XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU - URUGUAI

GOVERNO DIGITAL, DIREITO E NOVAS TECNOLOGIAS II

EDSON RICARDO SALEME

EUDES VITOR BEZERRA

CINTHIA OBLADEN DE ALMENDRA FREITAS

Copyright © 2024 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU – São Paulo
Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Fernando Passos – UNIARA - São Paulo
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia
Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal
Comunicação:
Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM – São Paulo
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará
Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI – Santa Catarina
Eventos:
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo
Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina
Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP – Pernambuco

D597

GOVERNO DIGITAL, DIREITO E NOVAS TECNOLOGIAS II

[Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Edson Ricardo Saleme, Eudes Vitor Bezerra, Cinthia Obladen de Almendra Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-990-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: ESTADO DE DERECHO, INVESTIGACIÓN JURÍDICA E INNOVACIÓN

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – 2. Governo digital. 3. Novas tecnologias. XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI – MONTEVIDÉU (2: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI – MONTEVIDÉU

GOVERNO DIGITAL, DIREITO E NOVAS TECNOLOGIAS II

Apresentação

O conjunto de pesquisas que são apresentadas neste livro faz parte do Grupo de Trabalho de "DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS II", ocorrido no âmbito do XIII Encontro Internacional do CONPEDI, realizado entre os dias 18, 19 e 20 de setembro de 2024, na cidade de Montevidéu, Uruguai, promovido pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI e que teve como temática central "Estado de Direito, Investigação Jurídica e Inovação".

Os trabalhos expostos e debatidos abordaram de forma geral distintas temáticas atinentes DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS, especialmente relacionadas aos principais desafios que permeiam a tecnologias jurídica, passando pela inteligência artificial, demais meios digitais, também apontando para problemas emergentes e propostas de soluções advindas de pesquisas em nível de pós-graduação, especialmente, Mestrado e Doutorado.

Os artigos apresentados no Uruguai trouxeram discussões sobre: Tecnologias aplicáveis aos tribunais, Governança digital e governo digital, Função notarial e novas tecnologias, Exclusão digital derivando tanto para exclusão social quanto para acesso à justiça, Eleições, desinformação e deepfake, cidades e TICs. Não poderiam faltar artigos sobre privacidade e proteção de dados pessoais, com atenção aos dados sensíveis, consentimento e LGPD, liberdade de expressão, censura em redes sociais, discriminação, herança digital, microtrabalho e o trabalho feminino, uso de sistemas de IA no Poder Judiciário e IA Generativa.

Destaca-se a relevância e artigos relacionados ao tema de Inteligência Artificial, tratando de vieses algorítmicos e do AI Act. E, ainda, aplicação de sistemas de IA ao suporte de pessoas com visão subnormal. Para além das apresentações dos artigos, as discussões durante o GT foram profícuas com troca de experiências e estudos futuros. Metodologicamente, os artigos buscaram observar fenômenos envolvendo Direito e Tecnologia, sem esquecer dos fundamentos teóricos e, ainda, trazendo aspectos atualíssimos relativos aos riscos que ladeiam as novas tecnologias, destacando os princípios e fundamentos dos direitos fundamentais

Considerando todas essas temáticas relevantes, não pode ser outro senão de satisfação o sentimento que nós coordenadores temos ao apresentar a presente obra. É necessário, igualmente, agradecer imensamente aos pesquisadores que estiveram envolvidos tanto na confecção dos trabalhos quanto nos excelentes debates proporcionados neste Grupo de Trabalho. Por fim, fica o reconhecimento ao CONPEDI pela organização e realização de mais um relevante evento internacional.

A expectativa é de que esta obra possa contribuir com a compreensão dos problemas do cenário contemporâneo, com o a esperança de que as leituras dessas pesquisas ajudem na reflexão do atual caminhar do DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS.

Prof. Dr. Edson Ricardo Saleme (UNISANTOS)

Prof. Dr. Eudes Vitor Bezerra (PPGDIR – UFMA)

Profª. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas (PPGD - PUCPR)

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O CIBERESPAÇO DOS EUA – PODE UMA EMPRESA DE I.A. SER CONTROLADA POR CHINESES?

FREEDOM OF SPEECH AND THE USA CYBERSPACE – IS IT LEGAL FOR A CHINESE CONTROLLED CORPORATION TO PROVIDE A.I.?

Luca Panicali Nigri
Carlos Alberto Rohrmann [1]
Maria Eduarda Padilha Xavier

Resumo

Um caso ajuizado nos Estados Unidos da América no dia 07 de maio de 2024 chama a atenção do mundo. A empresa ByteDance, desenvolvedora do aplicativo TikTok, requereu a declaração de inconstitucionalidade de uma nova lei federal que ameaça o completo banimento da plataforma nos EUA. A possível manutenção desta nova lei no ordenamento norte-americano pode gerar consequências sem precedentes para a forma como o mundo regula os espaços virtuais e a internet, o que fomenta as discussões internacionais acerca da efetividade da função dogmática das leis como fonte regulamentadora do cyberspace. Ademais, vários influenciadores digitais que usam o TikTok para disseminar suas ideias e como fonte de subsistência, também acionaram a justiça federal estadunidense, suscitando a inconstitucionalidade da referida lei, ao argumento de que atinge de forma ilícita seus direitos de liberdade de expressão. Assim, continuam incertas quais serão as conclusões judiciais sobre a constitucionalidade da lei, inclusive sobre quais critérios serão utilizados para averiguar tal constitucionalidade, visto que a aderência dela aos preceitos de liberdade de expressão presentes na Primeira Emenda da Constituição dos EUA pode depender do nível de rigor pelo qual a lei será analisada. Por isso, neste primeiro momento, é imperioso indagar qual forma seria adequada para auferir a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma, que poderia estar adstrita aos testes de strict scrutiny ou intermediate scrutiny.

Palavras-chave: Inteligência artificial, Liberdade de expressão, Tiktok, Direito constitucional, Direito digital

Abstract/Resumen/Résumé

A case filed on May 7, 2024, in the United States of America draws worldwide attention. The company ByteDance, developer of the social media TikTok, requested in federal court a declaration that a new federal law that threatens the complete ban of the platform in the country violates the U.S. Constitution. The possible maintenance of this new law in the North American system could generate unprecedented consequences for the way the world regulates virtual spaces and the internet, which encourages international discussions about the effectiveness of the dogmatic function of laws as a regulatory source for cyberspace.

---

[1] Doutor em Direito (University of California, Berkeley); Master of Laws (UCLA); Mestre em Direito Comercial (UFMG), Professor do Mestrado, FDMC, Titular da Academia Mineira de Letras Jurídicas.

Furthermore, several digital influencers who use TikTok to disseminate their ideas and as a source of subsistence, also sought the US federal court, requesting the unconstitutionality of the aforementioned law, arguing that it unlawfully affects their rights to freedom of speech. Thus, it remains uncertain what the judicial conclusions will be about the constitutionality of the law, including what criteria will be used to ascertain such constitutionality, since its adherence to the precepts of freedom of speech present in the First Amendment of the US Constitution may depend on the level of rigor by which the law will be analyzed. Therefore, at this first moment, it is imperative to ask what form would be appropriate to assess the constitutionality or unconstitutionality of the norm, which could be subject to strict scrutiny or intermediate scrutiny tests.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Artificial intelligence, Free speech, Tiktok, Constitutional law, Digital law

1. INTRODUÇÃO

Este artigo apresenta a controvérsia acerca de uma nova lei americana, a "*Protecting Americans From Foreign Adversary Controlled Applications Act"*, que ameaça a continuidade da rede social TikTok em exercer suas atividades comerciais no país, devido ao controle desta plataforma ser exercido pela empresa ByteDance, fundada e mantida por investidores chineses.

A referida lei foi bradada pelo congresso com o viés de promover a segurança nacional através de regulamentações sobre o funcionamento de plataformas cibernéticas, mas expressa sem escusas a pretensão de atingir especialmente a ByteDance, que por sua vez, teve uma rápida e voraz resposta ao acionar a justiça federal americana, sustentando ser este um caso de grave inconstitucionalidade.

Ademais, outro polo muito interessado em impedir o banimento desta rede social são os "influenciadores digitais" da plataforma, que usam o TikTok como labor e fonte de renda; e alguns destes se juntaram para também desafiar a legitimidade da lei supracitada através das vias judiciais.

E, ainda que as discussões sobre o caso estejam em fases iniciais, de certo que qualquer caminho adotado para resolução da controvérsia implicará em sérias consequências jurídicas no mundo, ao servir para nortear e fomentar o debate sobre como deve um ordenamento jurídico regular o *cyberspace* em sentido amplo.

Isto pois, disseminam-se no âmbito jurídico internacional diversas linhas teóricas, que apesar de diferentes, compartilham o viés de ser necessária a congruência entre o direito e a *internet*, sendo que entre todas estas, a visão majoritária se alinha ao entendimento que o *cyberspace* deve se acomodar na moldura atual dos sistemas de leis, porquanto estes exercem funções dogmáticas (ROHRMANN, 2004), desde que, claro, tais molduras normativas também se atualizem para as novas possibilidades erguidas pela era digital, que alteram desde as mais simples conversas entre sujeitos até os mais complexos negócios jurídicos.

> Under the dogmatic function of law, the creation of new legal dogmas allows for law to properly regulate cyberspace. Technical based regulation would

> have more a symbolic function than a legal function itself. Therefore, we conclude that cyberspace is better regulable by law through the application of the theory of the legal dogmas. When there is a problem in the regulation of cyberspace, we should first look at the legal dogmas that are being applied in order to identify if those dogmas reflect the history, the culture, the tradition and the will of the community. Instead of looking to other solutions, better addressing the dogmatic function of law is an effective way to regulate cyberspace in a better cost-effective manner. (ROHRMANN, 2004, p. 38)

Por isso, há grande valor em documentar todo o caso envolvendo o TikTok nos EUA, estudar as nuances dos interesses políticos e econômicos de cada parte envolvida, e analisar em conjunto as fundamentações jurídicas que forem utilizadas pelos entes da trama, pois a resolução desta lide marcará um dos caminhos a serem adotados para encaixar a regulação das mídias sociais em diversos recortes legais internacionais.

Nesse ínterim, um dos vários pontos centrais de controvérsia jurídica no caso TikTok permeia os limites da liberdade de expressão adstrita à Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1791), frente à complexa e difícil regulação do *cyberspace* e das novas tecnologias da informação.

Tem-se que as duas partes distintas que peticionaram contra a constitucionalidade da lei, vide o grupo ByteDance e os influenciadores digitais norte-americanos, possuem interesses próprios convergentes junto a argumentos semelhantes, tendo ambas suscitado que a "*Protecting Americans From Foreign Adversary Controlled Applications Act"* fracassa ao cumprir os pré-requisitos de constitucionalidade necessários para leis que regulamentam ou limitam o direito ao livre discurso.

Contudo, este ponto de discussão suscitado é turvo nos entendimentos doutrinário e judicial, pois há incerteza se a referida lei seria sujeita a análises de constitucionalidade sob a ótica dos instrumentos de "strict scrutiny", "intermediate scrutiny", ou outra via semelhante, ao passo que a delimitação de qual seria a ferramenta adequada pode impactar o resultado da controvérsia como um todo.

Assim, indaga-se sobre qual preceito de "*scrutiny*" constitucional a lei "*Protecting Americans From Foreign Adversary Controlled Applications Act"*deverá ser analisada devido a sua natureza, bem como quais consequências podem ocorrer para a resolução da

controvérsia de acordo com qual preceito for eventualmente considerado como correto pelo judiciário norte-americano.

2. A LEI NORTE-AMERICANA QUE ATINGE O TIKTOK

A "*Protecting Americans From Foreign Adversary Controlled Applications Act*" é uma lei dos EUA que foi aprovada em 13 de março de 2024 (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2024), também chamada de "H. R. 7521" e que compõe o pacote normativo "*National Security Act, 2024*", outorgado pelo atual congresso federal americano, "*118th United States Congress*".

O texto normativo explicita sua intenção de impedir danos à segurança nacional americana oriundos da ação de países adversários através de aplicativos, plataformas ou redes sociais que controlem. Atualmente, tais países considerados formalmente como inimigos políticos são: Coréia do Norte, China, Russia e Irã, vide *section* 2, alínea (g), inciso (4), da lei.

A preocupação maior do congresso é que tais aplicativos virtuais sejam fontes de espionagem, coleta de dados e disseminação de influência ou propaganda aos americanos por parte de tais países rivais.

Contudo, ainda que a lei possua caracteres de aplicação geral no país, trata-se, pois, de uma lei bastante casuística, em que a intenção do congresso é de primeiro atingir um ente privado em específico, o grupo empresarial chinês ByteDance, como se vê pelo preâmbulo da norma:

> To protect the national security of the United States from the threat posed by foreign adversary controlled applications, such as TikTok and any successor application or service and any other application or service developed or provided by ByteDance Ltd. or an entity under the control of ByteDance Ltd.

A ideia do congresso é que a lei sirva a reprimir o quanto antes a continuidade do TikTok e demais aplicações da ByteDance no mercado americano, que são consideradas riscos imediatos para a segurança nacional, enquanto sirva também para em generalidade

tolher quaisquer casos futuros diversos que incorram em mesmo contexto, de empresas vinculadas a países adversários que promovam atividades cibernéticas no país.

O risco à segurança nacional que o congresso considera existir possui dois pilares principais: (I) que o governo chinês poderia coletar os dados sensíveis dos norte-americanos que usam o aplicativo, e usá-los para uma série de fins nefastos; (II) e que o governo chinês poderia sorrateiramente influenciar a visão política dos norte-americanos, impactando inclusive o resultado de processos eleitorais, ou disseminar ideias perigosas em vários contextos, vez que o TikTok tem em seu cerne de funcionamento uma ferramenta de recomendação de conteúdos aos usuários, em que um *software* de inteligência artificial mapeia o perfil e preferências pessoais para montar conteúdo personalizado ao usuário, ao passo que haveria possibilidade real de sejam implantados conteúdos específicos ao interesse chinês para influenciar usuários norte-americanos.

Nas disposições do ato, as formas de repressão adotadas à atividade da ByteDance gravitam na proibição de todos seus aplicativos nos EUA, em especial o TikTok, em um prazo de 270 dias após o vigor da lei, junto a obrigação da empresa de exportar para fora da aplicação os dados de qualquer usuário que assim requeira.

Todavia, há na lei uma alternativa para a continuidade das atividades da ByteDance e do TikTok no país, presente "*Section 2*(c)" da lei, que seria uma "*qualified divestiture*" das operações em solo norte-americano, ou seja, qualquer medida que garantisse distância intransponível entre os dados dos usuários americanos e o governo chinês; que por sua vez pode ser feita de algumas formas, como por exemplo a separação total do TikTok nos EUA com o resto do mundo, ou a venda do aplicativo ou da empresa para quaisquer sujeitos sem relações com países adversários dos norte-americanos.

3. A AÇÃO AJUIZADA PELA BYTEDANCE CONTRA A LEI AMERICANA

Em 07 de maio de 2024, a ByteDance agiu contra a investida do congresso ao lançar no judiciário uma petição inicial (COLUMBIA, 2024), afirmando que:

> Congress has taken the unprecedented step of expressly singling out and banning TikTok: a vibrant online forum for protected speech and expression

> used by 170 million Americans to create, share, and view videos over the Internet. For the first time in history, Congress has enacted a law that subjects a single, named speech platform to a permanent, nationwide ban, and bars every American from participating in a unique online community with more than 1 billion people worldwide.

A petição foi endereçada ao Tribunal de Apelações do Distrito de Columbia, em respeito à determinação territorial da própria lei atacada, e trata-se primordialmente de uma discussão de constitucionalidade do "*Protecting Americans From Foreign Adversary Controlled Applications Act",* através da alegação de descumprimentos das primeira e quinta emendas constitucionais, e de ser texto que configura punição legislativa a uma pessoa ou grupo específico, no formato de uma *bill of attainder*, que é também inconstitucional.

Além disso, sustenta também que a empresa estaria sendo alvo de segregação no próprio texto da lei, por ser enquadrada como inimiga do país sem que precisem ser observados os parâmetros gerais presentes na própria norma para tanto, o que violaria outros direitos constitucionais de *equal protection*, em claro tratamento desigual e punições discriminadas.

Por fim, a ByteDance também sustenta que as alternativas ao banimento do TikTok nos EUA através, por exemplo, das opções de venda das operações do aplicativo em solo norte-americano ou venda do aplicativo em si, seriam totalmente inviáveis sob aspectos econômicos, tecnológicos e práticos.

> The Act purports to allow Petitioners to avoid a ban by executing a "qualified divestiture." Sec. 2(c). But that alternative is illusory because, as Petitioners have repeatedly explained to CFIUS, the divestiture of the TikTok U.S. business and its severance from the globally integrated platform of which it is an integral part is not commercially, technologically, or legally feasible. (…) The platform consists of millions of lines of software code that have been painstakingly developed by thousands of engineers over multiple years. (…) Specifically, to comply with the law's divestiture requirement, that code base would have to be moved to a large, alternative team of engineers — a team that does not exist and would have no understanding of the complex code necessary to run the platform. It would take years for an entirely new set of engineers to gain sufficient familiarity with the source code to perform the ongoing, necessary maintenance and development activities for the platform. Moreover, to keep the platform functioning, these engineers would need access to ByteDance software tools, which the Act prohibits. (p. 16 e 17)

E sem nem adentrar nos hercúleos aspectos técnicos, já haveria grande empecilho econômico para a empresa vender apenas as operações da plataforma nos EUA, já que uma versão exclusiva do TikTok aos norte-americanos seria bem menos valiosa no mercado por não ter integração nenhuma com o aplicativo ofertado ao resto do mundo, criando então uma barreira prática para eventual interesse econômico nesse patrimônio.

4. A AÇÃO JUDICIAL DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS

Em 14 de maio de 2024, um grupo formado pelos influenciadores digitais Brian Firebaugh, Chloe Joy Sexton, Talia Cadet, Timothy Martin, Kiera Spann, Paul Tran, Christopher Townsend e Steven King, também aviou uma petição inicial endereçada ao Tribunal de Apelações do Distrito de Columbia defendendo a inconstitucionalidade da "*Protecting Americans from Foreign Adversary Controlled Applications Act"* (COLUMBIA, 2024), com argumentos semelhantes aos da ByteDance.

Todos estes influenciadores e agora peticionários auferem renda diretamente pelos conteúdos que produzem pelo aplicativo TikTok, sendo também a plataforma pela qual disseminam opiniões e vieses políticos a seus respectivos públicos.

Por isso, aduzem que o eventual banimento da plataforma em solo norte-americano implicaria não só em danos em seus meios de subsistência, mas em uma grave restrição no alcance de sua liberdade de expressão, violando assim a Primeira Emenda da Constituição dos EUA, que impede o governo de restringir a comunicação com base no conteúdo, ponto de vista ou identidade dos oradores.

> Petitioners are among the 170 million Americans who create, publish, view, interact with, and share videos on TikTok. They rely on TikTok to express themselves, learn, advocate for causes, share opinions, create communities, and even make a living. Although they come from different places, professions, walks of life, and political persuasions, they are united in their view that TikTok provides them a unique and irreplaceable means to express themselves and form community. They bring this lawsuit to preserve their First Amendment rights and the rights of countless others, which are threatened by the Protecting Americans from Foreign Adversary Controlled Applications Act, Pub. L. No. 118-50

Ademais, ressalta-se que a petição dos influenciadores tem foco apenas nas discussões da regulamentação da liberdade de expressão no país, diferentemente da petição da ByteDance, o que é natural, visto que a pretensão dos influenciadores alcança apenas os limites dos danos que podem sofrer com a referida lei, que são relativamente diferentes, e com certeza menos abrangentes se comparados aos danos passíveis de serem sofridos pelo grupo proprietário do TikTok.

5. LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NOS EUA E A LEI QUE ATINGE O TIKTOK

5.1 AS VIAS DE ANÁLISE CONSTITUCIONAL APLICADAS AO CASO

Entre diversos temas, a Primeira Emenda da Constituição dos EUA aduz que o ordenamento jurídico do país não comportará leis que restrinjam a liberdade de expressão ou de imprensa (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1791), com algumas exceções e limites, mas impedindo assim que o governo restrinja a comunicação interpessoal, informativa, jornalística ou semelhante com base no conteúdo, ponto de vista ou identidade dos oradores.

Entre os limites e exceções à Primeira Emenda, há possibilidade de restringir o direito fundamental de liberdade de expressão por via de lei em casos de discursos pautados em difamações, fraudes, ódio, ou em prol da segurança nacional (COHEN, 2006).

Assim, mesmo que uma lei atinja os direitos protegidos por estes princípios, não quer dizer que estará violando-os, visto que se os preceitos inerentes ao *freedom of speech* conflitarem com outros princípios constitucionais (ALEXY, 2017), tal como os de segurança do Estado, a liberdade de expressão poderá vir ser suprimida em certos casos.

No caso do TikTok, o *118th United States Congress* aduz que o "*Protecting Americans From Foreign Adversary Controlled Applications Act*" tem fundamento exatamente na exceção de interesses governamentais de segurança nacional, pautados na ameaça do governo chinês aos dados sensíveis de cidadãos norte-americanos, visto que a China teria acesso aos dados colhidos pelo TikTok devido a forma como o país trata a regulamentação de desenvolvimento tecnológico em seu território, mesmo por entidades

privadas, e poderia então promover espionagens, emitir propaganda política para influenciar eleições, entre outros atos que ameaçariam os EUA.

Contudo, se uma lei atinge os direitos protegidos pela Primeira Emenda, ainda que passível de ser válida por conta de eventual exceção, poderá ser ainda judicialmente desafiada por aqueles atingidos por ela, ao passo que o judiciário promoverá a análise de constitucionalidade da norma, que foi exatamente a medida suscitada pela ByteDance e pelos influenciadores digitais do TikTok na controvérsia em tela.

Na regra geral, há presunção de que as leis emanadas do congresso são constitucionais, mas quando são desafiadas judicialmente, o judiciário promove um teste conhecido como "*rational basis scrutiny test*", que essencialmente analisa dois pontos: (I) se o Estado tem um interesse legítimo quanto ao escopo da lei; (II) e se a norma está racionalmente relacionada a tais interesses. Se houver tal conexão racional entre os objetivos pretendidos pelos legisladores com os meios para alcançá-los, sendo que tais objetivos são legítimos, então a norma passará no teste de constitucionalidade. (NACHBAR, 2016)

Contudo, nem todas as leis passam por essa regra geral de análise do *rational basis scrutiny test*.

Quando uma lei é passível de atingir um direito fundamental previsto na constituição norte-americana, ou atinge um grupo social em específico, seja por raça, religião, nacionalidade ou outros, o teste passa a comportar um nível mais alto de *scrutiny*, tornando-se mais rigoroso. Isto pois, quando a norma limita um preceito fundamental tal qual o do *freedom of speech*, a presunção é de que ela é inconstitucional. (SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, 2014)

De acordo com a severidade máxima da matéria atingida pela lei, o judiciário poderá aumentar o nível do *scrutiny test* para "*strict scrutiny"*, que é a forma mais rígida desta análise constitucional, em que, diferentemente da regra geral, a norma atacada somente sobrevive ao teste se comprovar que: (I) há um *compelling interest* do Estado em limitar aquele preceito fundamental, que se traduz em uma real necessidade ou interesse de máxima

importância; (II) e que os meios utilizados na lei para limitar aquele direito fundamental são os menos gravosos possíveis. (KILLION, 2024)

Contudo, há também a possibilidade de que a matéria da lei, mesmo atingindo um direito fundamental, seja considerada não tão grave, ao passo que o nível do *scrutiny test* será menos rigoroso que o *strict scrutiny*, mas ainda assim mais rígido que a regra geral da análise constitucional. Nestes casos, o teste será então aviado em parâmetros de "*intermediate scrutiny"*, em que a norma atacada sobreviverá ao teste apenas se comprovar que: (I) há um *substantial interest* do Estado em limitar aquele preceito fundamental, que seria um interesse importante e objetivo; (II) e que os meios utilizados na lei para efetivá-la enquanto também limitam certo direito constitucional, não atingem mais que o necessário para tal efetivação, em parâmetros substanciais. (KILLION, 2024)

Não há diretriz normativa no ordenamento dos EUA que delimite quais casos seguirão cada nível de rigor dos testes de *scrutiny*, e nem regras gerais que ultrapassam os conceitos elencados nos parágrafos anteriores. Na prática, para cada assunto, os entendimentos jurisprudenciais consolidades ao longo do tempo no país é que ditam qual via será a melhor utilizada.

5.2 DILEMA DE APLICAÇÃO DE STRICT SCRUTINY OU INTERMEDIATE SCRUTINY NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Em suma, parte cabal da discussão judicial sobre o possível banimento TikTok gravita sobre a incerteza de qual correta análise de constitucionalidade da lei "*Protecting Americans From Foreign Adversary Controlled Applications Act*", e em definir exatamente sobre qual matéria e grau de liberdade de expressão a lei aborda.

Isto pois, o congresso aduz que a lei é constitucional, ainda que atinja e eventualmente limite direitos inerentes à liberdade de expressão, pois a permanência do aplicativo TikTok no país, na forma como se encontra hoje, apresentaria grave risco à segurança nacional norte-americana; mas em mesmo gume, os peticionários que desafiam a lei aduzem que o congresso não tem real substrato para sustentar a existência de tais riscos à segurança nacional.

Assim, a análise de constitucionalidade suscitada pode ter grande influência no resultado da controvérsia, pois como visto, os parâmetros para o teste de *strict scrutiny* e do *intermediate scrutiny* são distintos, sendo um respectivamente mais rígido que o outro.

E frente ao caso do TikTok, deve-se considerar que o congresso nacional dos EUA enfrentaria uma barreira bem mais difícil no caso de a lei ser avaliada frente ao *strict scrutiny* do que pelo *intermediate scrutiny*, por conta da forma como o congresso elencou os riscos à segurança nacional do país pela livre permanência do aplicativo

A base do "*Protecting Americans From Foreign Adversary Controlled Applications Act*" é a potencialidade de danos ao país pela influência chinesa, vez que há real possibilidade que a China promova espionagem dos dados sensíveis de cidadãos estadunidenses ou que dissemine propaganda maliciosa para tentar influenciar noções sociais ou processos eleitorais, e por isso então baniria o aplicativo, mesmo que isso signifique eliminar uma via para norte-americanos promoverem seus direitos de *freedom of speech*.

Contudo, mesmo que a potencialidade ou plausibilidade de danos ao país seja fundamento sólido em ímpeto de preservar a segurança nacional, não há comprovação imediata de que danos já foram causados ou serão inequivocamente causados pela interferência chinesa via TikTok.

Nesse ínterim, seria bem mais difícil esta base normativa sobreviver à análise do *strict scrutiny*, porque a lei precisaria ser pautada em um *compelling interest* do Estado, ou seja, em um fato que já causaria danos à segurança nacional ou que inequivocamente viria a causar tais danos, traduzida assim em uma legítima necessidade de impor limite ao canal de livres expressões.

Nada obstante, seria também difícil defender que a via de limitação imposta pela lei é a menos gravosa para os cidadãos americanos, vide efetivo banimento do TikTok, já que o grupo ByteDance já estava elaborando com o governo dos EUA uma série de medidas voltadas à proteção de dados e transparência da plataforma.

Já no caso de *intermediate scrutiny*, o pilar da lei poderia ser pautado apenas em demonstrar o *substantial interest* na segurança nacional, ao passo que a narrativa da preocupação com a real e inequívoca potencialidade de danos serem causados, seria mais fácil de ser defendida.

Por conseguinte, já que não há diretriz normativa no ordenamento dos EUA que delimite quais casos seguirão cada nível de rigor dos testes de *scrutiny*, uma das poucas fontes que permitem certa previsibilidade e segurança jurídica em qual nível de *scrutiny* a ser aplicado, seria pela análise de casos decididos pela suprema corte ou outros *judicial branchs* do país ao longo dos anos.

Na forma como o judiciário entende atualmente, quando a lei atinge o *freedom of speech* ao discriminar um certo tipo de expressão pelo seu conteúdo, no que é conhecido como *content-based law*, a suprema corte quase sempre entende pela aplicação do *strict scrutiny*.

Nada obstante, utilizam o *strict scrutiny* também nos casos de a lei ser *viewpoint-based*, ou seja, que discrimina a expressão pelo ponto de vista, opinião particular ou perspectiva pessoal do orador, ou em situação semelhante, mas que a discriminação é feita pela pessoa do orador, chamada *speaker-based*.

E por fim, a suprema corte aplica também o teste de *strict scrutiny* em casos de a lei limitar a liberdade de expressão antes mesmo de que o orador sequer expresse algo, de forma preventiva, no que seria chamado de uma "*prior restraint law"*.

Caso a lei seja neutra em tais categorias, ou seja, *content-neutral*, *viewpoint-neutral*, *speaker-neutral* e que não restringe a expressão de forma preventiva, caberia a análise pelas vias do *intermediate scrutiny*. (KILLIAN, 2024)

Na controvérsia atual, o grupo ByteDance afirma em sua petição inicial que o "*Protecting Americans From Foreign Adversary Controlled Applications Act*" seria adstrito a uma análise de *strict scrutiny*, pois se enquadraria como uma lei *content-based*, e *viewpoint-based*, que também promove *prior restraint* ao ato de expressão.

O que não surpreende, já que a empresa proprietária do TikTok defenderá sua pretensão na lide por todas as vias e argumentos possíveis e impossíveis, como de praxe em qualquer ação judicial.

Mas para buscar uma rota lógica de melhor enquadramento da lei em destaque nestes conceitos, deve-se analisar não só o caso concreto, mas também os entendimentos prévios da suprema corte para os casos mais semelhantes possíveis, e compará-los com as particularidades que gravitam a controvérsia aqui discutida.

5.3 ANÁLISE DO POSSÍVEL NÍVEL DE SCRUTINY PARA O CASO DO TIKTOK

Primeiramente, quanto a análise de que a lei promove ou não limitação prévia da expressão, vide caráter denominado de *prior restraint*, deve-se verificar se há ou não outros meios análogos ao TikTok para que a mensagem dos usuários, que seriam transmitidas pelo aplicativo, possam ainda assim ser expressadas em mesmo grau e atingindo mesmo público ou finalidade.

Quanto a isso, faz-se imperioso analisar a lógica apontada pela Corte Estadual do Distrito de Montana (MONTANA, 2023), em que o judiciário estadual julgou um processo parecido com o do caso em evidência, que tratou também da constitucionalidade de uma lei que pretendia banir TikTok, mas que dessa vez foi emanada da subscrição legislativa do estado de Montana.

Na visão da corte de Montana, ainda que o TikTok fosse efetivamente banido, o mesmo público que seria encontrado na plataforma é também encontrado em outros aplicativos de mídias sociais que compartilham virtualmente o mesmo mercado e mesmos polos sociais, e por isso, seria difícil considerar que o "*Protecting Americans From Foreign Adversary Controlled Applications Act*" promoveria limitação prévia da expressão dos norte-americanos, já que os norte-americanos poderiam expressar as mesmas coisas em outras plataformas análogas.

Assim, seria muito difícil embasar a utilização do *strict scrutiny* pelo fundamento da lei ser da natureza de uma *prior restraint law.*

Inclusive, outro caso importante e similar que lidou com esta ideia de *prior restraint* e demais conceitos, foi a decisão judicial da Corte Estadual do Distrito do Norte da California (CALIFORNIA, 2020), que lidou com declaração de inconstitucionalidade de uma norma que pretendia banir a mídia social WeChat, que é um aplicativo chinês de troca simples de mensagens, feito com intuito de chineses fora de seu país manterem fácil contato via *chat* com parentes, amigos e a comunidade chinesa.

No caso, o WeChat estava a ser banido por via de um decreto executivo do Presidente da República, chamado "*Executive Order 13943*", através de argumentos semelhantes aos supracitados de defesa da pátria norte-americana e segurança nacional.

Mas, ainda que os casos do TikTok em Montana e do WeChat na California possuam várias similaridades conceituais, a corte de California decidiu por considerar uma visão inversa à de Montana, no sentido de que o banimento do WeChat seria uma limitação de *prior restraint*.

Isto pois, diferentemente do TikTok, que possui alternativas de mídias sociais análogas, ao exemplo do Instagram, o WeChat servia a um público único, pois é um aplicativo de *chat* destinado apenas a chineses e em que toda a comunicação e *interface* do aplicativo é disponibilizada apenas em mandarim. Assim, banir o WeChat nos EUA significaria impedir a expressão de seus usuários presentes em solo norte-americano antes mesmo que estes pudessem se expressar, já que o canal de mídia não existiria mais, enquanto também não haveria outra plataforma para suprir às demandas comunicativas daquele público.

Por conseguinte, em sede de análise do "*Protecting Americans From Foreign Adversary Controlled Applications Act*" ser ou não uma lei de restrição de expressão pelo conteúdo ou ponto de vista, *content-based* ou *viewpoint-based law*, há de se verificar se a remoção do TikTok como plataforma estaria impedindo algum tipo específico de conteúdo de ser expressado, ou se teria escopo de limitar discriminadamente algum tipo de ponto de vista.

Inclusive, como diretriz de análise, podemos considerar a visão da suprema corte em um caso emblemático, onde a conclusão de neutralidade ou não neutralidade na limitação de expressão pelo conteúdo, seria pautada ao verificar se o escopo da lei limitadora do direito gravita em simples discordância da mensagem que é expressa.

> "The principal inquiry in determining content neutrality, in speech cases generally and in time, place, or manner cases in particular, is whether the government has adopted a regulation of speech because of disagreement with the message it conveys." (UNITED STATES SUPREME COURT, 1989)

Nesse ínterim, vejam que um dos pilares que justificou a promulgação do "*Protecting Americans From Foreign Adversary Controlled Applications Act*" foi, claro, a preocupação com a segurança nacional, mas pautada no risco de que o governo chinês pudesse usar o TikTok para disseminar propagandas políticas, informações falsas ou mensagens semelhantes e consideradas danosas.

Mesmo que mensagens com viés de propaganda maliciosa sejam sim uma preocupação de segurança nacional, principalmente no contexto de serem enviadas por um país adversário e em épocas eleitorais, de certo que redigir norma que impeça a disseminação de tais elementos discursivos é uma limitação à liberdade de expressão pautada no conteúdo e ponto de vista informacional.

Assim, haveria forte argumento para aduzir que há discriminação por conteúdo e por ponto de vista na justificativa de criação da lei em tela que diretamente reduz limites do *freedom of speech* norte-americano.

Isso, claro, não quer dizer que a lei é inconstitucional, mas apenas que para análise de eventual inconstitucionalidade, faria mais sentido normativo a lei ter que passar pelo teste mais rigoroso de constitucionalidade, vide o *strict scrutiny test*, para averiguar se realmente há *compelling interest* do Estado em reduzir os limites da liberdade de expressão, pautados em inequívoca ameaça à segurança nacional.

Vale destacar, também, que no caso julgado pela Corte de Montana (MONTANA, 2023), sobre um quase banimento do TikTok no Estado, não foi decidido especificamente para aquele caso qual seria o nível de *scrutiny* a ser usado na avaliação do princípio da Primeira Emenda, pois a ação teve seu fim por meios distintos da pura análise de constitucionalidade.

Contudo, ainda assim a corte de Montana chegou a dizer que estaria pendendo a usar o *intermediate scrutiny*, mas que reconhecia também o fato de que nem o *intermediate* nem o *strict scrutiny* se enquadrariam perfeitamente com o caso à época.

Assim, de certo que não é possível prever com exatidão como o caso do ""*Protecting Americans From Foreign Adversary Controlled Applications Act*" será conduzido, mas, considerando que a lei avaliada no presente artigo promoveria ainda mais sérias consequências para a liberdade de expressão do que a norma avaliada pela Corte de Montana em 2023, e considerando os argumentos ao todo expostos no presente artigo, considera-se mais plausível que para o caso atualmente em discussão na corte da Columbia, o "*Protecting Americans From Foreign Adversary Controlled Applications Act*" seja avaliado pela ótica do *strict scrutiny*.

6. CONCLUSÃO

O artigo inicialmente apresenta que a lei, expressando sua função dogmática, é capaz de regular e manter a estabilidade do *cyberspace* em recortes sociais, mas que os sistemas legais em todo mundo devem ainda, em muitos aspectos, se adaptar às novas realidades de interação social frente as tecnologias em constante avanço.

O caso da possível proibição do TikTok nos EUA por via de lei, e o embate judicial que discute a constitucionalidade desta norma, evidenciam que os preceitos basilares do ordenamento jurídico norte-americano carecem ainda de diretrizes sólidas para resolver controvérsias que gravitam o direito digital, ao exemplo da incerteza em como tratar os direitos à liberdade de expressão no caso do banimento de uma mídia social.

Por fim, pelo presente trabalho, frente a indagação de qual seria a melhor forma de analisar a questão de constitucionalidade envolvendo a lei "*Protecting Americans From Foreign Adversary Controlled Applications Act*", sugere-se que o judiciário norte-americano utilize o crivo de *strict scrutiny* para averiguação de eventual inconstitucionalidade, devido ao caráter de ser uma lei que, em seu escopo, baseia-se em específico conteúdo ou ponto de vista para embasar a limitação do direito à liberdade de expressão.

REFERÊNCIAS

ALEXY. Robert. **Teoria dos direitos fundamentais; tradução de Virgílio Afonso da Silva**. São Paulo, Malheiros, 2017. Disponível em: https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/direitos-humanos/direitos_humanos_stricto_sensu/alexy-robert-teoria-dos-direitos-fundamentais.pdf. Acesso em 09 de mai. 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 01 abr. 2024.

CALIFORNIA. United States District Court of Northern District of California. **U.S. WECHAT USERS ALLIANCE, et al., Plaintiffs, v. DONALD J. TRUMP, et al., Defendants.** 19 set. 2020. Disponível em: https://casetext.com/case/us-wechat-users-alliance-v-trump . Acesso em: 07 mai. 2024.

COLUMBIA. United States District Court of Appeals for the District of Columbia. **TIKTOK INC., and BYTEDANCE LTD. V. MERRICK B. GARLAND, in his official capacity as Attorney General of the United States.** 07 de maio de 2024. Disponível em: gov.uscourts.cadc.40861.1208620273.1.pdf (courtlistener.com). Acesso em 07 mai. 2024.

COLUMBIA. United States District Court of Appeals for the District of Columbia. **BRIAN FIREBAUGH, CHLOE JOY SEXTON, TALIA CADET, TIMOTHY MARTIN, KIERA SPANN, PAUL TRAN, CHRISTOPHER TOWNSEND, and STEVEN KING, Petitioners, v. MERRICK B. GARLAND, in his capacity as United States Attorney General, Respondent.** 14 de maio de 2024. Disponível em: https://www.washingtonpost.com/documents/9dfbd47d-20cc-449e-887b-2aa5637da81e.pdf?itid=lk_inline_manual_2 . Acesso em 21 mai. 2024.

COHEN, Henry. Freedom of Speech and Press: Exceptions to the First Amendment. **LIBRARY OF CONGRESS WASHINGTON DC CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE**. 2006. Disponível em: https://apps.dtic.mil/sti/citations/ADA462134. Acesso em: 04 de abr. 2024.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constituição dos Estados Unidos da América**, 1789. Disponível em: https://constitution.congress.gov/constitution/. Acesso em: 01 abr. 2024.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constitution of the United States, First Amendment**, 1791. Disponível em: https://constitution.congress.gov/constitution/amendment-1/. Acesso em: 29 abr. 2024.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Protecting Americans From Foreign Adversary Controlled Applications Act**. 2024. Disponível em https://www.congress.gov/118/bills/hr7521/BILLS-118hr7521eh.pdf. Acesso em: 07 maio 2024.

KILLION. Victoria L. **Freedom of Speech: An Overview**. CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE, 2024. Disponível em: https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R47986#:~:text=Typically%2C%20laws%20that%20regulate%20speech,which%20typically%20receive%20intermediate%20scrutiny. Acesso em: 11 jun. 2024.

MAYALI, Laurent. Social practices, legal narrative, and the development of the legal tradition. **Chicago-Kent Law Review**, 1999. Disponível em: (PDF) Foreword: Social Practices, Legal Narrative, and the Development of the Legal Tradition | Laurent Mayali - Academia.edu. Acesso em: 09 mar. 2024.

MONTANA. United States District Court of Appeals for the District of Montana. **SAMANTHA ALARIO, et al., Plaintiffs, and TIKTOK INC., Consolidated Plaintiff, vs. AUSTIN KNUDSEN, in his official capacity as Attorney General of the State of Montana, Defendant**. 30 nov. 2023. Disponível em: https://cases.justia.com/federal/district-courts/montana/mtdce/9:2023cv00056/73494/135/0.pdf?ts=1715852602 . Acesso em: 10 abr. 2024.

NACHBAR, Thomas B. The Rationality of Rational Basis Review**. VIRGINIA LAW REVIEW, ARTICLE – Volume 102, Issue 7**. 01 nov. 2016. Disponível em: https://virginialawreview.org/articles/rationality-rational-basis-review/. Acesso em: 10 abr. 2024.

ROHRMANN, C. A. The role of the dogmatic function of law in cyberspace. **International Journal of Liability and Scientific Enquiry** (Online), v. 1, p. 8, 2007. Disponível em: https://www.inderscience.com/info/inarticle.php?artid=14583. Acesso em: 10 mar. 2024

RUSSELL, Stuart J.; NORVIG, Peter. **Artificial Intelligence**: a modern approach. ed. Kindle, 2022.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. Reed v. Town of Gilbert, 576 U.S. 155. 01 jul. 2014. Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/576/155/. Acesso em: 12 jun. 2024.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. Ward v. Rock Against Racism, 491 U.S. 781. 22 jun. 1989. Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/491/781/ . Acesso em: 12 jun. 2024.