

Direito ao esquecimento em tempos de fake news e discurso de ódio**Right to be forgotten in times of fake news and hate speech**

DOI:10.34117/bjdv6n10-002

Recebimento dos originais:08/09/2020

Aceitação para publicação:02/10/2020

Nattasha Queiroz Lacerda de Campos

Advogada, Mestranda em direito civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, especialista em direito empresarial pela Fundação Getúlio Vargas – FGV, e-mail: nattasha.lacerda@gmail.com

RESUMO

Nos tempos atuais, tem sido cada vez mais recorrente a procura pelo Poder Judiciário para tentar minimizar os danos sofridos decorrentes de ataques pessoais através de perfis falsos em redes sociais. O presente artigo tem por escopo analisar a ponderação entre o direito ao esquecimento e a liberdade de expressão, no que diz respeito as informações contidas no âmbito da internet, especificamente aquelas que são expressadas de forma ofensiva, com conteúdos ultrajantes e, por vezes, falsos. É cediço que o crescimento desenfreado de novas tecnologias e a facilidade ao acesso à internet potencializaram a disseminação de tais conteúdos vexatórios. Assim, pretende-se demonstrar como o poder judiciário pátrio e estrangeiro tem enfrentado tais situações.

Ademais, partindo das premissas axiológicas e deontológicas, pretende-se demonstrar a relação entre o direito ao esquecimento e as chamadas fake news, mensurando a valia do direito pessoal à esquecer, não somente no que diz respeito as questões criminais envolvendo maus antecedentes, mas também no âmbito civil, dando ênfase a esse novo desafio que é apagar da memória e da internet conteúdo falsos e difamatórios que destroem a reputação e a imagem de inúmeras pessoas.

Palavras-chave: direito ao esquecimento, liberdade de expressão, internet, redes sociais, notice and take down, fake news, discurso de ódio.

ABSTRACT

Nowadays, resort to the Courts to minimize the damage suffered as the result of fake profiles on social networks has been increasingly recurrent. This paper tackles the debate over the relation between right to be forgotten and freedom of speech regarding the scope of information contained on internet, specifically those are expressed offensively with outrageous and false contents.

Obviously the unrestrained growth of new technologies also easy internet access maximize dissemination of these kind of contents. It aims at verifying any sort of national and international jurisdictional decisions in these cases. Furthermore starting from axiological and deontological premise, it aims to demonstrate the relation between right to be forgotten and fake news measuring the value of that right, not only involving criminal record but also civil law with emphasis on this new challenge that's delete memories and remove fake contents on the internet that can destroy the reputation of many people.

Keywords: right to be forgotten, freedom of speech, internet, social networks, notice and take down, fake News, hate speech.

1 INTRODUÇÃO

Com o surgimento da internet e seu avanço repentino, concomitantemente com os avanços tecnológicos dos meios de comunicação, principalmente, no que diz respeito as invenções de smartphones e tablets, seu acesso foi facilitado de forma abrupta. A passos largos, a criatividade tomou conta do meio digital, surgindo websites, e-commerce e redes sociais que tomaram conta da vida de milhares de pessoas.

Seu acesso facilitado pelas ofertas de baixo custo das operadoras de telefonia possibilitou tal disseminação. De fato, fatores positivos não faltam quando nos referimos às benesses trazidas pela internet.

Contudo, a problemática se instaura quando o comportamento online traz consequências negativas para a vida real, que nada mais são que reflexos da velocidade incontrolável da propagação de informações, da ausência de meios eficazes para a responsabilização dos autores de crimes digitais e da escassez de normas legislativas que realmente sejam capazes de conter tais abusos cometidos através da internet.

Demandas pleiteando a retirada de informações falsas, vexatórias e que propagam o discurso de ódio, bem como comentários em redes sociais – em sua maioria através de perfis falsos – difamando ou caluniando pessoas, tem sido cada vez mais frequentes no âmbito do Poder Judiciário brasileiro.

Recentemente, vimos o caso do youtuber Felipe Neto¹, acusado falsamente de ter cometido o crime de pedofilia. Hackers invadiram sua conta no Twitter e publicaram um “Tweet” passando-se pelo mesmo, fazendo insinuações de baixo calão relacionadas ao crime em comento. Inclusive, o youtuber participou do I Congresso Digital da OAB para falar sobre o ocorrido, onde enfatizou que “Há um pensamento estratégico na criação do discurso de ódio” e que os ataques são premeditados. Segundo o mesmo, tais ataques acontecem através de uma estrutura criminosa em forma de “pirâmide”, que operam através de mensagens privadas via WhatsApp e Telegram.

Desta forma, alguns indivíduos agem em conluio para disseminar notícias falsas com o fim específico de difamar ou caluniar alguém, utilizando números de celulares clonados ou cadastrados em nome de terceiros inocentes, criando “grupos” de WhatsApp e Telegram para esse fim específico. Assim, o alcance dessas informações é infinitamente maior, já que os links desses grupos são compartilhados facilmente, pois tem como destinatários pessoas com interesses em comum, sejam religiosos, políticos ou ideológicos.

¹ Disponível em: <http://ena.oab.org.br/noticia/58346/ha-pensamento-estrategico-na-criacao-do-discurso-de-odio-diz-felipe-neto-em-conferencia-magna> Acesso em: 06 de setembro de 2020.

Evidente que os autores destes discursos de ódio não se intimidam com qualquer punição legal, visto que até mesmo o Supremo Tribunal Federal e seus membros foram vítimas das chamadas fake news e de discurso de ódio, além disso, houveram ameaças contra os membros da Corte e seus familiares. A investigação do crime em comento segue através do inquérito sob o número 47812.

É nesse contexto que o presente artigo visa abordar o direito ao esquecimento como ferramenta para banir notícias falsas e veiculações que colaborem para o fomento do ódio, assim como demonstrar que o direito à esquecer é instrumento de tutela dos direitos de personalidades infringidos por esse tipo de conduta, tais como: direito de imagem, direito à privacidade, direito da vida privada, direito à identidade pessoal, a inviolabilidade da intimidade e da honra.

Ademais, a proposta é refletir sobre os limites entre a liberdade de expressão e o direito ao esquecimento no âmbito da internet, principalmente, nas redes sociais. Indissociável a tais reflexões faz-se necessário analisar a jurisprudência nacional e estrangeira, com o fim de averiguar até onde o direito fundamental da liberdade de expressão pode ser garantido. As temáticas aqui presentes são demasiadamente abrangentes e a polêmica envolvendo fake news nas redes sociais é recente, assim trata-se de ponderações cujo propósito é colaborar para reflexões e análises mais profundas.

2 DIREITO AO ESQUECIMENTO

Sua origem teve como ponto de partida o impacto causado na vida de ex condenados devido à lembrança da sociedade e o permanente estigma. Historicamente, teve início na legislação e jurisprudência francesa e italiana no final dos anos 70 (FRAJHOF, Isabella, 2018, p. 51). O *diritto all'oblio* ou *droit à l'oubli* é um meio fundamental para a reinserção do indivíduo na sociedade e para o devido cumprimento do papel do direito penal no que se refere a ressocialização, evitando que os indivíduos que já cumpriram as penas impostas, sejam perseguidos por essa sombra pelo resto de suas vidas, tendo assim, direito a uma segunda chance.

Contudo, o direito ao esquecimento foi, da mesma forma, bem amparado pelo direito privado, inclusive como forma de tutelar os direitos de personalidade que ganharam maior relevância após a segunda Guerra Mundial, ante as atrocidades cometidas pelos governos totalitários à dignidade humana (DINIZ, 2007), tendo como principal alicerce os danos causados aos direitos de personalidade, tais como: o direito à privacidade, à intimidade, honra, imagem, identidade, dentre outros.

2 Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=445860&ori=1> Acesso: 06 de setembro de 2020.

Isto porque, conforme dito anteriormente, através da mídia e da rápida disseminação de informações na internet, notícias desabonadoras, falsas, pouco confiáveis ou que em nada dizem respeito ao interesse público quanto informação à sociedade, não justificando, portanto, sua publicização, começaram a interferir na vida pessoal e privada de pessoas conhecidas ou anônimas, que acabaram ganhando engajamento negativo em consequência desse tipo de informação.

Pois bem. Seguindo essa breve noção introdutória, o direito à esquecer consiste em não permitir que algum fato ocorrido em seu passado, verídico ou não, que acabou sendo exposto publicamente, o desabone, causando-lhe danos de ordem psíquica e moral.

3 DIREITO AO ESQUECIMENTO: GARANTIDOR DOS DEMAIS DIREITOS DE PERSONALIDADE?

Nos tempos atuais a “hiperinformação” vem predominando devido a utilização dos meios de comunicação através da internet. Desta forma, cada vez mais é necessário trazermos à tona os debates sobre o direito ao esquecimento, que já foi objeto de muitas discussões quanto aos polêmicos casos envolvendo figuras públicas ou condenados que já haviam cumprido suas penas, cujas histórias eram transmitidas através de programas televisivos e jornais.

O enunciado 531, VI, da Jornada de direito do CJF/STJ, dispõe que: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.” Dessa forma é possível concluir de pronto que o direito ao esquecimento é uma forma de tutelar os direitos individuais infringidos por outros direitos fundamentais como liberdade de expressão, liberdade de imprensa e direito à memória.

Dentre os direitos de personalidade que podem ser diretamente ceifados pelas fake news e discursos de ódio através do exercício do direito à liberdade de expressão praticado, por óbvio, de forma ilícita, estão: o direito à identidade, pois como bem definiu Carlos Alberto Bittar, constitui um elo entre o indivíduo e a sociedade, através do nome e outros sinais identificadores. (2015, p. 195); o direito à imagem, que está intrinsecamente ligado ao direito à identidade e que pode ser gravemente violado quando é criado um perfil falso, de forma maliciosa, para desabonar o próprio indivíduo ou terceiros utilizando sua imagem como escudo para escorar-se no anonimato.

Além destes, podem ser citados o direito à honra, à intimidade, à integridade psíquica, ao segredo, cediço que uma notícia desabonadora lançada na internet pode arruinar com a vida e a psiquê de um indivíduo.

Evidente que o direito ao esquecimento é uma poderosa ferramenta para proteger não só os direitos de personalidade, como os danos psicológicos que fatalmente decorrem de uma fake news ou discurso de ódio.

Há alguns direitos que, em certa medida, podem confrontar-se com os direitos individuais acima expostos. O direito à liberdade de imprensa, à exibição da imagem e a liberdade de informação são alguns deles. O conceito de liberdade de imprensa, foi descrito por Robert Stevenson, nos seguintes termos:

“Freedom of the press is the right to speak, broadcast, or publish without prior restraint by or permission of the government but with limited legal accountability after publication for violations of law. It may also encompass legal guaranties of: (i) reasonable access to information about government, business and people; (ii) a right of reply or correction; (iii) a limited right of access to the media; and (iv) some special protections for journalists, [...]” (Apud MALDONADO, 2017, p.249-250)

Assim, em tradução livre, entende que a liberdade de imprensa deve ser sem censura e sem prévia autorização governamental, mediante reparação ulterior em caso de violação legal. Além da liberdade de imprensa, há também a liberdade de informação que, a nosso ver, é um gênero da espécie liberdade de imprensa, vez que aquela abarca uma forma mais ampla de passar informação do que esta. Aplicando-se por analogia às redes sociais, evidentemente que tais liberdades não podem sobrepor-se aos direitos fundamentais individuais.

A Convenção Europeia de Direitos Humanos, no seu artigo 103, garante a liberdade de expressão desde que seguindo os seguintes termos:

1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises. 2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.

O regramento é claro ao dispor que qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão, abrangendo a liberdade de opinião e de transmitir ideias sem qualquer censura das autoridades governamentais, tampouco haver considerações fronteiriças. Já o ponto 2 do referido artigo, estabelece que o exercício dessa liberdade, implica em deveres e responsabilidades, podendo ser

3 Disponível em: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/005> Acesso em: 15 de setembro de 2020.

submetido a certas condições, formalidades, restrições ou sanções previstas em lei, necessárias em uma sociedade democrática. Mais adiante, dispõe que tais precauções servem para amparar a proteção da saúde ou da moral, da honra ou dos direitos de outrem.

No Brasil, tais direitos de personalidade são assegurados pela legislação pátria e pela Constituição Federal de 1988, em seu art 5º, X, garantindo o direito a reparação pelo dano material e moral decorrente de sua violação. Desta forma, parte-se da premissa que uma vez abarcados tais direitos pela Carta Magna, deve-se sopesar com os demais direitos que possam colidir para que nenhum dos direitos fundamentais sejam preteridos.

3.1 DIREITO AO ESQUECIMENTO: CONTENDO ABUSOS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

O direito à liberdade de expressão, segundo a lição de Celso de Bastos, nada mais é do que:

“direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento. É o direito de não ser impedido de exprimir-se. Ao titular da liberdade de expressão é conferido o poder de agir, pelo qual contará com a abstenção ou com a não intervenção de quem quer que seja no exercício do seu direito.” (2000 apud NOVELINO, 2018, p. 388)

Salienta-se que a limitação desse direito só encontra guarida quando o discurso for manifestamente ilícito, com o poder de causar prejuízos a outrem. Tanto é que ocorrida violação relacionada à intimidade de terceiro, antes de mais nada, verificar-se-á o interesse público em divulgar ou não aquela informação.

Noberto Bobbio traz a relação da liberdade de expressão com a democracia, enfatizando, sabiamente, que a liberdade de dissentir coaduna-se com um sistema pluralista:

“[...]a liberdade de dissentir necessita de uma sociedade pluralista, uma sociedade pluralista permite uma maior distribuição do poder, uma maior distribuição do poder abre as portas para a democratização da sociedade civil e finalmente a democratização da sociedade civil alarga e integra a democracia política”. (2000, p. 76)

Tal direito é consagrado como um direito fundamental pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, IV, IX e XIV. Gostaríamos de trazer a baila, especificamente, o disposto no inciso IV: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.” Ademais, o inciso XIV resguarda o sigilo da fonte, apenas quando necessário ao exercício profissional.

Percebe-se de pronto que as argumentações ligadas a suposta violação à liberdade de expressão quando da aplicação da doutrina do notice and take down, positivada pelo Marco Civil da Internet⁴, caem por terra. Isto porque, o inciso IV, acima mencionado, é enfático ao vedar o anonimato, sendo um espécie de requisito para o exercício da liberdade de expressão e, sabemos que a maioria dos discursos de ódio e ofensas são engrenados através de perfis falsos nas redes sociais, amparados justamente pelo anonimato, vedado pela Carta Magna.

Nesta toada, Robert Alexy é claro ao dispor que “El concepto de restricción de un derecho fundamental no parece presentar problemas; éstos resultan exclusivamente de la determinación del contenido y alcance permitidos de las restricciones [...]” (2002, p.267)

Já no direito estrangeiro, segundo o italiano Stefano Rodotá, em entrevista concedida ao site italiano Itenovas:

“na Itália, no código de ética jornalística, existem regras que determinam que as figuras públicas só podem solicitar que as notícias não sejam divulgadas se não forem absolutamente relevantes e se o direito ao esquecimento já tiver sido excluído pelo Tribunal de Justiça em sua decisão sobre a atividade do Google portanto, é infundada a preocupação de que a defesa da privacidade entre em conflito com o direito de imprensa”⁵ (RODOTÁ, 2014)

Para o jurista, a rede deve ser um espaço livre, devendo combater qualquer tentativa de podá-la, vez que, em suas palavras, “O fato de o Facebook, Twitter e Google terem uma dimensão global não os protege da necessidade de responderem pelo seu comportamento”⁶ (RODOTÁ, 2014)

Aqui cabe a menção da concepção kantiana de que a moral legitima-se por si mesmo, não visando um fim ou uma consequência para se beneficiar daquela determinada atitude. O direito de um indivíduo e a autonomia privada só será legítimo se estiver pautado na autonomia moral.

Jürgen Habermas leciona que “é possível enfeixar as diferentes linhas de argumentação, a fim de fundamentar um sistema de direitos que faça jus à autonomia privada e pública dos cidadãos. Esse sistema deve contemplar os direitos fundamentais que os cidadãos são obrigados a se atribuir mutuamente [...]” (1997, p. 154).

4 Lei 12.965/14, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm Acesso em: 12 de setembro de 2020.

5 Tradução livre de: “in Italia nel codice deontologico giornalistico ci sono norme che dicono che le figure pubbliche possono chiedere che non siano divulgate notizie solo se non hanno assoluta rilevanza e il diritto all'oblio è già stato escluso dalla Corte di giustizia nella sua sentenza sull'attività di Google, quindi la preoccupazione che la difesa della privacy confligga con il diritto di cronaca è infondata” Disponível em: <http://www.itenovas.com/in-italia/1034-rodota-stefano-oblio-politici-no-internet.ht>

6 Tradução livre de: “[...] l fatto che gli 'over the top' come Facebook, Twitter e Google abbiano una dimensione globale non li mette al riparo dalla necessità di rispondere dei propri comportamenti”. Disponível em: <http://www.itenovas.com/in-italia/1034-rodota-stefano-oblio-politici-no-internet.ht>

Em outra passagem de sua obra, especificamente no título III, traz a fundamentação dos direitos pelo caminho da teoria do discurso. Brillantemente, Habermas expõe que é possível garantir o exercício da liberdade de expressão, autonomia privada, sem infringir os direitos fundamentais de terceiros. Aqui trago outro pertinente trecho para a reflexão do tema em comento:

“Partimos da história dos dogmas do direito subjetivo, a fim de mostrar como a legitimidade surge paradoxalmente da legalidade; desenvolvemos, a seguir, um modo próprio de interpretar o conceito de autonomia, na linha de uma teoria do discurso, o qual torna possível reconhecer o nexos interno entre direitos humanos e soberania do povo[...] Quando se introduz o direito em geral como complemento da moral, a facticidade da normatização e da imposição do direito, bem como a auto-aplicação construtiva do direito, passam a ser constitutivos para um determinado tipo de interações destituídas de peso moral.” (1997, p. 155)

3.2 É POSSÍVEL CUMPRIR O DIREITO AO ESQUECIMENTO NAS ERAS DIGITAIS?

A grande incógnita que surge quando o tema é trazido à tona é, se os meios para retirar os conteúdos impróprios do ar são realmente eficazes. Aqui cabe a reflexão, uma vez que os meios processuais, hoje disponíveis, para que possamos proteger uma pessoa que teve seus direitos de personalidade violados por conteúdos impróprios caia no esquecimento são deveras morosos, se comparado com a velocidade que as notícias veiculadas através da internet se espalham.

Ora, levando em consideração que uma decisão judicial em sede liminar, ainda que o magistrado seja cauteloso, no sentido de proferir uma decisão com certa rapidez, leva dias para ser publicada, o dano já estará feito, vez que o compartilhamento de informações através das redes sociais, como instagram e whatsapp levam segundos.

Outrossim, cabe a crítica, como se verá adiante, à “isenção” da responsabilização dos administradores de redes sociais durante o prazo concedido pelo poder judiciário para que tome as providências para excluir o conteúdo impróprio da rede.

Ainda que tal responsabilidade não ocorra de forma absoluta, e sim, para alguns casos pontuais, como para controle de perfis falsos em redes sociais, como instagram ou twitter e para o controle de mensagens que incitem o ódio, contrariando os preceitos fundamentais da Carta Magna.

Da mesma forma, responsabilização para o controle dos números cadastrados no aplicativo WhatsApp, que hoje tornou-se importante ferramenta de comunicação, vez que a maioria dos crimes e veiculações de notícias falsas através dessa rede são praticados através de números clonados, utilizando dados pessoais de terceiros de boa-fé, estranhos a tal prática.

Cediço que se os criadores de tais redes sociais têm competência para inventar diversos aplicativos, trazendo diversão para as pessoas e lucro para as empresas, também conseguem criar mecanismos que protejam seus usuários, gerindo seus dados com maior sabedoria.

Isto porque, na ampla maioria dos casos, ainda que a pessoa física que criou o perfil falso possa ser responsabilizada, na prática, isso se torna impossível, uma vez que o sujeito utiliza, covardemente, dados falsos ou dados de terceiros, cometendo tais ofensas no anonimato. Na prática vemos que tampouco com o número de IP (Internet Protocol) é possível identificar o sujeito, pois, de forma ardilosa, dispõe de artifícios para burlar tal identificação.

Desta forma, trata-se de uma afronta ao dever de reparação integral do dano, posto que na prática não é possível responsabilizar o criador do perfil falso e, diante da doutrina do notice and take down, positivada no Marco Civil da Internet, há uma isenção da responsabilização do administrador da rede social durante o lapso temporal concedido para a retirada do conteúdo. Vemos então que há uma janela temporal onde torna-se possível que a vítima do dano sofrido fique sem qualquer reparação.

Tais ponderações são feitas levando em conta que o dano moral e/ou material pode ocorrer em frações de segundos quando estamos tratando de uma veiculação de informações tão rápida. Desta forma, o direito ao esquecimento pode não surtir o efeito esperado. A internet pode ser um espaço democrático, contudo, pode ser também um espaço extremamente perigoso.

3.3 A DOCTRINA DO NOTICE AND TAKE DOWN

Concebida no Digital Millennium Copyright Act⁷, lei norte-americana de 1998, a qual implementou dois tratados internacionais, visa primordialmente disciplinar conflitos de natureza autoral. Nada mais é do que a isenção da responsabilidade do provedor de internet quando atender prontamente o pedido do ofendido ou da justiça para retirar, de forma imediata, conteúdo impróprio que viole os direitos autorais de determinado indivíduo. (SCHREIBER, Anderson, 2012, p. 162)

O título II da mencionada lei, intitulado Online Copyright Infringement Liability Limitation, regulou o procedimento de notificação, inseriu o § 512, no capítulo 5, título 17, do United States Code⁸, criando quatro novas limitações para responsabilização dos provedores de internet, bem como disciplinando as providências a serem tomadas para que não sejam responsabilizados.

Trata-se, portanto, de uma específica obrigação de agir por parte do provedor para se eximir de uma eventual responsabilização.

7 United States. Digital Millennium Copyright Act Law. Disponível em: <https://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>. Acesso em 11 de setembro de 2020.

8 United States. 17 US Code § 512. Disponível em: <https://www.copyright.gov/title17/title17.pdf> e <https://uscode.house.gov/>. Acesso em 11 de setembro de 2020.

No Brasil, a doutrina já vinha sendo aplicada pelo Superior Tribunal de Justiça, mesmo com a falta de previsão legal, conforme informativo de nº 500 desta Corte, datado em agosto de 2012.⁹ Inclusive, tal regulamentação veio quando da promulgação da lei do Marco Civil da Internet¹⁰.

Corroborando nesse sentido, tal doutrina vem sendo utilizada também para retirar do ar perfis falsos em redes sociais, conforme julgamento da 6ª Turma Cível Do Tribunal de Justiça do Distrito Federal¹¹.

Ressalta-se que o período do dano eventualmente sofrido, leia-se, lapso temporal entre a notícia indecorosa e a notificação, ainda que milhares de pessoas tenham acessado a notícia e que os prejuízos acarretados tenham sido imensuráveis, não são passíveis de indenização. Para nós essa posição da doutrina do notice and take down é extremamente criticável, vez que cria uma espécie de isenção de responsabilização do administrador responsável pelo site ou pela rede social até o prazo fatal concedido após ter sido notificado.

Nessa linha de raciocínio cita-se Anderson Schreiber (2012, p. 163), o qual menciona voto vencedor do relator Des. Otávio Rodrigues, em acórdão da 11ª câmara cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro¹², o qual dispõe:

9 REDES SOCIAIS. MENSAGEM OFENSIVA. REMOÇÃO. PRAZO. A Turma entendeu que, uma vez notificado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, o provedor deve retirar o material do ar no prazo de 24 horas, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, pela omissão praticada. Consignou-se que, nesse prazo (de 24 horas), o provedor não está obrigado a analisar o teor da denúncia recebida, devendo apenas promover a suspensão preventiva das respectivas páginas, até que tenha tempo hábil para apreciar a veracidade das alegações, de modo que, confirmando-as, exclua definitivamente o perfil ou, tendo-as por infundadas, restabeleça o seu livre acesso. Entretanto, ressaltou-se que o diferimento da análise do teor das denúncias não significa que o provedor poderá postergá-la por tempo indeterminado, deixando sem satisfação o usuário cujo perfil venha a ser provisoriamente suspenso. Assim, frisou-se que cabe ao provedor, o mais breve possível, dar uma solução final para o caso, confirmando a remoção definitiva da página de conteúdo ofensivo ou, ausente indício de ilegalidade, recolocá-la no ar, adotando, na última hipótese, as providências legais cabíveis contra os que abusarem da prerrogativa de denunciar. Por fim, salientou-se que, tendo em vista a velocidade com que as informações circulam no meio virtual, é indispensável que sejam adotadas, célere e enfaticamente, medidas tendentes a coibir a divulgação de conteúdos depreciativos e aviltantes, de sorte a reduzir potencialmente a disseminação do insulto, a fim de minimizar os nefastos efeitos inerentes a dados dessa natureza (STJ, 3ª Turma, REsp 1.323.754/RJ, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, julgado em 19/6/2012).

10 Lei 12.965/2014. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/> Acesso em: 13 de setembro de 2020.

11 Interessante notar, ainda que a título de reminiscência, que tal julgamento aponta justamente o confronto entre direitos fundamentais já debatidos: “[...]O direito à intimidade e à vida privada integram o conceito de dignidade da pessoa humana como uma garantia fundamental. Aludido direito, no entanto, deve ser exercido em harmonia com outros direitos fundamentais, sobretudo o direito à liberdade de expressão e à livre circulação de ideias 2. Estabelece a Lei nº 12.965/2014, em seu art. 19, que (sic) o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente [...]” TJDF, Apelação 0722679-51.2018.8.07.0001, Rel. Carlos Rodrigues, j. 03/04/19. Acesso em: 11 de setembro de 2020. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br>

12 TJRJ. Apelação 2008.001.56760, j. 3.12.2008, Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=200800156760> Acesso em: 12 de setembro de 2020.

“o dano acontece no momento da publicação, não valendo a tese do douto voto vencido de que a parte autora deveria primeiro pedir a retirada da página, pois essa simples providência não ilide o prejuízo já sofrido, inexistindo em nosso Direito fato ilícito não indenizável.”

Inclusive, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral dessa grande celeuma no RE 103739613, onde discutir-se-á a constitucionalidade do art. 1914, da lei do Marco Civil da Internet, justamente no que se refere a prévia ordem judicial e prazo para exclusão de conteúdo ofensivo para a responsabilização do administrador responsável pelo site ou rede social. No caso concreto, a autora da ação nunca teve conta no facebook e teve seu direito a privacidade violado quando criaram um perfil falso com seus dados. Tal perfil foi utilizado especificamente para ofender terceiros com os famigerados discursos de ódio.

4 ANÁLISE DO CENÁRIO INTERNACIONAL

Aqui serão analisados os entendimentos de um país que segue a common law, bem como outros que seguem a civil law, para fins comparativos. Evidente que tal tema merece maior aprofundamento, inclusive com análise de Cortes de outros países, contudo, para o presente trabalho, iremos nos ater a essas duas linhas de direito, para que possamos causar uma maior reflexão sobre esse tema tão complexo e debatido.

4.1. JURISPRUDÊNCIA AMERICANA

É possível verificar que há uma predominância de ideias liberais e dos ideais utilitaristas de Jeremy Bentham na sociedade americana. Conforme afirma Mary Ann Glendon “é bastante difundida entre os “americanos médios” a ideia de que determinados direitos (individuais) são absolutos, o que afasta, segundo esse pensamento, qualquer atuação do Estado ou da coletividade que vise limitar um direito [...]” (GLEDON apud CAVALCANTI FILHO, 2018, p.90)

Neste sentido, o utilitarismo defendido por Jeremy Bentham e, mais tarde, pelo seu discípulo John Stuart Mill, visa basicamente o bem estar da sociedade, em detrimento do bem estar da minoria, estudo este que merece aprofundamento, contudo, iremos nos ater a essa pequena passagem para introduzir a análise da jurisprudência americana.

13 RE 1037396. Disponível em: portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5160549 . Acesso em: 12 de setembro de 2020.

14 O caput do referido artigo dispõe: “Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.”

Seguindo esta linha, por óbvio a defesa da liberdade de expressão é demasiadamente acentuada. Os fundamentos para esse ideal liberal-utilitário são: a busca da verdade e a ideia de um “livre mercado de ideias”. Justamente por conter o viés utilitarista, o que significa dizer que a liberdade é defendida puramente pela consequência trazida para a sociedade e não pela sua essência, é que tal argumento pela busca da verdade é rechaçado por Dworkin, que segue uma corrente liberal-deontológica. (CAVALCANTI FILHO, 2018, p.92)

Partindo dessa premissa, analisemos os casos concretos. No século XX, jurisprudência americana adotou a Teoria do clear and present danger, como limite ao exercício do direito à liberdade de expressão. (CAVALCANTI FILHO, 2018, p.94) Significa dizer que só poderia ser limitado se causasse um perigo evidente e iminente, assim, estariam desprotegidas as pessoas de eventuais danos que não pudessem ser enquadrados nessa expressão.

Ulteriormente, a Corte adotou um entendimento menos restritivo, aplicando a Teoria bad intention. Segundo o que preleciona João Trindade Cavalcanti Filho, tal teoria, além de abarcar o perigo evidente e iminente, o discurso proibido deveria estar revestido de má intenção. Posteriormente, decidiu-se pela aplicação da fighting words, adotada no caso Chaplinski vs. New Hampshire, em 1942, tese esta mais liberal que as anteriormente mencionadas, considerando que a restrição seria cabível quando fossem proferidas palavras de verdadeiro conflito. Entretanto, nos casos concretos que foram adotados tal teoria, verificou-se que esta só era aplicada de forma aparente, mas que na essência seguia os mesmos entendimentos anteriores, não protegendo o indivíduo das palavras de ódio. Houve uma modificação das teses adotadas no caso Brandenburg vs. Ohio, em 1969, garantindo mais liberdade de expressão, adotando o imminent Lawless action.¹⁵ (2018, p. 95)

Dessa forma, percebe-se que a evolução jurisprudencial americana foi no sentido de garantir mais proteção à liberdade de expressão, principalmente ao liberalismo político.

Concernente ao direito de privacidade, “The Right to Privacy”, apesar de não estar expresso na Constituição Americana, a Suprema Corte em diversas oportunidades reconheceu a sua existência, pautando-se na autonomia da liberdade pessoal protegida pela décima-quarta emenda. (MALDONADO, 2017, p. 260)

Viviane Maldonado cita o recente caso Lawrence vs. Texas, cujo o Ministro Kennedy reafirma o conceito da proteção da privacidade. Aqui transcrevo suas palavras:

¹⁵ Para os leitores que desejam aprofundar-se no assunto, sugiro a leitura da obra de João Trindade Cavalcanti Filho. O Discurso de ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira, que fala com propriedade sobre essa temática.

[...] these matters, involving the most intimate and personal choices a person may make in a lifetime, choices central to personal dignity and auto-nomy, are central to the liberty protected by the Fourteenth Amendment. At the heart of liberty is the right to define one's own concept of existence, of meaning, of the universe, and of the mystery of human life. The petitioners are entitled to respect for their private lives. The State cannot demean their existence or control their destiny by making their private sexual conduct a crime. Their right to liberty under the Due Process Clause gives them the full right to engage in their conduct without intervention of the government. It is a promise of the Constitution that there is a realm of personal liberty which the government may not enter" (Apud MALDONADO, 2017, p. 261)

4.2. UNIÃO EUROPEIA

A então, vice presidente da Comissão Europeia, Viviane Reding, em 2010, ressaltou a importância de revisar as diretivas de proteção de dados pessoais, dando ênfase à importância da privacidade das pessoas, da garantia de seus direitos fundamentais e do direito ao esquecimento, entendendo que as pessoas deveriam ter o direito de ter seus dados removidos por completo. Aqui transcrevo suas palavras:

"God forgives and forgets but the Web never does!" This is why the "right to be forgotten" is so important for me. With more and more private data floating around the Web – especially on social networking site – people should have the right to have their data completely removed."¹⁶

No mesmo ano, a Comissão Europeia editou a diretiva denominada "A Comprehensive Approach on Personal Data Protection in the European Union"¹⁷, criada para deixar expresso o "The Right to Be Forgotten", devendo ser deletados os dados de indivíduos que não sirvam mais para legítimos propósitos, aqui incluídos os escritos e lançados em mídias sociais. (MALDONADO, 2017, p. 265).

Em 2019, o Tribunal de Justiça da União Europeia, no julgamento no processo nº C507-1718, cujo caso concreto envolvia o Google e a Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) que abarcava a temática aqui em pauta, decidiu que o direito ao esquecimento deve ser aplicado em toda a extensão da União Europeia. Desta forma o Google não precisará aplicar o direito ao esquecimento em escala global. A título de conhecimento, no caso concreto, a CNIL, agência

¹⁶ Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_10_700 . Acesso em: 14 de setembro de 2020.

¹⁷ Disponível em: http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0006/com_2010_609_en.pdf

¹⁸ Consulta processual disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?lgrec=fr&td=;ALL&language=en&num=C-507/17&jur=C> . Acesso em: 13 de setembro de 2020

francesa que regula a proteção de dados, ingressou com a ação contra o Google, pleiteando que fossem removidos resultados de buscas de determinadas pessoas.

Importante salientar que o preceito também refere-se a defesa dos direitos fundamentais das pessoas e do direito ao esquecimento como sua forma de proteção, conforme retirado do acórdão em comento, “a Diretiva 95/4619, de acordo com o seu artigo 1º, 1, tem por objeto a proteção das liberdades das pessoas naturais, principalmente do direito à vida privada, no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais, bem como a remoção dos obstáculos à circulação destes dados.”²⁰

O caso em comento encontra fundamento no que dispõe o preceito 20, da Diretiva 95/4621, que considera que é de sua responsabilidade a proteção de dados, ainda que estabelecida em um país terceiro, não devendo constituir obstáculos à proteção das pessoas.

Especificamente, no tocante ao direito ao esquecimento, os julgadores afirmam na ocasião, que há o direito ao esquecimento quando a conservação desses dados violar tal diretiva. Ademais, entenderam que o administrador da rede de buscas é o responsável por determinar medidas eficazes para a proteção efetiva, não superficial, dos direitos fundamentais dos indivíduos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante o exposto, é possível notar a importância do direito ao esquecimento como ferramenta para tutelar os direitos de personalidade eventualmente ceifados pelas chamadas fake news e discursos de ódio propagados através das redes sociais.

Tampouco há que se falar em violação à liberdade de expressão, pois como visto, a Constituição Federal proíbe o anonimato e sabemos que a maioria dos discursos de ódio, ofensas e notícias falsas são engrenados através de perfis falsos nas redes sociais.

Isso significa dizer que para proteger os direitos individuais não é necessário abrir mão ou reduzir demais direitos fundamentais garantidos pela Carta Magna pátria. Vimos que a jurisprudência e doutrina estrangeiras caminham nesse sentido, umas em menor proporção no que diz respeito as questões políticas, como as Cortes americanas, outras em maior proporção conforme vem sendo amplamente defendido pela Comissão Europeia.

O fato é, ainda que o direito à esquecer seja garantido aqui no Brasil, vimos que isso acontece tardiamente, deixando a vítima desamparada. Tanto é verdade que o Supremo Tribunal Federal

19 Diretiva europeia sobre a proteção de dados pessoais.

20 Tradução livre de: “According to Article 1(1) thereof, the purpose of Directive 95/46 is to protect the fundamental rights and freedoms of natural persons, and in particular their right to privacy with respect to the processing of personal data, and to remove obstacles to the free movement of such data.”

21 Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A31995L0046> . Acesso em: 14 de setembro de 2020.

reconheceu a repercussão geral no RE 1037396 para discutir a constitucionalidade do art. 19, do Marco Civil da Internet, justamente no que diz respeito a prévia ordem judicial e prazo para exclusão de conteúdo ofensivo para a responsabilização do administrador responsável pelo site ou rede social.

Desta forma, o intuito do presente trabalho é proporcionar uma reflexão não só sobre a “isenção”, contra legem, da responsabilização dos administradores de sites e redes sociais durante o lapso temporal entre a divulgação da notícia indecorosa e o prazo concedido para retirar o conteúdo do ar, como a remota possibilidade de identificar os autores desse tipo de conduta pelos motivos anteriormente expostos, gerando ausência de reparação do dano material e/ou moral sofrido pela vítima, indo em direção oposta ao dever de reparar integralmente o ilícito desde sua ocorrência.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. 3ªed., Madrid: CEPC, 2002.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. Curso de direito civil. Teoria geral do direito civil: parte geral. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019.
- BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. 8ª ed., revisada e ampliada por BITTAR, Eduardo. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- BRANCO, Sérgio. Memória e esquecimento na internet. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2017.
- CAVALCANTI FILHO, João Trindade. O Discurso de ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira. 1a. ed. São Paulo: Saraiva, 2018
- DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, vol. I, ed., São Paulo, Saraiva, 2007.
- FRAJHOF, Isabela Zalberg. O direito ao esquecimento na internet. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2019.
- HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre factividade e validade- vol. I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- MALDONADO, Viviane Nóbrega. O direito ao esquecimento. In Brasil e EUA: temas de direito comparado. Vários autores. Coordenação: Marcus Vinicius Kiyoshi Onodera, Thiago Baldani Gomes De Filippo. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/ii%207.pdf?d=636680444556135606> .Acesso em 14 de setembro de 2020.
- NOVELINO, Marcelo. Curso de direito constitucional. 13ª ed., Salvador: JusPodivm, 2018.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, Tratado de direito privado – VII, Rio de Janeiro: Borsoi , 1955.
- RODOTÁ, Stefano. Disponível em: <http://www.itenovas.com/in-italia/1034-rodota-stefano-oblio-politici-no-internet.html> Acesso em 7 de setembro de 2020.
- SCHREIBER, Anderson. Twitter, Orkut e Facebook – Considerações sobre a Responsabilidade Civil por Danos decorrentes de Perfis Falsos nas Redes Sociais. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Organizadores). Diálogos sobre direito civil - volume III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 155-167.
- _____, Direitos da personalidade. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2014.