



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PARÂMETROS PARA A LIMITAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NAS REDES
SOCIAIS

Camila Motta de Oliveira Lima

Rio de Janeiro
2019

CAMILA MOTTA DE OLIVEIRA LIMA

PARÂMETROS PARA A LIMITAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NAS REDES
SOCIAIS

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2019

PARÂMETROS PARA A LIMITAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NAS REDES SOCIAIS

Camila Motta de Oliveira Lima

Graduada em Direito pela Universidade
Federal do Estado do Rio de Janeiro.
Advogada.

Resumo –O desenvolvimento das redes sociais representou uma facilitação da comunicação entre as pessoas. Contudo, junto com esse aspecto positivo, também vieram aspectos negativos. Houve o surgimento de uma série de conflitos, dentre eles a ocorrência de violações a direitos da personalidade em decorrência de manifestações nas redes sociais. A legislação brasileira não acompanhou com a mesma velocidade as alterações sociais ocorridas e, em virtude do crescimento exponencial de usuários de redes sociais, faz-se fundamental a criação de critérios objetivos para a aferição de violações a direitos da personalidade no âmbito das redes sociais. Por isso, o trabalho irá abordar os critérios a serem utilizados a fim de possibilitar a responsabilização civil e criminal por manifestações nas redes sociais.

Palavras-chave – Direito Penal. Liberdade de expressão. Redes sociais. Responsabilidade penal. Honra.

Sumário – Introdução. 1. Da necessidade de limitação à liberdade de expressão nas redes sociais. 2. Dos parâmetros a serem utilizados na ponderação de direitos fundamentais. 3. Da responsabilidade Civil e Penal por manifestações nas redes sociais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Tem-se como proposta desse artigo científico a análise dos limites da liberdade de expressão nas redes sociais, uma vez que essa se tornou uma das principais formas de comunicação nos dias atuais.

O século XXI é marcado pelo desenvolvimento de novas tecnologias e, como consequência, observam-se transformações no modo como as pessoas se relacionam e se organizam em sociedade.

A partir do surgimento das redes sociais, passou a ser possível o compartilhamento instantâneo e em larga escala de informações. Como consequência, se antes as informações se restringiam a um pequeno número de pessoas, hoje elas podem ser compartilhadas com o mundo todo, circulando de maneira irrestrita e podendo ser replicadas por qualquer pessoa que tenha acesso a elas.

Junto com a agilidade e conectividade proporcionada pela tecnologia, verifica-se a ocorrência de novos fenômenos, como a propagação de *fakenews* e a prática de ofensas pela

internet. Por isso, é necessário que seja feita uma análise do direito fundamental da liberdade de expressão à luz das relações interpessoais desenvolvidas nas redes sociais.

Nesse contexto, a livre manifestação nas redes sociais pode muitas vezes violar direitos da personalidade de outro indivíduo, devendo ser debatidos quais os limites devem ser aplicados a liberdade de expressão nas redes sociais e de que forma será feita a ponderação entre esses direitos.

É diante dessa necessidade de parâmetros que se desenvolve o tema da pesquisa.

O trabalho enfoca a temática da necessidade de parâmetros objetivos para a responsabilização por manifestação nas redes sociais, uma vez que seu livre exercício pode permitir a ofensa a honra ou a imagem de outro indivíduo.

Busca-se então, a partir da análise do direito constitucional de dignidade da pessoa humana, definir até que ponto é possível a difusão de informações, opiniões e fatos sem que haja violação de direito da personalidade do indivíduo que é objeto de tais manifestações.

A pesquisa busca desenvolver de que forma deve ser feita a ponderação entre o uso da liberdade de expressão e os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, sendo necessário definir os parâmetros a serem utilizados para ponderação entre esses direitos.

É grande relevância estabelecer critério objetivos para o exercício da liberdade de expressão para que seja possível a responsabilização civil e penal por manifestações praticadas nas redes sociais.

Para isso, no primeiro capítulo pretende-se demonstrar a necessidade da aplicação da técnica de ponderação em caso de colisão entre o direito da liberdade de expressão e os direitos da personalidade.

No segundo capítulo, partindo do embate entre os direitos fundamentais tratados no primeiro capítulo, serão expostos os critérios a serem observados na aplicação técnica de ponderação entre o direito da liberdade de expressão e os direitos da personalidade.

Já no último capítulo, vencida a necessidade de se estabelecer parâmetros objetivos para a ponderação, será identificada de que maneira ocorrerá a responsabilização civil e criminal do indivíduo em virtude de uma manifestação na rede social.

Em relação ao procedimento metodológico, a pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, ou seja, a base da pesquisa é tratar uma hipótese a partir de um problema. Ao longo do trabalho, serão eleitas proposições hipotéticas, as quais o pesquisador acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa. Ao final, ele chegará a uma solução ao problema apresentado.

Para isso, será feita uma abordagem qualitativa do objeto desta pesquisa jurídica e o pesquisador irá se valer da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar a sua tese.

1. DA NECESSIDADE DE LIMITAÇÃO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NAS REDES SOCIAIS

A Constituição Federal de 1988 ficou conhecida como Constituição Cidadã, uma vez que estabeleceu a democracia como forma de governo. Como consequência, direitos que antes eram restringidos passaram a ser amplamente protegidos pela Carta Magna.

O avanço do direito constitucional permitiu a afirmação dos direitos fundamentais como núcleo da proteção da dignidade da pessoa humana¹. Trata-se do reconhecimento dos valores mais importantes para a existência do indivíduo enquanto ser humano, ou seja, a proteção de valores que são indispensáveis quando se fala na existência de estado democrático de direito.

Kant foi o primeiro teórico a reconhecer que não se pode atribuir “preço” ao homem e que esse era dotado de autonomia. A expressão dignidade da pessoa humana decorre desse entendimento ao frisar que o homem deve ser sempre visto como um fim e não como um meio. Por isso, não deve nunca ser aceito o sacrifício individual em prol do coletivo.

Segundo Daniel Sarmiento² o princípio da dignidade da pessoa humana:

expressa, em termos jurídicos, a máxima kantiana, segunda a qual o Homem deve sempre ser tratado como um fim em si mesmo e nunca como um meio. O ser humano precede o Direito e o Estado, que apenas se justificam em razão dele. Nesse sentido, a pessoa humana deve ser concebida e tratada como valor-fonte do ordenamento jurídico

Dispõemo mesmo sentido Luís Roberto Barros ao dizer que a “dignidade humana, como atualmente compreendida, se assente sobre o pressuposto de que cada ser humano possui um valor intrínseco e desfruta de uma posição no universo³”.

¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 135.

² SARMENTO, Daniel; *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 59.

³ BARROSO, Luís Roberto; *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 14.

Cumpra mencionar que a dignidade da pessoa humana, em virtude da sua importância no ordenamento jurídico brasileiro, impõe uma série de deveres. O primeiro deles é o dever respeito à dignidade da pessoa humana, trata-se de um caráter negativo que abrange observância tanto do Estado quanto dos particulares. O segundo é o dever de proteção a dignidade da pessoa humana, ou seja, o Estado, principalmente, mas também os particulares devem adotar medidas que ensejam à proteção desse interesse. E, por fim, o dever de proteção de condições mínimas para uma vida digna, está ligada a ideia de mínimo existencial.

Dentre os direitos fundamentais, tem-se a liberdade de expressão e de livre manifestação de pensamento que é tratada no artigo 5º, inciso IV da CRFB ao estabelecer que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato⁴”. Tal direito constitucional está intimamente ligado ao desenvolvimento da personalidade e à dignidade da pessoa humana, uma vez que gera a possibilidade de cada indivíduo interagir em sociedade e expressar suas próprias ideias e pensamentos⁵.

Sampaio Dória conceitua a liberdade de expressão como “direito de exprimir, por qualquer forma, o que se pense em ciência, religião, arte, ou o que for⁶”. Já o artigo 5º, inciso IX da Constituição dispõe que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença⁷”. Tais assertivas demonstram que o âmbito da proteção da liberdade de expressão é extremamente amplo, englobando todos os atos não violentos que tenham como objeto a transmissão de informações e se manifestar. Dentro dessa ideia, estão inseridas as manifestações realizadas por meio das redes sociais que é uma forma de expressão.

Contudo, a liberdade de expressão não constitui um direito absoluto, não estando absolutamente imune a todo e qualquer tipo de restrição. Segundo Reis Friede:

deve ser assinalado, contudo, que a liberdade de exteriorização do pensamento, em particular – a exemplo de outros direitos fundamentais –, não pode ser, de nenhum modo, interpretada de forma absoluta, posto que, em certas situações, poderá haver efetivo prejuízo social no que tange, entre outros, ao desrespeito aos valores éticos da pessoa e da família [...]⁸.

⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Artigo 5º, IV. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 08 abr. 2019.

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013 [e-book].

⁶ DÓRIA apud DA SILVA, José Afonso; *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p.243.

⁷ BRASIL, op. cit., nota 4.

⁸ FRIEDE, Reis; *Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 966.

Esse direito, por exemplo, não abrange a manifestação violenta, isto é, qualquer forma de manifestação com coação física. Nesse sentido, Ulrich⁹ diz que “as opiniões devem ser endereçadas apenas ao cérebro, por meio de argumentação racional ou emoção ou por meras assertivas”.

Além disso, a liberdade de expressão também encontra limites pela colisão com outros direitos de mesmo *status*. Nesses casos, o conflito deve ser solucionado mediante a ponderação de interesses, analisada com base no princípio da proporcionalidade, que tem como base as peculiaridades do caso concreto.

É inviável que sejam elencadas todas as possibilidades de colisão do direito de liberdade de expressão com outros direitos fundamentais, por isso, a sua limitação deve ocorrer com base em critérios objetivos e seguros a serem aplicados no caso concreto para garantir que não seja promovida a censura.

A censura “significa ação inibitória realizada pelos Poderes Públicos, centrada sobre o conteúdo de uma mensagem”¹⁰ e somente nas hipóteses absolutamente excepcionais são admissíveis restrições a direitos fundamentais, já que a Constituição expressamente veda a possibilidade em seu art. 5º.

Essa vedação decorre de uma característica básica de uma democracia, que é o reconhecimento a proteção de todo e qualquer conteúdo de mensagem por mais impopular que seja. Assim, observa-se que de um lado tem-se a proibição à censura e de outro a necessidade de se estabelecer parâmetros para a limitação da liberdade de expressão.

O século XXI é marcado pelo desenvolvimento de tecnologias, uma delas é a comunicação pela internet. As redes sociais significam uma ampliação da comunicação, uma vez que interligam pessoas do mundo inteiro e possibilitam sua resposta imediata.

Nesse contexto, observa-se que há uma ampliação do acesso às mensagens que antes se restringiam a poucas pessoas e agora passam a estar disponíveis para o mundo todo. Na mesma medida, os danos gerados passam a possuir proporções inimagináveis, abalando o ofendido de forma ainda mais grave.

No Brasil, o uso das redes sociais aumenta a cada ano e, por isso, é necessário que o usuário tenha conhecimento de que não tem o direito de violar direito fundamental de outro. O direito a liberdade de expressão não significa uma carta branca para falar o que quiser nas redes sociais, sendo cabível a sua responsabilização civil e, até mesmo, criminal.

⁹ ULRICH apud MENDES, op. cit., p. 268.

¹⁰ Ibid., p. 269.

O avanço na manifestação da liberdade de expressão gerado pelas redes sociais acabou trazendo um aspecto negativo que foi a ocorrência de reiteradas violações a direitos da personalidade pelo meio virtual. Os indivíduos passaram a utilizar esse meio ágil e fácil de se comunicar como um mecanismo de expressar tudo que pensa sem analisar as consequências dessa divulgação para aqueles que são objetos de suas “postagens”.

A vedação à censura não significa que não é possível a sanção em virtude do exercício da liberdade de expressão, uma vez que após a sua manifestação é possível que sujeito seja chamado a responder por ele. Isso porque a proteção da liberdade de expressão não permite que seja violado direito fundamental de outrem, podendo até mesmo ser obstado preventivamente a expressão, quando for considerada hostil a valor básico da ordem constitucional¹¹.

Outrossim, torna-se indispensável que sejam utilizados parâmetros objetivos para a limitação do direito da liberdade de expressão a fim de que se evite, minimize ou pelo menos repare danos a personalidade daquele que é alvo de manifestação nas redes sociais.

2. DOS PARÂMETROS A SEREM UTILIZADOS NA LIMITAÇÃO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NAS REDES SOCIAIS

Com o desenvolvimento das tecnologias na área das comunicações, houve a formação de uma verdadeira sociedade digital que, segundo Patricia Peck Pinheiro¹², tem como princípio norteador o acesso a um fato de modo simultâneo por todas as pessoas do mundo, como segue:

O avanço tecnológico na comunicação sempre perseguiu o objetivo de criar uma Aldeia Global, permitindo que todas as pessoas do mundo pudessem ter acesso a um fato de modo simultâneo. Este é o princípio que orienta a criação de redes mundiais de telejornalismo, como a CNN, além de toda uma rede de Broadcast Digital para transmissões ao vivo e em tempo real, se qualquer lugar do mundo.

Verifica-se uma mudança de paradigma, já que a Sociedade Digital não é uma sociedade de bens e sim uma sociedade de serviços em que a posse da informação prevalece sobre a posse dos bens de produção¹³. Com isso, o direito a liberdade de expressão ganha muita força. Entretanto, até que ponto esse pode se estender?

¹¹ Ibid., p. 283.

¹² PINHEIRO, Patricia Peck. *Direito Digital*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 67

¹³ Ibid., p. 85.

É fundamental, para a preservação da dignidade da pessoa humana, que se estabeleçam parâmetros para o exercício da liberdade de expressão nas redes sociais. Sem isso, continuarão a ocorrer violações diárias a direitos da personalidade com o aval do Estado.

Tais parâmetros devem ser estabelecidos com base na técnica da ponderação de direitos e, em primeiro lugar, é necessário analisar que espécie de direitos se está tratando. De um lado, verifica-se o direito a liberdade de expressão e de outro, o direito da dignidade da pessoa humana consubstanciada na forma de direitos da personalidade.

Quanto à liberdade de expressão, não há dúvidas de que se refere a um direito fundamental, pois está tratada no art. 5º, inciso IV da CRFB, dentro do rol dos direitos e garantias fundamentais. Já relação aos direitos da personalidade, eles estão tratados dentro do Código Civil, mas se referem à manifestação da dignidade da pessoa humana, tratada no art. 1º, III, da CRFB como próprio fundamento do Estado Democrático de Direito. Paulo Nader defende que os direitos da personalidade visam proteger a condição humana, com fulcro em sua personalidade, sendo, por isso, considerados como espécies de direitos fundamentais¹⁴.

Em virtude do alto grau de abstração e generalidade dos direitos fundamentais, em caso de conflito entre eles não é possível a aplicação dos critérios clássicos para resolução de conflitos normativos, quais sejam, hierarquia, cronologia e especialidade.

Segundo define Daniel Sarmento¹⁵:

O critério cronológico postula que, entre duas normas incompatíveis, deve prevalecer a posterior: *lex posterior derogat priori*. O critério hierárquico, por seu turno, determina que, no confronto entre normas jurídicas inconciliáveis, deve ser aplicada a de estrutura superior. E, finalmente, o critério de especialidade impõe que, na colisão entre duas normas, prevaleça a mais especial, em detrimento da mais geral: *lex specialis derogat generali*.

Não é possível a aplicação do critério da hierarquia, uma vez que se tratam de normas de igual status hierárquico. Não é possível a aplicação da cronologia, pois as normas entraram em vigor ao mesmo tempo. E, por fim, não é possível a aplicação da especialidade porque as normas possuem o mesmo grau de generalidade e especificação.

Em que pese não ser admitida a hierarquia formal entre normas constitucionais, Daniel Sarmento defende a possibilidade de ocorrência de uma hierarquia axiológica¹⁶. Isso significa que é possível atribuir um valor maior a algumas normas constitucionais do que a

¹⁴NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 210.

¹⁵SARMENTO, op. cit., p. 29.

¹⁶Ibid, p. 74.

outras. O Poder Judiciário se utiliza muitas vezes desse critério para decidir questões relacionais às políticas públicas, como no caso de fornecimento de medicamentos.

A título de exemplo, vale mencionar o julgamento do RE nº 657.718/MG¹⁷ em que o Supremo Tribunal Federal decidiu no sentido de que não é possível obrigar o Estado a fornecer medicamento experimental ou sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), salvo em casos excepcionais. Esse caso envolvia a ponderação entre o direito à vida e à saúde de um grupo e o direito à vida e à saúde de outros.

Nesse sentido, às normas constitucionais, é necessária a utilização da técnica especial de solução de conflitos, qual seja, a técnica da ponderação de interesses. Existem duas metodologias utilizadas uma é defendida por Robert Alexy¹⁸ e outra é defendida por Daniel Sarmento¹⁹.

Essa técnica preocupa-se em levar em consideração as variáveis fáticas presentes no problema, dando maior ou menor peso para cada uma delas a fim de seja possível decidir qual será o resultado naquele caso concreto²⁰.

Para Robert Alexy²¹, toda vez que o aplicador do direito se deparar com um conflito de normas constitucionais no caso concreto, ele deverá aplicar o princípio da proporcionalidade. O primeiro passo do intérprete será verificar se a medida que se pretende impor é adequada a finalidade pretendida. Isso será feito analisando as duas soluções que se terão no caso concreto.

O segundo passo será analisar a necessidade da medida, ou seja, verificar se existe alguma medida alternativa que seja capaz de alcançar a finalidade pretendida sem gerar as restrições cogitadas inicialmente. Se refere a vedação ao excesso e a proibição a proteção deficiente.

O terceiro passo será analisar a chamada fórmula de peso ou ponderação. Será aplicada uma equação matemática para identificar qual o peso que cada um desses direitos irá ter naquela situação concreto e qual deles deve prevalecer. Serão utilizadas como variáveis: o peso abstrato, intensidade de restrição ao direito contraposto e grau de confiança nas premissas empíricas.

¹⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 657.718/MG. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1983664>>. Acesso em: 16 out. 2019.

¹⁸ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 116-120.

¹⁹SARMENTO, op. cit., p. 102.

²⁰Ibid., p. 97.

²¹ALEXY, op. cit., nota 18.

Para Daniel Sarmiento²², em casos de conflitos entre direitos fundamentais, deve ser aplicada a ideia de sincretismo metodológico. Primeiro, deve-se tentar solucionar o caso com base no princípio concordância prática ou harmonização. Esses princípios impõem ao intérprete o dever de construir no caso concreto uma solução que seja capaz de harmonizar as normas que estão em conflito.

O mesmo autor²³ dispõe que:

o princípio da unidade da Constituição leva o intérprete a buscar a harmonização entre dispositivos aparentemente conflitantes da Lei Maior. Caso a conciliação plena não seja viável, ele deve procurar solução onde a restrição à eficácia de cada uma das normas em confronto seja a menor possível, buscando a otimização da tutela aos bens jurídicos por ela protegidos.

Não sendo possível sua solução, o intérprete passará a aplicação da técnica da ponderação de bens e interesses. Deve se ressaltar que aqui não se fala em proporcionalidade e sim em ponderação. Esse será o princípio instrumental utilizado para resolver esses casos difíceis.

O método defendido por esses autores, também possui uma estrutura tridimensional, pois analisa os três elementos em que se decompõe o fenômeno jurídico, quais sejam, fato valor e norma²⁴. O primeiro passo, será a identificação das normas em conflito. Nessa etapa, nada será decidido, mas apenas serão identificadas as normas em conflito que serão objeto da aplicação da ponderação.

O segundo passo, será a identificação dos fatos relevantes e agrupamento conforme as soluções que eles indicam. Esses fatos serão destacados para, no próximo passo, dar maior ou menor peso para cada um desses direitos objeto de ponderação no caso concreto.

O terceiro passo, será a atribuição de pesos com base na proporcionalidade no sentido estrito. Para isso, serão utilizados os critérios do peso abstrato, valor que atribui abstratamente a um direito, e peso concreto, valor atribuído àquele direito no caso concreto. Serão somados o peso abstrato e concreto de cada um dos direitos objeto de análise e o direito que tiver maior peso será o que deve ponderar.

O professor Daniel Sarmiento²⁵ enuncia três critérios para definir o peso abstrato. O primeiro é o que normas constitucionais que estabelecem regras jurídicas devem ter um peso

²²SARMENTO, op. cit., p. 99.

²³Ibid., p. 29.

²⁴SARMENTO, op. cit., p. 99.

²⁵Ibid., p. 102.

abstrato maior do que normas constitucionais que estabelecem princípios jurídicos em virtude da máxima da segurança jurídica. O segundo é que em um conflito entre uma norma constitucional que consubstancie um direito fundamental e outra norma constitucional que não estabelece um direito fundamental, a primeira deve ter um peso abstrato maior. O terceiro é que entre normas constitucionais que traduzem direitos fundamentais deve ter um peso maior àquelas que se refiram a direitos existenciais ou a democracia.

Diferenciando-se os dois métodos, verifica-se que a grande distinção entre os mecanismos expostos é que Alexy²⁶ utiliza a técnica da ponderação na última etapa do método da proporcionalidade. Já Daniel Sarmiento²⁷, primeiro tentam aplicar o princípio da concordância prática e harmonização e, não sendo possível solucionar o caso, utilizam a ponderação como o método de solução de conflito de direitos e a proporcionalidade estará inserida dentro desse.

Independentemente de qual seja o critério aplicado o que se deseja impedir é o “deciosinismo” e a arbitrariedade do intérprete do direito. A partir desses métodos, consegue-se entender como o raciocínio jurídico foi aplicado e quais foram os pesos aplicados a cada um dos direitos objetos do conflito.

Partindo para análise de um caso concreto, tem-se como exemplo ADI nº 4815²⁸ que envolvia direito a liberdade de expressão consubstanciado na hipótese das biografias não autorizadas. O debate era acerca da necessidade de autorização prévia para a publicação e divulgação de biografias.

No caso concreto, o STF aplicou o método de ponderação como método de resolução dos casos difíceis. Observou-se a ocorrência de colisão entre o direito da livre manifestação de opinião e o direito à imagem, honra, intimidade e privacidade. Aplicando-se pesos às premissas fáticas trazidas no caso, concluiu-se que o direito à inviolabilidade da intimidade, no caso tratado, não permite a censura prévia ou a *posteriori*, cabendo somente a indenização posterior em caso de violação a direitos da personalidade daqueles que forem mencionados na obra.

Cumprindo reescrever a seguinte passagem do julgamento da ADI nº 4815²⁹:

Não se extingue assim o direito à inviolabilidade da intimidade ou da vida privada. Respeita-se, no direito, o que prevalece no caso posto em juízo, sem julgamento

²⁶ ALEXY, op. cit., p. 119.

²⁷ SARMENTO, op. cit. p. 99-110.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4815*. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308558531&ext=.pdf>. Acesso em: 01 set. 2019.

²⁹ *Ibid.*

prévio de censura nem possibilidade de se afirmar a censura prévia ou *a posteriori*, de natureza legislativa, política, administrativa ou judicial, deixando-se em relevo e resguardo o que a Constituição fixou como inerente à dignidade humana e a ser solucionado em casos nos quais se patenteie desobediência aos princípios fundamentais do sistema.

Ingo Wolfgang Scarlet³⁰ se manifestou sobre a referida decisão nos seguintes termos:

De qualquer modo, mesmo que admitida a doutrina da posição preferencial, não se trata de atribuir à liberdade de expressão (em qualquer uma de suas manifestações particulares) a condição de direito absolutamente imune a qualquer limite e restrição, nem de estabelecer uma espécie de hierarquia prévia entre as normas constitucionais, o que, aliás, também não parece decorrer da manifestação do ministro Luís Roberto Barroso. Assim, mesmo quando se fala de uma posição preferencial, o que se verifica é o reconhecimento — em favor da liberdade de expressão — de uma posição inicial e argumentativa de vantagem no caso de conflitos com outros bens fundamentais, de tal sorte que também aqui não há, ao fim e ao cabo, como deixar de considerar as exigências da proporcionalidade e de outros critérios aplicáveis a tais situações, o que, de resto, se percebe tem sido praticado pelo STF em algumas situações.

Essa técnica há de ser de igual modo aplicado nos casos de conflito de direitos decorrentes de manifestações nas redes sociais. Aquele que emitir a mensagem, em virtude da vedação a censura, não poderá ser impedido de se manifestar nas redes sociais, mas, em alguns casos, a depender da espécie da violação ocasionada, pode ser compelido a retirar a mensagem e até mesmo responder civil ou penalmente.

Sempre que a mensagem “postada” na rede social for apta a ensejar uma violação a direito da personalidade de outro indivíduo, será necessária a aplicação da técnica da ponderação para verificar qual dos direitos deve prevalecer e se será possível a exigência da retirada do conteúdo da rede social e a responsabilização do indivíduo.

3. DA RESPONSABILIDADE CIVIL E PENAL POR MANIFESTAÇÕES NAS REDES SOCIAIS

Em virtude da ampliação do acesso às informações, é necessário que haja uma regulamentação da internet de forma a transformar em condutas típicas práticas comuns dos

³⁰SCARLET, Ingo Wolfgang. Liberdade de expressão e biografias não autorizadas – notas sobre a ADI 4.815. *Revista Eletrônica CONJUR*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2015-jun-19/direitos-fundamentais-liberdade-expressao-biografias-nao-autorizadas> >. Acesso em: 02 set. 2019.

usuários da Rede. A primeira tentativa nesse sentido se deu com o Marco Civil da Internet consubstanciado na Lei nº 12.965³¹, de 23.4.2014.

Esse marco civil tentou trazer algumas soluções das controvérsias surgidas com a era da internet. Ele procurou estabelecer uma justa governança dos usuários dessa rede, estabelecendo princípios, fundamentos e aspectos estruturais a serem observados nas relações formadas nesse âmbito.

Contudo, essa Lei não foi suficiente para regular os questionamentos dessa nova realidade. Há um preocupante vácuo normativo, uma vez que as tecnologias da informação e da comunicação se desenvolvem sem que haja, ainda, uma regulamentação clara e suficiente sobre o tema. Nesse momento se torna indispensável o papel da doutrina e da jurisprudência a fim de que trace alguns critérios objetivos para a regulamentação enquanto não existem leis específicas para tratar do tema.

O tema das redes sociais se insere dentro desse vácuo normativo e devem ser utilizados critérios objetivos traçados pela doutrina a fim de estabelecer os parâmetros necessário a ensejar a responsabilização civil e, até mesmo, penal dos usuários dessa nova ferramenta de comunicação.

Anderson Schreiber³² entende pela aplicação da técnica da ponderação de interesses como meio de solução dos casos concretos envolvendo responsabilidade civil em âmbito de casos difíceis, para a aferição do real interesse merecedor de tutela lesado, no plano concreto.

Em que pese a Constituição garanta no art. 5º, inciso IV, o direito fundamental a liberdade de expressão, essa não permite que direito da personalidade de outrem seja violado. Dessa forma, havendo a violação é necessário que haja a responsabilização daquele que proferiu a ofensa na rede social.

Nesse sentido, Paulo Gustavo Gonet Branco³³ dispõe que:

A garantia da liberdade de expressão tutela, ao menos enquanto não houver colisão com outros direitos fundamentais e com outros direitos constitucionalmente estabelecidos, toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não de importância de valor, ou não – até porque “*diferenciar entre opiniões valiosas ou sem valor é uma contradição num estado baseado na concepção de uma democracia livre e pluralista*”.

³¹BRASIL, Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 15 out. 2019.

³² SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.165.

³³ MENDES, op.cit., p. 264.

A responsabilização por manifestações em redes sociais se divide em dois grupos, quais sejam, responsabilização civil e responsabilização penal. Essas espécies de responsabilizações não são excludentes entre si, sendo possível que o mesmo agente possa ser responsabilizado ao mesmo tempo na esfera penal e na esfera cível.

Cavaliere³⁴ trata do tema da responsabilidade civil e penal da seguinte forma:

Por mais que buscassem, os autores não encontraram uma diferença substancial entre ilícito civil e o penal. Ambos, como já ficou dito, importam violação de um dever jurídico, infração da lei. Beling já acentuava que a única diferença entre ilicitude penal e civil é somente de quantidade ou de grau; está na maior ou menor gravidade ou imoralidade de uma em cotejo com outra. O ilícito civil é um *minus* ou *residuum* em relação ao ilícito penal. Em outras palavras, aquelas condutas humanas mais graves, que atingem bens sociais de maior relevância, são sancionadas pela lei penal, ficando para a lei civil a repressão das condutas menos graves.

Caio Mário da Silva Pereira³⁵ entende que a responsabilidade civil consiste na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma. Reparação e sujeito passivo compõem o binômio da responsabilidade civil, que então se enuncia como o princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano.

A responsabilidade civil no direito brasileiro encontra sede no art. 927 do Código Civil³⁶. Esse estabelece o dever de indenizar por aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem. Em relação a responsabilidade civil em virtude de manifestações nas redes sociais, essa decorre de violações aos direitos da personalidade daquele que foi mencionado na publicação.

Será necessária a aplicação da técnica da ponderação para a aferição do dano a fim de evitar que a aplicação da responsabilidade civil de forma indiscriminada. Esse instituto somente deve ser aplicado aos casos em que exista uma prevalência do direito da personalidade ao direito da liberdade de expressão.

Como consequência a responsabilização civil do indivíduo, será possível vislumbrar a imposição da indenização por dano moral em virtude de violação a direito da personalidade e, também, a imposição de obrigação de fazer no sentido de retirar a publicação que ensejou tal violação.

³⁴ CAVALIERIFILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 32.

³⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 11.

³⁶ BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 13 set. 2019.

Além da responsabilização civil, é possível vislumbrar a responsabilização penal do sujeito que se manifesta por meio das redes sociais. Isso ocorre porque muitas vezes a manifestação pode configurar uma conduta típica na legislação penal. Alguns autores chamam crimes praticados pela internet de crimes digitais.

Dessa forma, as violações a personalidade podem, em alguns casos, configurar crimes contra a honra do sujeito. Para isso, será necessário que tenha sido praticado o tipo penal, esteja configurado o dolo ou a culpa do agente e, além disso, não existam excludentes da responsabilidade. Estando esses elementos presentes no caso concreto, será possível que o agente seja responsabilizado penalmente.

Os crimes contra honra cometidos nas redes sociais são os mesmos praticados no mundo real, somente existe a especificidade pelo meio praticado. Dessa forma, é possível que um sujeito ofenda a honra subjetiva ou objetiva de outrem por meio de manifestação a outrem em rede social.

Os delitos de injúria, difamação e calúnia ganham uma nova roupagem devido a amplitude que as ofensas ganham nas redes sociais. A ofensa ganha uma visibilidade muito maior do que quando ocorrida pessoalmente.

Fernando Galvão³⁷ defende que a punição estatal por ilícitos penais não pode ser compreendida como uma construção meramente formal, desvinculada do sentido social a ser atribuído a conduta criminosa e das consequências práticas da intervenção punitiva. Nesse sentido, o autor entende que os contornos concretos da aplicação do direito repressivo devem ser apurados por meio do processo democrático discursivo que é o único capaz de conferir legitimidade à intervenção punitiva.

Em decorrência do crescente aumento dos crimes contra honra praticados nas redes sociais, é necessário que a legislação penal trate especificamente do delito praticado por esse meio, trazendo penas específicas, uma vez que esse delito não pode ser punido da mesma maneira daquele praticado pessoalmente. As consequências desses delitos são muito mais graves, já que a grande visibilidade do conteúdo gera uma ofensa muito mais profunda a personalidade da vítima.

³⁷ GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: Parte Geral*. 8. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 257.

CONCLUSÃO

A problemática trazida por esta pesquisa consistiu na necessidade de elaboração de critérios objetivos a fim de que seja possível a responsabilização por manifestações feitas nas redes sociais. O embate materializa-se pela inexistência de norma legal específica quanto ao tema, sendo necessário que a doutrina e jurisprudência estabeleçam esses critérios.

Tal controvérsia ganha grande proporções na atualidade, uma vez que as redes sociais têm se desenvolvido cada vez mais no país e os embates entre dignidade da pessoa humana e direito à liberdade de expressão encontram sem soluções objetivas aptas a garantir a observância a segurança jurídica.

Com base nas considerações apresentadas ao longo deste trabalho, conclui-se que para haver a responsabilização civil e, até mesmo, criminal é necessário que seja aplicada a técnica da ponderação de direitos fundamentais a fim de que se determine qual dos direitos deve prevalecer no caso concreto.

A responsabilidade observada dentro do âmbito das redes sociais, se refere a uma violação ao direito da dignidade da pessoa humana daquele que foi o alvo da manifestação. Por isso, não serão todas as situações que irão gerar o dever de indenizar, mas tão somente aquelas em que a violação a dignidade de pessoa humana for mais relevante do que o direito a liberdade de expressão daquele que é o emissor da manifestação.

Assim, para que surja a responsabilização civil ou criminal nas redes sociais, é necessário levar em consideração se, no caso concreto, a manifestação foi considerada como apta a violar a dignidade da pessoa humana do indivíduo e, além disso, se essa violação era mais relevante do que o direito da liberdade de expressão daquele que se manifestou na rede social.

O meio objetivo para a aferição da preponderância do direito fundamental no caso concreto é a utilização da técnica de ponderação, podendo ser adotados tantos os critérios defendidos por Luís Roberto Barroso quanto por Robert Alexy. Tais métodos permitem definir a preponderância de um dos direitos fundamentais de maneira objetiva, uma vez que utilizam critérios pré-definidos para operação de ponderação.

Por fim, em virtude da ausência de disposição específica quanto a responsabilização civil e criminal por manifestações civil e criminais ocorridas nas redes sociais no ordenamento jurídico brasileiro, o objetivo primordial do artigo é o de traçar critérios objetivos que viabilizem a proteção tanto do direito da dignidade da pessoa humana quanto do direito à liberdade de expressão, ambos positivados na Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 08 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4815*. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308558531&ext=.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 657.718/MG*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1983664>>. Acesso em: 16 out. 2019.

_____. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 13 set. 2019.

_____. *Lei nº 12.965*, de 23 de abril de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/12965.htm> Acesso em: 15 out. 2019.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FRIEDE, Reis. *Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: Parte Geral*. 8. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, [e-book].

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1999.

PINHEIRO, Patricia Peck. *Direito Digital*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARMENTO, Daniel; *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. *Liberdades Comunicativas e Direito ao Esquecimento na ordem constitucional Brasileira*. Parecer proferido aos Recursos Especiais nº 1.334.097 (“caso Chacina da Candelária”) e nº 1.335.153 (“caso Aída Curi”). Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/2/art20150213-09.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2019.

SCARLET, Ingo Wolfgang. Liberdade de expressão e biografias não autorizadas – notas sobre a ADI 4.815. *Revista Eletrônica CONJUR*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jun-19/direitos-fundamentais-liberdade-expressao-biografias-nao-autorizadas>>. Acesso em: 02 set. 2019.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

QUEIROZ, João Quinelato de. *Responsabilidade Civil na rede: Danos e Liberdade à luz do Marco Civil da Internet*. Rio de Janeiro: Processo, 2019.

SILVA, José Afonso de. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SOUZA, Alan Rocha de et al. *Direito Privado e Internet*. São Paulo: Atlas, 2014.