

CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 12 DO SUBSTITUTIVO AO PROJETO DE LEI 2630/2020

Briany Sepulchro Ravani (briany58@hotmail.com)

Gustavo das Virgens Smiderle (gutosmiderle@gmail.com)

Orientador: Wellington Borghi (wborghi@fsjb.edu.br)

PALAVRAS-CHAVE: liberdade de expressão; mensageria instantânea; constitucionalidade de PL.

1) INTRODUÇÃO

Diante de um cenário em que a preocupação da opinião pública com as notícias falsas disseminadas por meio da internet é evidente, foi criado o Projeto de Lei 2630/2020, o qual implementa restrições ao uso de redes sociais, provedores de serviço de mensageria instantânea e ferramentas de busca na internet, somente por isso já merecendo atenção e especial. Outrossim, resultaram em uma maior repercussão da proposta legislativa, suas críticas e sua classificação como “PL da censura” por parte de alguns e sua defesa e nomeação de “PL das Fake News” por outros.

Ademais, o Google, que já havia sustentado em 2022, por meio de seu *blog*, que o Projeto geraria “consequências negativas e indesejadas que podem impactar a internet que você conhece”, publicou texto em abril deste ano com o título “Como o PL 2630 pode piorar a sua internet”.

Por sua vez, o *Telegram* enviou mensagem a seus usuários nas quais se afirmava que a democracia estava sob ataque no Brasil e que “empresas como o Telegram podem ter que deixar de prestar serviços no Brasil.”

Em que pese toda polêmica que ronda o Projeto, cujo texto original, de autoria do Senador Alessandro Vieira, já foi bastante alterado, o objeto do presente trabalho se limitará ao art. 12 do Substitutivo (2022) ao PL 2630/2020, do relator Orlando Silva. O referido artigo regula o funcionamento dos serviços de mensageria instantânea, tais como *WhatsApp*, *WeChat*, *Telegram* e *Facebook Messenger*, estabelecendo limitações ao alcance das mensagens.

Assim sendo, a análise consistirá na verificação da compatibilidade do art. 12 do Substitutivo com o direito fundamental de manifestar o pensamento, tendo como método o controle de constitucionalidade brasileiro vigente.

2) CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Em razão de ser norma fundamental de um sistema jurídico, a Constituição, além de regular a produção das demais normas, impõe que estas estejam de acordo consigo. Caso contrário, apesar de existentes, não serão detentoras de validade e muito menos de eficácia, não devendo ser consideradas e aplicadas (BARROSO, 2019, p. 33 a 36).

Como ensina Luís Roberto Barroso, ao ordenamento jurídico não pode faltar harmonia, de modo que, havendo a falta desta, devem ser acionados mecanismos para restabelecê-la, um dos quais é o controle de constitucionalidade, cuja definição é verificação da compatibilidade entre qualquer ato normativo infraconstitucional, seja lei ou norma infralegal, e a Constituição (BARROSO, 2019, p. 23).

O controle de constitucionalidade se divide em quatro modalidades: (1) quanto à natureza do órgão de controle, dividindo-se em controle político e controle judicial, (2) quanto ao órgão judicial que exerce o controle, dividindo-se em controle difuso e controle concentrado (3) Quanto à forma ou modo de controle judicial, dividindo-se em controle por via incidental e controle por via principal ou ação direta e, por último, (4) quanto ao momento de exercício do controle, podendo ser preventivo ou repressivo (BARROSO, 2019, p. 63).

O controle repressivo é o que se realiza em momento em que a lei já está em vigor, podendo sua eficácia ser afastada. Mais precisamente, não só as leis estão sujeitas ao controle como também os atos normativos, tais como tratados internacionais incorporados ao ordenamento nacional, medidas provisórias; decreto legislativo, decretos do Executivo, atos abstratos e gerais das pessoas jurídicas de direito público, regimentos internos dos Tribunais e outros atos, todos eles sujeitos a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, por exemplo (BARROSO, 2019, p. 68 e 69; DIMOULIS; LUNARDI, 2016, p. 116 e 117).

Embora o controle repressivo constitucionalidade seja, em regra, exercido pelo Poder Judiciário, é possível que o Executivo e o Legislativo desempenhem esse papel (BARROSO, 2019, p. 69).

Em que pese a controvérsia, Dimoulis e Lunardi (2016, p. 394 a 397) defendem ser cabível o Executivo exercer controle repressivo direto por meio da recusa em aplicar norma inconstitucional, visto que, se norma infralegal não pode afrontar lei, não pode lei infraconstitucional afrontar a constitucional; e que é de todos poder-dever de realizar controle de constitucionalidade no âmbito de suas competências, não havendo autoridades mais ou menos idôneas para tanto. No entanto, a não aplicação da lei só seria possível até que o Judiciário decidisse a determinada questão.

Por sua vez, o Poder Legislativo, mais precisamente o Senado Federal, é competente para suspender a execução, seja total ou parcialmente, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 52, X, da CRFB. Contrariando o Texto Constitucional, entende o STF que, na verdade, a prerrogativa do Senado é de ser informado da suspensão da execução da lei declarada inconstitucional e, ainda, somente se a declaração de inconstitucionalidade ocorrer em via incidental (não principal) (DIMOULIS; LUNARDI, 2016, p. 389 e 390).

De outro lado, há controle preventivo (ou prévio) de constitucionalidade, cuja característica essencial é ser realizado antes de a proposta de lei se tornar lei, evitando-se que norma contrária à Constituição passe a vigorar (BARROSO, 2019, p. 67).

Nessa modalidade, é incontroverso o cabimento da atuação do Executivo, cujo chefe, participante do processo legislativo, pode sancionar a lei aprovada pelas duas Casas, Câmara dos Deputados e Senado Federal, ou vetá-la. O veto presidencial pode ser político, hipótese em que o presidente se baseia no interesse público, ou jurídico, hipótese em que verifica se há incompatibilidade entre os textos da nova lei e da Constituição (DIMOULIS; LUNARDI, 2016, p. 395).

O controle preventivo de constitucionalidade pelo legislativo, isto é, verificação de constitucionalidade de sua própria produção de normas, deve ocorrer durante qualquer fase em que se encontre afronta à Constituição. Apesar disso, há, na tramitação legislativa, uma etapa específica com a finalidade de fiscalizar o respeito às normas constitucionais. Trata-se da Comissão “Constituição, Justiça e Cidadania”, na qual são emitidos pareceres fundamentados sobre a constitucionalidade dos projetos de lei. Uma vez que seja encontrada inconstitucionalidade, a Comissão pode recomendar que sejam feitas modificações saneadoras ou que, sendo total a inconstitucionalidade, o projeto seja arquivado (DIMOULIS; LUNARDI, 2016, p. 387 e 388).

3) LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A liberdade de expressão do pensamento é definida por Sampaio Dória como “direito de exprimir por qualquer forma o que se pense em ciência, religião, arte ou o que for” (apud BASTOS, 2001, p. 47).

Partindo disso, já é possível perceber que, embora traduzida, por vezes, para a língua inglesa como “freedom of speech” (liberdade de discurso, em tradução livre) ou “free speech”, é a liberdade de expressão algo mais amplo, abrangendo a exteriorização do pensamento seja qual for sua forma: não só falas e escritos, mas também a criação e o uso de desenhos e símbolos, canções e etc.

Note-se que, como esclarece Celso Ribeiro Bastos (2001, p. 44), que o direito não é, simplesmente, de ter pensamentos, pois, se assim fosse, desnecessária seria a proteção legal-constitucional, dado que a consciência individual é inacessível a terceiros. Portanto, é a expressão, isto é, a externalização, do que se pensa que é protegida .

Segundo Claude-Albert Colliard, a liberdade de opinião se divide em dois valores, o da indiferença e o de exigência. O valor da indiferença significa que a opinião não deve ser considerada, aplicando-se ao serviço público, de modo que a prestação estatal não varie de acordo com as opiniões dos usuários (apud BASTOS, 2001, p. 45 e 46).

Do outro lado, o valor de exigência é a dimensão (da liberdade de opinião) em razão da qual as opiniões devem ser respeitadas, sendo o Estado obrigado a levar em consideração o pensamento-consciência do indivíduo para que ele seja eximido de determinada obrigação. Esse ideal encontra-se positivado no art. 5, VIII, da Constituição do Brasil (apud BASTOS, 2001, p. 45 e 46):

ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

A rigor, não é a opinião em si que deve ser respeitada, mas o direito a opinar, pois não se trata de concordar com a ideia, e sim de permitir a quem a pensou ou dela tomou

conhecimento compartilhá-la. Destarte, expressões como "respeitar a opinião alheia", devem ser interpretadas metonimicamente, e não de modo literal (CARVALHO, 2015).

Ademais, a liberdade de expressão do pensamento é entendida como primária, já que passou a ser defendida e assegurada, historicamente, antes de outras liberdades e que estas dela decorrem logicamente. Dessa maneira, são liberdades secundárias a artística, a religiosa e a jornalística (de imprensa), porquanto ambas pressupõem a liberdade de expressão, sendo as artes, os cultos e os jornais manifestações do pensamento (BASTOS, 2001, p. 45 e 64).

Trata-se o exercício do livre pensamento de direito humano e fundamental. Humano porque reconhecido pela comunidade internacional como necessária à “dignidade inerente a todos os membros da família humana”, nos termos da Declaração Universal dos Direitos Humanos (Resolução 217 A III), proclamada em dezembro de 1948 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, cujo art. 19 apresenta o seguinte teor:

Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; esse direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

Na verdade, antes mesmo da criação da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945, a referida liberdade já havia sido reconhecida pela Assembleia Nacional francesa, em 1789, como direito natural, inalienável e sagrado do Homem:

Artigo 10º- Ninguém pode ser inquietado pelas suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, contanto que a manifestação delas não perturbe a ordem pública estabelecida pela Lei.

Artigo 11º- A livre comunicação dos pensamentos e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do Homem; todo o cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na Lei.

De acordo com o jurista e sociólogo Roberto Carlos Simões Galvão (2005), foi a Revolução Francesa (do século XVIII) que universalizou os Direitos humanos de primeira dimensão (civis e políticos), dentre os quais a “liberdade de opinião”.

Como acima afirmado, liberdade de expressão é direito fundamental. Isso porque não é prevista apenas por tratados, convenções, pactos e declarações de direitos humanos mas

também pela Constituição da República Federativa do Brasil, no inciso IV de seu art. 5º, por meio do qual se determina dever ser “livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”.

Em decorrência de ser direito fundamental, é proibida qualquer alteração tendente a aboli-lo, nos termos do § 4º do art. 60 da Constituição, instituído pelo constituinte originário, (LENZA, 2023, p. 332), sendo possível ao poder constituinte reformador apenas ampliá-lo.

4) LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Esplanada a ideia de liberdade de expressão e de imprensa, importa definir se, dada sua importância, são ilimitadas ou se podem, diante de certas situações serem flexibilizadas sem que reste prejudicado o Estado Democrático de Direito.

Primeiramente, o próprio dispositivo constitucional que assegura a exteriorização do pensamento (art. 5º, IV) já lhe impõe um limite: a ausência de anonimato. Tal condição a exercício de direito visa a possibilitar a responsabilização do agente por sua manifestação de ideias (BASTOS, 2001, p. 48).

Nessa linha, também os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, previstos no inciso X do art. 5º da Constituição Federal são limitadores da liberdade de manifestação do pensamento, uma vez que, como ensina Fernando Capez (2021), esta deve ser exercida sem desvio de finalidade, de modo que aqueles direitos não sejam violados.

Isso porque há, no caso, um conflito de princípios e, segundo Dworkin,

quando dois princípios entram em colisão — por exemplo, se um diz que algo é proibido e outro, que é permitido —, um dos dois tem que ceder frente ao outro, porquanto um limita a possibilidade jurídica do outro. O que não implica que o princípio desprezado seja inválido, pois a colisão de princípios se dá apenas entre princípios válidos (apud MORAES, 2022, p. 42).

Em consonância, Alexandre de Moraes, evocando as lições de Vital Moreira, defende a delimitação das normas constitucionais pelas suas razões de existência, finalidade e extensão (MORAES, 2022, p. 15).

Então, deve-se ter em mente que o âmbito normativo-constitucional da liberdade de expressão não visa assegurar o direito à difamação, à calúnia ou à injúria, havendo, por outro lado o “direito ao bom nome”, isto é, o direito à honra, o qual deve prevalecer (MORAES, 2022, p. 23 – nota 35).

Com efeito, faz todo sentido entender também a denúncia caluniosa (art. 339 do CP) como violação à honra, pois, conforme Bitencourt (2019, p. 2558), muito embora seja a conduta chamada (corretamente), no capítulo III do Código Penal, de crime contra a administração da justiça, é claro que também afeta o aspecto moral do indivíduo, de maneira similar à calúnia (art. 138 do CP) e até pior, já que, além atingir a reputação da vítima, ainda a faz responder à investigação e/ou a processo judicial, pondo em risco sua liberdade.

O crime desacato a funcionário público (e até mesmo os supracitados crimes contra a honra) tem gerado, há algumas décadas, discussões no âmbito dos Direitos humanos sobre seu efeito de mitigação à liberdade de expressão. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (2002) e o *Human Rights Watch* (2002; 2012), por exemplo, defendem a abolição do tipo penal.

Entretanto, o ministro Gilmar Mendes, em sede do *Habeas Corpus* 141.949/DF (2018), sustentou que a liberdade de expressão não confere licitude a ofensas à honra alheia, razão pela o desacato é um importante instrumento de “preservação da lisura da função pública e, indiretamente, da dignidade de quem a exerce”, sendo que não se pode retirar do indivíduo sua dignidade humana e sua honra simplesmente por ele estar investido em função pública (BRASIL, 2018, p. 11).

Acrescenta o ministro que:

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão responsável pelo julgamento de situações concretas de abusos e violações de direitos humanos, reiteradamente tem decidido contrariamente ao entendimento da Comissão de Direitos Humanos, estabelecendo que o Direito Penal pode, sim, punir condutas representativas de excessos no exercício da liberdade de expressão (BRASIL, 2018, p. 11).

Em mesmo sentido, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, julgando a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 496/DF, fixou a tese de que o crime de

desacato, tipificado no art. 331 do Código Penal, foi recepcionado pela Constituição de 1988 (BRASIL, 2020).

Quanto à alegada necessidade abolição criminal da calúnia e da difamação no Brasil, para ambos os tipos penais a própria Lei (art. 143 e 107, VI, do Código Penal) já prevê uma medida despenalizadora, qual seja a extinção de punibilidade por meio de retratação anterior à sentença. Admitindo, então, ser falso o que foi dito por ele anteriormente, o agente fica livre de condenação penal, porém, com fundamento no art. 67, II, do CPP, ainda sujeito à responsabilização civil (BITENCOURT, 2019, p. 847).

São, portanto, válidas limitações à manifestação do pensamento as tipificações penais das condutas de calúnia, difamação e desacato.

Ademais, a própria tipificação penal da injúria (art. 140 do CP) contém hipóteses de perdão judicial. Assim, em caso de provocação reprovável ou retorsão imediata pode o juiz deixar de aplicar a pena. Na realidade, como defende Cezar Roberto Bitencourt (2019, p. 868 e 869) não há discricionariedade de concessão de perdão por parte do julgador mas direito subjetivo do réu, condicionado apenas ao cumprimento dos requisitos legais.

Seja qual for a hipótese, havendo violação à intimidade, à privacidade, à honra ou à imagem, é cabível a indenização, por força do próprio art. 5º, X, da CRFB e dos art. 186 e 187 c/c 927 do Código Civil.

É assegurado também, pelo inciso V do art. 5º da Constituição de 1988, para corrigir erro ou abuso no exercício da atividade de comunicação, o direito de resposta, aplicável em favor dos indivíduos ofendidos (BASTOS, 2001).

5) MENSAGERIA INSTANTÂNEA

O Projeto de Lei 2630, apresentado pelo Senador Alessandro Vieira em 2020, conforme a Agência Câmara de Notícias, tem o objetivo de criar “medidas de combate à disseminação de conteúdo falso nas redes sociais, como Facebook e Twitter, e nos serviços de mensagens privadas, como WhatsApp e Telegram”. Em razão de, na tramitação legislativa, seu relator, Deputado Orlando Silva, ter elaborado o Substitutivo ao Projeto em 2022, será este o objeto de análise e não o texto original .

De acordo com o inciso V do art. 5º do Substitutivo, é considerado serviço de mensageria instantânea:

aplicação de internet cuja principal finalidade seja o envio de mensagens instantâneas para destinatários certos e determinados, incluindo a oferta ou venda de produtos ou serviços e aquelas protegidas por criptografia de ponta-a-ponta, com exceção dos serviços de correio eletrônico (BRASIL, 2022).

Conforme pesquisa da *Statista Global Consumer Survey*, a mensageria instantânea, das quais são exemplos, *WhatsApp*, *WeChat*, *Telegram* e *Facebook Messenger*, foi o tipo de mídia social mais usado com regularidade no Brasil em 2021, a frente das redes sociais de compartilhamento de mídia (YouTube, Instagram, Snapchat e Pinterest), redes sociais (como o Facebook), redes de negócios (como o LinkedIn), entre outros tipos (PURZ, Michelly).

Mais do que isso, a *Statista* publicou outra pesquisa, esta sobre as plataformas (e não o tipo) de mídia social mais usadas no terceiro trimestre de 2022 entre os usuários de internet brasileiros, constando quatro mensagerias no *top 15*: Em primeiro lugar o *WhatsApp* (usado por 93,4% dos internautas, superando *Instagram*, *Facebook* e *TikTok*), em quinto o *Facebook Messenger* (65,1% dos internautas), em sexto o *Telegram* (59%) e e na décima quarta posição o *iMessage* (12%) (BIANCHI, 2023).

Em conformidade com esses dados, está uma pesquisa realizada pelo Instituto DataSenado (em parceria com as Ouvidorias da Câmara dos Deputados e do Senado Federal) por meio da qual, ao serem entrevistados 2.400 (dois mil e quatrocentos) brasileiros por ligação telefônica, se chega à conclusão de que o *WhatsApp* é a principal fonte de informação dos brasileiros, já que 79% (setenta e nove por cento) dos entrevistados responderam que utilizam o aplicativo sempre e 14% (catorze por cento) que, às vezes.

Também, a *Opinion Box*, juntamente com a *Mobile Time*, informaram, em 2023, após terem entrevistado 2.086 (dois mil e oitenta e dois) brasileiros, que o *Telegram* encontra-se instalado em 65% (sessenta e cinco por cento) dos smartphones do país em janeiro de 2023, sendo que 33% (trinta e três por cento) usam o aplicativo todo dia ou quase todo dia.

Esses dados demonstram bem a importância que tais serviços tem como meio de comunicação e de exposição de pensamentos (sem mencionar a importância comercial),

em nosso país. Diante disso, resta saber quais as alterações propostas para seu funcionamento.

6) MODIFICAÇÃO PROPOSTA PARA SERVIÇOS DE MENSAGERIA INSTANTÂNEA

Dos Serviços de Mensageria Instantânea

Art. 12 Os provedores de serviços de mensageria instantânea devem projetar suas plataformas para manter a natureza interpessoal do serviço e limitar a distribuição massiva de conteúdos e mídias, devendo, com essa finalidade:

I – limitar, de acordo com o estabelecido no Código de Conduta, o encaminhamento de mensagens ou mídias para vários destinatários;

II – determinar que listas de transmissão só poderão ser encaminhadas e recebidas, em qualquer hipótese, por pessoas que estejam identificadas, ao mesmo tempo, nas listas de contatos de remetentes e destinatários;

III – instituir mecanismo para aferir consentimento prévio do usuário para inclusão em grupos de mensagens, listas de transmissão ou mecanismos equivalentes de agrupamentos de usuários;

e IV – desabilitar, por padrão, a autorização para inclusão em grupos e em listas de transmissão ou mecanismos equivalentes de encaminhamento de mensagens para múltiplos destinatários.

§ 1º Fica proibida a venda de softwares, plugins e quaisquer outras tecnologias que permitam disseminação massiva nos serviços de mensageria instantânea.

§ 2º Os provedores de mensageria instantânea devem criar soluções para identificar e impedir mecanismos externos de distribuição massiva.

§ 3º O Código de Conduta deverá estabelecer obrigações de os provedores de mensageria instantânea tomarem outras medidas preventivas para conter distribuição massiva de conteúdo no âmbito dos seus serviços e para promover o estabelecido no *caput* (BRASIL, 2022).

Primeiramente, é declarado, no *caput* do art. 12, o objetivo de manter a natureza interpessoal do serviço de mensageria instantânea e limitar a distribuição massiva de conteúdos e mídias.

Para sua efetivação, é previsto (inciso I) que o encaminhamento de mensagens ou mídias para vários destinatários seja limitado pelas instituições provedoras do serviço, tendo como parâmetro o Código de Conduta para provedores, que, com base no art. 33, II, do Projeto de Lei, seguirá as diretrizes que o Comitê Gestor da Internet no Brasil vier a criar.

Por força do § 3º do art. 12, medidas preventivas obrigatórias para conter distribuição massiva de conteúdo no âmbito dos serviços, também limitadas pelas diretrizes do Comitê (art. 33, II), deverão ser criadas por meio do Código.

Ademais, a venda de softwares, plugins e quaisquer outras tecnologias que permitam disseminação massiva nos serviços de mensageria instantânea fica proibida (§ 1º do art. 12) e aos seus provedores é atribuído o dever de criar soluções para identificar e impedir mecanismos externos de distribuição massiva (§3º do art. 12).

Por fim, (inciso II do art. 12) listas de transmissão passariam a somente ser encaminhadas e recebidas se os contatos do remetente e do destinatário estiverem mutualmente identificados (salvos) e (III e IV) a inclusão de usuários em listas de transmissão, grupos ou demais agrupamentos de usuários ficaria condicionada à manifestação prévia de consentimento por meio de mecanismo do provedor com autorização para inclusão desabilitada por padrão.

7) ANÁLISE DE CONSTITUCIONALIDADE

Exposto o art. 12 do PL 2630, passemos à análise de sua constitucionalidade. Assim, seria compatível com a liberdade de expressão a finalidade, constante no *caput* do art. 12, de manter a natureza interpessoal do serviço de mensageria instantânea e limitar a distribuição massiva de conteúdos e mídias?

Como Colliard divide a referida liberdade em valor de indiferença e valor de exigência, dever-se-ia verificar se alguma das duas modalidades é desrespeitada pela proposição. Pelo valor da indiferença, não há desrespeito, já que o objetivo não é reduzir o alcance de determinados tipos opinião, e sim reduzir o alcance das mensagens em geral, independentemente do seu teor.

Também não há ofensa à liberdade de pensamento na modalidade valor de exigência, pois a questão não é de eximção de obrigação legal em razão de convicção, até mesmo porque, como já dito, o teor das mensagens não é o motivo da restrição.

Desse modo, não haveria inconstitucionalidade.

No entanto, essa não seria a única forma de identificar a inconstitucionalidade, pois a liberdade de manifestar o pensamento não é limitada apenas materialmente. De acordo

com Daniela Bucci, os limites da liberdade de expressão podem ser de dois tipos, os materiais e os formais. Os materiais são os limites impostos em razão do conteúdo veiculado, enquanto os formais são aqueles que restringem a manifestação do pensamento “por razões alheias ao conteúdo da mensagem transmitida.” (BUCCI, 2018, p. 200).

Sob essa égide, é inequívoco que a liberdade de expressão sofre limitação formal pelo *caput* do art. 12 do PL 2630, eis que usuários da mensageria teriam o alcance de suas mensagens reduzido. Com efeito, os internautas brasileiros teriam o meio de comunicação e expressão que mais utilizam afetado.

Por outro lado, pela supracitada lição de Dworkin, é preciso saber se existe algum princípio no caso que enseje o afastamento legítimo da liberdade de expressão. Nesse sentido, poderia ser dito que a defesa dos direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem é que legitimariam a restrição de envio de mensagens, haja vista que calúnias, injúrias e difamações seriam menos danosas às vítimas, em razão de o público estar reduzido.

Contudo, não parece adequado afastar a liberdade de expressão por esse motivo, porquanto, para caracterizar uma colisão de princípios, é preciso que haja dois ou mais princípios conflitantes a ser aplicados a uma mesma questão (MORAES, 2022), não que haja um princípio de um lado e, do outro, haja possibilidade de surgir em outra questão (um caso concreto) um princípio conflitante, como ocorreria se alguma calúnia, injúria ou difamação fosse praticada.

Destarte, apenas em momento posterior às ilicitudes contra a honra é que se poderia intervir no livre envio de mensagens, visando à indenização para a vítima, exercício de direito de resposta e/ou responsabilização criminal (MORAES, 2022, p. 59). Logo, a intervenção estatal antes do ato ilícito ser praticado é simplesmente censura.

Nesse diapasão, a Ministra Cármen Lúcia, diante da análise de constitucionalidade de dispositivo do Código Civil (art. 20) que confere o poder ao biografado de proibir biografia (ADI 4815/DF), decidiu por atribuir ao dispositivo interpretação conforme à Constituição, entendendo que intimidade, vida privada, honra e imagem poderiam coexistir com a liberdade de expressão, de maneira que as biografias devem independer de autorização do biografado e, havendo abuso, o escritor fica sujeito a responsabilização (BRASIL, 2015, p. 139 e 140).

Vale também citar o posicionamento do então Ministro Carlos Ayres Britto relativamente à autorregulação e regulação social da atividade de imprensa na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 130:

É da lógica encampada pela nossa Constituição de 1988 a autorregulação da imprensa como mecanismo de permanente ajuste de limites da sua liberdade ao sentir-pensar da sociedade civil. Os padrões de seletividade do próprio corpo social operam como antídoto que o tempo não cessa de aprimorar contra os abusos e desvios jornalísticos. Do dever de irrestrito apego à completude e fidedignidade das informações comunicadas ao público decorre a permanente conciliação entre liberdade e responsabilidade da imprensa. **Repita-se: não é jamais pelo temor do abuso que se vai proibir o uso de uma liberdade de informação a que o próprio Texto Magno do País apôs o rótulo de "plena" (§ 1 do art. 220) (BRASIL, 2009 - grifamos).**

Sendo a liberdade de imprensa vertente da liberdade de expressão, aplica-se à regulação dos serviços de mensageria a vedação da liberdade por temor de abuso, mesmo que não se trate de atuação jornalística.

Além disso, malgrado a mensageria ser menos utilizadas por jornalistas do que redes sociais propriamente ditas, (1) elas servem para compartilhamento de conteúdo jornalístico e (2) o jornalismo que faz uso de plataformas de mensageria, como há vários casos no *Telegram*¹, no qual se pode criar grupos de até 200.000 (duzentas mil) pessoas e canais para públicos ilimitados², teria sua atividade prejudicada.

Quanto às proibições de venda de softwares, plugins e quaisquer outras tecnologias que permitam disseminação massiva nos serviços de mensageria instantânea, presente no § 1º do art. 12 do PL, e de uso mecanismos externos de distribuição massiva, no § 2º, por serem disposições que visam a atingir a finalidade de “manter a natureza interpessoal do serviço e limitar a distribuição massiva de conteúdos e mídias”, a análise de constitucionalidade do *caput* se aplica também a essas disposições.

¹ São exemplos de canais jornalísticos no *Telegram*: G1, da Rede Globo (https://t.me/portal_g1); Gazeta do Povo (https://t.me/gazeta_do_povo); Brasil sem Medo (<https://t.me/s/brasilsemmedo>); Revista Oeste (<https://t.me/s/revistaoesteoficial>); Brasil 247 (<https://t.me/s/brasil247oficial>); Folha de S.Paulo (<https://t.me/folha>).

²PERGUNTAS Frequentes. **Telegram.org**. Disponível em: <https://telegram.org/faq?setln=pt-br#:~:text=Com%20o%20Telegram%2C%20voc%C3%AA%20pode,para%20transmitir%20para%20p%C3%BAblicos%20ilimitados>. Acesso em 21 de out. de 2023.

Já no que diz respeito aos incisos III e IV, importa saber que a Constituição da República Federativa do Brasil, assegura o direito à privacidade (vida privada) e à intimidade a seus cidadãos, devendo um espaço íntimo do indivíduo ficar livre de intromissões indesejadas (MORAES, 2022, p. 71).

Por isso, condicionar a inclusão do usuário em grupos de mensagens, listas de transmissão ou mecanismos equivalentes de agrupamentos de usuários, bem como manter a autorização para essa inclusão desabilitada por padrão -- podendo ser habilitada pelo usuário para que ele possa ser incluído sem prévia manifestação --, é medida legislativa que possui total respaldo constitucional, não ferindo a liberdade de compartilhar o pensamento, pelo fato de que o pensamento só será impedido de chegar ao destinatário se este se recusar a recebê-lo.

Por sua vez, por meio do inciso II, mensagens por listas de transmissão passariam a poder ser encaminhadas e recebidas somente se os contatos do remetente e do destinatário estiverem mutualmente identificados. Nesse ponto, condicionar encaminhamento e recebimento, não se mostra válido, vez que, se é incompatível com a liberdade de expressão impedir distribuição massiva de conteúdos e mídias, também o é condicionar o envio de mensagens em listas de transmissão ao registro mútuo de contatos entre o remetente e os destinatários, pois, considerando que as mensagens podem ser enviadas para até 256 contatos em cada lista de transmissão³, o ato pode justamente ser entendido como “distribuição massiva”, termo não determinado quantitativamente nem definido pelo Projeto de Lei.

Caso contrário, não se considerando massiva a comunicação para até 256 pessoas -- sobretudo nos casos em que o número de destinatários estiver muito longe de 256 --, se é ilegítimo impedir envios para muitas pessoas, mais grave é impedir os envios para poucas, pois a restrição, assim, é maior.

De qualquer modo, o destinatário não teria a opção de escolher receber ou rejeitar a mensagem a ele enviada, hipótese respaldada na preservação da intimidade e da privacidade.

³ REQUISITOS para enviar uma mensagem em uma transmissão. **Central de Ajuda do WhatsApp**, 2023. Disponível em: <https://faq.whatsapp.com/417024237251050/>. Acesso em 16 de out. de 2023.

Finalmente, o § 3º do art. 12 do PL, ao determinar que o Código de Conduta estabelecerá “obrigações de os provedores de mensageria instantânea tomarem outras medidas preventivas para conter distribuição massiva de conteúdo no âmbito dos seus serviços e para promover o estabelecido no caput”, atrai para si a mesma constitucionalidade que tiver o caput.

Ademais, “outras medidas preventivas” é um conceito bastante vago, valendo a observação de José dos Santos Carvalho Filho de que “quando a lei não delinea a situação fática, mas, ao contrário, transfere ao agente a verificação de sua ocorrência atendendo a critérios de caráter administrativo (conveniência e oportunidade)” tem o agente maior liberdade de atuação (Carvalho Filho, 2022 p. 142), a qual pode, no caso em questão, ser utilizada para restringir a ainda mais expressão do pensamento.

8) CONCLUSÃO

Ante ao exposto, concluímos que o art. 12 do Substitutivo do Projeto de Lei 2630/2020 é parcialmente compatível com o princípio da liberdade de expressão.

É compatível quanto aos incisos III e IV, que tratam do consentimento prévio do usuário para inclusão em grupos e agrupamentos, e à desabilitação, por padrão, da autorização para inclusão, tendo-se em vista o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem.

Por outro lado, são incompatíveis o *caput*, seus incisos I e II e os §§ 1º, 2º e 3º, porquanto objetivam a limitação do alcance de mensagens, nas quais se pode manifestar o pensamento, por meio da afetação do tipo de mídia social mais usado em nosso país, restando, assim, ferido o princípio da liberdade de expressão.

Portanto, tendo-se em vista que objeto de análise é um projeto que tramita no Congresso Nacional, não sendo ainda lei, deve ele sofrer o controle de constitucionalidade na modalidade preventiva. Nesse âmbito, é possível que o legislador preserve os incisos III e IV, ambos relativos ao consentimento prévio, adequando-se o *caput* para tratar somente desta questão. No mais, todo o resto do texto do art. 12 deve ser suprimido, no intento de cumprir o art. 5º, IV, da Constituição Federal, criado pelo poder constituinte originário, o qual, além disso, protegeu o dispositivo, tornando-o cláusula pétrea.

9) REFERÊNCIAS

- 1) *About us. United Nations*. Disponível em: <https://www.un.org/en/about-us>. Acesso em 08 de setembro de 2023.
- 2) BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 8. ed. Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.
- 3) BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988, 2. volume: arts. 5 a 17**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- 4) BIANCHI, Tiago. Most popular social media platforms in Brazil as of 3rd quarter 2022, by usage reach. **Statista**, 01 de mar. de 2023. Disponível em: <https://www.statista.com/statistics/1307747/social-networks-penetration-brazil/>. Acesso em: 20 de out. de 2023.
- 5) BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- 6) BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Planalto, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 03 nov. de 2023.
- 7) BRASIL. *Substitutivo ao Projeto de Lei 2630/2020. Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet*. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2022. Acesso em: <https://www.camara.leg.br/midias/file/2022/03/fake.pdf>. Acesso em 01 de out. de 2023.
- 8) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 130*. Portal do Supremo Tribunal Federal, 2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Acesso em: 01 de out. de 2023.
- 9) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4815/DF. Inexigível autorização de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo também desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes*. Portal do Supremo Tribunal Federal, 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em 20 de out. de 2023.

- 10) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 496/DF. “Foi recepcionada pela Constituição de 1988 a norma do art. 331 do Código Penal, que tipifica o crime de desacato”. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344491889&ext=.pdf>. Acesso em: 20 de out. de 2023.
- 11) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 141.949 - Distrito Federal. Criminalização do desacato que se mostra compatível com o Estado Democrático de Direito. Portal do Supremo Tribunal Federal, 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14700730>. Acesso em: 01 de out. de 2023.
- 12) BUCCI, Daniela. **Direito eleitoral e liberdade de expressão: limites materiais**. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2018.
- 13) CAPEZ, Fernando. Liberdade de expressão e proteção da honra em nossa Constituição. **Consultor Jurídico**, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-08/controversias-juridicas-liberdade-expressao-protexcao-honra-nossa-constituicao>. Acesso em 23 de outubro de 2023.
- 14) CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito administrativo**. 34. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.
- 15) CARVALHO, Olavo de. "Respeitar as opiniões alheias". Richmond, 18 de mai. 2015. Facebook: Olavo de Carvalho. Acesso em: 10 de set. 2023.
- 16) Declaração dos direitos do Homem e do Cidadão (1776). **Embaixada da França no Brasil**. Disponível em: <https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao>. Acesso em 03 de setembro de 2023.
- 17) Declaração Universal dos Direitos Humanos. **Unicef**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em 03 de setembro de 2023.
- 18) DIMOULIS, Dimitri. **Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- 19) GALVÃO, Roberto Carlos Simões. História dos direitos humanos e seu problema fundamental. **Âmbito Jurídico**, 30 de outubro de 2005. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-23/historia-dos-direitos-humanos-e-seu-problema-fundamental/>. Acesso em 08 de setembro de 2023.
- 20) HAJE, Lara; TRIBOLI, Pierre. Projeto do Senado de combate a notícias falsas chega à Câmara. **Agência Câmara Notícias**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/673694-projeto-do-senado-de-combate-a-noticias-falsas-chega-a-camara/>. Acesso em: 01 de out. de 2023.

- 21) LEIS de desacato e difamação criminal. **Comissão Interamericana de Direitos Humanos**, 2002. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2002port/vol.3i.htm>>. Acesso em 24 de set. 2023.
- 22) LENZA, Pedro. **Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023.
- 23) MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 38. ed. Barueri (SP): Atlas, 2022.
- 24) PANORAMA - Mensageria no Brasil. **Mobile Time/Opinion Box**, jan. de 2023.
- 25) PURZ, Michelly. WhatsApp, Facebook Messenger ou Telegram? Saiba quais são os aplicativos de mensagens mais usados no mundo. **Sinch Engage**, 08 de ago. de 2023. Disponível em: <https://engage.sinch.com/pt-br/blog/aplicativos-de-mensagens-mais-usados-no-mundo/#:~:text=Os%20aplicativos%20de%20mensagens%20mais%20usados%20no%20mu,ndo,-Por%20n%C3%BAmero%20de&text=O%20WhatsApp%20tem%20mais%20de,1%2C2%20bilh%C3%A3o%20de%20contas>. Acesso em: 20 de out. de 2023.
- 26) REDES Sociais, Notícias Falsas e Privacidade de Dados na Internet. **DataSenado**, nov. de 2019. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/institucional/ouvidoria/publicacoes-ouvidoria/redes-sociais-noticias-falsas-e-privacidade-de-dados-na-internet?_gl=1*1vod3wt*_ga*NDAYNjMxNzEyLjE2NzUxMjg2NDk.*_ga_CW3ZH25XMK*MTY5OTAxOTM2OC4xNi4xLjE2OTkwMTk0NDkuMC4wLjA. Acesso em 03 de nov. de 2023.
- 27) VIVANCO, José Miguel. Direitos Humanos, *Insulza* e o Brasil. **Human Rights Watch**. 06 de jun. de 2012. Disponível em: <https://www.hrw.org/pt/news/2012/06/06/246538>. Acesso em 24 de set. 2023.
- 28) VIVANCO, José Miguel. Proyecto para modificar las leyes de desacato. **Human Rights Watch**, 08 de out. de 2002. Disponível em: <https://www.hrw.org/es/news/2002/10/08/proyecto-para-modificar-las-leyes-de-desacato>. Acesso em 24 de set. 2023.