais as tipificações *anti-indecency* retromencionadas, o CDA continuava sendo a legislação

etc. *Softcore*: expressão utilizada para descrever produção comercial de sexo simulado, com atuação desempenhada para câmera e com uso de idênticos recursos técnicos. *Realcore*: expressão utilizada para descrever produção amadora de sexo – explícito ou não – realizada por pessoa comum, "real", sem recursos técnicos específicos.

mais importante de proteção ao *freedom of speech* na internet. Isso porque o seu parágrafo 230⁸ subsistiu e é exatamente o dispositivo legal que isenta provedores de responsabilidade pelo conteúdo da publicação de terceiros. Assim dispõe o CDA: nenhum provedor ou usuário de serviço interativo de computador deverá ser tratado como editor ou autor de qualquer informação fornecida por outro provedor de conteúdo de informação.

Nos Estados Unidos, impera a liberdade de expressão, de modo que nenhum provedor pode agir como bom samaritano⁹, bloqueando ou filtrando por iniciativa própria qualquer material ofensivo, por implicar em violação à 1ª Emenda e acarretar responsabilidade civil. O CDA contém previsão expressa de hipótese de isenção de responsabilidade civil pelo bloqueio ou filtro, em caso de boa fé, na restrição de disponibilidade de conteúdo considerado obsceno, libidinoso, lascivo, ultrajante, excessivamente violento, perturbador ou de alguma força objetável.¹⁰

Em 1998, o Congresso editou o *Child Online Protection Act (COPA)*, de 1998, que restringiu o acesso a materiais comercialmente distribuídos que fossem prejudiciais a menores com base em standards comunitários contemporâneos. A legislação chegou à Suprema Corte pela primeira vez em *Ashcroft v. American Civil Liberties Union* (2002). A *ACLU* obteve na justiça federal a declaração de inconstitucionalidade do COPA por violação à 1ª Emenda, eis que o fundamento em “standards comunitários” para definição do que seria “prejudicial” a menores seria excessivo amplo e invadiria liberdade de expressão protegida (direito ao acesso do material por adultos), ou seja, a lei permitiria que material que fosse considerado ofensivo em comunidades mais puritanas se tornasse inacessível a comunidades mais tolerantes. O Terceiro Circuito federal confirmou a decisão da primeira instância, julgando que a expressão “standards comunitários” do COPA era inconstitucional por excessiva amplitude (*overbreadth doctrine*).

Contudo, a Suprema Corte entendeu que, *per se*, o fundamento em “standards comunitários” para definir o que é “prejudicial” a menores não tornava a legislação inconstitucional. E devolveu ao Terceiro Circuito Federal para apreciação da legislação por eventual excessiva amplitude (*overbreadth doctrine*) por outros motivos que não o ‘standard comunitário’ ou tipificação e conceituação vagas (*vagueness doctrine*). Entretanto, no seu dissenso, o Ministro John Paul Stevens já alertou que “no contexto

⁸ 47 U.S. Code §230 [...]

(c) Protection for “Good Samaritan” blocking and screening of offensive material

(1) Treatment of publisher or speaker

No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider.

⁹ Tradução literal de “Good Samaritan”, expressão constante da redação do §230 CDA em referência à parábola contida no Evangelho de Lucas, no Novo Testamento (Lucas 10:25-37).

¹⁰ (2) Civil liability No provider or user of an interactive computer service shall be held liable on account of—
(A) any action voluntarily taken in good faith to restrict access to or availability of material that the provider or user considers to be obscene, lewd, lascivious, filthy, excessively violent, harassing, or otherwise objectionable, whether or not such material is constitutionally protected; or

(B) any action taken to enable or make available to information content providers or others the technical means to restrict access to material described in paragraph (1).

cibernético, ‘standards comunitários’ tornam-se espadas ao invés de escudos, eis que se um conteúdo lascivo é ofensivo a uma cidade puritana, pode se tornar crime publicá-lo na internet”.

Dois anos depois, o caso retornou à Suprema Corte, em *Ashcroft v. American Civil Liberties Union* (2004), porque o Terceiro Circuito tornou a julgá-lo inconstitucional por violação ao teste de escrutínio estrito em razão de não ser confeccionado de forma delimitada, proibindo, portanto, os provedores de publicar conteúdo que adultos teriam direito a acessar. A referida Corte de Apelação entendeu ainda que havia meios menos restritivos à liberdade de expressão com idêntica eficácia, como o uso de filtros monitorado pelos pais, o que tornava a legislação por demais abrangente (*overbreadth doctrine*). O julgamento foi confirmado pela Suprema Corte.

Ainda em 1998, o Congresso editou o *Child Online Privacy Protection Act* (COPPA), que impôs obrigações aos sites dirigidos a crianças ou que delas coletem dados ou informações no sentido de adotar políticas de privacidade bem definidas, com exigência de coleta de permissão de pais ou responsáveis. O COPPA também definiu restrições para marketing. A lei ainda está em vigor e se aplica a menores com treze anos ou idade inferior.

Em 2000, entrou em vigor o *Children’s Internet Protection Act* (CIPA), que impôs às bibliotecas públicas e escolares, que recebam subsídio do programa governamental E-rate (para expansão de acesso à tecnologia), implementação de bloqueio ou filtro para acesso a material visual obsceno ou prejudicial a menores. A constitucionalidade da lei foi confirmada pela Suprema Corte em *United States v. American Library Assn., Inc.* (2003).

A Scotus entendeu não haver violação à 1ª Emenda porque a finalidade das bibliotecas não é dar acesso a terminais a fim de criar fórum público para que provedores de conteúdo se expressem e, sim, facilitar pesquisa, aprendizado e propósitos recreativos de qualidade apropriada, sendo que o mesmo filtro de material a ser disponibilizado é feito por bibliotecas físicas e não apenas virtuais. No entanto, importa observar que, de maneira geral, a Suprema Corte não admite censura literária a bibliotecas promovida por agentes governamentais ou conselhos de educação, como se vê em *Board of Education, Island Trees Union Free School District n° 26 v. Pico by Pico* (1982).

(f) Fraude (*fraud*) e comércio (*commercial speech*)

O discurso que se destina a transações comerciais e à propaganda recebe menor proteção que o discurso político. Em regra, leis e regulamentos podem banir manifestações fraudulentas, destinadas a enganar o consumidor, conforme decidiu a Suprema Corte em *Illinois ex rel. Madigan v. Telemarketing Assocs.* (2003), caso referente a solicitações por telefone de doação para entidade de veteranos e desinformação aos doadores quanto ao percentual arrecadado que seria efetivamente destinado a caridade.

Porém, eventual restrição de anúncio, ainda que com propósito puramente econômico, é inconstitucional por violação à 1ª Emenda, eis que o estímulo à competitividade e ao livre fluxo de informação comercial é do interesse também do

consumidor e da sociedade em geral, como se vê em *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc.* (1976), caso referente a anúncio de preços de medicamentos por farmacêuticos.

A constitucionalidade da manifestação de cunho comercial que não seja falsa ou enganosa e não verse acerca de atividades ilícitas é controlada por escrutínio intermediário, ou seja, a restrição governamental deve atender a interesse governamental substancial e ser diretamente dirigida a tal fim, conforme os precedentes *Central Hudson Gas & Electric Corporation v. Public Service Commission of New York* (1980) e *Zauderer v. Office of Disciplinary Counsel of Supreme Court of Ohio* (1985).

(g) Solicitação para cometer crime (*solicitations to commit crimes*)

Discurso falado ou escrito que é parte integrante de conduta criminal (*speech integral to criminal conduct*) não é protegido pela 1ª Emenda, conforme *Giboney v. Empire Storage & Ice Co.* (1949). E, nesse sentido, estão incluídos convites e conspirações para cometimento de crimes, e ofertas ou demandas de material ilícito.

(h) Perjúrio (*perjury*)

A afirmação falsa, feita sob juramento ou compromisso com a verdade, em procedimentos legislativos e governamentais ou processos judiciais não protegida constitucionalmente. Em Direito Penal estadunidense, em regra, só se configura o tipo penal de perjúrio se essa falsidade for relativa a elemento essencial relevante à decisão ou ao resultado do julgamento. De igual sorte, a Suprema Corte não admite proteção ao falso testemunho feito a agentes governamentais em assuntos oficiais ou a falsa personificação de agente governamental.

Porém, a SCOTUS reconhece que afirmações falsas em geral, na interação social cotidiana, são inevitáveis e compõem o contexto de proteção da 1ª Emenda para garantir a expressão vigorosa e aberta de pontos de vistas em conversas públicas ou privadas, como se vê em *United States v. Alvarez* (2012), caso em que o acusado Xavier Alvarez em evento público se apresentou como militar reformado (“*retired marine of 25 years*”) e recebedor da *Congressional Medal of Honor*.

(i) Pornografia infanto-juvenil (*child pornography*)

A categoria é governada pelo caso *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747 (1982). Paul Ferber, proprietário de loja especializada em material sexual, vendeu dois filmes a policial *undercover* que continham masturbação de meninos. Ferber foi condenado por lei antipornografia infantojuvenil do Estado de Nova Iorque que tipificava distribuição ou comercialização desse material, por se tratar de promoção de performance sexual de menor com idade inferior a dezesseis anos. Em *Ferber*, a Suprema Corte reconheceu a pornografia infantojuvenil como categoria excepcional de discurso não protegido constitucionalmente, e entendeu que o teste estabelecido em *Miller*, para obscenidade,

não seria suficiente para solucionar essa problemática específica relativa ao bem-estar de crianças e adolescentes e ao caráter criminoso de tais produções.

A SCOTUS definiu que o controle de eventual excessiva amplitude (*overbreadth doctrine*) ou conceituação vaga (*vagueness doctrine*) de tais leis deverá ser feita caso-a-caso, sendo que a lei em análise no caso concreto era redigida de forma suficientemente acurada para não englobar material de sério valor literário, científico ou educacional. De fato, a lei do Estado de Nova Iorque era específica quanto à idade dos participantes na performance sexual (abaixo de dezesseis anos) e detalhada quanto à descrição do que constitui "*sexual performance*" e "*sexual conduct*", sendo "performance sexual" aquela que inclui "conduta sexual" e esta como sendo real ou simulada apresentação de intercursos sexual, intercursos sexual desviado, bestialismo, masturbação, abuso sadomasoquista ou exibição lasciva de genitais. A Suprema Corte manteve idêntico posicionamento ao julgar *United States v. Williams* (2008), referente à constitucionalidade da lei federal denominada "*The Protect Act*".

5.3. Categorias incômodas protegidas

Importa observar que, fora das categorias consideradas de baixo valor apresentadas no tópico anterior, quase todas as restrições de manifestação baseadas em opinião ou conteúdo são presumidamente inconstitucionais. E, inclusive, algumas formas de expressão inoportunas, ofensivas e até mesmo agressivas encontram forte proteção da 1ª Emenda e, portanto, quaisquer limitações legais ou regulamentares devem ser minuciosamente elaboradas, sob pena de declaração de inconstitucionalidade, eis que não se encontram em nenhuma das categorias não protegidas definidas pela Suprema Corte.

Nesse sentido, o discurso indecente (*indecent speech*) por disseminação de ideias ou imagens vulgares, sexualmente explícitas ou de gosto duvidoso está protegido pela 1ª Emenda. A limitação discursiva só se admite à obscenidade, conforme o teste *Miller*, e não à indecência. Da mesma forma, o chamado discurso de ódio (*hate speech*), entendido como aquele intolerante a cor, etnia, religião, gênero, orientação sexual, política, faixa etária, classe social não é categoria de exceção a discurso protegido, exceto se constituir (a) ameaça verdadeira; (b) incitação ao uso imediato de força, violência ou infringência à lei; ou (c) provocação à agressão ou tumulto imediatos.

Para além de *Brandenburg v. Ohio* e *Texas v. Johnson* já vistos neste trabalho, também servem à compreensão outros destacados julgamentos da Suprema Corte, como *Tinker v. De Moines Independent Community School District* (1969), assegurando o direito de estudantes a usarem na escola pública faixa preta no braço em protesto à Guerra do Vietnã; ou *R.A.V. v. City of Saint Paul* (1992), caso em que sete adolescentes

queimaram uma cruz no gramado de uma família afrodescendente e foram autuados com fulcro em legislação que proibia “ostentação de símbolo que se sabe causar raiva, alarme ou ressentimento com base em raça, cor, credo, religião ou gênero”, e SCOTUS decretou a inconstitucionalidade da ordenança em razão de restringir conteúdo com base em desaprovação das ideias expressadas.

É ainda relevante o caso *Termiciello v. Chicago* (1949), em que o Padre Arthur Termiciello discursou em fúria para centenas pessoas se utilizando de elementos de discriminação contra grupos políticos e étnicos – comunistas, ateus, russos, judeus sionistas, e a Suprema Corte invalidou a legislação de perturbação da tranquilidade (*breach of peace*) por violação à 1ª Emenda, afirmando que “a vitalidade das instituições civis e políticas depende da livre discussão e o discurso só pode ser restringido quando for capaz de produzir perigo claro e atual de mal sério e substancial que se eleve muito acima do incômodo, contrariedade ou agitação pública”. O Ministro William O. Douglas salientou que a função da liberdade de expressão no sistema norte-americano é justamente convidar ao debate. E, portanto, serve melhor ao seu elevado propósito quando induz condição de desconforto, cria insatisfação com o estado de coisas como estão, ou mesmo induz as pessoas à ira.

É também emblemático o caso *Cohen v. California* (1971), assegurando a Paul Cohen o direito de usar em prédio público judicial jaqueta com a frase “*Fuck the Draft. Stop the War*” (“Foda-se o alistamento. Pare a Guerra”). Em *Cohen*, a Suprema Corte esclareceu que a 1ª Emenda não protege apenas ideias que se podem precisar, mas também emoções não concretamente explicáveis, até porque as palavras são frequentemente escolhidas tanto pela força emotiva quanto cognitiva que pretendem expressar. E não raro a emoção é justamente o elemento mais importante da mensagem que se pretende comunicar. O Ministro John Marshall Harlan consagrou o caso com a frase “*one man’s vulgarity is another’s lyric*” (“a vulgaridade de um homem é a lírica de outro”).

Todas as restrições de perturbação da tranquilidade (*breach of peace*) e assédio (*harassment*) em geral devem ser cuidadosamente elaboradas, pois, não podem ser amplas a ponto de contemplar hipóteses de crítica, humor, repulsa com base em simples conteúdo por mais ofensiva que seja a manifestação. São admitidas limitações em ambiente laboral que contenham ameaça de represália ou uso da força, ou promessa de benefícios, conforme estabelecido em *National Labor Relations Board v. Gissel Packing Co., Inc* (1969). Outras formas de assédio, inclusive sexual, em ambiente escolar também podem gerar responsabilidade à unidade estudantil, quando a conduta for severa e objetivamente ofensiva o suficiente para prejudicar a experiência educacional da vítima e, portanto, negar a ela oportunidades iguais de acesso à educação, conforme *Davis v Monroe County Board of Education* (1999).

Na mesma linha, encontra-se a expressão de violência, como ocorre em manifestações supostamente artísticas, desportivas ou de lazer, como no caso dos videogames, para a qual qualquer restrição deve também ser de redação muito técnica e precisa. É paradigmático *United States v. Stevens* (2010) em que a Suprema Corte declarou inconstitucional lei federal que tornava crime produção comercial,

venda e posse de material contendo crueldade com animais. A lei não versava sobre a conduta de maus-tratos e, sim, sobre a apresentação visual e auditiva de animais vivos intencionalmente aleijados, mutilados, torturados, feridos ou mortos e contemplava exceção para obras de sério valor religioso, político, científico, educacional, jornalístico, histórico ou artístico.

Robert J. Stevens era dono de uma empresa chamada “*Dogs of Velvet and Steel*” e administrava *website* no qual vendia vídeos de lutas entre *pit bulls* ou ataques deles a outros animais. A Suprema Corte afirmou que exibição de crueldade com animais não é, por si, categoria excepcional de manifestação não protegida, e entendeu que a lei era inconstitucional porque fundada em restrição de conteúdo e demasiado ampla. Eis que as expressões referentes a mutilação, aleijamento e tortura transmitem a ideia de crueldade, todavia, ferimento e morte não, e contemplam, por exemplo, hipóteses de caça, cuja extensão e legalidade está a cargo do legislativo estadual.

A lei federal visava, originalmente, o banimento dos chamados *crush videos* que se tornaram muito populares à época, sendo que depois da declaração de inconstitucionalidade em *Stevens*, nova lei específica contra *animal crushing* foi editada e segue em vigor. A lei contempla hipótese de esmagamento, queima, afogamento, sufocamento e empalção intencional de animais, todavia, *crush videos*, originalmente, referem-se à circulação da internet de vídeos exibindo mulheres esmagando animais com os pés nus ou saltos altos, no estilo *dominatrix*, para causar excitação sexual (transtorno de preferência/fetichismo bizarro).

Entretanto, no ambiente escolar, apesar do precedente inicial mais libertário em *Papish v. Board of Curators of the University of Missouri* (1973), paulatinamente, a Suprema Corte foi assegurando à direção do estabelecimento público de ensino o direito à disciplina, inclusive por meio expulsão, quando da utilização de discurso inapropriado ou inconsistente em relação às normas estudantis e aos legítimos interesses da missão educacional, como se vê em *Bethel School District nº 403 v. Fraser* (1986), *Hazelwood School District v. Kuhlmeier* (1988) e *Morse v. Frederick* (2007). Além do discurso estudantil, as pessoas em relacionamento especial com o governo – servidores públicos ou professores de escolas e universidades públicas podem ter suas manifestações restringidas, mesmo com base em conteúdo, quando forem incompatíveis com as normas e políticas empregatícias.

6. Desnecessidade de MLAT para empresa com agência, filial ou sucursal no Brasil

O Marco Civil da Internet estabelece, em seu artigo 11, que em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, a legislação brasileira deverá ser obrigatoriamente respeitada. Essa Lei esclarece, no parágrafo único do artigo 12, que a legislação pátria é soberana mesmo que as atividades sejam realizadas por

pessoa jurídica sediada no exterior, desde que ofereça serviço ao público brasileiro ou pelo menos uma integrante no mesmo grupo econômico possua estabelecimento no país. E ainda estabelece que, tratando-se de empresa estrangeira, em caso aplicação da multa prevista no §2º do artigo 12, responderá solidariamente pelo pagamento a filial, sucursal, escritório ou estabelecimento situado no Brasil.

O Código de Processo Civil estabelece no parágrafo único do seu artigo 21, ao versar sobre os limites da jurisdição nacional, que para o fim de estabelecer competência da autoridade brasileira para processar e julgar ações, considera-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que nele tiver agência, filial ou sucursal.

Em sentido semelhante a Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD, cuja vigência foi novamente prorrogada, estabelece que a empresa estrangeira será notificada e intimada de todos os atos processuais, independentemente de procuração ou de disposição contratual ou estatutária, na pessoa do agente ou representante ou pessoa responsável por sua filial, agência, sucursal, estabelecimento ou escritório instalado no Brasil.

Ademais, conforme entende o Superior Tribunal de Justiça, a aplicação extensiva e analógica do Código de Processo Civil, admitida no artigo 3º do Código de Processo Penal, comporta multa sancionatória para assegurar a força imperativa das decisões judiciais.

Estabelecem os artigos 536 e 537 do Código de Processo Civil que, no cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente, entre elas a imposição de multa, a qual poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito.

Trata-se de multa de natureza coercitiva (*astreintes*) e não tem caráter punitivo, ressarcitório ou compensatório, podendo, pois, aplicar-se inclusive a descumpridor da ordem judicial que não seja parte no processo. Diferente também da multa por ato atentatório à dignidade da justiça (*contempt of court*), prevista no artigo 77, §2º, do Código de Processo Civil, que somente se pode impor às partes na relação jurídica.

O Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente afirmado que empresa ou conglomerado transnacional sujeita-se à soberania brasileira, em cumprimento ao artigo 1º, I, da Constituição Federal, sendo, pois, desnecessária a cooperação internacional em caso de ordem judicial.

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INQUÉRITO POLICIAL. QUEBRA DE SIGILO TELEMÁTICO. CUMPRIMENTO INCOMPLETO DE ORDEM JUDICIAL. APLICAÇÃO DE MULTA DIÁRIA À EMPRESA RESPONSÁVEL PELO FORNECIMENTO DE

DADOS (FACEBOOK). POSSIBILIDADE. VALOR DAS ASTREINTES. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.

1. Situação em que a FACEBOOK SERVIÇOS ONLINE DO BRASIL LTDA. impugna decisão judicial que, em sede de inquérito, autorizou a interceptação do fluxo de dados telemáticos de contas Facebook de investigados, sob pena de multa diária de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

2. Não há ilegalidade ou abuso de poder a ser corrigido, pois fica claro o cumprimento incompleto da decisão judicial que determinara o fornecimento de dados de contas perfis no Facebook de investigados, já que não foram trazidas todas as conversas realizadas no período de 13/10/2015 a 13/11/2015, tampouco as senhas de acesso, o conteúdo completo da caixa de mensagens, o conteúdo da linha do tempo (*timeline*) e grupos de que participam, além das fotos carregadas no perfil com respectivos metadados.

3. A mera alegação de que o braço da empresa situado no Brasil se dedica apenas à prestação de serviços relacionados à locação de espaços publicitários, veiculação de publicidade e suporte de vendas não exime a organização de prestar as informações solicitadas, tanto mais quando se sabe que não raras vezes multinacionais dedicadas à exploração de serviços prestados via internet se valem da escolha do local de sua sede e/ou da central de suas operações com o objetivo específico de burlar carga tributária e ordens judiciais tendentes a regular o conteúdo das matérias por elas veiculadas ou o sigilo de informações de seus usuários.

4. Por estar instituída e em atuação no País, a pessoa jurídica multinacional submete-se, necessariamente, às leis brasileiras, motivo pelo qual se afigura desnecessária a cooperação internacional para a obtenção dos dados requisitados pelo juízo.

5. As Turmas que compõem a 3ª Seção desta Corte têm entendido que “a imposição de astreintes à empresa responsável pelo cumprimento de decisão de quebra de sigilo, determinada em inquérito, estabelece entre ela e o juízo criminal uma relação jurídica de direito processual civil”, cujas normas são aplicáveis subsidiariamente no Processo Penal, por força do disposto no art. 3º do CPP. Nesse sentido, “a solução do impasse gerado pela renitência da empresa controladora passa pela imposição de medida coercitiva pecuniária pelo atraso no cumprimento da ordem judicial, a teor dos arts. 461, §5.º, 461-A, do Código de Processo Civil, c.c. o art. 3.º do Código de Processo Penal” (RMS 44.892/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em: 05/04/2016, DJe: 15/04/2016).

6. A legalidade da imposição de astreintes a terceiros descumpridores de decisão judicial encontra amparo também na teoria dos poderes implícitos, segundo a qual, uma vez estabelecidas expressamente as competências e atribuições de um órgão estatal, desde que observados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, ele está implicitamente autorizado a utilizar os meios necessários para poder exercer essas competências. Nessa toada, incumbe ao magistrado autorizar a quebra de sigilo de dados telemáticos, pode ele se valer dos meios necessários e adequados para fazer cumprir sua decisão, tanto mais quando a medida coercitiva imposta (astreintes) está prevista em lei.

7. Muito embora no Direito Civil a exigibilidade da multa diária por descumprimento de decisão judicial esteja condicionada ao reconhecimento da existência do direito material vindicado na demanda (REsp n.º 1.006.473/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 08/05/2012, DJe 19/06/2012), sob pena de enriquecimento sem causa do autor (destinatário do valor da multa), o mesmo raciocínio não se aplica ao Direito Penal, em que o destinatário do valor das astreintes é o Estado, titular da pretensão punitiva, e em que não existe motivo para condicionar-se a exigibilidade da multa à condenação do réu.

8. Ao determinar o bloqueio dos valores o juiz não age como o titular da execução fiscal, dando início a ela, mas apenas dá efetividade à medida coercitiva anteriormente imposta e não cumprida, tomando providência de natureza cautelar. E isso se justifica na medida em que a mera imposição da multa, seu valor e decurso do tempo parecem não ter afetado a disposição da empresa recorrente em cumprir a ordem judicial. De se lembrar que o art. 139, IV, do CPC/2015, autoriza o juiz a “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”.

9. A renitência da empresa em cumprir a determinação judicial por mais de um ano justifica a incidência da multa coercitiva prevista no art. 461, §5º, do CPC no valor de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais), que não se revela excessivo, diante do elevado poder econômico da empresa, até porque valor idêntico foi adotado pelo STJ na QO-Inq nº 784/DF e no RMS 44.892/SP.

10. Recurso ordinário em mandado de segurança a que se nega provimento.

STJ - RMS 55.109, DJe 17/11/2017, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca (Facebook).

Vide também RMS 55.019, DJe 12/12/2017, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik (Yahoo); RHC 84.100, DJe 21/03/2018, Rel. Min. Felix Fischer; RMS 53.213, DJe 13/05/2019, Rel. Min. Ribeiro Dantas (Apple); Inq 784, DJe 28/08/2013, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz (Google).

Todavia, não obstante o firme posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, a questão da obrigatoriedade do emprego do acordo de cooperação internacional para exigir o cumprimento de decisões judiciais de empresas estrangeiras ou transnacionais com agência, filial ou sucursal no Brasil pende de julgamento no Supremo Tribunal Federal, nos autos da Ação Declaratória de Constitucionalidade 51, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, e ajuizada pela Federação das Associações das Empresas de Tecnologia da Informação (Assespro Nacional).

7. Colaboração espontânea de provedores e cooperação do governo estadunidense

Algumas investigações e ações penais contam com a dita colaboração espontânea dos representantes das empresas no país – por exemplo, Facebook, Instagram, Twitter, Google, Apple. Da mesma forma, acham maior facilidade no trâmite da cooperação governamental. E muitos operadores não compreendem o porquê de o suporte ocorrer tão facilmente em alguns casos e ser negado ou resistido em outros. Regra geral, isso também encontra fundamento no Direito estadunidense.

Primeiro, todas as categorias de expressão não protegidas, conforme a jurisprudência da Suprema Corte, que constituem exceções à 1ª Emenda, encontram maior receptividade cooperativa. Depois, conforme já explicado, o *Communications Decency Act*, de 1998, ainda está em vigor quanto à blindagem dos provedores por responsabilidade civil, porque seu parágrafo 230 dispõe que nenhum provedor ou usuário de serviço interativo de computador deverá ser tratado como editor ou autor de qualquer informação fornecida por outro provedor de conteúdo de informação.

Não obstante, o CDA admite eventual filtro ou bloqueio, vale dizer, indisponibilização de conteúdo (ação de bom samaritano) considerado obsceno, libidinoso, lascivo, ultrajante, excessivamente violento, perturbador ou de alguma força objetável. Ademais, a legislação tem previsão expressa quanto à não obstrução de investigações relativas a casos de obscenidade, exploração sexual infantojuvenil, proteção à propriedade intelectual, privacidade das comunicações eletrônicas (interceptação ilegal) ou tráfico de pessoas para exploração sexual.¹¹

¹¹ 47 U.S.C. §230

(e) *Effect on other laws*

(1) *No effect on criminal law*

Nothing in this section shall be construed to impair the enforcement of section 223 or 231 of this title, chapter 71 (relating to obscenity) or 110 (relating to sexual exploitation of children) of title 18, or any other Federal criminal statute.

(2) *No effect on intellectual property law*

Nothing in this section shall be construed to limit or expand any law pertaining to intellectual property.

(3) *State law*

É de se destacar ainda que a legislação norte-americana prevê hipóteses excepcionais de revelação de dados e conteúdo das comunicações pelos provedores:

Exceções para revelação das comunicações – um provedor descrito na subseção (a) pode divulgar o conteúdo de uma comunicação.

(8) Para instituição governamental, se o provedor, de boa-fé, acreditar que uma emergência envolvendo perigo de morte ou lesão corporal grave a qualquer pessoa requer revelação sem demora de comunicações relacionadas a tal emergência.¹²

Exceções para revelação de dados de usuários – um provedor descrito na subseção (a) pode divulgar dado ou outra informação pertencente a assinante ou usuário do serviço.

(4) para instituição governamental, se o provedor, de boa-fé, acredita que uma emergência envolvendo perigo de morte ou de lesão corporal grave a qualquer pessoa requer revelação sem demora de informação relacionada a tal emergência.¹³

Desse modo, nos casos de investigações referentes a hipóteses já excepcionadas na legislação estadunidense, há maior facilidade e, quiçá, ampla cooperação do governo e dos provedores.

Nothing in this section shall be construed to prevent any State from enforcing any State law that is consistent with this section. No cause of action may be brought and no liability may be imposed under any State or local law that is inconsistent with this section.

(4) No effect on communications privacy law

Nothing in this section shall be construed to limit the application of the Electronic Communications Privacy Act of 1986 or any of the amendments made by such Act, or any similar State law.

(5) No effect on sex trafficking law

Nothing in this section (other than subsection (c)(2)(A)) shall be construed to impair or limit—

(A) any claim in a civil action brought under section 1595 of title 18, if the conduct underlying the claim constitutes a violation of section 1591 of that title;

(B) any charge in a criminal prosecution brought under State law if the conduct underlying the charge would constitute a violation of section 1591 of title 18; or

(C) any charge in a criminal prosecution brought under State law if the conduct underlying the charge would constitute a violation of section 2421A of title 18, and promotion or facilitation of prostitution is illegal in the jurisdiction where the defendant's promotion or facilitation of prostitution was targeted.

¹² 18 U.S. Code §2702

(b) Exceptions for disclosure of communications. —A provider described in subsection (a) may divulge the contents of a communication—

(8) to a governmental entity, if the provider, in good faith, believes that an emergency involving danger of death or serious physical injury to any person requires disclosure without delay of communications relating to the emergency; or

¹³ 18 U.S. Code §2702

(c) Exceptions for Disclosure of Customer Records. —A provider described in subsection (a) may divulge a record or other information pertaining to a subscriber to or customer of such service (not including the contents of communications covered by subsection (a)(1) or (a)(2))—

(4) to a governmental entity, if the provider, in good faith, believes that an emergency involving danger of death or serious physical injury to any person requires disclosure without delay of information relating to the emergency;

8. Conclusão

O escopo do presente trabalho foi apresentar os conceitos de causa provável e liberdade de expressão nos Estados Unidos para conhecimento acadêmico e profissional, bem como fornecer instrumentos para melhor manuseio da temática por investigadores e operadores do Direito. É cediço que a recusa da colaboração nem sempre é motivada por fatores jurídicos ou técnicos. Há vieses políticos e econômicos variados que movem as nações e o mundo *business*. Contudo, de posse de maior arcabouço constitucional e jurisprudencial estadunidense, é sim possível a formulação de argumentos mais sólidos e que tornem mais viável a pretensão ou o cumprimento da ordem.

Não se busca defender o novo modelo de dominação imposto pelas corporações privadas e justificativas vazias, eventualmente apresentadas por mera insurgência à ordem judicial e resistência à soberania nacional. Mas é preciso que, para esse enfrentamento, o Brasil haja com diplomacia, segurança jurídica, fortalecimento de suas instituições públicas e melhor domínio de conceitos e realidades internacionais.

Registre-se que este estudo também não se destina a sustentar onipotência do Estado no controle da expressão e da manifestação, ainda que desprezíveis e ofensivas. É preciso entender que, em certos casos, algo que tomamos por injurioso ou discriminatório no Brasil constitui simplesmente o reconhecimento do direito da plena liberdade de expressão nos Estados Unidos.

E ainda que o Decreto 3.810/2001, que estabeleceu a cooperação internacional em matéria penal (MLAT), afirme expressamente que “a assistência será prestada ainda que o fato sujeito a investigação, inquérito ou ação penal não seja punível na legislação de ambos os Estados”, é certo que ele também esclarece que a assistência pode ser recusada diante de solicitação formulada em desconformidade com o acordo, e nisso se incluem descrições de matéria, finalidade e natureza não suficientemente articuladas para que façam sentido no sistema de justiça norte-americano.

É preciso se ter em mente que, em temática de liberdade de expressão, por vezes a linha divisória entre lícito e ilícito é tênue demais. Ao fim, algum limite há de existir, mas que não seja o da restrição por mera contrariedade ao pensamento hegemônico. Nas palavras do Ministro Oliver Wendell Holmes, Jr., no histórico dissenso em *United States v. Schwimmer* (1929), que possamos seguir defendendo “não o livre pensamento para aqueles que concordam conosco, mas a liberdade para o pensamento que odiamos”.

Referências

CASTRO, Ana Lara Camargo de. *Plea Bargain* – Resolução Penal Pactuada nos Estados Unidos. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019.

CHOMSKY, Avram Noam. *Manufacturing Consent*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=EuwWnphqll>. Acesso em: 25/4/2020.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919).

- _____. *Aguilar v. Texas*, 378 U.S. 108 (1964).
- _____. *Ashcroft v. American Civil Liberties Union*, 535 U.S. 564 (2002).
- _____. *Ashcroft v. American Civil Liberties Union*, 542 U.S. 656 (2004).
- _____. *Bethel School District n° 403 v. Fraser*, 478 U.S. 675 (1986).
- _____. *Board of Education, Island Trees Union Free School District n° 26 v. Pico by Pico*, 457 U.S. 853 (1982).
- _____. *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).
- _____. *Brinegar v. United States*, 338 U.S. 160 (1949).
- _____. *Central Hudson Gas & Electric Corporation v. Public Service Commission of New York*, 447 U.S. 557 (1980)
- _____. *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942).
- _____. *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971).
- _____. *Cox v. Louisiana*, 379 U.S. 536 (1965).
- _____. *Davis v Monroe County Board of Education*, 526 U.S. 629 (1999).
- _____. *Debs v. United States*, 249 U.S. 211 (1919).
- _____. *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323 (1974).
- _____. *Giboney v. Empire Storage & Ice Co.*, 336 U.S. 490 (1949).
- _____. *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925).
- _____. *Hazelwood School District v. Kuhlmeier*, 484 U.S. 260 (1988).
- _____. *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston, Inc.*, 515 U.S. 557 (1995).
- _____. *Illinois ex rel. Madigan v. Telemarketing Assocs.*, 538 U.S. 600 (2003).
- _____. *Illinois v. Gates*, 462 U.S. 213 (1983).
- _____. *Interstate Circuit, Inc. v. City of Dallas*, 390 U.S. 676 (1968).
- _____. *Jacobellis v. Ohio*, 378 U.S. (1964).
- _____. *Memoirs v. Massachussetts*, 383 U.S. 413 (1966).
- _____. *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973).
- _____. *Morse v. Frederick*, 551 U.S. 393 (2007).
- _____. *National Labor Relations Board v. Gissel Packing Co., Inc*, 395 U.S. 575 (1969).
- _____. *New York Times Company v. Sullivan* 376 U.S. 254 (1964).

- _____. *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747 (1982).
- _____. *Papish v. Board of Curators of the University of Missouri*, 410 U.S. 667 (1973).
- _____. *Pope v. Illinois*, 481 U.S. 497 (1987).
- _____. *R.A.V. v. City of Saint Paul*, 505 U.S. 377 (1992).
- _____. *Reno v. American Civil Liberties Union (ACLU)*, 521 U.S. 844 (1997).
- _____. *Rosenblatt v. Baer*, 383 U.S. 75 (1966).
- _____. *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957).
- _____. *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919).
- _____. *Snyder v. Phelps*, 562 U.S. 443 (2011).
- _____. *Spinelli v. United States*, 393 U.S. 410 (1969).
- _____. *Termiciello v. Chicago*, 337 U.S. 1 (1949).
- _____. *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 414 (1989).
- _____. *Tinker v. De Moines Independent Community School District*, 393 U.S. 503 (1969).
- _____. *United States v. Alvarez*, 567 U.S. 709 (2012).
- _____. *United States v. American Library Assn., Inc.*, 539 U.S. 194 (2003).
- _____. *United States v. Schwimmer*, 279 U.S. 644 (1929).
- _____. *United States v. Stevens*, 559 U.S. 460 (2010).
- _____. *United States v. Williams*, 553 U.S. 285 (2008).
- _____. *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc.*, 425 U.S. 748 (1976).
- _____. *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343 (2003).
- _____. *Watts v. United States*, 394 U.S. 705 (1969).
- _____. *Zauderer v. Office of Disciplinary Counsel of Supreme Court of Ohio*, 471 U.S. 626 (1985).

WEBB, Amy. *The Big Nine: How the Tech Titans and Their Thinking Machines Could Warp Humanity*. New York: Public Affairs, 2019.