



CURSO DE DIREITO

LUANNA MARIA FROTA FEITOSA

**“TRIBUNAL DA INTERNET”: QUAL LIMITE DO DIREITO À
LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA CULTURA DO CANCELAMENTO?**

FORTALEZA

2022

LUANNA MARIA FROTA FEITOSA

**“TRIBUNAL DA INTERNET”: QUAL LIMITE DO DIREITO À
LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA CULTURA DO CANCELAMENTO?**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel em Direito
da Faculdade Ari de Sá.

Orientador: Prof. Me. Inês Mota Randal
Pompeu.

FORTALEZA

2022

Folha destinada à inclusão da **Ficha Catalográfica** a ser solicitada à Biblioteca da FAS e posteriormente impressa no verso da Folha de Rosto (folha anterior).

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Faculdade Ari de Sá
Gerada automaticamente mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

F311 Feitosa, Luanna.
"TRIBUNAL DA INTERNET": QUAL LIMITE DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA
CULTURA DO CANCELAMENTO? / Luanna Feitosa. – 2022.
40 f.

Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade Ari de Sá, Curso de Direito, Fortaleza, 2022.
Orientação: Prof. Me. Inês Mota Randal Pompeu.

1. Cultura do cancelamento. 2. Liberdade de expressão. 3. Proteção à honra. 4. Máxima da
proporcionalidade.. I. Título.

CDD 340

LUANNA MARIA FROTA FEITOSA

“TRIBUNAL DA INTERNET”: QUAL LIMITE DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO DIANTE DA CULTURA DO CANCELAMENTO?

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito da Faculdade Ari de Sá.

Orientador: Prof. Me. Inês Mota Randal Pompeu.

Aprovada em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Inês Mota Randal Pompeu.
Faculdade Ari de Sá

Prof. Dr. Ana Paula Lima Barbosa
Faculdade Ari de Sá

Prof. Me. Francisco Sales da Silva Martins
Faculdade Ari de Sá

À Deus.

AGRADECIMENTOS

À Deus, pela sua Misericórdia e Amor que se manifesta de tantas formas, entre elas, nos estudos. De fato, aprendi que estudar é também fazer da vida oração.

À Nossa Senhora que intercede, desde sempre, por mim.

Ao meu pai, pelo sacrifício de todos os dias que transformou seu trabalho em amor a mim para que eu pudesse ter a oportunidade de me graduar.

À minha mãe e à minha avó que são motivação e exemplo de força, de firmeza e de dedicação na qual eu almejo um dia ser igual.

Às minhas tias por toda educação intelectual, humana e emocional que me deram.

Ao Lucas, meu namorado, que com sabedoria me ajudou, me incentivou e me apoiou para que eu não desistisse.

À professora Inês, minha orientadora neste trabalho que foi, manifestadamente, cuidado de Deus comigo, através de sua paciência e de seus ensinamentos. Grande honra foi tê-la como orientadora, neste tempo.

À Comunidade Católica Shalom na pessoa dos meus formadores que intercederam e cuidaram de mim durante todo o ano de 2022.

A liberdade não é somente um direito que se reclama para si próprio: Ela é também um dever que se assume em relação aos outros.

São João Paulo II

RESUMO

O presente trabalho versa, diante advento da internet, sobre os possíveis limites ao Direito de Liberdade de expressão sob a ótica da cultura do cancelamento, objetivando investigar qual o limite entre os direitos fundamentais de liberdade de expressão e de proteção da honra, no âmbito da internet. Discute - se, então, a relação entre esse direito e o direito a proteção à honra, ambos constituídos como direitos fundamentais dispostos na Constituição Federal de 1988, bem como as possíveis formas de resolução desse conflito. Conclui-se, preliminarmente, que, sendo dinâmica as interações entre os indivíduos nas redes sociais cada conflito entre os direitos fundamentais de liberdade de expressão e de proteção à honra deve ser abordado e tratado de forma específica para cada caso concreto. Trata - se, por fim, de pesquisa bibliográfica e documental com fito de analisar os limites entre os direitos fundamentais à liberdade de expressão e de proteção à honra.

Palavras-chave: Cultura do cancelamento. Liberdade de expressão. Proteção à honra. Máxima da proporcionalidade.

ABSTRACT

The present work deals, in the face of the advent of the Internet, with the possible limits to the Right of Freedom of expression from the perspective of the culture of cancellation, with the objective of investigating the limit between the fundamental rights of freedom of expression and the protection of honor, in the context of the internet. It discusses, then, the relationship between this right and the right to honor protection, both constituted as fundamental rights set out in the Federal Constitution of 1988, as well as the possible ways of resolving this conflict. It is concluded, preliminarily, that, since the interactions between individuals in social networks are dynamic, each conflict between the fundamental rights of freedom of expression and protection of honor must be approached and treated in a specific way for each concrete case. It is, finally, a bibliographical and documentary research with the aim of analyzing the limits between the fundamental rights to freedom of expression and the protection of honor.

Keywords: Cancellation culture. Freedom of expression. Honor protection. Maxim of proportionality.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 A RELAÇÃO ENTRE A CULTURA DO CANCELAMENTO E O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO	14
2.1 Breve definição sobre o cancelamento	14
2.2 Origem do cancelamento	17
2.3 Cancelamento: a sanção do “tribunal da internet”	18
2.4 O cancelamento e o direito fundamental à liberdade de expressão	19
3 A LINHA TÊNUE ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A PROTEÇÃO À HONRA	22
3.1 A importância do direito fundamental de liberdade de expressão e seu histórico 22	
3.2 Os possíveis limites entre os direitos de liberdade de expressão e de proteção da honra no âmbito da internet.....	25
4 LIBERDADE DE EXPRESSÃO VS. PROTEÇÃO À HONRA: COMO SOLUCIONAR A COLISÃO DESSES DIREITOS FUNDAMENTAIS	31
4.1 A colisão de direitos fundamentais	31
4.2 A possível resolução da colisão dos direitos de liberdade expressão e de proteção à honra	32
5 CONCLUSÃO	38
REFERÊNCIAS.....	40

1 INTRODUÇÃO

A internet é consagrada como o livre espaço onde impera a liberdade de expressão. Nela, primordialmente através das redes sociais, é possível expor e externar opiniões e pensamentos.

Dentre as diversas possibilidades de manifestação do pensamento, há alguns anos um fenômeno tem ganhado força e até se normalizado no âmbito das redes sociais: o cancelamento.

Cancelar na internet é desaprovar, recriminar algo ou alguém por uma ação ou pensamento. O cancelamento funciona como uma espécie de linchamento virtual, à exemplo do que ocorria nas execuções em praça pública, de modo que a punição é a morte social do cancelado, seja tão somente nas redes, seja na esfera profissional ou até psíquica.

A cultura do cancelamento é frequentemente embasada no direito à liberdade de expressão, consagrada no artigo 5º, incisos IV e IX da Carta Magna vigente e presente em todas as constituições anteriores, haja vista sua tamanha importância. Esse direito disciplina que é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença e a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato (BRASIL, 1988).

Se por um lado há os canceladores que agem - ou reagem - em nome da liberdade de expressão, por outro lado há os cancelados, os alvos e os objetos do linchamento virtual que acabam tendo, conseqüentemente, sua honra afetada.

Diante de tal fenômeno se levanta o questionamento: Há limites para o cancelamento? Deve o direito à liberdade de expressão prevalecer sobre o direito de proteção à honra?

Eis o problema central que se buscará aclarar, encontrando, na tensão entre esses dois direitos fundamentais, a relevância do presente estudo e sua justificativa. Através da metodologia de pesquisa bibliográfica, tendo como referencial teórico Robert Alexy e Virgílio Afonso da Silva, sem o propósito de esgotar a assunto, iniciando com uma breve análise da relação da cultura do cancelamento e a liberdade de expressão, perpassando pelo limite que encontra no direito de proteção à honra e buscando, por fim, solucionar essa colisão por meio da máxima da proporcionalidade de Robert Alexy, concluindo

2 A RELAÇÃO ENTRE A CULTURA DO CANCELAMENTO E O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Nesta seção será abordado sobre a cultura do cancelamento, suas definições e origem, bem como a relação entre a cultura do cancelamento e o direito de liberdade de expressão e suas definições.

2.1 Breve definição sobre o cancelamento

Apesar de ser termo recorrente nas redes sociais, não há, atualmente, definição jurídica consolidada de cancelamento. A matéria doutrinária a respeito, resume - se em inúmeros artigos científicos sobre o tem como, por exemplo, o artigo científico da graduanda Paulicéia Lázara dos Santos e da Dra. Rafaela Cândida Tavares Costa publicado no 1º Congresso Internacional da Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete¹. O motivo da ausência de definição jurídica ocorra, talvez, porque sempre que se fala no ato de cancelar algo, alguém ou um grupo de pessoas, na verdade, sob ponto de vista jurisprudencial, se fala, conforme será visto posteriormente, em calúnia, difamação ou ofensa à honra.

Por exemplo, nos diversos julgamentos que versam sobre o cancelamento na internet, em breve consulta jurisprudencial no Tribunal de Justiça do Ceará, observa-se que não se fala em cancelamento, mas sim em ofensas no direito à honra. Para ilustrar, veja-se, à título de exemplo:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. REDE SOCIAL. INSTAGRAM/FACEBOOK. PESSOA JURÍDICA. HONRA OBJETIVA. POSTAGEM DISSEMINANDO INFORMAÇÃO GRAVE, SEM APRESENTAR QUALQUER FATO OU EXPLICAÇÃO QUE LHE DESSE AMPARO. SUSPENSÃO DA POSTAGEM. PRESENÇA DOS REQUISITOS PARA O DEFERIMENTO DA LIMINAR POSTULADA. ART. 300, CPC/2015. PLAUSIBILIDADE DO DIREITO, PERIGO DE DANO E REVERSIBILIDADE DA MEDIDA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. O cerne da controvérsia consiste em verificar a possibilidade de suspender postagem supostamente possuidora de caráter difamatório, a qual tem o seguinte teor: "Diretoria tratando professores que nem lixo" (fl. 27 da ação em primeiro grau). 2. A decisão recorrida indeferiu o pedido autoral em homenagem ao direito constitucional da liberdade de expressão, bem como para investigar se houve ou não efetivo prejuízo

¹ SANTOS, Paulicéia; RAFAELA, Cândida. JÁ QUE É PRA TOMBAR, TOMBEI! A CULTURA DO CANCELAMENTO E O TRIBUNAL DA INTERNET. Diálogos internacionais da FDCL: tópicos sobre direito de família, vulneráveis e linguagens. V. 5/ [coordenado por] Eduardo Moraes Lameu Silva, Jaíne Gláucia Teixeira Ank; [organizado por] Patrícia Rodrigues Pereira Ferreira, Hermann José Junqueira, Wagner Camilo Miranda, Elma Terezinha de Melo, Fabrício Veiga Costa. Conselheiro Lafaiete: FDCL, 2021.

suportado pela requerente da causa. 3. A pessoa jurídica, apesar de não possuir honra subjetiva (sentimentos de autoestima, dignidade e decoro), é titular de honra objetiva, nos termos do enunciado 227 da Súmula do c. STJ, sendo passível de sofrer dano moral. 4. **Na hipótese em exame, o teor da postagem é depreciativo, disseminando uma informação grave, sem exibir explicação alguma ou apresentar fatos que dessem amparo ao texto publicado** (plausibilidade do direito). 5. **Além do mais, os efeitos da decisão recorrida causam potencial risco de dano grave à instituição agravante, uma vez que a manutenção da publicação combatida continuaria a macular a honra objetiva dessa associação.** 6. **A liberdade de expressão, fundada no princípio democrático, não é ilimitada, e deve conviver harmonicamente com os direitos da personalidade.** 7. Por fim, a liminar deferida não é dotada de irreversibilidade (art. 300, § 3º, CPC/2015), porquanto eventual insucesso da demanda permitira a republicação da postagem. 8. Agravo de instrumento conhecido e provido. ACÓRDÃO Acordam os Desembargadores integrantes da 1ª Câmara de Direito Privado do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, nos autos do Agravo de Instrumento, Processo nº 0622561-29.2020.8.06.0000, por uma de suas Turmas, unanimemente, em conhecer do recurso de dar-lhe provimento, nos termos do voto do eminente Relator. Fortaleza, 28 de julho de 2021.

(TJ-CE - AI: 06225612920208060000 CE 0622561-29.2020.8.06.0000, Relator: HERACLITO VIEIRA DE SOUSA NETO, Data de Julgamento: 28/07/2021, 1ª Câmara Direito Privado, Data de Publicação: 29/07/2021)²

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. COMENTÁRIOS DESABONADORES E OFENSIVOS NA REDE SOCIAL "FACEBOOK" APTOS A DENEGRIR A HONRA E A DIGNIDADE DOS AUTORES, CAUSANDO-LHE PREJUÍZO DE ORDEM MORAL PELA INDEVIDA EXPOSIÇÃO EM GRUPO VIRTUAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO (ART. 5, IX, CF) QUE DEVE OBSERVAR O DIREITO AUTURAL DE INDENIZAÇÃO QUANDO VIOLADA A SUA HONRA E IMAGEM, DIREITO ESTE TAMBÉM CONSTITUCIONALMENTE DISPOSTO (ART. 5, V, X, CF). VALOR REPARATÓRIO MORAL ARBITRADO EM R\$ 2.000,00(DOIS MIL REAIS) ÍNFIMO. DESATENÇÃO AOS CRITÉRIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. PEDIDO DE MAJORAÇÃO DEFERIDO A FIM DE ADEQUAÇÃO ÀS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. ACÓRDÃO Acordam os membros da Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Estado do Ceará, por unanimidade de votos, CONHECER do recurso, e DAR-LHE PROVIMENTO, nos termos do voto da Juíza Relatora, que assina o acórdão, consoante o art. 61 do Regimento Interno das Turmas Recursais. Fortaleza, data do julgamento virtual. GERITSA SAMPAIO FERNANDES JUÍZA RELATORA

(TJ-CE - RI: 00000424420198060033 CE 0000042-44.2019.8.06.0033, Relator: Geritsa Sampaio Fernandes, Data de Julgamento: 28/09/2021, 1ª TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E CRIMINAIS, Data de Publicação: 28/09/2021)³

² TJ-CE - AI: 06225612920208060000 CE 0622561-29.2020.8.06.0000, Relator: HERACLITO VIEIRA DE SOUSA NETO, Data de Julgamento: 28/07/2021, 1ª Câmara Direito Privado, Data de Publicação: 29/07/2021. Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-ce/125480>>. Acesso em 19/11/2022.

³ TJ-CE - RI: 00000424420198060033 CE 0000042-44.2019.8.06.0033, Relator: Geritsa Sampaio Fernandes, Data de Julgamento: 28/09/2021, 1ª TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E CRIMINAIS, Data de Publicação: 28/09/2021). Disponível em: <

Isso ocorre porque o cancelamento nada mais é que uma série de opiniões e/ou ofensas divulgada nas redes sociais que objetivam diretamente desfazer, julgar e condenar publicamente determinada atitude ou ação. O cancelamento é uma reação a determinada postura, posicionamento ou fala.

Pesquisando o verbo “CANCELAR” no dicionário virtual RISCO encontra-se a seguinte definição: “deixar de ter efeito ou tornar sem efeito; excluir, eliminar; interromper algo já combinado, programado ou contratado; suspender; invalidar o que foi considerado legítimo; riscar algo escrito para que seu conteúdo deixe de ter efeito” (RISCO, 2022),

Nessa perspectiva, cancelar alguém na internet é, em verdade, punir essa pessoa a partir de um conceito ou valor subjetivo, considerado como negativo, expondo, denunciando, desvalidando até ganhar grande proporção e alcançar a esfera pessoal do sujeito cancelado, a fim de o punir, o invalidar ou o apartar de determinado ambiente ou situação.

Um exemplo recente de cancelamento foi o que ocorreu com a digital influencer Gabriela Pugliesi no início de 2020⁴. A influenciadora publicou uma sequência de stories em seu Instagram, no início da pandemia de COVID – 19, exibindo uma festa realizada em sua casa, com amigos próximos, bebida e comemorações. Não aprovando tal conduta, o “tribunal da internet” começou uma onda de denúncias e cancelamentos contra a influencer. Os protestos versavam tanto sobre irresponsabilidade social pela conduta que favorecia a aglomeração num período de alta transmissibilidade do vírus do COVID-19 como pelo desrespeito às inúmeras famílias que vivem o luto. As pessoas sentiram-se desrespeitadas e começaram a se pronunciar na internet.

De acordo com a Revista Forbes, a cobrança social dos internautas gerou um impacto milionário na vida da influencer, de modo que a influencer chegou a perder inúmeros contratos de marcas como HOPE, Baw, LBA, Body For Sure, Desinchá, Evolution Coffee, Rappi, Mais Pura e Liv Up. Além de perder, também, futuras

<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-ce/1289927402/inteiro-teor-1289927414>>. Acesso em 19/11/2022.

⁴ Disponível em: <https://forbes.com.br/principal/2020/05/festa-durante-isolamento-pode-ter-causado-prejuizos-de-r-3-milhoes-a-gabriela-pugliesi/>. Último acesso em 04.10.2022

parcerias que já haviam contratado Gabriela no passado, como Kopenhagen, Ambev e Fazenda Futuro, já se pronunciaram dizendo discordar de suas atitudes e não a enxergar mais como uma futura parceira de trabalhos (FORBES, 2020).

2.2 Origem do cancelamento

O cancelamento como conhecemos hoje despontou com o movimento #MeToo (que significa “Eu também” em português). O movimento criado pela ativista Tarana Burke em 2006 eclodiu em 2017, quando a atriz Alyssa Milano, através da sua rede social no Twitter pediu que todas as pessoas que já foram vítimas de assédio sexual utilizassem a hashtag #MeToo.⁵

Em resposta ao apelo, a hashtag viralizou no mundo inteiro, ganhando força e evidenciando infindáveis casos de abuso e assédio sexual. O movimento entrou em uma crescente quando parte dos supostos abusadores expostos, eram figuras públicas hollywoodianas.

Desse modo, cada figura relacionada a alguma denúncia virou alvo em seus trabalhos e em suas vidas pessoais.⁶ O “tribunal da internet” se unia às vítimas de abuso sexual e queria que, de alguma forma, os abusadores fossem punidos.

Com o passar do tempo, a cultura do cancelamento foi crescendo e se atualizando, não sendo necessário o cancelado ser figura notoriamente pública. Para ser alvo bastava simplesmente ter pensamentos e opiniões divergentes.

Outro exemplo da tragicidade do linchamento virtual, foi o ocorrido com jovem Lucas Santos, de apenas 16 anos, que teve um vídeo seu do tiktok viralizado⁷. No vídeo, o jovem Lucas fazia o movimento de que iria beijar um amigo que, também, aparecia no vídeo. A partir desta publicação, o jovem recebeu comentários homofóbicos e chegou até a publicar uma retratação explicando que se tratava apenas de uma brincadeira. O jovem, que chegou a fazer terapia por conta do ocorrido, cometeu suicídio após série de comentários preconceituosos e ofensivos advindos da

⁵ Disponível em: < <https://veja.abril.com.br/videos/veja-explica/voce-sabe-o-que-e-o-movimento-metoo-veja-explica/>>. Acesso em 04/10/2022.

⁶ Disponível em: < <https://oglobo.globo.com/cultura/celina/depois-do-metoo-que-aconteceu-com-carreira-dos-poderosos-acusados-de-assedio-24104054>>. Acesso em 19/11/2022.

⁷ Disponível em: < <https://www.cartacapital.com.br/diversidade/os-alertas-deixados-pelo-suicidio-de-lucas-um-adolescente-vitima-do-odio-e-da-lgbtphobia-no-tiktok/>>. Acesso em 04/10/2022.

repercussão do vídeo publicado.

2.3 Cancelamento: a sanção do “tribunal da internet”.

Em uma espécie de Lei de talião moderna, “olho por olho e dente por dente”, os “juízes” da internet punem tudo o que consideram errado, com fito não somente de denunciar a ação, mas de reprimir aqueles que, sob sua perspectiva, merecem. Funciona como um Tribunal que sanciona sem antes instruir o delito, que pune sem observar a proporcionalidade.

Nessa corte virtual não vigora o princípio da culpabilidade. Nas palavras do professor e doutrinador André Estefam (2022, n.p), a culpabilidade é “o princípio da culpabilidade ou *nulla poena sine culpa* traduz-se, em sua concepção original, na vedação da responsabilidade objetiva”, ou seja, por esse princípio é expressamente vedado que alguém seja condenado sem que haja dolo ou culpa.

Nesse sentido, o professor ainda explica que da culpabilidade se compreendem três dimensões, a proibição de responsabilização penal sem dolo ou culpa, a vedação de aplicação da pena sem culpabilidade, isto é, desprovida de imputabilidade, possibilidade de conhecimento da ilicitude do ato e exigibilidade de outra conduta e a gravidade da pena deve ser proporcional à gravidade do fato cometido (ESTEFAM, 2022, n.p). Observa-se, portanto, que o julgamento do “tribunal da internet”, ou seja, as consequências do linchamento virtual não são pautadas pelo princípio da culpabilidade.

Outro princípio constitucional desconsiderado por estes “juízes” é o da presunção de inocência que dispõe que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (BRASIL, 1988). O que se observa, em verdade, é justamente o contrário desses dois princípios: I) Todos serão considerados culpados até que se prove o contrário. II) as penas são desproporcionais, o que vale é excluir o réu, sem levar em consideração as consequências financeiras, familiar e de saúde, seja física, seja mental.

2.4 O cancelamento e o direito fundamental à liberdade de expressão

Nessa perspectiva, como já abordado, cancelar, em termos práticos, significa reagir contra uma pessoa, empresa ou atitude mediante uma opinião ou atitude distinta, no intuito de desqualificar, isolar, deixar de dar visibilidade, expor ou boicotar publicamente.

A recorrência do fenômeno na internet talvez se dê porque o ambiente virtual é visto como o espaço para exposição de ideias. É nele que as pessoas expressam e expõem seus pensamentos e ideias, livremente, ganhando, inclusive, visibilidade sobre eles.

No mesmo passo, a internet traz consigo a falsa impressão de liberdade sem limites, na qual seus usuários sentem que podem, e as vezes, até que devem manifestar todos as suas convicções, medos, anseios e opiniões em relação a si e aos outros.

Decerto, o “direito de cancelar” é, muitas vezes, associado ao direito à liberdade de expressão, vez que, esse direito é amplamente amparado na nossa Constituição Federal:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

(...)

IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

(...)

XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

E, sucessivamente, no art. 220:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e -artística.

De acordo com Biocalti (2022, n.p), a liberdade de expressão, em sentido amplo, engloba todas as exteriorizações das criações do espírito humano, diretamente pela pessoa natural ou intermediada por uma pessoa jurídica, compreendendo as liberdades de informação. Para o STF, constitui-se um direito fundamental do cidadão, envolvendo o pensamento, a exposição dos fatos atuais ou históricos e a crítica. (HC 83.125, rel. Min. Marco Aurélio, j. 16-9-2003, Primeira Turma, DJ de 7-11-2003), podendo até abarcar atos obscenos se demonstrados em manifestação artística, ainda que inadequada e deseducada:

Habeas corpus. Ato obsceno (art. 233 do Código Penal). 2. **Simulação de masturbação e exibição das nádegas, após o término de peça teatral, em reação a vaias do público.** 3. Discussão sobre a caracterização da ofensa ao pudor público. Não se pode olvidar o contexto em se verificou o ato incriminado. O exame objetivo do caso **concreto demonstra que a discussão está integralmente inserida no contexto da liberdade de expressão, ainda que inadequada e deseducada.** 4. A sociedade moderna dispõe de mecanismos próprios e adequados, como a própria crítica, para esse tipo de situação, dispensando-se o enquadramento penal. 5. Empate na decisão. Deferimento da ordem para trancar a ação penal. Ressalva dos votos dos Ministros Carlos Velloso e Ellen Gracie, que defendiam que a questão não pode ser resolvida na via estreita do habeas corpus

(STF - HC: 83996 RJ, Relator: CARLOS VELLOSO, Data de Julgamento: 17/08/2004, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 26-08-2005 PP-00065 EMENT VOL-02202-02 PP-00329 LEXSTF v. 27, n. 321, 2005, p. 365-383 RTJ VOL-00194-03 PP-00927)

Haja vista o amparo constitucional e jurisprudencial, a internet é o lugar acessível e inclusivo para o exercício democrático da expressão de pensamento, artística e jornalística. Acontece que, conforme se aprofundará adiante, os direitos fundamentais, como é o caso do direito fundamental de liberdade de expressão não são absolutos, pois tem seus limites definidos, implícita ou explicitamente, pela própria constituição (SILVA, 2010, p. 131). Nesse sentido, Virgílio Afonso da Silva ainda elucida:

Ao afirmar, por exemplo, que sacrifícios humanos não são garantidos pela liberdade religiosa, da mesma forma que se pode dizer que a calúnia não é garantida pela liberdade de expressão, quer – se, com isso, dizer que ambos os direitos – liberdade religiosa e liberdade de expressão – encontram seus limites, implícita ou explicitamente, no texto constitucional

Existem, portanto, falas e comportamentos que são inaceitáveis e não caracterizam a expressão garantida constitucionalmente. Por isso, não merecem ser validadas e replicadas. Outro exemplo trágico que expõe a necessidade de limite

desse direito, ocorreu com a blogueira Alline Araújo e findou, tragicamente, com a sua morte⁸.

A blogueira havia se tornado alvo de inúmeros comentários e críticas após seu noivo terminar por WhatsApp um dia antes da cerimônia de casamento. A influencer, para não perder a festa, “casou-se consigo”, viralizou e foi acusada de se promover com o acontecido. O que a maioria das pessoas que julgavam a atitude através dos comentários na rede social de Alinne não sabiam, é que a digital influencer sofria com depressão. Após as críticas e comentários, a influencer gravou uma sequência de stories desabafando e após, cometeu suicídio.

Frise – se que não há de confundir liberdade de expressão com discurso de ódio, também conhecido como *Hate Speech*. O doutrinador André Ramos Tavares (2021) compreende o discurso de ódio como sendo:

O discurso de ódio (hate speech) consiste na manifestação de valores discriminatórios, que ferem a igualdade, ou de incitamento à discriminação, violência ou a outros atos de violação de direitos de outrem. Essa terminologia acadêmica é de extrema atualidade no Brasil e em diversos países no mundo, em face do discurso neonazista, antissemita, islamofóbico, entre outras manifestações de pensamento odiosas.

Enquanto um eleva a condição de dignidade do indivíduo, o outro desonra, rebaixa, produz violência moral e segrega as pessoas. Sob esse prisma, não se pode permitir a desumanização do indivíduo, tratando – o como mero objeto colocado em uma vitrine. A garantia da dignidade da pessoa humana é o cerne de todo o ordenamento jurídico, é um valor supremo e inviolável e todos os princípios devem caminhar para sua efetividade.

⁸ Disponível em: <https://emails.estadao.com.br/noticias/gente,blogueira-alinne-araujo-morre-apos-noivo-terminar-com-ela-na-vespera-do-casamento,70002924093>. Último acesso em 31/10/2022.

3 A LINHA TÊNUE ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A PROTEÇÃO À HONRA

Neste capítulo, será aprofundado a importância do direito fundamental de liberdade de expressão, sua relevância e também se analisará a limitação que esse direito encontra quando alcança a esfera privada do indivíduo, ou seja, quando se esbarra no direito fundamental de proteção à honra.

3.1 A importância do direito fundamental de liberdade de expressão e seu histórico

Conforme abordado anteriormente, a internet gera em seus usuários a falsa sensação de que é permitido falar sobre tudo e de todas as formas. O meio virtual é tido como o lugar genuíno de manifestação do pensamento. Essa segurança de se exprimir, expor suas ideias e expressões nas redes sociais é amparada no direito fundamental à liberdade de expressão, decorrente da garantia legal assegurada pela Constituição Federal em seus artigos 5º, incisos IV, V e IX e art. 220.

Tal é a importância da garantia da liberdade que em todas as sete constituições brasileiras esteve presente, conforme se analisará brevemente a seguir.

A Constituição de 1824, dispunha, em seu Art. 179 que a inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, tinham por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte (BRASIL, 1824).

Já a constituição de 1891, em seu Art. 72 consagrou que era assegurado, aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, a inviolabilidade dos direitos concernentes a liberdade, a segurança individual e a propriedade (Brasil 1891).

A Constituição de 1934, por sua vez, em seu preambulo declarava que os representantes do povo brasileiro, colocavam sua confiança em Deus, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático que assegurasse à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar-social e econômico (BRASIL, 1934).

Em sequência, tratou da liberdade de expressão, no Art. 133, assegurando a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade. Entre os incisos desse artigo havia um rol de proteções à Liberdade de Expressão:

Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

9) Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento, sem dependência de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos independe de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda, de guerra ou de processos violentos, para subverter a ordem política ou social.

Logo após, a Constituição de 1937, assegurou alguns direitos liberdade como, por exemplo, a liberdade de escolha de profissão ou do gênero de trabalho, indústria ou comércio, observadas as condições de capacidade e as restrições impostas pelo bem público nos termos da lei, mas que em pouco tempo foram cerceados.

Ou seja, em época de Estado Novo, que já despontada o início de uma ditadura presidencialista instaurada por Getúlio Vargas, a liberdade de expressão já se tornava condicionada ao suposto “bem público” vigente da época. Nas palavras de André Ramos em seu curso de Direitos Humanos (Ramos, 2021, n.p):

A especificação das garantias e direitos acima enumerados não exclui outras garantias e direitos, resultantes da forma de governo e dos princípios consignados na Constituição). Porém, a parte final do art. 123 deixava clara a prevalência absoluta da razão de Estado em detrimento dos direitos humanos, ao determinar que o “uso desses direitos e garantias terá por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado em nome dela constituído e organizado nesta Constituição”.

Nesse sentido, é possível compreender, então, que um dos direitos basilares da democracia é o direito à liberdade de expressão e que, quando se quer abolir o regime democrático, a liberdade acaba por ser o principal direito cerceado, até porque todo poder emana do povo e sem voz, não há poder.

A Constituição de 1946, promulgada em 18 de setembro, marcou o fim do da ditadura do Estado novo e buscou recuperar os ideais democráticos no País.

Na sequência histórica, entre os anos 1964 e 1985, o Brasil viveu o tempo sombrio da ditadura militar, na qual não somente a liberdade de expressão, mas todos os direitos individuais foram limitados. Imperioso destacar que a Constituição de 1967, ao passo que estabelecia direitos individuais, incluindo o direito da liberdade de expressão, os restringia, nos seguintes termos:

Art 150-A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 8º-É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação sem sujeição à censura, salvo quanto a espetáculos de diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos independe de licença da autoridade. Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe

E seguia com o seguinte artigo:

Art 151 - Aquele que abusar dos direitos individuais previstos nos §§ 8º, 23. 27 e 28 do artigo anterior e dos direitos políticos, para atentar contra a ordem democrática ou praticar a corrupção, **incorrerá na suspensão destes últimos direitos pelo prazo de dois a dez anos**, declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador-Geral da República, sem prejuízo da ação civil ou penal cabível, assegurada ao paciente a mais ampla, defesa.

Conforme bem explica André Ramos, a cláusula indeterminada do “abuso dos direitos individuais” pairava sobre os indivíduos, demonstrando a razão de Estado que imperava naquele momento de governo militar (RAMOS, 2021).

Por fim, a Constituição de 1988, vigente até os dias atuais, em reação a todo o absolutismo e ditadura, reagiu protegendo os direitos e garantias individuais, inclusive a liberdade de imprensa, outrora tão atacada e manipulada.

A Constituição vigente consagrou em seu bojo os direitos e as liberdades individuais. Dentre as quais, dispõe por três vezes a proteção à liberdade. Ainda, nesse sentido, é possível aduzir que a Carta Magna assentou o direito de expressão como sendo parte inerente para a manutenção e promoção da dignidade humana.

A previsão do rol de direitos fundamentais que seriam superiores ao próprio poder que os concedeu ou reconheceu (FERREIRA FILHO, 2016) é o reflexo de outras declarações e que possuem caráter abstrato e que são resposta para um abuso do absolutismo (FERREIRA FILHO, 2022).

Evidentemente, pelo contexto histórico em que as Constituições foram elaboradas, era possível aduzir que poderia ser ameaçado tão somente pelo Estado. Os direitos fundamentais descritos na Constituição de 1988, por exemplo, era uma resposta ao absolutismo do período da ditadura militar. Desse modo, a disposição desses direitos na Constituição e seu caráter de cláusula pétrea visava, à priori conter qualquer possível ameaça de poder do Estado.

Desse modo, não era tão claro a possibilidade de que o uso da liberdade de expressão poderia lesar alguém à partir da relação entre dois particulares, sem a interferência direta do Estado, ainda mais difícil para a época, seria imaginar que esse conflito entre direitos decorreria da relação entre particulares num contexto da internet, visto que o advento das redes sociais no Brasil somente se iniciou com o Orkut em 2004, ou seja, 16 anos após sua promulgação.

As redes sociais possibilitaram, então, os dinamismos das relações e a rapidez de divulgação das informações, ao passo que, a colisão de direitos fundamentais, a liberdade de expressão e a proteção à honra, pode ser observada rotineiramente. Desse modo, a linha tênue que o cancelamento encontra é justamente essa: a possibilidade de se manifestar mediante uma situação sem ferir a honra de determinado indivíduo.

3.2 Os possíveis limites entre os direitos de liberdade de expressão e de proteção da honra no âmbito da internet

Não se busca defender a restrição da livre manifestação, mas é importante enfatizar que os direitos fundamentais não são ilimitados, posto que, nas palavras do Jurista Manoel Ferreira Filho “a vida em sociedade exige o sacrifício que é a limitação do exercício dos direitos naturais, ou seja, não podem todos ao mesmo tempo exercer todos os seus direitos naturais sem que daí advenha a balburdia, o conflito” (FERREIRA FILHO, 2022, n.p). Nesta toada, ainda, explica o jurista:

Todo ser humano tem os mesmos direitos fundamentais, o que faz com que todos tenham o mesmo direito de exercê-los, e do que resulta que o direito de um não pode excluir o direito de outro. O direito de um vai até o direito de outro. Deste ângulo, o direito fundamental não é absoluto.[...]Ora, pode haver, quanto ao exercício, o conflito entre o direito fundamental de um e o direito fundamental de outro. Para evitá-lo, preveni-lo, é preciso que sofra o exercício condicionamentos e limites, sob pena de o direito fundamental de um prevalecer sobre direito fundamental de outra pessoa. Esta evidentemente seria despojada de um de seus direitos fundamentais (FILHO, 2022).

Logo, não se pode, em nome da liberdade de expressão, limitar, violar, agredir o direito de outrem. Para o professor Carlos Frederico Bentivegna “o princípio da liberdade de expressão em sentido lato, assim como os demais princípios a compor o rol dos direitos fundamentais, não possui um caráter preferencial” (BENTIVEGNA, 2019, n.p). Ou seja, não possui um caráter absoluto, visto que cada direito

fundamental encontrará limites em outro direito fundamental, de acordo com cada situação e caso concreto.

É notório, ainda, esse não absolutismo dos direitos fundamentais, à respeito dessa característica dos princípios fundamentais não serem absolutos, brilhantemente, Robert Alexy, na sua Teoria de Direitos Fundamentais (2006), aclara:

É fácil argumentar contra a existência de princípios absolutos em um ordenamento jurídico que inclua direitos fundamentais. Princípios podem se referir a interesses coletivos ou a direitos individuais. Se um princípio se refere a interesses coletivos e é absoluto, as normas de direitos fundamentais não podem estabelecer limites jurídicos a ele. Assim, até onde o princípio absoluto alcançar não pode haver direitos fundamentais. Se o princípio absoluto garante direitos individuais, a ausência de limites desse princípio levaria à seguinte situação contraditória: em caso de colisão, os direitos de cada indivíduo, fundamentados pelo princípio absoluto, teriam que ceder em favor dos direitos de todos os indivíduos, também fundamentados pelo princípio absoluto. Diante disso, ou os princípios absolutos não são compatíveis com direitos individuais, ou os direitos individuais que sejam fundamentados pelos princípios absolutos não podem ser garantidos a mais de um sujeito de direito. (ALEXY, 2006)

O que Alexy explica é que seria incoerente que um direito fundamental fosse absoluto, vez que, caso o fosse, este seria o único princípio vigente, pois não haveria espaço para um conflito entre princípios já que o princípio tido por absoluto prevaleceria sobre os demais.

Trazendo ao debate em questão, caso o Direito de liberdade de expressão fosse absoluto, não haveria sequer a possibilidade de que a honra fosse ferida, visto que o princípio norteador – liberdade de expressão – é absoluto, sempre predominaria, independente do caso concreto.

Por outro lado, se o direito fundamental à honra fosse absoluto, sempre que, por alguma manifestação, expressão, cancelamento nas redes sociais, se compreendesse que a honra de um indivíduo foi lesada, dever-se-ia adotar medidas que limitassem o ato de expressão, a fim de que a honra fosse resguardada, em qualquer hipótese que seja.

De forma mais clara, à exemplo, se no ato do “Me Too”, os denunciados tivessem sentido sua honra ofendida e o direito de proteção à honra fosse absoluto, os atos de denúncia na internet seriam considerados inválidos e inconstitucionais, pois estariam ferindo um princípio absoluto.

Conseqüentemente, não sendo absoluto os princípios e, portanto, os direitos fundamentais, depreende-se que, em algum momento, haverá colisão entre eles. Tal é o caso tema deste estudo, em algum ponto, na cultura do cancelamento os direitos de expressão e de proteção à honra se chocam.

Outro exemplo recente foi o ocorrido no início de 2022, num episódio de podcast em que participavam Bruno Aiub, conhecido como Monark, proprietário da empresa que transmitia o episódio e que contava com a participação do Deputado Kim Kataguirí e a Deputada Federal Tabata Federal. O Podcast é transmitido em diversas plataformas digitais, tais como Spotify, Deezer, Youtube, ou seja, plataformas que possuem grande alcance de público.

No episódio em questão, Monark defendeu que deveria existir um partido Nazista no Brasil e afirmou ainda que as pessoas teriam direito de serem anti-judeus.⁹

Após, mesmo se desculpando e alegando que estaria muito bêbado, o podcast perdeu alguns de seus patrocinadores e Monark foi retirado da atração. O Youtuber deixou, ainda, a sociedade que gerenciava o podcast.

A postura de Monark evidencia que não há o absolutismo nos direitos fundamentais que, nesse caso, conflitou diretamente com outro direito tutelado pelo ordenamento que proíbe a apologia ao Nazismo, disposto na Constituição Federal no Art. 5º, inciso XLII. O referido dispositivo que, embora disponha sobre o racismo, abrange, através de uma interpretação teleológica e sistema da Constituição Federal o crime de apologia ao Nazismo, tal como fundamentado pelo Supremo Tribunal Federal na decisão do HC 82424 – RS¹⁰.

O direito que Monark teria de se expressar não lhe abre a possibilidade de agir com ilicitude. Trazendo as palavras de Padilha (2019, n.p.), o uso de um direito fundamental não dá margem para que se faça tudo sem qualquer responsabilização, não podendo ser utilizados como escudo protetivo para possibilitar a prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos.

⁹ Disponível em: <<https://g1.globo.com/pop-arte/noticia/2022/02/09/caso-monark-por-que-alemanha-e-outros-paises-proibem-o-nazismo.ghtml>> Último acesso em 04/12/2022.

¹⁰ Disponível em < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false> > Último acesso em 04/12/2022.

Quando a expressão do pensamento, de opiniões no âmbito da internet, independentemente da motivação, afeta a honra, a intimidade ou a vida privada de outra pessoa, tendo em vista que estes são amparados e resguardados pela Carta Magna Vigente:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Nesse sentido, viola-se a honra do indivíduo quando alcança sua autoestima, sua imagem de si. Bentivegna (2019, n.p.) define a honra como sendo subjetiva e objetiva, que se refere à sua imagem de si e perante os outros, respectivamente, de modo que, para o autor, a honra subjetiva se refere à forma como o indivíduo se olha e nutre de sentimentos por si, se refere à sua auto – estima, o seu olhar sobre si. Ao contrário da honra objetiva que seria a reputação social do indivíduo, o respeito que se tem mediante a sociedade, pessoalmente e profissionalmente.

A honra ferida com o cancelamento é tanto a honra subjetiva como a objetiva. A honra objetiva é atacada quando, através do cancelamento, o indivíduo cancelado é exposto e se torna alvo de inúmeros comentários negativos e que podem ter caráter difamatório, prejudicando, assim, sua reputação e suas relações contratuais. As consequências do cancelamento na honra objetiva são alcançadas em nível social.

Já a honra subjetiva é prejudicada e possui consequências mais graves, visto o indivíduo sendo alvo de comentários negativos, a autoimagem fica prejudicada, podendo gerar ansiedade, transtornos psíquicos, depressão, dentre outros acometimentos de agravamento de saúde mental.

O direito entabulado pelo Art. 5º, inciso X da Constituição Federal é, nas palavras de André Ramos (RAMOS, 2021), o direito que permite ao seu titular que impeça que determinados aspectos de sua vida sejam submetidos contra a sua vontade, à publicidade e a outras turbações feitas por terceiros, ele abrange o direito

de imagem que consiste na faculdade de controlar a exposição da própria imagem para terceiros.

Posto isso, analisa Bentivegna:

Concluimos que, por sua importância e essencialidade, os direitos da personalidade são tidos como inalienáveis e irrenunciáveis, mas que a existência de uma série de hipóteses em que há uma disposição parcial por parte de seu titular (v.g., contratos de uso de imagem na publicidade; doação de órgãos; participação em reality shows que descortinam a intimidade dos concorrentes etc.) nos leva à possibilidade de formulação da seguinte regra: **toda autolimitação dos direitos da personalidade deve ser tolerada, e tida como lícita pelo ordenamento, sempre que se dirija ao real propósito de realização plena da personalidade de seu titular** (BENTIVEGNA, 2019, n.p).

Desse modo, afere-se que o direito de proteção à honra só poderia ter seu limite excedido caso o indivíduo, tomado de consciência, o permitisse, de modo que, prevalecesse a autonomia da vontade.

Um espelho disto são os reality shows, como o Big Brother Brasil, que violam uma série de direitos fundamentais, como o direito à intimidade, o direito à vida privada e o direito de ir e vir. A rapper e influencer Karol Conká abriu mão desses direitos para participar do reality e foi violentamente cancelada na internet.

Karol teve a maior taxa de desaprovação na história do jogo, perdeu seguidores em sua rede social e foi alvo de uma série de comentários repulsivos. A rapper relatou, após 04 meses de sua saída do programa que, precisou de psicoterapia para se restabelecer, mas ainda não consegue fazer atividades básicas da vida, como ir à padaria ou ao supermercado¹¹.

Contudo, para analisar cada caso concreto e qual direito deve prevalecer, é necessário tomar a consciência de que os direitos tratados acima, correspondem a direitos fundamentais e que devem ser ponderados com cautela.

A doutrinadora Ana Paula Barcellos explica que “a expressão ‘direitos fundamentais’ designa o conjunto de direitos que a ordem jurídica, tendo em seu topo a Constituição, reconhece e/ou consagra. (BARCELLOS, 2022)”

¹¹ Disponível em: < <https://emails.estadao.com.br/noticias/gente,karol-conka-apos-4-meses-de-bbb-21-desabafa-hoje-consigo-sorrir,70003816593>>. Acesso em 20/11/2022.

Os direitos fundamentais são considerados indispensáveis à manutenção da dignidade da pessoa humana, necessários para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual e que devem ser observados e existem para que a dignidade da pessoa seja exercida em sua plenitude (PADILHA, 2019, n.p).

Ante o exposto, sabendo da importância e do valor dos direitos fundamentais em questão, como deverá ser solucionado os casos em que houver a colisão destes direitos? É o que se passa a discutir na próxima sessão.

4 LIBERDADE DE EXPRESSÃO VS. PROTEÇÃO À HONRA: COMO SOLUCIONAR A COLISÃO DESSES DIREITOS FUNDAMENTAIS

Neste capítulo será abordado a possível solução, através da máxima da proporcionalidade, para quando ocorre o conflito de direitos fundamentais e a dificuldade de aplicação dessa resolução por se tratar de um conflito que ocorre em meio virtuais.

4.1 A colisão de direitos fundamentais

Como visto anteriormente, tanto a liberdade de expressão como o direito de proteção à honra são considerados Direitos Fundamentais, ambos resguardados na Carta Magna Vigente, em seu Art. 5º. É importante elucidar que por estarem dispostos na Constituição Federal e, mais ainda, por serem parte do rol expresso de direitos e garantias fundamentais, orientam e impõem limites em todo o ordenamento vigente.

Nesse sentido, compreende-se os direitos como princípios fundamentais, pois, de acordo com Robert Alexy (ALEXY, 2006) são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, sendo, por conseguinte, mandamentos de otimização.

Como já explicado anteriormente, os direitos fundamentais e, logicamente, os princípios fundamentais não são considerados absolutos, pois, nas palavras de Virgílio Afonso da Silva (SILVA, 2010), possuem limites definidos pela própria Constituição.

Imperioso destacar, ainda, que quando ocorre a colisão, não é possível a anulação de um princípio em face de outro, como se fosse uma simples questão de antinomia - presença de duas normas conflitantes, válidas e emanadas de autoridade competente (diniz, apud TARTUCE, 2016, p.39) -, como acontece com as leis, na qual, sua solução consiste na escolha por uma das leis conflitantes, com base nos critérios hierárquicos, cronológicos ou de especialidade.

No mais, por se tratar de princípios, não é permitido a anulação de um dos princípios em detrimento de outro nem balizá-lo com exceções. Neste sentido, explica Virgílio Afonso da Silva (SILVA, 2010, n.p):

Não se pode falar nem em declaração de invalidade de um deles, nem em instituição de cláusula de exceção. O que ocorre quando dois princípios colidem ou seja, prevêm consequências jurídicas incompatíveis para um mesmo ato, fato ou posição jurídica – é a fixação de relações condicionadas de precedência.

Ou seja, quando do ato de cancelar resulta no conflito de direitos: o de poder se exprimir e o de ter a sua honra resguardada, não se deve declarar inválido um dos princípios fundamentais para validar o outro, até porque, ainda nas palavras de Virgílio Afonso da Silva (SILVA, 2011) mesmo após a colisão, os princípios continuam tão válidos quando antes, tampouco é possível instituir cláusula de exceção, porque depende de cada caso concreto e, por vezes, um princípio prevalecerá sobre outro.

“Se dois princípios colidem-o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta.”(Alexy, 2006, n.p)

Desse modo, a colisão entre o direito fundamental de liberdade de expressão e o direito fundamental de proteção à honra não se anulam, não perdem a sua validade e eficácia, mas para cada caso concreto há uma solução. Em cada caso pode ser diferente, justamente porque não há o direito fundamental ilimitado.

Como é possível, então, resolver o conflito dos direitos fundamentais? Para Robert Alexy os princípios devem ser solucionados através da máxima da proporcionalidade ou, conforme prefere utilizar Virgílio Afonso da Silva pela regra da proporcionalidade¹².

4.2 Possível resolução da colisão dos direitos de liberdade expressão e de proteção à honra

Para o jurista Robert Alexy, havendo a colisão entre dois princípios fundamentais deve ser observado a máxima da proporcionalidade, visto que a própria natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade (Alexy, 2006, n.p):

Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da

¹² SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. **Revista dos Tribunais**, v. 798. São Paulo, 2002. p. 26.

proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza.

No mesmo sentido, Virgílio Afonso da Silva aduz que a regra da proporcionalidade e o dever de otimização guardam uma relação de mútua implicação, ao passo que, a análise da proporcionalidade é a maneira de se aplicar o dever de otimização que os princípios possuem ao caso concreto.

Ato contínuo, o jurista explica que quando um princípio colide com outro princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende da norma antagônica, de modo que é necessário o sopesamento entre eles para que, então, se extraia o máximo do princípio que tem maior peso. A máxima da proporcionalidade serve, portanto, para as fundamentações que ocorram a colisão de normas com caráter principiológico.

Virgílio Afonso da Silva discorre que a máxima da proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação do direito empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais (SILVA, 2002~, p.41). Nesse sentido, a máxima da proporcionalidade tem como objetivo reduzir o máximo de restrições aos direitos fundamentais para os casos em que ocorrer a colisão entre estes.

Posto isso, a máxima da proporcionalidade de Robert Alexy, que serve de fundamentação para a resolução do conflito de direitos fundamentais é composta de três sub-regras: A adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Essas três sub-regras funcionam como três formas de resolução dos conflitos. Inicialmente se tenta resolver o conflito por meio da adequação, não sendo suficiente, se tenta resolver pelo critério da necessidade e, por fim, para os casos mais complexos, utiliza-se a regra da proporcionalidade em sentido estrito que é o sopesamento propriamente dito.

Inicialmente, o critério da adequação consiste em utilizar a medida que cause menor restrição para a realização ou o objetivo. Virgílio Afonso explica essa regra ao dispor que adequado, então, não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado (SILVA, 2002, p.36).

Não resolvendo o conflito através desse critério, deve ser observado a segunda sub-regra, qual seja a da necessidade orienta que diante da colisão entre os dois princípios fundamentais que não pôde ser resolvido por meio da adequação, deve-se verificar se diante dos direitos conflitantes não há outro meio de resolução que restrinja menos o direito análogo.

Nas palavras de Alexy, utilizar o critério da necessidade é utilizar o modo menos gravoso para chegar à resolução (ALEXY, 2006, n.p). Virgílio Afonso da Silva aclara a dimensão da necessidade à partir da fórmula de Pareto, utilizada por Alexy para representar a estrutura do exame da necessidade:

Um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido. Suponha-se que, para promover o objetivo O, o Estado adote a medida M1, que limita o direito fundamental D. Se houver uma medida M2 que, tanto quanto M1, seja adequada para promover com igual eficiência o objetivo O, mas limite o direito fundamental D em menor intensidade, então a medida M1, utilizada pelo Estado, não é necessária. (SILVA, 2002, p.24)

Destarte, pela necessidade, nenhum dos princípios conflitantes teriam sua situação piorada e um deles teria sua situação melhorada, de forma que na análise da necessidade de uma medida, deve-se indagar sobre a existência de medida igualmente eficaz (SILVA, 2002, p.39).

O que se busca com o critério da necessidade é que diante de um conflito se procure a solução que cause menor restrição nos direitos conflitantes.

Já a terceira sub-regra, a proporcionalidade em sentido estrito, deverá ser adotada nos casos em que diante das possibilidades fáticas não fora possível resolver e, portanto, deverá observar o caráter principiológico das normas de direito fundamental colidentes.

Com isso, a proporcionalidade em sentido estrito consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva (SILVA, 2002).

Logo, ao aplicar o terceiro critério da máxima da proporcionalidade os princípios colidentes são como que colocados em uma balança, devendo ser apreciado o princípio que tiver maior importância no caso concreto.

Desse modo, a máxima da proporcionalidade traz para cada caso concreto uma resolução específica, visando a melhor forma de dirimir os casos de colisão buscando preservar a maior efetividade possível dos princípios.

Imperioso destacar que as três sub-regras devem, necessariamente, serem observadas nessa ordem, vez que se relacionam entre si de forma subsidiária de forma que a análise da adequação precede a da necessidade, que, por sua vez, precede a da proporcionalidade em sentido estrito. Ademais, não necessariamente a aplicação da regra da proporcionalidade implicará a análise de todas as suas três sub-regras conforme ensina Silva (2002, p.34).

A aplicação dessas regras e sua subsidiariedade é exemplificado por Alexy, na sua teoria de direitos fundamentais, na qual aborda o caso Lebach,¹³ explicitando o conflito entre dois direitos fundamentais da Constituição Alemã, qual seja o direito de proteção da personalidade e o direito de liberdade de informar por meio de radiodifusão que seria, por analogia, como o direito de liberdade de imprensa previsto na constituição Brasileira. É, ainda, oportuno trazer o caso à baila, visto que os princípios colidentes do caso Lebach são muito próximos aos tratados neste trabalho.

O caso versava sobre um documentário que uma emissora de televisão alemã, a ZDT, pretendia exibir acerca de um crime real ocorrido no depósito de munições perto da cidade de Lebach, neste, armas foram roubadas para a realização de outros crimes e quatro soldados da guarda de sentinela foram mortos enquanto dormiam. Um dos condenados como cúmplice do crime, já perto de ser libertado, entendia que a exibição do documentário poderia prejudicá-lo em sua ressocialização.

Alexy faz uma análise da decisão do Tribunal Constitucional Federal que julgou a reclamação constitucional ajuizada pelo condenado em três etapas. Na primeira etapa constatou-se por parte do Tribunal Constitucional a existência de uma tensão entre os dois direitos fundamentais acima citados e que não seria solucionado através da declaração de invalidade de uma das normas, mas seria resolvido através do sopesamento, na qual um princípio não teria uma precedência geral mas seria decidido, à partir do caso concreto, qual princípio deveria ceder:

¹³ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 5 .ed. alemã da suhkamp verlag. tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 99 à 102.

Duas normas levam, se isoladamente consideradas, a resultados contraditórios entre si. Nenhuma delas é inválida, nenhuma tem precedência absoluta sobre a outra. O que vale depende da forma como será decidida a precedência entre elas sob a luz do caso concreto. (ALEXY, 2006)

Na segunda etapa, o Tribunal sustentou que nos casos de informação atual sobre atos criminosos, haveria uma precedência geral sobre o princípio da personalidade. Contudo, na terceira etapa, o Tribunal constatou que, por se tratar de noticiário televisivo sobre um crime grave, mas não mais de interesse atual pela informação, por colocar em risco a ressocialização do autor da reclamação, o princípio da proteção da personalidade teria precedência sobre a liberdade de informar. Portanto, assim decidiu a Corte Constitucional Alemã, proibindo a veiculação da notícia.

Alexy questiona, ainda, o fato de o tribunal haver decidido tão somente pela terceira sub-regra – proporcionalidade em sentido estrito – posto que compreende que a decisão não poderia ser sustentada com base na adequação e necessidade:

Não pode haver dúvidas de que o tribunal decidiu o caso por meio de um sopesamento entre princípios. Mas é possível indagar se esse era o único caminho possível. E são considerações feitas pelo próprio tribunal que dão ensejo a essa indagação, quando ele examina se a transmissão de um programa que identificasse o reclamante seria adequada e necessária para os objetivos perseguidos pela emissora ZDF. [...] Diante disso, seria possível sustentar que o caso poderia ter sido resolvido não no nível do sopesamento entre valores ou princípios constitucionais, ou seja, não na terceira etapa da máxima da proporcionalidade, mas nas etapas anteriores - da adequação e da necessidade. Mas dessa forma teria sido possível apenas excluir a identificação nominal do reclamante e a exposição de sua imagem. No entanto, como o tribunal pressupõe que o reclamante teria seus direitos violado mesmo sem sua identificação nominal e sem a exposição de sua imagem (BVerGE 35, 202 (243)), a decisão na terceira etapa da máxima da proporcionalidade era inafastável. Somente se o tribunal não tivesse partido dessa premissa é que seria possível solucionar o caso apenas com o auxílio das máximas da adequação e da necessidade.

Assim, não restam dúvidas de que a máxima da proporcionalidade, proposta por Robert Alexy, representa a melhor forma de resolução dos conflitos dos direitos fundamentais. Conforme já abordado, a proporcionalidade é adotada a cada caso concreto de modo particular, de modo que, as situações em que ocorrem o cancelamento nas redes sociais e as suas possíveis violações ao direito de proteção a honra teriam que ser analisadas caso a caso.

Acontece, entretanto, que a máxima da proporcionalidade constitui um meio de fundamentação das decisões em que ocorrem casos de colisão de direitos fundamentais, ou seja, são direcionadas ao próprio Judiciário.

Assim sendo, sob esse prisma, só seria possível definir efetiva e seguramente o limite do direito fundamental de liberdade de expressão em uma análise judicial ou fazendo uma análise sopesando com o direito de proteção à honra, em cada caso concreto.

A dificuldade é que, no âmbito da internet, com o dinamismo e a massificação das informações, aguardar sempre as decisões do Judiciário, na qual já sofre com um abarrotamento de processos a serem julgados e, conseqüentemente, com uma demora nas resoluções dessas lides, traria grandes prejuízos aos direitos fundamentais que aguardariam por muito tempo por uma solução. Ao passo que as conseqüências dessa colisão seriam desproporcionais, como por exemplo, o caso já citado na influencer Alline Araújo não pode esperar por um deslinde no Judiciário antes que a proporção acabasse de forma trágica com a vida da blogueira.

Se pelo Judiciário, a resolução seria um remediar da situação, a prevenção de ter direitos feridos, principalmente o da honra ou até o da liberdade de expressão séria, talvez, uma maior voz do Poder Legislativo.

Nesse sentido, há hoje algumas legislações tanto vigentes como passíveis de aprovação que visam regulamentar e proteger as relações na internet, como o Marco Civil da Internet – Lei 12.965/2014. -, a Lei nº 14.132/21, conhecida como a lei Anti-Stalking que acrescentou ao Art. 147-A do Código Penal a previsão do crime de perseguição em qualquer meio, incluindo à internet. Ainda, o Projeto de Lei 2.630/2020 que visa instituir a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet, conhecido como o projeto de lei de combate às Fake News.

Contudo, há uma resistência às legislações acerca do direito de liberdade de expressão, talvez porque há um temor, pelo contexto histórico, de uma intervenção do Estado que possa limitar ou interferir ao ponto de que se estabeleça algum nível censura, como nos tempos de regime ditatorial.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, é possível aduzir que o direito à liberdade de expressão, assim como qualquer outro direito fundamental, encontra seu limite na colisão com outro direito tão importante e com peso igual ao seu, tal como é o caso do direito de proteção à honra, abordado em particular neste estudo por se tratar do cancelamento que em nome da liberdade ataca diretamente a imagem e a honra dos seus alvos.

Nesse sentido, no presente trabalho foi possível compreender a teoria do sopesamento ou da máxima da proporcionalidade de Alexy, através dos critérios de adequação, necessidade e do sopesamento propriamente dito, uma ótica de solução desse conflito e uma forma de compreender que diante desses dois direitos que colidem recorrentemente, não há a soberania de um sobre o outro, mas que, em cada caso concreto deve ser analisado.

Oportuno salientar que - sem a pretensão de esgotar o assunto, ao contrário - a prática do cancelamento nas redes sociais é ato lesivo aos direitos fundamentais e, conseqüentemente, ao Estado Democrático de Direito, seja porque carece de legitimidade, visto que somente o Estado tem o poder de julgar e condenar, seja porque não é dado a cancelado a oportunidade de um julgamento justo com contraditório, seja porque as conseqüências e as punições decorrentes acarretam implicações pessoais e patrimoniais à pessoa e que se perpetuam no tempo vez que a internet é uma rede ininterrupta de compartilhamento de informações.

Embora o sistema de Alexy esclareça a questão dos conflitos e torne mais aclarada a compreensão de que não são absolutos os direitos fundamentais, é notório que seria necessário que os usuários das redes sociais tivessem uma educação e uma informação à respeito do tema, para que a sua aplicação seja dada além das rédeas da tutela jurisdicional, pois as vítimas do cancelamento devem se pronunciar e noticiar às autoridades sobre os fatos ocorridos.

O Estado não deve intervir ao ponto de ameaçar tomar a liberdade de expressão, mas deve proporcionar o equilíbrio e favorecer o ambiente. Internet não é “terra de ninguém”, ela é terra de todos que desejam estar lá e colocam suas vidas lá, seja por gosto, seja por trabalho e o ser humano merece respeito e dignidade. Assim,

o Estado precisa garantir dignidade e os canceladores devem ser punidos como se é punido qualquer outro crime.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5 .ed. alemã da suhkamp verlag. tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006.

BENTIVEGNA, Carlos Frederico B. **Liberdade de expressão, honra, imagem e privacidade: os limites entre o lícito e o ilícito**. Editora Manole, 2019. E-book. ISBN 9788520463321. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520463321/>. Acesso em: 12 nov. 2022.

BIOLCATI, Fernando Henrique De O. **Internet, Fake News e Responsabilidade Civil das Redes Sociais**. (Coleção Direito Civil Avançado). Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo Almedina (Portugal), 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1824)**. Brasília, DF. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 10/01/2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1934)**. Brasília, DF. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em 10/01/2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1891)**. Brasília, DF. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em 10/01/2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1937)**. Brasília, DF. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em 10/01/2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1946)**. Brasília, DF. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em 10/01/2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1967)**. Brasília, DF. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em 10/01/2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1967)**. Brasília, DF. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em 10/01/2023

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 10/01/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC: 83996 RJ, Relator: CARLOS VELLOSO, Data de Julgamento: 17/08/2004, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 26-08-2005 PP-00065 EMENT VOL-02202-02 PP-00329 LEXSTF v. 27, n. 321, 2005, p. 365-383 RTJ VOL-00194-03 PP-00927

BRASIL. Tribunal de justiça do Ceará. TJ-CE - AI: 06225612920208060000 CE 0622561-29.2020.8.06.0000, Relator: HERACLITO VIEIRA DE SOUSA NETO, Data de Julgamento: 28/07/2021, 1ª Câmara Direito Privado, Data de Publicação: 29/07/2021. Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-ce/125480>>. Acesso em 19/11/2022.

BRASIL. Tribunal de justiça do Ceará. TJ-CE - RI: 00000424420198060033 CE 0000042-44.2019.8.06.0033, Relator: Geritsa Sampaio Fernandes, Data de Julgamento: 28/09/2021, 1ª TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E CRIMINAIS, Data de Publicação: 28/09/2021). Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-ce/1289927402/inteiro-teor-1289927414>>. Acesso em 19/11/2022.

ESTEFAM, André Araújo L. **Direito Penal** - Vol. 1. Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555596540. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596540/>. Acesso em: 19 nov. 2022.

FILHO, Manoel Gonçalves F. **Direitos Humanos Fundamentais**, 15ª edição. Editora Saraiva, 2016. E-book. ISBN 9788502208537. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502208537/>. Acesso em: 19 nov. 2022.

RAMOS, André de C. **Curso de Direitos Humanos**. Editora Saraiva, 2021. E-book. ISBN 9786555592542. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555592542/>. Acesso em: 12 nov. 2022.

RISCO. *In*: DICIO, **Dicionário Online de Português**. Porto: 7Graus, 2022. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/risco/>>. Acesso em: 24/09/2022.

SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2 ed. Imprensa: São Paulo, Malheiros, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. **Revista dos Tribunais**, v. 798. São Paulo, 2002.