

Constitucionalismo Digital e Jurisdição Constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro¹

Digital Constitutionalism and Constitutional Jurisdiction: a research agenda for the Brazilian case

Gilmar Ferreira Mendes²

Victor Oliveira Fernandes³

Resumo

O artigo discute como princípios atribuídos ao Constitucionalismo Digital podem influenciar o controle de constitucionalidade de legislações como o Marco Civil da Internet. O texto sustenta que uma transformação teórica da jurisdição constitucional brasileira voltada à proteção de direitos fundamentais no ciberespaço requer (i) a redefinição da perspectiva tradicional de teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e ainda (ii) a abertura do controle de constitucionalidade à compreensão do fenômeno de re-territorialização da internet. Essas possibilidades são examinadas a partir das discussões acerca da responsabilidade dos intermediários *on-line* e da obtenção judicial de dados digitais por acordos MLAT.

Palavras-chave: Constitucionalismo Digital; Jurisdição Constitucional; Marco Civil da Internet.

¹ Recebido em: 17/05/2020. Aprovado em: 05/07/2020.

² Doutor em Direito pela University of Münster, Alemanha. Presidente da Comissão de Acompanhamento do Centro de Investigação de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (CIDP), professor visitante da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, membro-permanente da Comissão Europeia para a Democracia através do Direito, professor dos cursos de Graduação, Pós-Graduação *latu sensu*, Mestrado e Doutorado do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) e ministro do Supremo Tribunal Federal (STF). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, atuando principalmente nos seguintes temas: direito constitucional, direito, controle de constitucionalidade, controle de constitucionalidade e jurisdição constitucional. E-mail: victorolfernandes@gmail.com

³ Doutorando em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (USP) e Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB). Assessor de Ministro no Supremo Tribunal Federal (STF). E-mail: victorolfernandes@gmail.com

Abstract

This paper discusses how normative principles from Digital Constitutionalism movement might guide Constitutional Courts' judicial review of legislations as the Internet Civil Framework. It claims that an effective protection of fundamental rights on the internet requires a judicial review framework open to (i) a redefinition of the traditional perspective of horizontal effects of constitutional rights and (ii) a comprehensive understanding of the re-territorialization phenomenon of the Internet. These possibilities are examined from the discussions on the online intermediaries' civil liabilities and the jurisdictional cross-border battles for digital evidence.

Keywords: Digital Constitutionalism; Internet Civil Framework; Judicial Review.

Introdução

Iniciativas políticas e jurídicas voltadas à articulação de direitos, normas de governança e regras de limitação do poder na internet têm assumido centralidade como objetos de pesquisa do Direito Constitucional contemporâneo. Na última década, diversos trabalhos vinculados à corrente do Constitucionalismo Digital (*Digital Consticionalism*) passaram a discutir o impacto que declarações de direitos, posicionamentos de organizações internacionais e propostas legislativas exercem sobre a proteção de direitos fundamentais no ciberespaço⁴.

Embora esse campo de estudo abranja uma ampla gama de iniciativas normativas, o Constitucionalismo Digital parece ter restringido o foco da sua investigação à efetivação desses direitos em planos jurídicos abstratos. Com exceção de trabalhos isolados, a atuação dos Tribunais e o papel das Cortes Constitucionais tem passado ao largo dos interesses dessa vertente acadêmica. Essa restrição, no entanto, contrasta com o protagonismo que a jurisdição constitucional tem assumido sobretudo em países como Estados Unidos e Alemanha, em que decisões dos Tribunais hoje redefinem a essência de direitos

⁴ Por todos, cf. CELESTE, Edoardo. Digital Constitutionalism: a new systematic theorisation. *International Review of Law, Computers and Technology*, v. 33, n. 1, p. 76–99. 2019.

constitucionais básicos associados a liberdade de expressão, tutela de honra e da privacidade⁵.

A lacuna na literatura mostra-se especialmente crítica para a doutrina em países que, nos últimos anos, optaram por estruturar sistemas de proteção de direitos na internet a partir da edição de legislações formais⁶. Esse é exatamente o caso brasileiro, onde a Lei nº 12.965/2014⁷, o Marco Civil da Internet (MCI), contemplou cláusulas gerais e princípios de conformação de direitos individuais no ciberespaço que servem de baliza hermenêutica para o judiciário. A natural abertura de seu texto normativo e a incapacidade de antecipação legislativa dos problemas relacionados ao uso das novas tecnologias têm se traduzido em questionamentos sobre a constitucionalidade dos dispositivos do MCI⁸ perante os órgãos judiciários em geral e o Supremo Tribunal Federal (STF) em particular.

Considerando esse cenário, o objetivo do presente artigo é discutir como os princípios e valores atribuídos ao Constitucionalismo Digital podem servir de parâmetros normativos para o controle de constitucionalidade de leis da internet.

Este texto sustenta que a transformação teórica da jurisdição constitucional brasileira voltada à proteção de direitos fundamentais no ciberespaço requer (i) a redefinição da perspectiva tradicional da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e ainda (ii) a abertura do controle de constitucionalidade à compreensão do fenômeno de re-territorialização da internet pelos Estados Nacionais.

O exame desses desafios impostos à jurisdição constitucional terá como pano de fundo metodológico a análise de casos enfrentados por Cortes Constitucionais estrangeiras e pelo STF. Apesar de lançar luzes sobre casos concretos ainda pendentes de julgamento por este Tribunal, o presente estudo

⁵ POLLICINO, Oreste; ROMEO, Graziella. **The Internet and Constitutional Law: the protection of fundamental rights and constitutional adjudication in Europe**. London and New York: Routledge Taylor and Francis Group, 2016.

⁶ Sobre esse fenômeno, cf. SANTANIELLO, Mauro; PALLADINO, Nicola; CATONE, Maria Carmela; DIANA, Paolo. The Language of Digital Constitutionalism and the Role of National Parliaments. **International Communication Gazette**, v. 80, n. 4, p. 320–336. 2018.

⁷ BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 10 jul. 2020.

⁸ BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**.

não almeja apresentar soluções definitivas para jurisprudência nacional, mas antes propõe uma agenda de pesquisa para a proteção de direitos fundamentais no Direito Constitucional pátrio.

O presente artigo encontra-se dividido em 3 (três) grandes partes, além desta introdução e da sua conclusão. No item 2, desenvolve-se uma breve revisão da literatura relacionada ao movimento do Constitucionalismo Digital, com o intuito de se ressaltar os seus principais aspectos normativos. No item 3, explica-se porque é oportuno e necessário para a solução de conflitos entre direitos fundamentais no ciberespaço a construção de pontos de diálogos entre o Constitucionalismo Digital e a jurisdição constitucional. No item 4, por sua vez, será discutido em profundidade como cânones teóricos tradicionais da jurisdição constitucional podem ser redefinidos para a agregação das contribuições do Constitucionalismo Digital. Essa análise levará em conta principalmente as discussões constitucionais acerca da responsabilidade dos intermediários *on-line* pela publicação de conteúdo de terceiros e embates judiciais recentes entre Estados Nacionais e provedores de internet sobre a obtenção de dados como evidências criminais por requisição judicial direta ou por meio de acordos de cooperação mútua (MLAT). Ao final, breves conclusões irão consolidar uma proposta de agenda de pesquisa para o Constitucionalismo Digital no Direito brasileiro.

1. Situando o Fenômeno do Constitucionalismo Digital

A expressão “Constitucionalismo Digital” foi utilizada nos estudos iniciais sobre o tema para se referir a um movimento constitucional de defesa da limitação do poder privado de atores da internet, em oposição à ideia de limitação do poder político estatal⁹. Em trabalhos mais recente, porém, a terminologia passou a ser utilizada como um guarda-chuva que abrange as mais diversas iniciativas jurídicas e políticas, estatais e não-estatais, voltadas à afirmação de

⁹ Esse sentido é empregado em SUZOR, Nicolas. The Role of the Rule of Law in Virtual Communities. **Berkeley Technology Law Journal**, v. 25, n. 4, p. 1817-1886. 2010; e em BERMAN, Paul Schiff. Cyberspace and the State Action Debate: the cultural value of applying constitutional norms to “private” regulation. **University of Colorado Law Review**, v. 71, p. 1263-1310. 2005.

direitos fundamentais na internet¹⁰. Nesse último sentido, portanto, seria possível estabelecer uma relação de equivalência entre a ideia de “Constitucionalismo Digital” e a noção de “declarações de direitos fundamentais na internet (*Internet Bill of Rights*)”¹¹.

Para os fins do presente estudo, entende-se que o Constitucionalismo Digital corresponde, de forma ainda mais abstrata, a uma corrente teórica do Direito Constitucional contemporâneo que se organiza a partir de prescrições normativas comuns de reconhecimento, afirmação e proteção de direitos fundamentais no ciberespaço. Essa proposta conceitual vai ao encontro de definições veiculadas por autores como Edoardo Celeste¹², Claudia Padovani e Mauro Santaniello¹³ e Meryem Marzouki¹⁴ que atribuem ao constitucionalismo digital a marca de uma verdadeira ideologia constitucional que se estrutura em um quadro normativo de proteção dos direitos fundamentais e de reequilíbrio de poderes na governança do ambiente digital. Desse modo, mais do que uma sistematização de um fenômeno sócio-político orientados pelas mais diversas iniciativas de enunciação e consagração de direitos fundamentais no ciberespaço, o constitucionalismo digital precede tais iniciativas e é capaz de fornecer diretrizes normativas suficientes para guiar a sua aplicação.

É legítimo afirmar que, enquanto movimento teórico dotado de relativa uniformidade, o constitucionalismo digital herda da literatura sócio-jurídica de regulação do ciberespaço¹⁵ a rejeição às abordagens libertárias que negavam a

¹⁰ GILL, Lex; REDEKER, Dennis; GASSER, Urs. Towards Digital Constitutionalism? Mapping Attempts to Craft an Internet Bill of Rights. **Berkman Klein Center for Internet & Society Research Publication**, v. 15, p. 1-22. 2015 (propondo “*digital constitutionalism*’ as a common term to connect a constellation of initiatives that have sought to articulate a set of political rights, governance norms, and limitations on the exercise of power on the Internet”).

¹¹ Essa equiparação é defendida em YILMA, Kinfe Micheal. Digital Privacy and Virtues of Multilateral Digital Constitutionalism-Preliminary Thoughts. **International Journal of Law and Information Technology**, v. 25, n. 2, p. 115–138. 2017.

¹² CELESTE, Edoardo. **Digital Constitutionalism**: a new systematic theorisation. p. 89.

¹³ PADOVANI, Claudia; SANTANIELLO, Mauro. Digital Constitutionalism: fundamental rights and power limitation in the Internet eco-system. **International Communication Gazette**, v. 80, n. 4, p. 295–301. 2018 (definindo que “*digital constitutionalism is an effort to bring political concerns and perspective back into the governance of the Internet, deeply informed by economic and technical rationalities*”).

¹⁴ MARZOUKI, Meryem. A Decade of CoE Digital Constitutionalism Efforts: human rights and principles facing privatized regulation and multistakeholder governance. **International Association for Media and communication Research Conference (IAMCR)**, Madrid. Jul. 2019.

¹⁵ Para uma análise aprofundada sobre as origens desse movimento, cf. BERMAN, Paul Schiff. **Law and Society Approaches to Cyberspace**. England: Ashgate Publishing, 2007; e

sobrevivência do critério de jurisdição como régua da ação estatal na internet¹⁶. Em oposição a essa perspectiva, reconhece-se, na linha de estudos clássicos como os de Lawrence Lessig¹⁷ e Joel Reidenberg¹⁸, que há várias modalidades regulatórias que podem ser instrumentalizadas por governos, sociedade e mercado para se atingir os objetivos de regulação previsíveis nos ambientes virtuais. Dentro dessa perspectiva, pressupõe-se que a fruição de direitos fundamentais pode ser mediada pela força impositiva do Estado Nacional, ainda que em convivência com modalidades outras de conformação de direitos que têm origem na atuação de agentes privados ou no funcionamento de mecanismos transnacionais de governança da internet.

Nesse contexto, a internet se relaciona de forma ambivalente com a teoria constitucional dos direitos fundamentais. Se por um lado ela emerge como uma ferramenta social que pode ser instrumentalizada para a realização dos objetivos do constitucionalismo, notadamente o controle e a regulação do poder político, por outro, ela também está a exigir novas conformações protetivas de direitos fundamentais que estão em jogo nos ambientes digitais¹⁹.

A própria reflexão sobre a dimensão normativa de direitos constitucionais básicos passa a ser permeada por considerações técnicas dos meios de comunicação digital²⁰. A internet pode tanto alterar o contexto factual de uma dada tecnologia, levantando questões sobre como a Constituição a ela se aplica, quanto pode criar novas oportunidades de realização das liberdades individuais que não são comparáveis àquelas que recebem proteção constitucional explícita²¹.

FERNANDES, Victor Oliveira. **Regulação de Serviços de Internet**: desafios da regulação de aplicações Over-The-Top (OTT). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 73-80.

¹⁶ JOHNSON, David R.; POST, David. Law and Borders - The Rise of Law in Cyberspace. **Stanford Law Review**, v. 48, n. 5, p. 1367-1402. May 1996.

¹⁷ LESSIG, Lawrence. The new Chicago school. **The Journal of Legal Studies**, v. 27, p. 661-691. Jun. 1998; e LESSIG, Lawrence. The Law of the Horse: what cyberlaw might teach. **Harvard Law Review**, v. 113, n. 2, p. 501-546. 1999.

¹⁸ REIDENBERG, Joel. R. Governing Networks and Rule-making in Cyberspace. **Emory Law Journal**, v. 45, p. 911-930. 1996.

¹⁹ SIMONCINI, Andrea. The Constitutional Dimension of the Internet: Some Research Paths. **EUI Working Paper LAW**, v. 16, p 1-13. 2016. p. 4.

²⁰ KARAVAS, Vaios. The Force of Code: Law's Transformation under Information-Technological Conditions. **German Law Journal**, v. 10, n. 4, p. 463-482. 2009.

²¹ FETZER, Thomas; YOO, Christopher S. New technologies and constitutional law. **Faculty Scholarship at Penn Law**, n. 13, p. 1-22. 2012. p. 1. (*"[Technological innovation] alter the factual*

No âmbito dessa relação dupla, a internet claramente amplia as possibilidades de realização de garantias individuais. Em diversos cenários, o seu uso torna-se de certo modo, condição necessária para a realização de direitos básicos. Esse diagnóstico se faz evidente no campo da liberdade de expressão, de manifestação política e de liberdade religiosa²², mas também atinge outras classes direitos fundamentais, tais como os direitos de propriedade, de livre associação, de participação política e mesmo direitos de segunda geração relacionados ao trabalho, cultura e saúde²³. A relevância do processo constitucional do processamento e da utilização da informação acaba por afetar o sistema de proteção de garantias individuais como um todo²⁴.

Esses mesmos avanços tecnológicos que proporcionam novas possibilidades de concretização de direitos fundamentais, todavia, também suscitam novos riscos de sua violação. No que se refere aos direitos de liberdade de expressão, a ampliação dos espaços digitais de manifestação pública torna a internet um campo fértil para diversas formas de abusos, o que pode ser percebido na disseminação de discursos odiosos, *cyberbullying*, pornografia infantil e mesmo na difusão em massa de notícias falsas (*fake news*).

Além disso, considerando que os espaços digitais em geral são controlados por agentes econômicos dotados de alta capacidade de coleta, armazenamento e processamento de dados pessoais a intensificação do fluxo comunicacional na internet aumenta as possibilidades de violação de direitos de personalidade e de privacidade. Mesmo direitos fundamentais de igualdade e isonomia são colocados em risco pelo uso de algoritmos e de ferramentas de *data analytics*, que, promovendo a classificação e estereotipação discriminatória de grupos sociais, são utilizados por empresas e governos automatizem processos de tomadas de decisões estratégicas para a vida social, como a

context surrounding an existing technology in ways that raise new questions of the manner in which the constitution applies to that technology"); e LESSIG, Lawrence. Reading The Constitution in Cyberspace. **Emory Law Review**, v. 45, p. 869–910. 1996. p. 41.

²² BALKIN, Jack M. Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society. **New York University Law Review**, v. 79, n. 1, p. 1–55. 2004.

²³ SARTOR, Giovanni. Human Rights and Information Technologies. In: BROWNSWORD, Roger; SCOTFORD, Eloise; YEUNG, Karen (Eds.). **The Oxford Handbook of Law, Regulation and Technology**. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 425-448. p. 444.

²⁴ MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, Proteção de Dados e Defesa do Consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental**. São Paulo: IDP/Saraiva, 2014. p. 163.

alocação de oportunidades de acesso a emprego, negócios e outros bens sociais²⁵.

É diante dessas transformações impostas ao regime de proteção de direitos fundamentais que, nos últimos anos, estados nacionais, entidades privadas e organizações sociais têm se mobilizado para reestabelecer o equilíbrio constitucional nos espaços digitais. A partir de estudos como os de Lex Gill, Dennis Redeker e Urs Gasser²⁶, identificou-se que essas reações correspondem, de forma ampla, às mais variadas iniciativas de instituições públicas e privadas que tentam consagrar um conjunto abrangente de direitos fundamentais dos usuários da internet, abrangendo leis em sentido formal, declarações oficiais de organizações intergovernamentais, termos e regulamentos de uso de plataformas digitais, entre outros²⁷.

Tais reações são estruturais para o constitucionalismo contemporâneo porque, na sua essência, elas projetam valores e princípios constitucionais para a realização de direitos políticos e para a limitação ao exercício do poder na internet. Como destacado por Edoardo Celeste²⁸, as declarações de direitos fundamentais na *web*: (i) reconhecem a existência de novos direitos fundamentais na internet, como o direito de acesso à internet, o direito ao esquecimento ou o direito à neutralidade da rede; (ii) limitam a capacidade de violação de direitos fundamentais na rede, como ocorre com as leis de proteção de dados e ainda (iii) estabelecem novas formas de controle social sobre as instituições públicas, como o dever de transparência das informações controladas por governos e entidades privadas.

Como dito, essas reações normativas são difusas e não se limitam ao âmbito do Estado-Nação. Contudo, elas atingem seu ápice na edição de

²⁵ SARTOR, Giovanni. **Human Rights and Information Technologies**. p. 423; e MENDES, Laura Schertel; MATTIUZZO, Marcela. Discriminação Algorítmica: conceito, fundamento legal e tipologia. **Revista Direito Público**, v. 16, n. 90, p. 39–64. 2019.

²⁶ GILL, Lex; REDEKER, Dennis; GASSER, Urs. **Towards Digital Constitutionalism?** Mapping Attempts to Craft an Internet Bill of Rights. p. 5.

²⁷ PETTRACHIN, Andrea. Towards a universal declaration on internet rights and freedoms? **International Communication Gazette**, v. 80, n. 4, p. 337–353. 2018. (argumentando que “*a discourse on Internet-related human rights is being shaped, autonomous from the broader discourse on Internet governance*”) e BASSINI, Marco. Fundamental Rights and Private Enforcement in the Digital Age. **European Law Journal**, v. 25, n. 2, p. 182–197. 2019. p. 185.

²⁸ CELESTE, Edoardo. **Digital Constitutionalism: a new systematic theorisation**. p. 5–6.

legislações que consagram declarações formais de direitos dos usuários da internet. Como destacam Mauro Santaniello, Nicola Palladino, Maria Carmela Catone e Paolo Diana, nos últimos anos, uma nova onda do constitucionalismo digital tem emergido no nível dos estados nacionais, particularmente a partir da ação do Poder Legislativo. Em países como Brasil, Filipinas, Itália, Nova Zelândia e Nigéria, os parlamentos têm buscado

[...] desempenhar as funções fundamentais do constitucionalismo clássico no sub-sistema da Internet, produzindo atos dirigidos ao estabelecimento e à proteção dos direitos digitais, à limitação do exercício do poder em e através das obras da rede digital e à formalização dos princípios de governança para a Internet²⁹.

Ao mesmo tempo em que essas iniciativas não implicam formalmente alterações dos textos constitucionais, elas consagram materialmente categorias de direitos, princípios e normas de governança para a internet, limitando drasticamente o poder de autoridades públicas e de atores privados nas suas relações com os usuários. Daí porque autores como Lex Gill, Dennis Redeker e Urs³⁰ chegam a afirmar que algumas legislações formais sobre a internet, embora se situem em um plano infraconstitucional, apresentam uma verdadeira natureza “pré” ou “proto-constitucional”, uma vez que estabelecem verdadeiros blocos de construção intelectual para a interpretação das constituições formais na esfera digital.

Esse diagnóstico amolda-se com precisão ao caso brasileiro. Entre nós, o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014)³¹ conferiu centralidade a cláusulas gerais de proteção da liberdade de expressão (art. 3º, inciso I)³², da privacidade (art. 3º, inciso II)³³ e da preservação da natureza participativa da rede (art. 3º, inciso VII)³⁴, estabelecendo limites à asseguaração desses direitos tanto contra atores públicos quanto contra atores privados. Por esse motivo, é possível

²⁹ SANTANIELLO, Mauro; PALLADINO, Nicola; CATONE, Maria Carmela; DIANA, Paolo. **The Language of Digital Constitutionalism and the Role of National Parliaments**. p. 2.

³⁰ GILL, Lex; REDEKER, Dennis; GASSER, Urs. **Towards Digital Constitutionalism? Mapping Attempts to Craft an Internet Bill of Rights**. p. 6.

³¹ BRASIL. **Lei n. 12.965, de 23 de Abril de 2014**.

³² BRASIL. **Lei n. 12.965, de 23 de Abril de 2014**.

³³ BRASIL. **Lei n. 12.965, de 23 de Abril de 2014**.

³⁴ BRASIL. **Lei n. 12.965, de 23 de Abril de 2014**.

afirmar que o MCI incorpora diversos elementos da crescente literatura sobre constitucionalismo digital aqui discutida³⁵.

2. Jurisdição Constitucional e Constitucionalismo Digital: pontes de um diálogo necessário

Dentro do jogo de forças que conformam as ações individual e coletiva no ciberespaço, é inegável que a adjudicação de direitos fundamentais pela via judicial desempenha um papel importante de regulação. Nas duas últimas décadas, tanto na experiência norte-americana quanto europeia, as Cortes Constitucionais têm tomado importantes decisões sobre o alcance de garantias constituais na internet como se observa, por exemplo, nos debates do direito norte-americano sobre o regime de liberdade de expressão no meio digital³⁶ e, no contexto europeu, nas discussões sobre autodeterminação informacional e proteção de dados³⁷.

A atuação das Cortes Constitucionais no ciberespaço tem sido examinada na literatura predominante a partir de metodologias argumentativas. Trabalhos como os de Alessandro Morelli³⁸ e Oreste Pollicino³⁹, por exemplo, discutem como a utilização de metáforas têm sido utilizadas pelos Tribunais para a tradução de valores e princípios constitucionais às dinâmicas sociais em meio digital.

Em linhas gerais, esses estudos identificam duas abordagens de tratamento dos direitos fundamentais nos espaços *on-line* pela vida a jurisdição

³⁵ MONCAU, Luiz Fernando Marrey; ARGUELHES, Diego Werneck. The Marco Civil da Internet and Digital Constitutionalism. *In*: FROSIO, Giancarlo (ed.). **The Oxford Handbook of Online Intermediary Liability** (no prelo). Oxford: Oxford University Press, 2020. p. 55-89.

³⁶ LAND, Molly K. A Human Rights Perspective on US Constitutional Protection of the Internet. *In*: POLLICINO, Oreste; ROMEO, Graziella (Eds.). **The Internet and Constitutional Law: the protection of fundamental rights and constitutional adjudication in Europe**. Abingdon: Routledge Taylor and Francis Group, 2013. p. 48–70.

³⁷ JÓRI, András. Protection of Fundamental Rights and the Internet: a comparative appraisal of German and Central European constitutional case law. *In*: POLLICINO, Oreste; ROMEO, Graziella (Eds.). **The Internet and Constitutional Law: the protection of fundamental rights and constitutional adjudication in Europe**. Abingdon: Routledge Taylor and Francis Group, 2013. p. 166-176.

³⁸ MORELLI, Alessandro; POLLICINO, Oreste. Metaphors, Judicial Frames and Fundamental Rights in Cyberspace. **American Journal of Comparative Law**, v. 2, p. 1–26. 2020.

³⁹ POLLICINO, Oreste; ROMEO, Graziella. **The Internet and Constitutional Law: the protection of fundamental rights and constitutional adjudication in Europe**. Abingdon: Routledge Taylor and Francis Group, 2013.

constitucional: (i) uma de deferência à cultura jurídica consolidada, de modo a se evitar que o mecanismo de controle de constitucionalidade resulte em soluções interpretativas inteiramente novas para resolver conflitos entre direitos fundamentais na internet⁴⁰, e (ii) outra voltada para um ativismo judicial baseado no pressuposto de que a natureza única do ciberespaço demandaria respostas judiciais efetivas que façam frente à racionalização privada das relações sociais e à intervenção governamental na internet⁴¹.

A despeito da relevância dessas discussões, o constitucionalismo digital enquanto ideologia propositiva de adaptações dos valores da teoria constitucional parece ter restringido o foco da sua investigação às iniciativas de afirmação direitos fundamentais em planos jurídicos abstratos, a partir do exame de instrumentos estatais e não-estatais de aclamação de direitos no ciberespaço. Ainda que se extraia das iniciativas do constitucionalismo digital prescrições capazes de orientar a adjudicação de direitos em concreto, fica claro que a atuação dos Tribunais e o papel das Cortes Constitucionais tem passado ao largo dos interesses dessa vertente acadêmica.

Esse tratamento negligente em relação à jurisdição constitucional pode talvez ser explicado pelo fato de que os primeiros trabalhos no campo do constitucionalismo digital compartilhavam da crença de que a difusão da internet implicaria uma crise do modelo de constitucionalismo moderno, ainda fortemente enraizado na autoridade soberana do estado-nação e focado nas relações de poder dentro do território nacional⁴². Ao menos nessas formulações iniciais desse movimento, alimentou-se o ideário de que o estado político moderno não seria mais capaz de responder à complexidade regulatória da sociedade

⁴⁰ Nesse sentido, cf. SUNSTEIN, Cass R. Constitutional Caution The Law of Cyberspace. **University of Chicago Legal Forum**, p. 361–375. 1996; e KERR, Orin S. The Fourth Amendment and New Technologies: constitutional myths and the case for caution. **Michigan Law Review**, v. 102, p. 801–888. 2004.

⁴¹ Para uma análise dessa vertente, cf. LESSIG, Lawrence. **CODE version 2.0**. New York: Basic Books, 2006. p. 326–327 e SOLOVE, Daniel J. Fourth Amendment Codification and Professor Kerr's Misguided Call for Judicial Deference. **Fordham Law Review**, v. 74, p. 747-777. 2005.

⁴² PADOVANI, Claudia; SANTANIELLO, Mauro. **Digital Constitutionalism: fundamental rights and power limitation in the Internet eco-system**. p. 295-296 (afirmando que “*the transnational private regime running the Internet at the end of the transformation was structurally inconsistent with the traditional approach to these issues, i.e., modern constitutionalism*”); e LADEUR, Karl-Heinz; VIELLECHNER, Lars. Die Transnationale Expansion staatlicher Grundrechte: Zur Konstitutionalisierung globaler Privatrechtsreg. **Archiv des Völkerrechts**, v. 46, n. 1, p. 42–73. 2008.

interconectada, o que implicaria, ao mesmo tempo, o crescimento da força do direito privado na mediação de direitos individuais⁴³ e a emergência de verdadeiras “constituições civis” fragmentadas fora do âmbito estatal⁴⁴.

Ainda que essas duas tendências sejam de fato marcantes nas discussões sobre a regulação do ciberespaço, o prenúncio de esvaziamento do modelo de Estado Constitucional parece ter sido relativizado nos últimos anos, ante ao reconhecimento de que as mesmas formas tradicionais de governo continuam a exercer função política relevante na definição da normatividade do ciberespaço. Nesse sentido, trabalhos como os de Jack Goldsmith e Tim Wu⁴⁵ foram importantes em demonstrar que as legislações nacionais e as regulamentações governamentais permanecem sendo importantes fontes de normatividade na era da internet, de modo que, mesmo nas disputas *on-line*, o critério territorial de jurisdição é muito mais importante do que se imagina.

Para além da relativização do discurso de falência do Estado-Nação, influxos recentes dentro do próprio constitucionalismo digital parecem reforçar a necessidade de se colocar a jurisdição constitucional no centro das preocupações de uma teoria dos direitos fundamentais no ciberespaço. Como abordado no tópico anterior do presente artigo, parte considerável das iniciativas de reação normativas examinadas nessa corrente teórica se concretizam em legislações formais que, como o próprio Marco Civil da Internet, que consagram a enunciação política de garantias individuais⁴⁶.

A edição dessas leis, por sua vez, não esgota, mas antes reforça a centralidade da jurisdição constitucional. Ao realizar o controle de constitucionalidade de seus dispositivos, seja pela via do controle abstrato, seja pela via do controle incidental, as Cortes Constitucionais são confrontadas com situações em que o desenvolvimento tecnológico implica novos contextos sociais

⁴³ SUZOR, Nicolas. **The Role of the Rule of Law in Virtual Communities**; e BERMAN, Paul Schiff. **Cyberspace and the State Action Debate: The Cultural Value of Applying Constitutional Norms to “Private” Regulation**.

⁴⁴ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos Constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. São Paulo: IDP/Saraiva, 2016.

⁴⁵ GOLDSMITH, Jack; WU, Tim. **Who Controls the Internet? Illusions of Borderless World**. New York: Oxford University Press, 2006.

⁴⁶ SANTANIELLO, Mauro; PALLADINO, Nicola; CATONE, Maria Carmela; DIANA, Paolo. **The Language of Digital Constitutionalism and the Role of National Parliaments**.

e econômicos que não foram abarcados de maneira clara e suficientemente exaustiva pelo texto normativo⁴⁷. Isso ocorre principalmente porque a contínua mudança no cenário tecnológico alarga as dificuldades de os legisladores nacionais proporcionarem proteção suficiente dos direitos fundamentais. O corolário imediato dessa inadequação do plano legislativo, por sua vez, é a amplificação do papel criativo e substitutivo dos tribunais⁴⁸.

Conforme será discutido nos próximos tópicos deste artigo, especificamente em relação ao controle abstrato de normas que enunciam direitos fundamentais na internet, a experiência de Cortes Constitucionais tem constatado a importância de se utilizar princípios e valores do constitucionalismo digital na jurisdição constitucional. É justamente na iluminação desses caminhos impostos à jurisdição constitucional que o constitucionalismo digital pode emprestar vinculação normativa.

3. Possibilidades de Resignificação da Jurisdição Constitucional a partir do Constitucionalismo Digital

As possibilidades de diálogo entre o constitucionalismo digital e a jurisdição constitucional descritas no item anterior se apresentam como decorrências das próprias transformações que marcam a Teoria Constitucional contemporânea. A consagração do constitucionalismo enquanto modelo universal de organização e legitimação do poder político ocorreu no século passado graças a um conjunto de pré-condições da relação entre Estado e Sociedade que hoje se encontram em mutação. Nesse aspecto, a identificação das relações sociais na internet coloca em tensão duas fronteiras que definem o Estado Constitucional moderno: (i) a separação entre os poderes público e

⁴⁷ Uma teorização ampla desse fenômeno é descrita em SAJÓ, András; RYAN, Clare. *Judicial Reasoning and New Technologies: framing, newness, fundamental rights and the internet*. In: POLLICINO, Oreste; ROMEO, Graziella (Eds.). **The Internet and Constitutional Law: the protection of fundamental rights and constitutional adjudication in Europe**. Abingdon: Routledge Taylor and Francis Group, 2013. p. 3–25.

⁴⁸ MORELLI, Alessandro; POLLICINO, Oreste. **Metaphors, Judicial Frames and Fundamental Rights in Cyberspace**. p. 25.

privado e (ii) a demarcação dos espaços das ordens jurídicas nacionais e transnacionais⁴⁹.

É a partir desses dois focos de transformação do constitucionalismo contemporâneo que o presente artigo pretende identificar espaços em que os valores e princípios do constitucionalismo digital podem ser incorporados enquanto chaves interpretativas para o controle de constitucionalidade de leis da internet.

3.1. Redefinição da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais

A primeira consequência da incorporação do constitucionalismo digital nas reflexões sobre jurisdição constitucional tem relação com a necessidade de redefinição da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

A consagração histórica da dimensão objetiva dos direitos fundamentais impôs à jurisdição constitucional o reconhecimento desses direitos enquanto ordem principiológica de valores com irradiação para todos os ramos jurídicos⁵⁰. Sobretudo a partir da segunda metade do século passado, esse fenômeno também ensejaria o reconhecimento da eficácia dessa ordem principiológica de valores para além das relações entre Estado e cidadãos⁵¹.

A questão relativa à eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações entre particulares marcou o debate doutrinário no direito alemão dos anos 1950 e do início dos anos 1960. Também nos Estados Unidos, sob o rótulo da *State Action*, a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas passou a ser discutida⁵². Após anos de embates em torno da eficácia mediata ou imediata dos direitos fundamentais no âmbito dessas relações privadas⁵³,

⁴⁹ GRIMM, Dieter. The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (Orgs.). **The Twilight of Constitutionalism?** New York: Oxford University Press, 2010. p. 3-22. p. 13-14.

⁵⁰ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Constitutional and Political Theory** - Selected Writings. v. 1. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 238.

⁵¹ HUBER, Von Hans. **Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht**: Ausgewählte Aufsätze 1950-1970. Bern: Stämpfli, 1971.

⁵² TRIBE, Laurence H. **Constitutional Choices**. Cambridge-Massachusetts and London: Harvard University Press, 1985. p. 246 e ss.

⁵³ HESSE, Konrad. **Verfassungsrecht und Privatrecht**. Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, 1988. p. 24 e ss.

doutrinariamente, o reconhecimento da dimensão horizontal dos direitos fundamentais pela via da jurisdição constitucional passou a tomar a forma da aferição do papel do legislador diante da perspectiva de dever de proteção⁵⁴.

Assim, caberia às Cortes Constitucionais avaliar o cumprimento, por parte do legislador, não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), mas também uma proibição de omissão (*Untermassverbote*) na conformação dos direitos fundamentais na dimensão privada⁵⁵.

Essa concepção tradicional da teoria da eficácia horizontal associada à ideia de dever de proteção, no entanto, tem aplicabilidade limitada nas discussões sobre adjudicação de direitos fundamentais privados na internet. Principalmente na literatura alemã contemporânea, sustenta-se a necessidade de se redesenhar a aplicação da teoria da eficácia horizontal na esfera digital⁵⁶. A esse respeito, Gunther Teubner⁵⁷ adverte que, enquanto na sua formulação tradicional essa teoria adota uma perspectiva individualista de equilíbrio entre direitos individuais dos atores privados, na esfera digital, os direitos constitucionais nas relações privadas têm de ser reformulados na sua dimensão colectivo-institucional. No mesmo sentido, Vagias Karavas⁵⁸ defende que as concepções de proibição de excesso e proibição de insuficiência de Claus-Wilhelm Canaris⁵⁹ falham ao não contemplar o papel do indivíduo como partícipe da formação do direito privado nessas relações.

⁵⁴ Para uma compreensão sobre como precedentes do Tribunal Constitucional Alemão concretizaram a dimensão objetiva dos direitos fundamentais na teoria dos deveres de proteção, cf. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Constitutional and Political Theory** - Selected Writings. p. 243–245.

⁵⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. Grundrechtswirkungen und Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatsrechts. **JuS**, v. 1, n. 2, p. 161-172. 1989. p. 161-163.

⁵⁶ Para uma visão sobre o tema, cf. *structurally inconsistent with the traditional approach to these issues, i.e., modern constitutionalism*"); e LADEUR, Karl-Heinz; VIELLECHNER, Lars. **Die Transnationale Expansion staatlicher Grundrechte**: Zur Konstitutionalisierung globaler Privatrechtsreg.

⁵⁷ TEUBNER, Gunther. Horizontal Effects of Constitutional Rights in the Internet: a legal case on the digital constitution. **Italian Law Journal**, v. 3, n. 2, p. 485–510. 2017.

⁵⁸ KARAVAS, Vagias. **Digitale Grundrechte**: Elemente einer Verfassung des Informationsflusses im Internet. Baden-Baden: Nomos, 2007. p. 80. Para uma análise da obra do autor à luz do contexto brasileiro, cf. SARLET, Ingo Wolfgang; HARTMANN, Ivar A. Direitos Fundamentais e Direito Privado: a Proteção da Liberdade de Expressão nas Mídias Sociais. **Revista Direito Público**, v. 16, p. 85–108. 2019. p. 102–103.

⁵⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Grundrechtswirkungen und Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatsrechts**. p. 161–163.

A noção de dever de proteção enquanto válvula de conformação e controle do papel do legislador revela-se limitada para a superação dos conflitos entre direitos fundamentais no ciberespaço principalmente porque, no contexto das normas formas de autocomunicação de massa, são os próprios atores privados que definem as regras e condições de exercício de liberdades públicas⁶⁰. Nesse sentido, intermediários como redes sociais, ferramentas de buscas e plataformas de conteúdo têm adquirido verdadeiros poderes de adjudicação e conformação de garantias individuais relacionadas à privacidade e à liberdade de expressão, privacidade, censura, autodeterminação e acesso à informação, o que desloca o centro do *enforcement* dos direitos fundamentais da esfera pública para a esfera privada.

Ao invés de figurarem como agentes meramente passivos na intermediação de conteúdos produzidos por terceiros, empresas como Facebook, Google e Amazon são capazes de interferir no fluxo de informações, por meio de filtros, bloqueios ou reprodução em massa de conteúdos produzidos pelos seus usuários. Essa interferência no fluxo informacional também é caracterizada pelo uso intensivo de algoritmos e ferramentas de *Big Data* que permitem às plataformas manipular e controlar a forma de propagação dos conteúdos privados de forma pouco transparente⁶¹.

Todas essas particularidades da atuação dos provedores de conteúdo denotam que tais agentes assumem uma postura “não neutra” no tratamento da comunicação em suas redes⁶². As decisões privadas tomadas por essas empresas possuem reflexos diretos nas possibilidades de realização de liberdades públicas. Tal realidade enseja duas implicações relevantes para a jurisdição constitucional no que toca à proteção de direitos relacionados à liberdade de expressão.

⁶⁰ Nesse sentido, cf. TEUBNER, Gunther. **Horizontal Effects of Constitutional Rights in the Internet**: a legal case on the digital constitution. p. 195 (defendendo que “*constitutional rights such as free speech are no longer directed against the state but against private actors within the private space of the Internet*”).

⁶¹ BALKIN, Jack M. Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and New School Speech Regulation. **University of California, Davis**, p. 1149–1210. 2018.

⁶² BASSINI, Marco. **Fundamental rights and private enforcement in the digital age**. p. 187 e MORELLI, Alessandro; POLLICINO, Oreste. **Metaphors, Judicial Frames and Fundamental Rights in Cyberspace**. p. 26.

Em primeiro lugar, verifica-se que os atores privados da internet se tornam responsáveis por mediar situações conflitos entre direitos fundamentais básicos, muitas vezes antes da própria autoridade estatal⁶³. De fato, as plataformas digitais exercem uma função normativa importante ao estabelecer regulamentos e termos de uso dos seus serviços. Embora representem simples contratos entre as partes, em muitos casos, esses documentos adotam jargões típicos de textos constitucionais que projetam, na relação privada, direitos como o de livre acesso e compartilhamento de informações e o direito de estabelecer controle de privacidade sobre os seus dados⁶⁴.

Além de estabelecer as regras do jogo no tratamento de dados e de conteúdo dos usuários, os intermediadores também assumem a função de resolver conflitos entre os participantes da rede ou entre esses e a própria plataforma. Ao fazer cumprir os regulamentos e termos de uso pactuados, as empresas se engajam em uma verdadeira função adjudicatória de direitos. Nesse sentido, as plataformas digitais funcionam como verdadeiros tribunais, considerando que elas têm o poder de decidir pela exclusão ou manutenção de conteúdo ou mesmo pela permanência ou retirada de participantes da rede, sem a necessidade de qualquer interferência de um órgão administrativo ou judicial⁶⁵.

Diante desse cenário, as reações normativas do constitucionalismo digital que se estruturam pela via legislativa têm buscado garantir os direitos de liberdade de expressão na internet por meio de fórmulas de controle do poder privado de restrição dos fluxos comunicativos nas plataformas. Conforme será discutido no próximo tópico, essas opções suscitam a intervenção da jurisdição constitucional em questões sensíveis aos conflitos de direitos fundamentais, qual

⁶³ PADOVANI, Claudia; SANTANIELLO, Mauro. **Digital Constitutionalism: fundamental rights and power limitation in the Internet eco-system.** p. 298 (“*private operators have been acquiring law-making and law enforcement powers, defining the boundaries of some fundamental rights*”).

⁶⁴ CELESTE, Edoardo. Terms of service and bills of rights: new mechanisms of constitutionalisation in the social media environment? **International Review of Law, Computers and Technology**, v. 33, n. 2, p. 122–138. 2018 (ao analisar a chamada Declaração de Direitos e Responsabilidade do Facebook, o autor diagnostica que essa plataforma adota terminologias típicas dos direitos constitucionais nos seus contratos privados).

⁶⁵ DENARDIS, Laura. **The Global War For Internet Governance.** New Haven and London: Yale University Press, 2014. p. 157-167. (“*private intermediaries have increasingly become the arbiters of online expressive liberty*”) e BLOCH-WEHBA, Hannah. Global Platform Governance: Private Power in the Shadow of the State. **SMU Law Review**, n. February, p. 27–72. 2019. p. 27. (“*platforms are engaged in both rulemaking and adjudication*”).

se desenvolve no debate sobre o regime de responsabilidade civil aos intermediários *on-line* pelo conteúdo de terceiros.

3.2. Responsabilidade dos intermediários *on-line* por conteúdo de terceiro

A ampliação do poder de comunicação das grandes empresas da internet impõe aos órgãos legislativos e judiciários a necessidade de definir um regime de responsabilidade civil dos intermediadores pelo conteúdo veiculado nessas redes. Isso porque, no combate a determinados comportamentos ilícitos que são praticados nos ambientes virtuais – tais como a difusão de discursos de ódio de manifestações difamatórias ou ainda de notícias falsas (*fake news*) – a retirada de conteúdos ilegais das redes depende da ação do próprio detentor do controle do fluxo informacional.

A questão, no entanto, tangencia o próprio limite da regulação da liberdade de expressão *vis à vis* a efetividade do controle do usuário sobre o conteúdo trafegado na rede⁶⁶. De um lado, se os Estados nacionais optarem por impor às plataformas o dever de retirar qualquer conteúdo denunciado como impróprio pelos seus usuários, certamente as chances de se conter a veiculação de publicações ofensivas ou ilícitas nas redes sociais serão maiores. Essa opção tem sido utilizada por muitos países para conter violações de direitos autorais. Em geral, as legislações de proteção desses direitos têm estabelecido um regime de responsabilidade imediata ao provedor, obrigando-o inclusive a implantar mecanismos de controle *a priori* da publicação do conteúdo (como os chamados *upload filtering*)⁶⁷.

A definição de um regime rígido de responsabilidade do provedor independente de ordem judicial expressa, no entanto, traz consigo o risco de notificações extrajudiciais abusivas ou infundadas comprometerem a liberdade de manifestação e a pluralidade democrática na rede. Nesse sentido, autores como Jack Balkin⁶⁸ defendem que um regime absoluto de reponsabilidade dos

⁶⁶ BALKIN, Jack M. The Future of Free Expression in a Digital Age. **Pepperdine Law Review**, v. 36, p. 427–446. 2008.

⁶⁷ BASSINI, Marco. **Fundamental Rights and Private Enforcement in the Digital Age**. p. 196.

⁶⁸ BALKIN, Jack M. **Free Speech in the Algorithmic Society**: Big Data, Private Governance, and New School Speech Regulation. p. 30–31.

intermediadores digitais pode provocar um fenômeno conhecido por “censura colateral”, a qual se desenvolve quando o receio de ser amplamente responsabilizado por conteúdos produzidos por terceiros leva o intermediador a tentar controlar ou bloquear com rigor o discurso dos usuários on-line. A adoção de sistemas de responsabilização de intermediários que prescindem da judicialização, a propósito, tem sido identificada como uma tendência de regimes autoritários, como China, Venezuela, Irã, Rússia e Ruanda⁶⁹.

A riqueza das experiências do direito comparado, no entanto, denota a grande dificuldade de se traçar uma linha clara entre o regime de responsabilização dos intermediários e a garantia de liberdade de expressão. O enfrentamento desse desafio de compatibilização tem sido protagonizado pelas Cortes Constitucionais.

No contexto norte-americano, por exemplo, a Suprema Corte tradicionalmente tem adotado uma postura de exaltação do direito de liberdade de expressão consagrado na Primeira Emenda, estendendo a noção libertária de “*free marketplace of ideas*” como uma metáfora principiológica adequada para o tratamento da responsabilidade dos provedores de conteúdo no meio digital⁷⁰. No histórico julgamento do caso *Reno v. ACLU*⁷¹, por exemplo, a Suprema Corte considerou inconstitucionais expressões contidas no *Communication Decency Act (CDA)* que, com o intuito de proteger crianças da exposição a conteúdos impróprios, impunham aos provedores a obrigação de não veicular conteúdos definidos, de forma ampla, como “indecentes” ou “patentemente ofensivos”. Para o Tribunal, a vagueza dessas expressões comprometia o direito constitucional à liberdade de expressão.

⁶⁹ Para uma análise sobre os principais regimes internacionais de responsabilização por mera notificação, cf. ANTONIALLI, Denis; OLIVA, Thiago. Alteração do modelo de responsabilização dos intermediários de internet. **Portal Jota**, 14 dez. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/alteracao-do-modelo-de-responsabilizacao-dos-intermediarios-de-internet-14122018>. Acesso em: 10 jul. 2020.

⁷⁰ Para uma discussão mais aprofundada, cf. POLLICINO, Oreste. Judicial protection of fundamental rights in the transition from the world of atoms to the word of bits: the case of freedom of speech. **European Law Journal**, v. 25, n. 2, p. 155–168. 2019. p. 163–164; e LAND, Molly K. **A Human Rights Perspective on US Constitutional Protection of the Internet**. p. 51–52.

⁷¹ UNITED STATES. **N. 521 U.S. 844**, 1997. *Reno, Attorney General of the United States et al. v. American Civil Liberties Union et al.* Available in: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/521/844/case.pdf>. Access in: 10 jul. 2020.

Após reformas na legislação, a redação atual do § 230 do CDA passou a garantir mais explicitamente uma imunidade quase que absoluta aos intermediários *on-line* pela veiculação de conteúdo de terceiros, excepcionada somente nas situações de violação de direitos autorais. Ainda assim, porém, a Suprem Corte norte-americana tem se deparado com casos em que os limites da imunidade prevista na legislação são colocados a prova.

Recentemente, no caso *United States vs. Elonis*⁷², por exemplo, o Tribunal discutiu se ameaças de um usuário a sua ex-mulher feitas pelo Facebook poderiam ou não configurar um abuso da Primeira Emenda. A Corte, no entanto, acabou por não estabelecer uma regra clara sobre como avaliar esses excessos, se a partir de um critério universal da interpretação razoável que o homem médio faria da postagem, ou se a partir de um critério individualizado da intenção subjacente do ofensor.

No âmbito do Direito Comunitário Europeu, o tema é disciplinado principalmente pela Diretiva de Comércio Eletrônico (ECD)⁷³ – que também estabelece um regime geral de privilégios de segurança para os provedores de conteúdo – e por decisões da Corte Europeia de Justiça e, que recentemente têm conferido interpretações mais concretas a esse diploma diplomas estatutários. A posição prevalente no cenário europeu, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, é de que o mero condutor da informação não pode ser qualificado como um partícipe da atividade ilegal perpetrada pelo usuário⁷⁴.

⁷² UNITED STATES. N. 575 U.S., 2015. *Elonis v. United States*. Available in: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/575/13-983/case.pdf>. Access in: 10 jul. 2020.

⁷³ O art. 14 da ECD dispõe que, como regra geral: “Em caso de prestação de um serviço da sociedade da informação que consista no armazenamento de informações prestadas por um destinatário do serviço, os Estados-Membros velarão por que a responsabilidade do prestador do serviço não possa ser invocada no que respeita à informação armazenada a pedido de um destinatário do serviços”. No mesmo sentido, o art. 15 firma que “os Estados-Membros não imporão aos prestadores, para o fornecimento dos serviços mencionados nos artigos 12.o, 13.o e 14.o, uma obrigação geral de vigilância sobre as informações que estes transmitam ou armazenem, ou uma obrigação geral de procurar activamente factos ou circunstâncias que indiciem ilicitudes”. (UNIÃO EUROPEIA. Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de Junho de 2000 relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno («Directiva sobre o comércio electrónico»). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A32000L0031> Acesso em: 2 fev. 2020.)

⁷⁴ SPINDLER, Gerald. Responsibility and Liability of Internet Intermediaries: Status Quo in the EU and Potential Reforms. In: SYNODINOU, Tatiana-Eleni; JOUGLEUX, Philippe; MARKOU, Christiana; PRASTITOU, Thalia (Eds.). **EU Internet Law: regulation and enforcement**. Cham: Springer, 2017. p. 289-314. p. 290.

Ainda na perspectiva comparada, países como Alemanha têm definido um regime híbrido de co-responsabilidade dos intermediários *on-line*. Em 2017, o Parlamento alemão aprovou a *Netzwerkdurchsetzungsgesetz*, que estabeleceu um regime detalhado de obrigações que os provedores devem cumprir para garantir um sistema eficaz e transparente do tratamento de reclamações dos usuários sobre conteúdo potencialmente lesivos. Nesse sentido, a lei obriga, por exemplo, que as redes sociais excluam “conteúdo manifestamente ilegal” (*offensichtlich rechtswidrigen Inhalt*) em prazo de até 24 (vinte e quatro) horas e que essas empresas concluam o processo de revisão das denúncias prestadas pelos usuários em um prazo geral de até 7 (sete) dias⁷⁵.

A iniciativa alemã tem sido criticada principalmente pela amplitude do critério de “conteúdo manifestamente ilegal” previsto na legislação, que certamente pode causar insegurança jurídica na atuação dos provedores e não é suficiente para restringir a discricionariedade das plataformas na sua função adjudicatória⁷⁶. A lei é também criticada por ter concentrado a função de aplicação das regras nas mãos do Ministério da Justiça que, enquanto órgão subordinado à Chefia do Poder Executivo, não detém independência política⁷⁷.

No cenário nacional, a discussão sobre a reponsabilidade dos intermediários *on-line* foi disciplinada pelo art. 19 do Marco Civil da Internet⁷⁸, embora decisões judiciais anteriores já tivessem enfrentado o tema⁷⁹. O dispositivo legal prevê que, em regra, o provedor de aplicações de internet “somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as

⁷⁵ BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ UND FÜR VERBRAUCHERSCHUTZ. **Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken** (Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG). Verfügbar in: <https://www.gesetze-im-internet.de/netzdg/BJNR335210017.html>. Zugang in: 10 jul. 2020.

⁷⁶ SCHULZ, Wolfgang. Regulating Intermediaries to Protect Privacy Online – the Case of the German NetzDG. **HIIG Discussion Paper Series**, v. 1, n. 1, p. 1-14. 2018. p. 8–9.

⁷⁷ SCHULZ, Wolfgang. **Regulating Intermediaries to Protect Privacy Online** – the Case of the German NetzDG. p. 8–9.

⁷⁸ BRASIL. **Lei n. 12.965, de 23 de Abril de 2014**.

⁷⁹ Para uma análise dessas decisões no período anterior à edição do MCI, cf. COLOMBO, Cristiano; NETO, Eugênio Facchini. Ciberespaço e conteúdo ofensivo gerado por terceiros: a proteção dos direitos de personalidade e a responsabilização civil dos provedores de aplicação, à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 1, n. 3, p. 217–237. 2017. p. 225–226.

providências para tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente”⁸⁰. A lei estabelece ainda exceções para hipóteses em que o direito versado é de natureza autoral (art. 19, § 2º)⁸¹ ou quando a suposta violação do direito envolve a divulgação não consensual de imagens íntimas (art. 21)⁸². Assim, é possível afirmar que o regime nacional se aproxima ao norte-americano e europeu, consagrando, como regra, a imunidade do provedor pelo conteúdo de terceiros.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre o tema estabilizou um regime de irresponsabilidade moderada, sendo possível colher das suas decisões, conforme apontam Luiz Moncau e Diego⁸³, que os intermediários (i) não são diretamente responsáveis pelo conteúdo ilegal produzido pelos seus usuários; (ii) não podem ser compelidos a ter que verificar de forma a priori os conteúdos a serem postados; (iii) devem remover qualquer conteúdo ilegal das plataformas assim que tiverem conhecimento disso e (iv) devem desenvolver e manter mecanismos minimamente efetivos de identificação dos usuários.

A resposta definitiva sobre o tema, no entanto, será dada pela via da jurisdição constitucional, quando do julgamento, pelo STF, do Recurso Extraordinário 1.037.396, representativo do Tema 987 da sistemática da Repercussão Geral⁸⁴. O debate a ser enfrentado pela Corte consiste em saber se é constitucional ter que se exigir uma ordem judicial para compelir o provedor a remover determinado conteúdo ou se o simples descumprimento de uma

⁸⁰ BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de Abril de 2014.

⁸¹ BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de Abril de 2014.

⁸² BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de Abril de 2014.

⁸³ MONCAU, Luiz Fernando Marrey; ARGUELHES, Diego Werneck. **The Marco Civil da Internet and Digital Constitutionalism.**

⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1.037.396.** Ementa: Direito Constitucional. Proteção aos direitos da personalidade. Liberdade de expressão e de manifestação. Violação dos arts. 5º, incisos IV, IX, XIV; e 220, caput, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal. Prática de ato ilícito por terceiro. Dever de fiscalização e de exclusão de conteúdo pelo prestador de serviços. Reserva de jurisdição. Responsabilidade civil de provedor de internet, websites e gestores de aplicativos de redes sociais. Constitucionalidade ou não do art. 19 do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14) e possibilidade de se condicionar a retirada de perfil falso ou tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente somente após ordem judicial específica. Repercussão geral reconhecida. Recorrente: Facebook Serviços Online do Brasil Ltda.. Recorrido: Lourdes Pavioto Correa. Relator: Min. Dias Toffoli, 1 de março de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14588363>. Acesso em: 10 jul. 2020.

notificação extrajudicial do usuário bastaria para caracterizar a responsabilidade do provedor perante a legislação consumerista.

No caso concreto que deu ensejo à repercussão geral, uma usuária do Facebook ajuizou ação contra a plataforma pela criação de um perfil falso que utilizava o nome da autora da ação. No julgamento do recurso inominado, a Segunda Turma Recursal Cível de Piracicaba/SP determinou não só a remoção do conteúdo, mas também que o Facebook fosse condenado a pagar danos morais por não ter retirado o conteúdo logo após a notificação da usuária.

É possível afirmar que a doutrina⁸⁵ tem interpretado que o art. 19 do MCI⁸⁶ representou uma opção do legislador pelo modelo de responsabilização judicial, com o intuito de preservar a liberdade de expressão na internet, ainda que em detrimento do controle absoluto do usuário sobre a informação.

Essa escolha, porém, não significa necessariamente que o provedor esteja impedido de realizar a remoção do conteúdo na inexistência de ordem judicial. Caso, a partir de uma notificação extrajudicial de um usuário, a empresa constate que está diante de uma violação dos termos de uso da rede social, por exemplo, a empresa poderá proceder a retirada do conteúdo, ainda que sem ordem judicial. Assim, na realidade, o art. 19 do MCI⁸⁷ não prevê que a única hipótese de remoção de conteúdo consiste na existência de uma ordem judicial, mas, ao contrário, explicita que sempre que tal ordem existir, o conteúdo deve ser removido pela plataforma.

Independente da interpretação que poderá vir a ser conferida pelo STF em relação ao MCI⁸⁸ nesse ponto, reconhece-se que o problema da responsabilidade de intermediários pelo conteúdo de terceiros dificilmente se resolve pela formulação, em termos abstratos, de uma aferição do cumprimento do dever de proteção dos direitos fundamentais pelo legislador.

⁸⁵ Por todos, cf. SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Responsabilidade civil dos provedores de acesso e de aplicações de internet: evolução jurisprudencial e os impactos da Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet). *In*: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 791-916. p. 810.

⁸⁶ BRASIL. **Lei n. 12.965, de 23 de Abril de 2014.**

⁸⁷ BRASIL. **Lei n. 12.965, de 23 de Abril de 2014.**

⁸⁸ BRASIL. **Lei n. 12.965, de 23 de Abril de 2014.**

Considerando que as plataformas digitais exercem uma verdadeira função mediadora e adjudicatória de direitos que verdadeiramente precede a atuação do estado, é necessário que a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais seja pensada para viabilizar a preservação dos direitos de personalidades dos usuários para além da avaliação da atuação do legislador.

A partir da incorporação dos valores do constitucionalismo digital, o exercício do controle de constitucionalidade do art. 19 do MCI⁸⁹ deve materialmente levar em conta, em uma dimensão de facticidade, o grau de comprometimento dos atores privados com o preceito constitucional de liberdade de expressão (art. 5º, inciso IV, da CF/88)⁹⁰. Isso pode significar eventualmente uma abertura da jurisdição constitucional à avaliação em concreto das práticas de conformação de direitos de personalidade pelas plataformas digitais. A experiência acumulada do Poder Judiciário no tratamento dessas questões certamente pode contribuir para uma aferição dos riscos e benefícios do regime de responsabilidade subjetiva dos provedores de internet.

3.3. A re-territorialização do ciberespaço na jurisdição constitucional

A segunda consequência da incorporação do constitucionalismo digital nas reflexões sobre jurisdição constitucional diz respeito à necessidade de a jurisdição constitucional levar em conta as relações estabelecidas entre os regimes jurídicos transnacionais da internet.

A aceitação da constituição enquanto fonte primordial de limitação do poder político e da proteção de direitos fundamentais tem sido profundamente redefinida pela emergência de novas formas de jurisdição em âmbito transnacional⁹¹. Sob uma perspectiva sociológica, as implicações da descentralização da soberania estatal impõem que o constitucionalismo se abra

⁸⁹ BRASIL. **Lei n. 12.965, de 23 de Abril de 2014.**

⁹⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jul. 2020.

⁹¹ GRIMM, Dieter. **The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World.** p. 15–16. (como bem destaca o autor: “*the identity of public power and state power that was implied in the notion of sovereignty and had been the basis of the national as well as the international order is thus dissolving. This development cannot leave the constitution unaffected*”).

à multiplicação e à fragmentação de sistemas e sub-sistemas sociais autônomos transnacionais que naturalmente fogem ao modelo tradicional de Estado-Nação⁹².

No campo da jurisdição constitucional, o movimento de transnacionalização do direito caracterizado pelo crescente protagonismo de Cortes Internacionais e de organismos *multistakeholders* de governança nublou as fronteiras entre o Direito Constitucional doméstico e o Direito Internacional, impondo transformações substanciais a esses dois campos⁹³. Nessa relação mútua, os Tribunais Constitucionais são desafiados a conviver com o fato de que as deliberações sobre direitos fundamentais a nível transnacional adquiriram importância para as discussões domésticas. Por outro lado, o Direito Internacional experimenta as dificuldades de resolver conflitos envolvendo direitos constitucionais básicos a partir de fórmulas de consenso político, o que igualmente reforça a dependência da adjudicação constitucional em âmbito nacional⁹⁴.

Há poucas áreas da jurisdição constitucional que são mais afetadas por esse movimento de transnacionalização do que a adjudicação de direitos fundamentais na internet. Desde as primeiras discussões teóricas sobre a regulabilidade do ciberespaço, já se presumia inicialmente que a coexistência de regimes jurídicos nacionais ensejaria competições entre sistemas normativos⁹⁵. Com o avanço da literatura sobre a governança da internet⁹⁶, esse diagnóstico

⁹² TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização (sustentando que a constituição da sociedade mundial hoje em dia não mais se realiza exclusivamente nas instituições representativas da política internacional, mas sim a partir de uma multiplicidade de sistemas constitucionais autônomos da sociedade mundial); e MÖLLER, Kai. **The Global Model of Constitutional Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

⁹³ KRISCH, Nico. **Beyond Constitutionalism**: the pluralist structure of postnational law. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 3–4.

⁹⁴ KRISCH, Nico. **Beyond Constitutionalism**: the pluralist structure of postnational law. p. 3–4; e VIELLECHNER, Lars. The transnational dimension of constitutional rights: framing and taming “private” governance beyond the state. **Cambridge University Press**, v. 8, n. 3, p. 639–661. 2019.

⁹⁵ A esse respeito, cf. BARLOW, John Perry. A Declaration of Independence of Cyberspace. **Eff.org**, 2020. Available in: <https://www.eff.org/pt-br/cyberspace-independence>. Access in: 10 jul. 2020; e FERNANDES, Victor Oliveira. **Regulação de Serviços de Internet**: desafios da regulação de aplicações Over-The-Top (OTT). p. 74–75.

⁹⁶ A expressão “governança da internet” apresenta significados diversos, em geral relacionados à ideia de processo coletivo que busca preencher conceitualmente e institucionalmente vácuos regulatórios de uma maneira democraticamente legítima (HOFMANN, Jeanette. Internet

tornou-se mais sofisticado, compreendendo-se que o papel dos Estados-Nacionais é redefinido não apenas por uma disputa entre as formas tradicionais de regulação nacional, mas por uma verdadeira reorganização das forças de poder na rede em decorrência da atribuição de funções públicas a entidades não governamentais e a importantes atores privados⁹⁷.

Esse rearranjo do poder político entre governos, instituições internacionais e fóruns *multistakeholders* revela que o modelo de governança da internet se afasta da predominância de uma autoridade central hierárquica qual ocorre dentro dos Estados Nacionais e se caracteriza, mais precisamente, pela formação de redes multilaterais em que atores independentes e operacionalmente autônomos se articulam reciprocamente⁹⁸.

As particularidades desse modelo de governança se desdobram na descentralização da ideia de soberania estatal baseada no critério tradicional de jurisdição⁹⁹. A capacidade de criação e de implementação de normas jurídicas move-se do eixo tradicional dos Estados Nacionais em direção a polos de natureza não governamental¹⁰⁰. Essa feição transnacional da governança da rede, por sua vez, requer que as Cortes Constitucionais levem em conta as formas de interação dos atores internacionais envolvidos na regulação da internet na própria análise da constitucionalidade das legislações nacionais¹⁰¹.

Essa discussão adquire especial relevância já que uma das principais estratégias normativas que os Estados Nacionais têm utilizado para contrapor sua soberania na internet consiste na edição de leis nacionais que tentam “re-territorializar” a rede. Essas estratégias em geral se concretizam em legislações formais que impõem aos agentes econômicos o dever de obedecer às

Governance: a regulative idea in flux. *In*: BANDAMUTHA, Ravi Kumar Jain (Ed.). **Internet Governance: an introduction**. Icfai University Press, 2007. p. 74-108).

⁹⁷ BROUSSEAU, Eric; MARZOUKI, Meryem; MÉADEL, Cécile. **Governance, regulations and power on the internet**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2012.

⁹⁸ MUELLER, Milton. **Networks and States: the global politics of internet governance**. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 2010.

⁹⁹ BERMAN, Paul Schiff. The Globalization of Jurisdiction. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 151, n. 2, p. 311-546. Dec. 2002.

¹⁰⁰ TEUBNER, Gunther. **Horizontal Effects of Constitutional Rights in the Internet: a legal case on the digital constitution**. p. 196.

¹⁰¹ BERMAN, Paul Schiff. Judges as cosmopolitan transnational actors. **Tulsa Journal of Comparative and International Law**, v. 12, n. 1, p. 101-112. 2004 (argumentando que “*judges owe their allegiance to an international system of norms, not simply to their own domestic law*”).

determinações dos Tribunais nacionais, ainda que as operações *on-line* mediadas por essas empresas não ocorram inteiramente dentro do país¹⁰². Também se observam situações mais extremas em que os governos implantam *firewalls* que inviabilizam o acesso dos usuários nacionais a conteúdos censurados. Essa agenda política de recuperação da soberania estatal na rede é vista com extrema preocupação por muitos autores que temem que esse movimento resulte em uma “fragmentação” da rede, comprometendo sua integridade¹⁰³.

Essas estratégias de “re-territorialização” da rede têm fomentado a edição de leis nacionais que impõem aos provedores de aplicações de comunicação o dever de armazenar dados de comunicações em determinados países, a fim de garantir a disponibilização desses dados para fins de persecução criminal. Conforme será discutido no próximo tópico, essas legislações têm sido profundamente discutidas pelas Cortes Constitucionais.

3.4. Obtenção de dados como evidências criminais por requisição judicial direta ou acordos de cooperação mútua (MLAT)

Diante da relevância que os dados de comunicação digital têm assumido para a elucidação de investigações penais, tem sido bastante discutido no âmbito internacional se, e em que extensão, os Tribunais podem expedir mandados obrigando os provedores de acesso à internet e fornecer esses dados em cumprimento a ordens judiciais.

A questão suscita naturalmente conflitos entre direitos fundamentais básicos relacionados à privacidade e a segurança da informação. Além disso, o debate torna-se ainda mais sensível do ponto de vista da reflexão sobre os limites da jurisdição, considerando que as grandes plataformas em geral não armazenam esses dados no mesmo país em que as comunicações ocorrem.

¹⁰² Para uma discussão aprofundada sobre esse fenômeno, cf. LAMBACH, Daniel. The Territorialization of Cyberspace. **International Studies Review**, p. 1–25. 2019. p. 13–17.

¹⁰³ Por todos, cf. DRAKE, William J.; CERF, Vinton G.; KLEINWACHTER, Wolfgang. **Internet Fragmentation: An Overview**. Future of the Internet Initiative White Paper. World Economic Forum. Committed to Improving the State of the World. Jan. 2016. p. 1-80.

No contexto internacional, sobretudo a partir da revelação do escândalo Snowden, diversos países aprovaram leis que obrigam provedores de comunicação como Facebook, Google e Apple a armazenar nacionalmente os conteúdos das comunicações¹⁰⁴. O objetivo intrínseco dessas legislações é resguardar a soberania nacional, obrigando que certos tipos de dados coletados dentro do país só possam ser armazenados e processados nacionalmente¹⁰⁵. A aprovação dessas normas tem provocado críticas na comunidade acadêmica internacional na medida em que elas provocam uma tendência de divisão da internet em domínios fragmentados e também exigem mudanças no próprio funcionamento básico da infraestrutura da rede¹⁰⁶.

Em diversos países que adotam esse tipo de legislação, conflitos judiciais têm se desenvolvido entre Estados Nacionais, que alegam deter autoridade para compelir as empresas de internet a divulgar os dados de comunicação que armazenam, e as grandes empresas de internet, que defendem que tais informações só poderiam ser compartilhadas com estados estrangeiros por meio de acordos de assistência mútua (MLATs), mecanismos tradicionais para essa finalidade de compartilhamento de provas¹⁰⁷.

Os MLAT são os mecanismos mais utilizado para requisição de assistência estrangeira de provas em investigações criminais domésticas. O seu processamento exige que o Estado requerente faça um pedido diplomático e aguarde a resposta da jurisdição que detém o controle sobre essas provas. Esse processo é naturalmente moroso, já que, mesmo quando o governo assistente

¹⁰⁴ DASKAL, Jennifer. Privacy and Security Across Borders. **The Yale Law Journal**, 2019. Available in: <https://www.yalelawjournal.org/forum/privacy-and-security-across-borders>. Access in: 10 jul. 2020 (referindo-se a experiência internacional: “several countries already have passed or are actively considering data localization laws, motivated, at least in part, by an interest in facilitating law enforcement access”).

¹⁰⁵ LAMBACH, Daniel. **The Territorialization of Cyberspace**. p. 14–15.

¹⁰⁶ DRAKE, William J.; CERF, Vinton G.; KLEINWACHTER, Wolfgang. **Internet Fragmentation: An Overview**. p. 39–42; e BAUR-AHRENS, Andreas. The power of cyberspace centralisation: analysing the example of data territorialisation. **University Press Scholarship Online**, p. 37–56, 2017. p. 53 (argumentando que as exigências de uma maior centralização, como a territorialização dos dados, necessitam de uma reflexão crítica adequada e de um debate público para aumentar a sensibilização para a estrutura e a organização das relações de poder no ciberespaço).

¹⁰⁷ ABREU, Jacqueline de Souza. Jurisdictional battles for digital evidence, MLAT reform, and the Brazilian experience. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, v. 55, n. 220, p. 233–257. 2018. p. 234.

concorda em compartilhar as provas, é necessário que sejam cumpridas etapas formais desse processo, que às vezes demoram meses ou anos¹⁰⁸. Essa morosidade torna-se crítica para o compartilhamento de dados digitais, já que esses dados são naturalmente efêmeros e podem não estar mais disponíveis quando do cumprimento da assistência mútua¹⁰⁹.

A principal preocupação com os regimes de requisição direta é que eles podem permitir que os Estados Nacionais submetam unilateralmente empresas estrangeiras ao regime jurídico do país que expediu a ordem judicial sem que nenhum *standart* de cooperação substantiva ou procedimental seja previamente observado, o que claramente suscita tensões do ponto de vista da soberania nacional. Além disso, do ponto de vista econômico, gigantes de internet como o Facebook defendem que a possibilidade de requisição judicial direta pode fazer com que as empresas fiquem expostas a violações das leis de proteção de dados vigentes no local de sua sede, o que resultaria em obstáculos significativos para o funcionamento global dos modelos de negócios dessas plataformas.

As dificuldades de compreensão desses embates residem na natureza diferenciada dos dados enquanto meio de prova. Considerando que os dados gerados em comunicações digitais são armazenados por empresas como Facebook, Google e Apple em redes de unidades de armazenamento situadas em um território (comumente chamadas de “nuvens”), seria possível entender que os desafios do compartilhamento de evidências criminais digitais não difeririam substancialmente das disputas tradicionais em matéria de cooperação internacional¹¹⁰.

Todavia, outras características técnicas do armazenamento de dados – como a sua mobilidade, a divisibilidade das informações que eles contêm e a possibilidade de dissociação entre a localização do acesso e a localização do

¹⁰⁸ Para uma análise sobre as principais causas de morosidade no cumprimento dos acordos MLAT, cf. HILL, Jonah Force. Problematic Alternatives: MLAT Reform For The Digital Age. **Harvard Law School**: National Security Journal, 2015. Available in: <https://harvardnsj.org/2015/01/problematic-alternatives-mlat-reform-for-the-digital-age/>. Access in: 10 jul. 2020.

¹⁰⁹ DASKAL, Jennifer. **Privacy and Security Across Borders**.

¹¹⁰ WOODS, Andrew Keane. Against data exceptionalism. **Stanford Law Review**, v. 68, n. 4, p. 729–789. 2016 (o autor argumenta que os dados não apresentam qualquer características que os tornem únicos enquanto meio de prova, já que são eminentemente territoriais, de modo que os Tribunais devem trata-los como ativos intangíveis ou mesmo como objetos físicos ordinários).

dado – sugerem uma inadequação do próprio critério de territorialidade que tradicionalmente define os limites da jurisdição dos estados nacionais¹¹¹.

O caso mais paradigmático envolvendo disputas sobre o compartilhamento de evidências digitais na experiência comparada é o “*United States vs. Microsoft Corporation*”¹¹². Nesse caso, no ano de 2014, um juiz de primeira instância expediu mandado judicial autorizando que o governo dos EUA tivesse acesso a dados de comunicações armazenados pela Microsoft na Irlanda e que seriam importantes para uma investigação de tráfico de drogas nos Estados Unidos. Esse mandado foi expedido com base no § 2703(a) do *Stored Communications Act*, o qual autorizava esse tipo de requisição direta para a instrução de processos penais¹¹³. A Microsoft se opunha à execução da ordem argumentando que a apreensão dos dados armazenados na Irlanda configuraria uma busca e apreensão extraterritorial, que fugiria à competência do Judiciário norte-americano, sendo, por isso, necessário acionar os mecanismos de cooperação internacional por intermédio do Departamento de Justiça¹¹⁴.

A decisão foi confirmada em segunda instância e o Tribunal condenou a Microsoft por descumprimento de ordem judicial, considerando que a decisão não havia sido inteiramente adotada. Em seguida, a condenação foi anulada com base no fundamento de que a disponibilização de tais dados seria uma aplicação extraterritorial não autorizada da legislação. Em 2018, a Suprema Corte dos Estados Unidos concedeu o *writ of certiorari*, mas considerou que a causa havia perdido o objeto, ante à entrada em vigor do *Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act (CLOUD Act)*¹¹⁵ que deu uma nova disciplina ao tema.

¹¹¹ DASKAL, Jennifer. The Un-Territoriality of Data. **The Yale Law Journal**, v. 2015, p. 326–398. 2015 (defendendo que “*data undermines longstanding assumptions about the link between data location and the rights and obligations that should apply*”).

¹¹² UNITED STATES. **United States, Petitioner v. Microsoft Corporation**. On writ of Certiorari To The United States Court of Appeals for The Second Circuit. Judged on: 17 april 2018. Available in: https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/17-2_1824.pdf. Access in: 10 jul. 2020.

¹¹³ UNITED STATES. N. 18 U.S. Code § 2703. Required disclosure of customer communications or records. **Legal Information Institute**, 2020. Available in: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/2703#:~:text=A%20provider%20of%20wire%20or,co urt%20order%20or%20other%20process>. Access in: 10 jul. 2020.

¹¹⁴ ABREU, Jacqueline de Souza. **Jurisdictional battles for digital evidence, MLAT reform, and the Brazilian experience**. p. 235.

¹¹⁵ UNITED STATES. U.S. Department of Justice. **Cloud Act**. Available in: <https://www.justice.gov/opa/press->

Discussão judicial semelhante se desenvolve, no ordenamento jurídico pátrio, no âmbito da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 51¹¹⁶. Nesta ação, a Federação das Associações das Empresas de Tecnologia da Informação – ASSESPRO NACIONAL requer seja declarada a constitucionalidade do Decreto Executivo Federal nº 3.810, de 2 de maio de 2001¹¹⁷, que promulgou o Acordo de Assistência Judiciário-penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América (*Mutual Legal Assistance Treaty* – “MLAT”), do artigo 237, inciso II, do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015)¹¹⁸ e dos artigos 780 e 783 do Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689/1941)¹¹⁹.

Embora a pretensão autoral seja direcionada à declaração da constitucionalidade dessas normas, a rigor, o intuito da ADC é que o Tribunal consolide o uso de acordos de cooperação mútua, em detrimento da aplicação do art. 11 do Marco Civil da Internet¹²⁰. À semelhança das legislações estrangeiras sobre o tema, este dispositivo prevê a obrigatoriedade de os provedores de conexão e de aplicações de internet submeterem-se à legislação nacional, inclusive para fins de prestar, informações que permitam a verificação quanto ao cumprimento da legislação brasileira referente à coleta, à guarda, ao armazenamento ou ao tratamento de dados.

release/file/1153446/download#:~:text=The%20CLOUD%20Act%20authorizes%20executive%20agreements%20that%20lift%20any%20restrictions,in%20investigations%20of%20serious%20crime. Access in: 10 jul. 2020.

¹¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 51**. Requerente: Federação das Associações das Empresas Brasileiras de Tecnologia da Informação. Intimado: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5320379>. Acesso em: 10 jul. 2020.

¹¹⁷ BRASIL. **Decreto nº 3.810, de 2 de maio de 2001**. Promulga o Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América, celebrado em Brasília, em 14 de outubro de 1997, corrigido em sua versão em português, por troca de Notas, em 15 de fevereiro de 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3810.htm. Acesso em: 10 jul. 2020.

¹¹⁸ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 jul. 2020.

¹¹⁹ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 10 jul. 2020.

¹²⁰ BRASIL. **Lei n. 12.965, de 23 de Abril de 2014**.

Com fundamento no art. 11 do MCI¹²¹, os Tribunais brasileiros têm rejeitado o argumento da imprescindibilidade do uso dos acordos MLAT. Nesse sentido, decisões do STJ, por exemplo, reforçam que o funcionamento da empresa em território nacional submete-a ao cumprimento das leis nacionais, inclusive no que diz respeito à requisição de dados¹²². Em casos isolados, juízes chegam a determinar a suspensão do funcionamento de aplicativos de comunicação instantânea como o WhatsApp e o Facebook no Brasil, ante ao descumprimento das ordens judiciais de requisição judicial¹²³.

¹²¹ BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de Abril de 2014.

¹²² A esse respeito, cf. as seguintes decisões do STJ:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Mandado de Segurança nº 55.019-DF**. Ementa: Embargos de declaração no recurso em mandado de segurança. Modificação do julgado. Rediscussão da matéria. Inviabilidade. Embargos rejeitados. 1. Os embargos de declaração são cabíveis quando houver ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão, nos termos do art. 619 do Código de Processo Penal – CPP. No caso concreto, ao revés do alegado pela embargante, não há que se falar em omissão, contradição ou erro no julgado. Observa-se que a embargante pretende, em verdade, a modificação do provimento anterior, com a rediscussão da questão, o que não se coaduna com a medida integrativa. 2. A pretensão de rediscutir matéria devidamente abordada e decidida no decisum embargado, consubstanciada na mera insatisfação com o resultado da demanda, é incabível na via dos aclaratórios. (EDcl no AgInt na CR 11.165/EX, Rel. Ministra Laurita Vaz, Corte Especial, julgado em 6/12/2017, DJe 9/2/2018). (EDcl no AgRg no REsp 1.683.591/PI, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 2/4/2018). 3. Embargos de declaração rejeitados. Embargante: Yahoo! Do Brasil Internet Ltda.. Embargado: Distrito Federal e Ministério Público Federal. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik, 21 de fevereiro de 2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702013432&dt_publicacao=06/03/2019. Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Inquérito nº 784-DF**. Ementa: Questão de ordem. Decisão da ministra relatora que determinou a quebra de sigilo telemático (gmail) de investigados em inquérito em trâmite neste STJ. Google brasil internet ltda. Descumprimento. Alegada impossibilidade. Inverdade. Google international llc e Google inc. Controladora americana. Irrelevância. Empresa instituída e em atuação no país. Obrigatoriedade de submissão às leis brasileiras, onde opera em relevante e estratégico seguimento de telecomunicação. Troca de mensagens, via e-mail, entre brasileiros, em território nacional, com suspeita de envolvimento em crimes cometidos no brasil. Inequívoca jurisdição brasileira. Dados que constituem elementos de prova que não podem se sujeitar à política de estado ou empresa estrangeiros. Afronta à soberania nacional. Imposição de multa diária pelo descumprimento. Requerente: J. P.. Requerido: E. A.. Relatora: Min. Laurita Vaz, 17 de abril de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1226618&tipo=0&nreg=201201075060&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20130828&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 10 jul. 2020.

¹²³ A constitucionalidade dessas sanções de suspensão ou bloqueio de aplicativos também está sendo discutida pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito da ADI 5527 e da ADPF 403, ambas ainda pendentes de julgamento.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5527**. Requerente: Partido da República-PR. Intimado: Presidente da República e Congresso Nacional. Relatora: Min. Rosa Weber. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4983282>. Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 403**. Requerente: Cidadania. Intimado: Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Lagarto.

Em fevereiro de 2020, foi realizada no STF uma Audiência Pública sobre o tema da ADC 51¹²⁴, na qual representantes da sociedade civil, das empresas de internet e do Poder Público (Ministério da Justiça, Ministério Público e Polícia Federal) expuseram suas distintas visões sobre o tema. Os órgãos envolvidos na persecução criminal expuseram as debilidades do processamento de acordos MLAT, indicando que apenas 20% (vinte por cento) desses acordos são efetivamente cumpridos no interesse do governo brasileiro, em uma demora média de mais de 10 (dez) meses¹²⁵. Empresas como o Facebook, por outro lado, defendem que as requisições judiciais diretas sujeitam os provedores ao descumprimento de leis de privacidade no país de origem, comprometendo o modelo global de funcionamento dessas plataformas¹²⁶.

A discussão colocada na ADC 51¹²⁷ mais uma vez respalda a necessidade de construção de pontes de diálogo entre a teoria do constitucionalismo digital e a jurisdição constitucional. Enquadrar essa discussão como uma simples análise *in abstracto* da compatibilidade dos acordos de cooperação mútua previstos no Decreto Executivo Federal nº 3.810, de 2 de maio de 2001¹²⁸ com a literalidade do texto constitucional certamente não seria suficiente para resolver os embates judiciais sobre o tema. Na linha do que demonstrou a própria Audiência Pública realizada pelo STF, o cerne da discussão constitucional consiste em saber como compatibilizar a efetividade do nosso sistema de persecução criminal com o respeito à soberania dos estados estrangeiros e a proteção da privacidade dos usuários a nível global.

De forma mais profunda, o que se deve investigar é como o critério que tradicionalmente define os limites da jurisdição constitucional – a territorialidade

Relator: Min. Edson Fachin. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4975500>. Acesso em: 10 jul. 2020.

¹²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 51**.

¹²⁵ POMPEU, Ana. O alcance do MLAT em investigações criminais em debate no STF: audiência pública reuniu autoridades brasileiras, pesquisadores, representantes de empresas e dos EUA. **Jota**, 11 fev. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/liberdade-de-expressao/mlat-stf-audiencia-11022020>. Acesso em: 10 jul. 2020.

¹²⁶ MACEDO, Fausto. Facebook expõe temor de que decisões judiciais no Brasil violem leis americanas. **Estadão**, 2020. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/facebook-expoe-temor-de-que-decisoes-judiciais-no-brasil-violem-leis-americanas/>. Acesso em: 10 jul. 2020.

¹²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 51**.

¹²⁸ BRASIL. **Decreto nº 3.810, de 2 de maio de 2001**.

– pode ou não ser compatibilizado com a sobreposição de regimes jurídicos estrangeiros que servem de base para o desenvolvimento de atividades econômicas e sociais para além das fronteiras nacionais. A resposta a esse questionamento invariavelmente perpassa a compreensão de princípios estruturantes do constitucionalismo digital, em especial dos valores atrelados à ideia de governança da internet e dos embates sobre estratégias de re-territorialização e fragmentação da rede.

Do ponto de vista da política pública judicial, parece que tanto a aceitação da requisição direta dos dados pela via judicial quanto o acolhimento da tese de imprescindibilidade do uso de acordos MLAT podem gerar efeitos potencialmente adversos para a preservação de direitos na internet. Se por um lado a requisição direta pode aumentar os riscos de violação às legislações nacionais de proteção de dados e aumentar as barreiras para a provisão de serviços em uma perspectiva global, por outro, a dependência em relação aos mecanismos formais de cooperação podem sujeitar o cumprimento das decisões judiciais à decisão discricionária das empresas sobre onde alocar seus dados¹²⁹.

Alguns movimentos legislativos recentes como o CLOUD Act¹³⁰ e as propostas de negociações do *e-Evidence Regulation* na União Europeia parecem caminhar para uma situação intermediária em que essas jurisdições não abririam mão do poder de requisição direta dos dados, mas compartilhariam com os países estrangeiros regras de cooperação jurisdicional claras para a proteção da privacidade e de outros direitos digitais envolvidos¹³¹.

Nesse sentido, o CLOUD Act¹³², por exemplo, prevê como regra geral que os provedores de internet devem cumprir os mandados judiciais de requisição de dados ainda que estes estejam armazenados fora dos EUA. Contudo, a legislação também prevê duas exceções que permitiriam o afastamento da ordem judicial: (i) quando o provedor tiver elementos suficientes para presumir que o usuário do serviço cujos dados devem ser fornecidos não é um cidadão

¹²⁹ Esses argumentos são discutidos em detalhes em MORRIS, Sabrina A. Rethinking the extraterritorial scope of the united states' access to data stored by a third party. **Indonesian Journal of International and Comparative Law**, v. 5, n. 3, p. 531–568, 2018.

¹³⁰ UNITED STATES. U.S. Department of Justice. **Cloud Act**.

¹³¹ DASKAL, Jennifer. **Privacy and Security Across Borders**.

¹³² UNITED STATES. U.S. Department of Justice. **Cloud Act**.

norte-americano ou não reside nos EUA e (ii) quando a divulgação dos dados puder ensejar uma violação das leis de país estrangeiro¹³³. A legislação também permite que estados estrangeiros requeiram o acesso a dados diretamente das empresas situadas nos EUA, sendo necessário para isso o estabelecimento de acordos executivos entre o governo norte-americano e o governo solicitante¹³⁴.

Diante desse contexto, a tarefa conferida à jurisdição constitucional doméstica no controle de constitucionalidade de leis que regulamentam a requisição extraterritorial de dados deve levar em conta as relações transnacionais que se estabelecem entre as legislações aplicáveis. Na ponderação entre os direitos fundamentais envolvidos e os riscos de comprometimento do *enforcement* público, a experiência estrangeira pode auxiliar a delimitar as hipóteses em que os riscos de violação a direitos de privacidade são realmente críticos. Essa reflexão, mais uma vez, exige a abertura da jurisdição constitucional à compreensão dos princípios e valores do constitucionalismo digital subjacentes ao debate sobre a a-territorialidade dos dados.

Considerações finais

O presente artigo identificou dois focos de transformação da jurisdição constitucional brasileira que podem ser aprofundados para ampliar as pontes de diálogos com o movimento do Constitucionalismo Digital.

Enquanto a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais na sua acepção tradicional prioriza o controle da atuação do legislador a partir do reconhecimento da dimensão objetiva desses direitos, o protagonismo de plataformas digitais na adjudicação prévia de posições jurídicas em relações privadas requer que esta teoria seja repensada a partir de uma perspectiva de institucionalização social de proteção da liberdade de expressão, o que deve ser levado em conta no controle de constitucionalidade de normas como o art. 19 do MCI¹³⁵.

¹³³ Essas disposições são explicadas de forma didática em MORRIS, Sabrina A. **Rethinking the extraterritorial scope of the united states' access to data stored by a third party.**

¹³⁴ UNITED STATES. U.S. Department of Justice. **Cloud Act.**

¹³⁵ BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.**

Do mesmo modo, a tendência de re-territorialização dos Estados Nacionais no ciberespaço a partir da edição de leis que garantam o poder de os Tribunais exigirem dos provedores de internet dados de comunicação armazenados em países estrangeiros também deve integrar a fiscalização abstrata do art. 11 do MCI¹³⁶. Aqui, ressalta-se a necessidade de, mesmo na jurisdição constitucional doméstica, serem compreendidos os entrelaçamentos dos regimes jurídicos internacionais, de modo a se reconhecer que a compatibilidade interna da legislação com o texto constitucional deve esforçar-se em torno da harmonização do regime transnacional.

Seja em razão da relevância teórica dessas discussões, seja em razão dos impactos que as futuras decisões do STF irão repercutir nessas searas, esses dois focos de redefinição da jurisdição constitucional brasileira devem ser aprofundados enquanto agenda de pesquisa para o caso brasileiro.

¹³⁶ BRASIL. Lei n° 12.965, de 23 de abril de 2014.

Referências

ABREU, Jacqueline de Souza. Jurisdictional battles for digital evidence, MLAT reform, and the Brazilian experience. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, v. 55, n. 220, p. 233–257. 2018.

ANTONIALLI, Denis; OLIVA, Thiago. Alteração do modelo de responsabilização dos intermediários de internet. **Portal Jota**, 14 dez. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/alteracao-do-modelo-de-responsabilizacao-dos-intermediarios-de-internet-14122018>. Acesso em: 10 jul. 2020.

BALKIN, Jack M. Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society. **New York University Law Review**, v. 79, n. 1, p. 1–55. 2004.

BALKIN, Jack M. Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and New School Speech Regulation. **University of California, Davis**, p. 1149–1210. 2018.

BALKIN, Jack M. The Future of Free Expression in a Digital Age. **Pepperdine Law Review**, v. 36, p. 427–446. 2008.

BARLOW, John Perry. A Declaration of Independence of Cyberspace. **Eff.org**, 2020. Available in: <https://www.eff.org/pt-br/cyberspace-independence>. Access in: 10 jul. 2020.

BASSINI, Marco. Fundamental Rights and Private Enforcement in the Digital Age. **European Law Journal**, v. 25, n. 2, p. 182–197. 2019.

BAUR-AHRENS, Andreas. The power of cyberspace centralisation: analysing the example of data territorialisation. **University Press Scholarship Online**, p. 37–56, 2017.

BERMAN, Paul Schiff. Cyberspace and the State Action Debate: the cultural value of applying constitutional norms to “private” regulation. **University of Colorado Law Review**, v. 71, p. 1263-1310. 2005.

BERMAN, Paul Schiff. Judges as cosmopolitan transnational actors. **Tulsa Journal of Comparative and International Law**, v. 12, n. 1, p. 101–112. 2004.

BERMAN, Paul Schiff. **Law and Society Approaches to Cyberspace**. England: Ashgate Publishing Limited, 2007.

BERMAN, Paul Schiff. The Globalization of Jurisdiction. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 151, n. 2, p. 311-546. Dec. 2002.

BLOCH-WEHBA, Hannah. Global Platform Governance: Private Power in the Shadow of the State. **SMU Law Review**, n. February, p. 27–72. 2019.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Constitutional and Political Theory - Selected Writings**. v. 1. Oxford: Oxford University Press, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 3.810, de 2 de maio de 2001**. Promulga o Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América, celebrado em Brasília, em 14 de outubro de 1997, corrigido em sua versão em português, por troca de Notas, em 15 de fevereiro de 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3810.htm. Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Inquérito nº 784-DF**. Ementa: Questão de ordem. Decisão da ministra relatora que determinou a quebra de sigilo telemático (gmail) de investigados em inquérito em trâmite neste STJ. Google brasil internet ltda. Descumprimento. Alegada impossibilidade. Inverdade. Google international llc e Google inc. Controladora americana. Irrelevância. Empresa instituída e em atuação no país. Obrigatoriedade de submissão às leis brasileiras, onde opera em relevante e estratégico seguimento de telecomunicação. Troca de mensagens, via e-mail, entre brasileiros, em território nacional, com suspeita de envolvimento em crimes cometidos no brasil. Inequívoca jurisdição brasileira. Dados que constituem elementos de prova que não podem se sujeitar à política de estado ou empresa estrangeiros. Afronta à soberania nacional. Imposição de multa diária pelo descumprimento. Requerente: J. P.. Requerido: E. A.. Relatora: Min. Laurita Vaz, 17 de abril de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1226618&tipo=0&n>

reg=201201075060&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20130828&formato=PDF&salvar=false. Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Mandado de Segurança nº 55.019-DF**. Ementa: Embargos de declaração no recurso em mandado de segurança. Modificação do julgado. Rediscussão da matéria. Inviabilidade. Embargos rejeitados. 1. Os embargos de declaração são cabíveis quando houver ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão, nos termos do art. 619 do Código de Processo Penal – CPP. No caso concreto, ao revés do alegado pela embargante, não há que se falar em omissão, contradição ou erro no julgado. Observa-se que a embargante pretende, em verdade, a modificação do provimento anterior, com a rediscussão da questão, o que não se coaduna com a medida integrativa. 2. A pretensão de rediscutir matéria devidamente abordada e decidida no decisum embargado, consubstanciada na mera insatisfação com o resultado da demanda, é incabível na via dos aclaratórios. (EDcl no AgInt na CR 11.165/EX, Rel. Ministra Laurita Vaz, Corte Especial, julgado em 6/12/2017, DJe 9/2/2018). (EDcl no AgRg no REsp 1.683.591/PI, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 2/4/2018). 3. Embargos de declaração rejeitados. Embargante: Yahoo! Do Brasil Internet Ltda.. Embargado: Distrito Federal e Ministério Público Federal. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik, 21 de fevereiro de 2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702013432&dt_publicacao=06/03/2019. Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 51**. Requerente: Federação das Associações das Empresas Brasileiras de Tecnologia da Informação. Intimado: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5320379>. Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5527**. Requerente: Partido da República-PR. Intimado: Presidente da República e Congresso Nacional. Relatora: Min. Rosa Weber. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4983282>. Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 403**. Requerente: Cidadania. Intimado: Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Lagarto. Relator: Min. Edson Fachin. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4975500>. Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1.037.396**. Ementa: Direito Constitucional. Proteção aos direitos da personalidade. Liberdade de expressão e de manifestação. Violação dos arts. 5º, incisos IV, IX, XIV; e 220, caput, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal. Prática de ato ilícito

por terceiro. Dever de fiscalização e de exclusão de conteúdo pelo prestador de serviços. Reserva de jurisdição. Responsabilidade civil de provedor de internet, websites e gestores de aplicativos de redes sociais. Constitucionalidade ou não do art. 19 do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14) e possibilidade de se condicionar a retirada de perfil falso ou tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente somente após ordem judicial específica. Repercussão geral reconhecida. Recorrente: Facebook Serviços Online do Brasil Ltda.. Recorrido: Lourdes Pavioto Correa. Relator: Min. Dias Toffoli, 1 de março de 2018.

Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14588363>.

Acesso em: 10 jul. 2020.

BROUSSEAU, Eric; MARZOUKI, Meryem; MÉADEL, Cécile. **Governance, regulations and power on the internet**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2012.

BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ UND FÜR VERBRAUCHERSCHUTZ. **Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken** (Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG). Disponível in: <https://www.gesetze-im-internet.de/netzdg/BJNR335210017.html>. Acesso em: 10 jul. 2020.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Grundrechtswirkungen und Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatsrechts. **JuS**, v. 1, n. 2, p. 161-172. 1989.

CELESTE, Edoardo. Digital Constitutionalism: a new systematic theorisation. **International Review of Law, Computers and Technology**, v. 33, n. 1, p. 76–99. 2019.

CELESTE, Edoardo. Terms of service and bills of rights: new mechanisms of constitutionalisation in the social media environment? **International Review of Law, Computers and Technology**, v. 33, n. 2, p. 122–138. 2018.

COLOMBO, Cristiano; NETO, Eugênio Facchini. Ciberespaço e conteúdo ofensivo gerado por terceiros: a proteção dos direitos de personalidade e a responsabilização civil dos provedores de aplicação, à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 1, n. 3, p. 217–237. 2017.

DASKAL, Jennifer. Privacy and Security Across Borders. **The Yale Law Journal**, 2019. Available in: <https://www.yalelawjournal.org/forum/privacy-and-security-across-borders>. Access in: 10 jul. 2020.

DASKAL, Jennifer. The Un-Territoriality of Data. **The Yale Law Journal**, v. 2015, p. 326–398. 2015.

DENARDIS, Laura. **The Global War For Internet Governance**. New Haven and London: Yale University Press, 2014.

DRAKE, William J.; CERF, Vinton G.; KLEINWACHTER, Wolfgang. **Internet Fragmentation: An Overview**. Future of the Internet Initiative White Paper. World Economic Forum. Committed to Improving the State of the World. Jan. 2016. p. 1-80.

FERNANDES, Victor Oliveira. **Regulação de Serviços de Internet: desafios da regulação de aplicações Over-The-Top (OTT)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

FETZER, Thomas; YOO, Christopher S. New technologies and constitutional law. **Faculty Scholarship at Penn Law**, n. 13, p. 1-22. 2012.

GILL, Lex; REDEKER, Dennis; GASSER, Urs. Towards Digital Constitutionalism? Mapping Attempts to Craft an Internet Bill of Rights. **Berkman Klein Center for Internet & Society Research Publication**, v. 15, p. 1-22. 2015.

GOLDSMITH, Jack; WU, Tim. **Who Controls the Internet? Illusions of Borderless World**. New York: Oxford University Press, 2006.

GRIMM, Dieter. The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World. *In*: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (Orgs.). **The Twilight of Constitutionalism?** New York: Oxford University Press, 2010. p. 3-22.

HESSE, Konrad. **Verfassungsrecht und Privatrecht**. Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, 1988.

HILL, Jonah Force. Problematic Alternatives: MLAT Reform For The Digital Age. **Harvard Law School**: National Security Journal, 2015. Available in: <https://harvardnsj.org/2015/01/problematic-alternatives-mlat-reform-for-the-digital-age/>. Access in: 10 jul. 2020.

HOFMANN, Jeanette. Internet Governance: a regulative idea in flux. *In*: BANDAMUTHA, Ravi Kumar Jain (Ed.). **Internet Governance: an introduction**. Icfai University Press, 2007. p. 74-108.

HUBER, Von Hans. **Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht: Ausgewählte Aufsätze 1950-1970**. Bern: Stämpfli, 1971.

JOHNSON, David R.; POST, David. Law and Borders - The Rise of Law in Cyberspace. **Stanford Law Review**, v. 48, n. 5, p. 1367-1402. May 1996.

JÓRI, András. Protection of Fundamental Rights and the Internet: a comparative appraisal of German and Central European constitutional case law. *In*: POLLICINO, Oreste; ROMEO, Graziella (Eds.). **The Internet and Constitutional Law: the protection of fundamental rights and constitutional**

adjudication in Europe. Abingdon: Routledge Taylor and Francis Group, 2013. p. 166-176.

KARAVAS, Vagias. **Digitale Grundrechte**: Elemente einer Verfassung des Informationsflusses im Internet. Baden-Baden: Nomos, 2007.

KARAVAS, Vaios. The Force of Code: Law's Transformation under Information-Technological Conditions. **German Law Journal**, v. 10, n. 4, p. 463–482. 2009.

KERR, Orin S. The Fourth Amendment and New Technologies: constitutional myths and the case for caution. **Michigan Law Review**, v. 102, p. 801–888. 2004.

KRISCH, Nico. **Beyond Constitutionalism**: the pluralist structure of postnational law. Oxford: Oxford University Press, 2010.

LADEUR, Karl-Heinz; VIELLECHNER, Lars. Die Transnationale Expansion staatlicher Grundrechte: Zur Konstitutionalisierung globaler Privatrechtsreg. **Archiv des Völkerrechts**, v. 46, n. 1, p. 42–73. 2008.

LAMBACH, Daniel. The Territorialization of Cyberspace. **International Studies Review**, p. 1–25. 2019.

LAND, Molly K. A Human Rights Perspective on US Constitutional Protection of the Internet. *In*: POLLICINO, Oreste; ROMEO, Graziella (Eds.). **The Internet and Constitutional Law**: the protection of fundamental rights and constitutional adjudication in Europe. Abingdon: Routledge Taylor and Francis Group, 2013. p. 48–70.

LESSIG, Lawrence. **CODE version 2.0**. New York: Basic Books, 2006.

LESSIG, Lawrence. Reading The Constitution in Cyberspace. **Emory Law Review**, v. 45, p. 869–910. 1996.

LESSIG, Lawrence. The Law of the Horse: what cyberlaw might teach. **Harvard Law Review**, v. 113, n. 2, p. 501-546. 1999.

LESSIG, Lawrence. The new Chicago school. **The Journal of Legal Studies**, v. 27, p. 661-691. Jun. 1998.

MACEDO, Fausto. Facebook expõe temor de que decisões judiciais no Brasil violem leis americanas. **Estadão**, 2020. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/facebook-expoe-temor-de-que-decisoes-judiciais-no-brasil-violem-leis-americanas/>. Acesso em: 10 jul. 2020.

MARZOUKI, Meryem. A Decade of CoE Digital Constitutionalism Efforts: human rights and principles facing privatized regulation and multistakeholder

governance. **International Assotiation for Media and communication Research Conference (IAMCR)**, Madrid. Jul. 2019.

MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, Proteção de Dados e Defesa do Consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: IDP/Saraiva, 2014.

MENDES, Laura Schertel; MATTIUZZO, Marcela. Discriminação Algorítmica: conceito, fundamento legal e tipologia. **Revista Direito Público**, v. 16, n. 90, p. 39–64. 2019.

MÖLLER, Kai. **The Global Model of Constitutional Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

MONCAU, Luiz Fernando Marrey; ARGUELHES, Diego Werneck. The Marco Civil da Internet and Digital Constitutionalism. *In*: FROSIO, Giancarlo (ed.). **The Oxford Handbook of Online Intermediary Liability** (no prelo). Oxford: Oxford Univeristy Press, 2020. p. 55-89.

MORELLI, Alessandro; POLLICINO, Oreste. Metaphors, Judicial Frames and Fundamental Rights in Cyberspace. **American Journal of Comparative Law**, v. 2, p. 1–26. 2020.

MORRIS, Sabrina A. Rethinking the extraterritorial scope of the united states' access to data stored by a third party. **Indonesian Journal of International and Comparative Law**, v. 5, n. 3, p. 531–568, 2018.

MUELLER, Milton. **Networks and States**: the global politics of internet governance. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 2010.

PADOVANI, Claudia; SANTANIELLO, Mauro. Digital Constitutionalism: fundamental rights and power limitation in the Internet eco-system. **International Communication Gazette**, v. 80, n. 4, p. 295–301. 2018.

PETTRACHIN, Andrea. Towards a universal declaration on internet rights and freedoms? **International Communication Gazette**, v. 80, n. 4, p. 337–353. 2018.

POLLICINO, Oreste. Judicial protection of fundamental rights in the transition from the world of atoms to the word of bits: the case of freedom of speech. **European Law Journal**, v. 25, n. 2, p. 155–168. 2019.

POLLICINO, Oreste; ROMEO, Graziella. **The Internet and Constitutional Law**: the protection of fundamental rights and constitutional adjudication in Europe. Abingdon: Routledge Taylor and Francis Group, 2013.

POLLICINO, Oreste; ROMEO, Graziella. **The Internet and Constitutional Law: the protection of fundamental rights and constitutional adjudication in Europe**. London and New York: Routledge Taylor and Francis Group, 2016.

POMPEU, Ana. O alcance do MLAT em investigações criminais em debate no STF: audiência pública reuniu autoridades brasileiras, pesquisadores, representantes de empresas e dos EUA. **Jota**, 11 fev. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/liberdade-de-expressao/mlat-stf-audiencia-11022020>. Acesso em: 10 jul. 2020.

REIDENBERG, Joel. R. Governing Networks and Rule-making in Cyberspace. **Emory Law Journal**, v. 45, p. 911-930. 1996.

SAJÓ, András; RYAN, Clare. Judicial Reasoning and New Technologies: framing, newness, fundamental rights and the internet. *In*: POLLICINO, Oreste; ROMEO, Graziella (Eds.). **The Internet and Constitutional Law: the protection of fundamental rights and constitutional adjudication in Europe**. Abingdon: Routledge Taylor and Francis Group, 2013. p. 3–25.

SANTANIELLO, Mauro; PALLADINO, Nicola; CATONE, Maria Carmela; DIANA, Paolo. The Language of Digital Constitutionalism and the Role of National Parliaments. **International Communication Gazette**, v. 80, n. 4, p. 320–336. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; HARTMANN, Ivar A. Direitos Fundamentais e Direito Privado: a Proteção da Liberdade de Expressão nas Mídias Sociais. **Revista Direito Público**, v. 16, p. 85–108. 2019.

SARTOR, Giovanni. Human Rights and Information Technologies. *In*: BROWNSWORD, Roger; SCOTFORD, Eloise; YEUNG, Karen (Eds.). **The Oxford Handbook of Law, Regulation and Technology**. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 425-448.

SCHULZ, Wolfgang. Regulating Intermediaries to Protect Privacy Online – the Case of the German NetzDG. **HIIG Discussion Paper Series**, v. 1, n. 1, p. 1-14. 2018.

SIMONCINI, Andrea. The Constitutional Dimension of the Internet: Some Research Paths. **EUI Working Paper LAW**, v. 16, p 1-13. 2016.

SOLOVE, Daniel J. Fourth Amendment Codification and Professor Kerr's Misguided Call for Judicial Deference. **Fordham Law Review**, v. 74, p. 747-777. 2005.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Responsabilidade civil dos provedores de acesso e de aplicações de internet: evolução jurisprudencial e os impactos da Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet). *In*: LEITE, George Salomão; LEMOS,

Ronaldo (Coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 791-816.

SPINDLER, Gerald. Responsibility and Liability of Internet Intermediaries: Status Quo in the EU and Potential Reforms. *In*: SYNODINOU, Tatiana-Eleni; JOUGLEUX, Philippe; MARKOU, Christiana; PRASTITOU, Thalia (Eds.). **EU Internet Law: regulation and enforcement**. Cham: Springer, 2017. p. 289-314.

SUNSTEIN, Cass R. Constitutional Caution The Law of Cyberspace. **University of Chicago Legal Forum**, p. 361–375. 1996.

SUZOR, Nicolas. The Role of the Rule of Law in Virtual Communities. **Berkeley Technology Law Journal**, v. 25, n. 4, p. 1817-1886. 2010.

TEUBNER, Gunther. **Fragmentos Constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: IDP/Saraiva, 2016.

TEUBNER, Gunther. Horizontal Effects of Constitutional Rights in the Internet: a legal case on the digital constitution. **Italian Law Journal**, v. 3, n. 2, p. 485–510. 2017.

TRIBE, Laurence H. **Constitutional Choices**. Cambridge-Massachusetts and London: Harvard University Press, 1985.

UNIÃO EUROPEIA. **Directiva 2000/31/CE** do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de Junho de 2000 relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno («Directiva sobre o comércio electrónico»). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A32000L0031> Acesso em: 2 fev. 2020.

UNITED STATES. N. 18 U.S. Code § 2703. Required disclosure of customer communications or records. **Legal Information Institute**, 2020. Available in: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/2703#:~:text=A%20provider%20of%20wire%20or,court%20order%20or%20other%20process>. Access in: 10 jul. 2020.

UNITED STATES. **N. 521 U.S. 844**, 1997. Reno, Attorney General of the United States et al. v. American Civil Liberties Union et al.. Available in: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/521/844/case.pdf>. Access in: 10 jul. 2020.

UNITED STATES. **N. 575 U.S.**, 2015. *Elonis v. United States*. Available in: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/575/13-983/case.pdf>. Access in: 10 jul. 2020.

UNITED STATES. U.S. Department of Justice. **Cloud Act**. Available in: <https://www.justice.gov/opa/press->

release/file/1153446/download#:~:text=The%20CLOUD%20Act%20authorizes%20executive%20agreements%20that%20lift%20any%20restrictions,in%20investigations%20of%20serious%20crime. Access in: 10 jul. 2020.

UNITED STATES. **United States, Petitioner v. Microsoft Corporation**. On writ of Certiorari To The United States Court of Appeals for The Second Circuit. Judged on: 17 april 2018. Available in: https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/17-2_1824.pdf. Access in: 10 jul. 2020.

VIELLECHNER, Lars. The transnational dimension of constitutional rights: framing and taming “private” governance beyond the state. **Cambridge University Press**, v. 8, n. 3, p. 639–661. 2019.

WOODS, Andrew Keane. Against data exceptionalism. **Stanford Law Review**, v. 68, n. 4, p. 729–789. 2016.

YILMA, Kinfé Micheal. Digital Privacy and Virtues of Multilateral Digital Constitutionalism-Preliminary Thoughts. **International Journal of Law and Information Technology**, v. 25, n. 2, p. 115–138. 2017.