

**A APLICAÇÃO DO POSTULADO DA  
PROPORCIONALIDADE DE  
PRINCÍPIOS NA TUTELA DOS BENS  
JURÍDICOS NA SOCIEDADE  
INFORMACIONAL<sup>409</sup>**

*Marcos De Lucca Fonseca<sup>410</sup>*

*Elvis Brassaroto Aleixo<sup>411</sup>*

*Pietro Nardella-Dellova<sup>412</sup>*

---

<sup>409</sup> O presente Artigo é resultado do trabalho de Iniciação Científica, na Linha de Pesquisa **DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL**, Linha de Pesquisa sob Coordenação do Prof. Dr. Pietro Nardella-Dellova. Aprovado o Projeto pela Comissão Científica de Iniciação Científica, o presente Artigo foi orientado pelo Prof. Pietro Nardella-Dellova e, no curso da orientação, tendo se licenciado um tempo para desenvolver Estudos e Pesquisas em New York, Estados Unidos, o Projeto continuou a ser orientado pelo Prof. Me. Elvis Brassaroto Aleixo. Finalizado, foi apresentado e aprovado em primeiro lugar no XIII Encontro de Iniciação Científica, em 13 de março de 2021.

<sup>410</sup> **Marcos De Lucca Fonseca**, Perito Digital; Membro da Associação Nacional de Profissionais de Proteção de Dados Pessoais (ANPPD); Pós-graduando em Direito Digital pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ) – ITS; Graduado em Relações Internacionais pela Universidade Estadual Paulista (UNESP); Cursando o 7º Semestre de Graduação em Direito pela Universidade Padre Anchieta (FADIPA) – Jundiá; Membro do Laboratório de Ciências Criminais (IBCCRIM – 2019/2020); Trabalha no setor de Telecomunicações há 10 anos.

<sup>411</sup> **Elvis Brassaroto Aleixo** é Licenciado em Letras (2004) e Bacharel em Direito (2017) pelo Centro Universitário Padre Anchieta, onde atua como coordenador-adjunto do curso de Direito; Mestre em Crítica Literária (2008) pela Unicamp; Pós-graduado em Direito Civil Patrimonial (2021) pela Escola Paulista de Magistratura.

<sup>412</sup> **Pietro Nardella-Dellova** é Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, UFF, e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da USP – Universidade de São Paulo; é Doutor e Mestre em Ciência da Religião pela PUC/SP; é Pós-graduado em Direito Civil e

## RESUMO

O presente artigo discorrerá sobre a aplicação do postulado da Ponderação de Princípios e a Teoria de Direitos Fundamentais para a resolução de *Hard Cases*, em que ocorram colisão entre o direito à privacidade e o direito à liberdade

---

Processo Civil; é Pós-graduado em Literatura; é Formado em Filosofia pela FECS, e é Bacharel em Direito pela FDSBC. É membro efetivo da Comissão de Direito e Liberdade Religiosa da OAB/SP – São Paulo; Membro da Comissão de Notáveis da OAB/BC, Balneário de Camboriú, Santa Catarina; Membro da “*Accademia Napoletana per la Cultura di Napoli*”, Nápoles, Itália; Associado ao Grupo Martin Buber, de Roma, para o Diálogo entre Israelenses e Palestinos; Associado ao Grupo “Judeus Pela Democracia” (Israel, USA e Brasil). É Autor de vários livros, entre os quais, *Antropologia Jurídica* (2017); *Direito, Mito e Sociedade* (2021) e *Pierre Proudhon e o Direito Civil: Teorias da Propriedade como “droit d’aubaine” e como função libertária* (2021). É autor de centenas de artigos e pareceres jurídicos; é Poeta, com vários livros de Poesia publicados, e membro da UBE – União Brasileira de Escritores (São Paulo), assim como da Accademia Napoletana (Napoli). Em 2004, criou e coordenou o CPPJ – Centro de Pesquisa e Prática Jurídica “Prof. Goffredo Telles Jr.”. Em 2011 criou e coordenou o Grupo de Estudos e Pesquisas NUDAR – Teorias Críticas Aplicadas ao Direito Privado. É Pesquisador do Grupo de Pesquisa TC TCLAE CNPq, e Coordenador, no mesmo Grupo, da Linha de Pesquisa “Direito Civil Constitucional, Teorias Críticas e Educação. É Pesquisador do Grupo de Pesquisa VEREDAS PUC/SP-CNPq. É Professor, desde 1990, de Literatura, Direito Civil, Filosofia, Direito Processual Civil e Direitos Humanos em vários cursos (graduação e pós-graduação), entre os quais, Universidade Federal Fluminense, Faculdade de Direito Padre Anchieta, ESA – Escola Superior da Advocacia, Pós-graduação em Direito da UNIMEP; EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Atuou como Professor visitante (2011-2013) na Faculdade de Direito da USP, abordando o tema “Direito Hebraico Comparado”. É Pesquisador bolsista CAPES/FUNDASP no Programa de Estudos Pós-graduados da PUC/SP. Atualmente, além das atividades docentes no Brasil, desenvolve estudos e pesquisas em *New York*, USA.

de expressão, no meio digital. Será desenvolvido os conceitos de bens jurídicos para a proteção dos chamados “bens digitais” no direito da personalidade, em especial sobre a proteção de dados pessoais, com uma breve evolução histórica do conceito de privacidade. Por fim, à luz da releitura do jurista Lênio Streck, será feita uma análise crítica sobre a utilização, feita pelo Supremo Tribunal Federal (STF), da proporcionalidade de princípios.

**PALAVRAS-CHAVE:** ponderação de princípios; proteção de dados pessoais; bens digitais; LGPD; privacidade; liberdade de expressão; direito ao esquecimento; tecnologia; redes sociais; direitos fundamentais; discurso do ódio.

#### ABSTRACT

This article will discuss the application of Weighting of Principles and Fundamental Rights Theories to solve Hard Cases, in which the right of privacy and the right of freedom of expression collide in digital environment. Will be developed concepts of legal assets to protect the called “digital assets” in the right of personality, especially personal data protection, contextualized by a brief historical evolution of privacy concept. Finally, based on Lênio Streck theories, there will be a critical analysis about the use of Weighting of Principles by the Federal Court of Justice (STF).

**KEYWORDS:** weighting of principles; personal data protection; LGPD; privacy; freedom of expression; right to be alone; technology; social media; fundamental rights; hate speech.

#### APRESENTAÇÃO

Atualmente, com o acelerado uso e desenvolvimento de novas tecnologias de comunicação e informação, o indivíduo

pode se deparar com um contexto jamais visto ou experimentado. Tais implicações podem mudar a forma como ele se relaciona consigo, com os seus semelhantes e com o meio social – chegando até mesmo a ter impacto no sistema econômico, político-sociais e culturais. Como descrevem Eric Schmidt e Jared Cohen, “o modo como interagimos e vemos a nós mesmos continuará sendo influenciado e conduzido pelo mundo on-line ao nosso redor.” (SCHMIDT; COHEN, 2013, p.13).

Manuel Castells, em sua obra *A sociedade em rede*, para elucidar as mudanças e impactos das novas tecnologias na sociedade contemporânea, sustenta a tese de que o sistema capitalista poderia estar vivenciando uma nova etapa chamada de “Capitalismo Informacional”.

Igualmente nos ensina Stefano Rodotà (2008), em sua obra *Tecnologie e Diritti*, destacando que a privacidade mudou significativamente o seu conceito ao longo da história, que não mais se estrutura no eixo “pessoa-informação-segredo”, mas sim em “pessoa-informação-circulação-controle”.

Dessa forma, uma das questões fundamentais para a privacidade dos dados pessoais é, além de controlá-los, também dominar sua divulgação e publicidade.

Frente aos novos desafios do uso das tecnologias, em especial da internet, cada vez mais se faz necessário a análise e

definição do que é um “bem jurídico digital” e, nesse contexto, problematiza-se: como devem ser tutelados bens jurídicos digitais face a um conflito com os direitos fundamentais? Existem critérios para definir qual o direito fundamental deve prevalecer num caso concreto em que há colisão entre o direito à privacidade e o direito a liberdade de expressão no meio digital? Eis os questionamentos que dão impulso ao presente Artigo. Ou seja, é salutar verificar em que termos o postulado da Ponderação de Princípios e a Teoria de Direitos Fundamentais podem ser utilizados para resolução de casos em que ocorram colisão entre o direito à privacidade e o direito à liberdade de expressão, no meio digital.

A informática pode ser definida como a tradução técnica de princípios de organização e de processamento baseados na digitalização. A partir do século 19, a mecanização do cálculo e a resolução automática de equações deram origem àquilo que se designaria como ciência da computação. Nos anos de 1936-1937, o matemático britânico Alan Turing modelou o que ficou chamado de “Máquina de Turing”. Seu principal argumento à época era de que tudo que pudesse ser calculado poderia ser mecanizado. Dessa forma, estavam lançados os alicerces para que a ciência computacional surgisse e desenvolvesse. Esse brilhante matemático,

inclusive, participou de ações do governo dos Estados Unidos durante a 2ª Guerra Mundial para decodificar mensagens criptografadas dos alemães. No ano de 1942, o governo norte-americano solicitou que Turing desenvolvesse o que ficou chamado de *Electronic Numerical Integrator and Computer*, que era uma máquina utilizada para calcular equações de balística. O objetivo era fazer com que esta máquina funcionasse tal qual o cérebro humano, com a maior possibilidade de racionalidade para a resolução de problemas.

Os desafios na área da indústria da informática, em seus primórdios, tinham a ver essencialmente com o desenvolvimento das próprias máquinas e sistemas dos computadores, o que demandou custos elevados. Seu desenvolvimento dependeu, em grande parte, do “complexo militar-industrial-acadêmico” norte-americano, que mobilizou substanciais recursos para essa linha de pesquisa.

A primeira rede de computadores em grande escala foi o Sistema Sage (*Semi-Automatic Ground Environment*), no final da década de 1940, utilizado pelo governo norte-americano para detectar automaticamente invasões no espaço aéreo. E a próxima etapa da evolução do desenvolvimento da computação veio com a utilização dos computadores em rede, um projeto realizado da parceria entre o

Departamento de Defesa norte-americano e a comunidade acadêmica. Tal projeto deu origem à ARPANET, que mais tarde tornou-se a própria internet. Assim, o computador se tornou mais do que uma máquina de calcular cenários, mas um meio de transmissão de mensagens e informações. Com isso, inicia-se uma nova etapa entre a interação homem-máquina.

A Agência ARPA (*Advanced Research Projects Agency*), que foi criada em 1958 pelo Departamento de Defesa dos EUA, coordenou pesquisas para dar uma rápida resposta ao avanço do desenvolvimento tecnológico da então União Soviética, que lançou seus primeiros satélites em 1957. Com receio de perderem a corrida tecnológica, o Departamento de Defesa dos EUA incentivou a ARPA a desenvolver um programa que pudesse ser o próximo passo na relação homem-máquina. Sendo assim, a IPTO (*Information Processing Techniques Office*), um departamento desta Agência, criou a primeira rede interativa e distribuída de computadores, chamada de ARPANET - *Advanced Research Projects Agency Network* e que foi implantada oficialmente em 1969, por Lawrence Roberts.

O resultado foi uma arquitetura de rede que, como queriam seus inventores, não pode ser controlada a partir de nenhum centro e, composta por milhares de redes de

computadores autônomas com inúmeras maneiras de conexão, contornando barreiras eletrônicas. O objetivo inicial consistia em partilhar o tempo de cálculo dos computadores mais poderosos porque as demandas de recursos computacionais aumentavam muito rapidamente e as infraestruturas para responder a tais solicitações eram lentas e custosas. Além disso, também havia a necessidade de se criar uma comunidade de usuários.

Um dos fatores principais que propiciou o aumento da utilização da internet foi a explosão da comunicação sem fio, em especial na década de 1990, com a produção dos telefones celulares e, décadas mais tarde, com o surgimento dos *smartphones*. O surgimento dessas tecnologias foi determinante para a ampliação do acesso à internet. Mais do que ampliar a conectividade das pessoas à rede, os *smartphones* fizeram com que as pessoas permanecessem permanentemente conectadas, quebrando a barreira entre o mundo real e o virtual. As comunicações ficaram mais simultâneas e influenciaram as relações sociais no mundo dos negócios e na política, ou seja, no comportamento do ser humano e seu meio social. A partir disso, a tecnologia da informação alterou profundamente vários aspectos da inter-relação social, transformando mercados, processos produtivos, relacionamentos,

instituições e até mesmo as relações de trabalho. A partir da época moderna, as liberdades políticas e econômicas – entendidas como o direito à autodeterminação individual e coletiva – foram acompanhadas pela liberdade de informação, ou seja, a liberdade de informar e de ser informado. A liberdade de informação passou a ser um componente essencial da autonomização da sociedade civil e da limitação do poder do Estado, que é submetido a uma exigência de transparência.

A noção de informação alterou o seu sentido no século 20, pois até então ela designava um conteúdo semântico destinado a fornecer um “esclarecimento” ou uma “notícia”, originalmente em um contexto de investigação policial ou judicial e, em seguida, também como um “fato levado ao conhecimento do público” no âmbito da instituição jornalística e de desenvolvimento dos meios de comunicação de massa.

Entretanto, depois de sua “conceitualização científica”, a partir da década de 1920, a noção de informação imbuu-se de uma reflexão sobre a forma das mensagens – e das maneiras de codificá-las, quantificá-las, processá-las e trocá-las com a ajuda de ferramentas matemáticas, independentemente de seu conteúdo semântico. A internet é, em grande parte, o resultado dessa reviravolta teórica, não só

em sua concepção técnica, mas também no “discurso informacional” que acompanha as redes de computadores e de telecomunicações, tendo encontrado a sua fórmula mais pungente na expressão “sociedades da informação”, a partir da década de 1970.

Segundo o Manuel Castells, podemos falar de uma “sociedade informacional” do mesmo modo que os sociólogos se referem à existência de uma “sociedade industrial”, marcada por características fundamentais comuns em seus sistemas sociotécnicos. Os principais processos de geração de conhecimentos, produtividade econômica, poder político/militar e a comunicação via mídia foram profundamente transformados pelo paradigma informacional e conectados às redes globais de riqueza, poder e símbolos que funcionam sob essa lógica. A propósito, compara a *Revolução Informacional* como um evento histórico da mesma importância da Revolução Industrial do século 18, induzindo um novo padrão nas bases materiais da economia, sociedade e cultura.

A partir do impulso inaugural apresentado nessa introdução, pretende-se refletir sobre os bens jurídicos tutelados no contexto da aludida revolução informacional, bem como sobre o impacto das novas tecnologias nos sujeitos de Direito, a partir do que será possível discutir

sobre a proteção de dados pessoais e os direitos da personalidade para, então, enfim, atingirmos o ápice da análise, que é a aplicação da teoria da ponderação de direitos fundamentais no âmbito da sociedade informacional. Contudo, preliminarmente, precisamos de algumas noções acerca dos conceitos de bem jurídicos.

## BENS JURÍDICOS TUTELADOS NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

### Conceito e funções de bem jurídico

Preliminarmente, é salutar fazer uma breve conceituação do que vem a ser um bem jurídico, para o Direito Civil. De acordo com o civilista Pietro Perlingieri, em sua obra “Perfis do Direito Civil”, o conceito de bem jurídico não deve exaurido apenas com o conceito de direitos reais patrimoniais<sup>413</sup>. Ou seja, situações caracterizadas pela subjetividade da propriedade, como a informação e a privacidade, também são objetos de definição como um bem jurídico.

Um dos principais desafios para conceituar a informação como um bem jurídico (PERLINGIERI, 2007. p. 235) é definir quando a informação pode ser deduzida em uma relação jurídica, e quais seriam os seus instrumentos de tutela. A

<sup>413</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. ed. Renovar. 3ª edição. 2007. p. 234.

solução proposta por Perlingieri é a necessidade de se estabelecer uma relação entre do “contentor - documento ou suporte, no seu intrínseco valor (como coisa) e o seu conteúdo (a notícia ou ideia)”<sup>414</sup>. Por fim o tutelado, de acordo com Perlingieri, seria sempre o contentor, de forma indissolúvel.

Ainda seguindo a análise conceitual deste jurista sobre a informação como um bem jurídico, faz críticas aos juristas que não consideram a informação como um bem jurídico autônomo porque não seria um bem exclusivo. Para ele, este conceito de relacionar o conceito de *res* à ideia de “(..) gozo em forma exclusiva (...)”<sup>415</sup> não procede, pois a noção de bem deve compreender também objetos de situação subjetiva – e não direitos exclusivos, como é a propriedade privada, por exemplo. Vejamos como ele define:

(...) a utilização da informação não postula necessariamente o uso exclusivo e único da informação. Já em relação aos bens imateriais e de qualquer modo, em sentido amplo, não identificáveis em uma *res* corporal, foi dito que eles “são suscetíveis de gozo múltiplo”. Ora, a informação-notícia tem relevância jurídica pela (ou pelas) utilidade(s) que, a cada vez (...) é idônea para produzir, como possível vantagem, patrimonial ou não, para quem a possui”<sup>416</sup>

<sup>414</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. ed. Renovar. 3ª edição. 2007. p. 235.

<sup>415</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. ed. Renovar. 3ª edição. 2007. p. 235.

<sup>416</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. ed. Renovar. 3ª edição. 2007. p. 236-237.

Para auxiliar o conceito sobre a teoria dos bens, os cinco aspectos elencado por Perlingieri (2007. p. 237) para conceituar bem jurídico são: 1) bem jurídico é objeto de uma situação subjetiva; 2) toda situação jurídica tem um bem jurídico como objeto; 3) os bens jurídicos podem ser patrimoniais ou não-patrimoniais; 4) a exclusividade de gozo não deve ser levado como uma condição; 5) a individualização de um interesse merecedor de tutela é realizado não apenas com base em regras, mas também com base em princípios, uma vez que é possível realizar a qualificação de um bem jurídico utilizando somente os princípios.

Outra característica importante estudada por Perlingieri é o conceito da informação como um bem jurídico incorpóreo. Segundo ele “a informação em si, como coisa incorpórea, não é sempre e necessariamente relevante para o direito, mas a sua tutela varia em relação ao conteúdo da informação ou ao lugar ou à relação jurídica na qual dos dados informativos são inseridos – ou ao sujeito que a conhece”<sup>417</sup>. Já a “informação-notícia” seria considerada como bem jurídico relevante se estiver relação com uma determinada atividade humana. A relevância jurídica, e até econômica, da informação está ligada à sua disponibilidade em um determinado lugar ou em um determinado

<sup>417</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. ed. Renovar. 3ª edição. 2007. p. 238.

momento. Ou seja, para analisar a relevância da informação como um bem jurídico, deve ser analisado também o sujeito que tem interesse em obtê-la, e as circunstâncias.<sup>418</sup>

Ainda sobre a informação como um bem jurídico, Danilo Doneda sustenta que “(...) o fato de a informação não ostentar concretamente um valor não impede o desenvolvimento de estruturas que o façam (...)”<sup>419</sup>. Para Doneda, conceituar os dados pessoais com uma tutela patrimonial não seria o mais adequado, uma vez que existem valores e direitos fundamentais relacionados com os dados pessoais que ultrapassam os valores econômicos. Para ele, o problema não é se a informação deve, ou não, ser considerada como um bem jurídico, mas a forma que a informação será abordada para ser conceituada como um bem jurídico.

A diferença de abordagem é de fundamental importância, especialmente quando se “(...) considera ou não a informação como um bem jurídico, mas em possibilitar que ela seja abordada pelo ordenamento jurídico de forma hábil a permitir a atuação dos interesses em questão e dos valores nela refletidos”<sup>420</sup>. Em linhas

<sup>418</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. ed. Renovar. 3ª edição. 2007. p. 240

<sup>419</sup> DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais. Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados*. Editora RT. 2019. p. 145

<sup>420</sup> DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais. Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados*. Editora RT. 2019. p. 147

gerais o que Danilo Danilo se refere é com o fato da informação pessoal, enquanto atributo que tem a possibilidade de identificar um indivíduo, e de ser indissociável a este, acaba por ser uma representação direta da pessoa. Logo, a informação deve ser conceituada como um atributo da personalidade do indivíduo, e não como um patrimônio meramente de valor patrimonial.

Em relação à intimidade da vida privada como bem jurídico, ela assume o conceito de lugar da realização dos afetos, e está ligada ao indivíduo como pessoa em seu núcleo familiar e o seu pleno desenvolvimento psico-social e emocional. A formação e constituição social deve garantir ao indivíduo que ele tenha a condição de fazer cessar uma interferência e ingerência de terceiros, que ele considere ilícita, em seu seio familiar. Mesmo que esta ameaça seja apenas potencial.

O bem jurídico protegido no direito à privacidade pode ser considerado não somente com o conceito de privacidade, mas também com a liberdade e sigilo de comunicação, bem como a liberdade de expressão. O fato de um terceiro poder infringir a comunicação privada pode interferir na espontaneidade da comunicação, uma vez que poderia inibir os sujeitos de se comunicarem como desejassem.

Desta forma, mesmo o direito à privacidade sendo analisado como a proteção à vida privada e intimidade do indivíduo, a possibilidade da tutela deste direito ser infringida acaba por afetar a garantia de outros direitos e liberdades. Isso pode ser analisado se pensarmos que, o que um indivíduo diz e a maneira como ele se expressa na sua vida íntima, não necessariamente seria da mesma forma se fosse realizada em público. O ser humano tende a ser mais polido, e até mesmo recatado, quando está em um ambiente público. Evidente que este tipo de comportamento pode variar de acordo com o indivíduo, mas de uma maneira geral, o fato de a pessoa ser observada, mesmo que seja apenas no ambiente virtual da internet, pode influenciar a forma que ela se comporta ou se comunica.

Mas quando tratamos especificamente da inviolabilidade e privacidade das comunicações realizadas no ambiente da internet, e em especial nas redes sociais, temos que levar em consideração aspectos intrínsecos da comunicação via redes sociais. Por exemplo, se um interlocutor comentar algo na página do perfil de determinado destinatário, e este comentário for visível aos demais usuários da rede social com qual o destinatário se comunica, o emissor da mensagem deve saber que a sua comunicação ficará “visível”

aos demais usuários. Diferentemente se o emissor, ao enviar uma mensagem “privada” – e mesmo que for através da mesma rede social - de forma exclusiva ao destinatário, a mensagem deve ser vista de forma mais privada (seja pelo assunto, seja pelos interlocutores, ou por outro motivo). Se o receptor desta mensagem privada torná-la pública, estaria ele afetando a privacidade e o direito à comunicação sigilosa do emissor da mensagem? Tais dilemas da comunicação virtual e do direito à privacidade são temas relativamente recentes e merecem a nossa atenção, em especial nos dias atuais com a grande utilização das redes sociais – seja para a vida social, manter relacionamentos amorosos, familiares e, até mesmo, profissionais.

Nos exemplos citados no parágrafo anterior, para uma pessoa que direciona a sua comunicação em uma rede social de forma pública, ela está exercendo o que se chama de “canal aberto” de comunicação. Ela sabe que outros indivíduos irão ter acesso ao conteúdo de sua mensagem. Ela, como emissor(a), tem está ciente da “publicização” que o conteúdo de sua mensagem terá, podemos concluir que o direito à privacidade, intimidade e sigilo de sua comunicação, neste caso, não foi infringido. Agora no segundo caso, em que a sua comunicação com o receptor da mensagem foi feita pelo chamado “canal

fechado”, quando alguém torna a mensagem pública, tais direitos à privacidade, intimidade e sigilo de comunicação do emissor da mensagem são ameaçados. Evidente que, caso quem infringisse o sigilo da comunicação tivesse uma autorização judicial para acessar a mensagem – como se a mensagem fosse de conteúdo ilícito e estivesse em investigação policial, com autorização judicial para quebra de sigilo telemático, por exemplo – a tutela da privacidade do emissor não fora ameaçada.

Um dos pontos mais sensíveis é justamente verificar em que medida o direito à privacidade e a proteção dos dados pessoais pode estar em ameaça, em especial na internet. Uma atividade que tenha o objetivo de examinar o conteúdo de uma mensagem, ou comunicação, seja para verificar a sua validade, a sua origem, o seu destino, geolocalização, ou até mesmo se tem conteúdo ilícito, já implica a uma vulnerabilidade e ameaça ao direito à privacidade, intimidade e ao sigilo da informação.

O direito à privacidade deve ser visto, na atual sociedade da informação, como um bem jurídico personalíssimo e reservado, que deve ser protegido de forma a garantir a dignidade da pessoa humana e a liberdade individual. Existe uma relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana, que pode ser vista como a

autovalorização individual, racional e livre da pessoa, com a sua intimidade - que deve ser tutelada como um direito fundamental, e garantido na Constituição Federal. Todo indivíduo deve ter a garantia a uma vida reservada, íntima, e que não tenha a perturbação de terceiros não autorizados a ameaçar a sua intimidade e os assuntos que o indivíduo não queira compartilhar com a coletividade. Portanto, deve ser garantido ao indivíduo o direito de decidir quais os aspectos de sua vida devem ser públicos, ou de acesso a terceiros.

A vida privada e o direito á privacidade estão relacionados ao espaço reservado que o indivíduo tem para desenvolver a sua personalidade, de forma livre e autodeterminada, e que apenas os terceiros que sejam convidados por ele tenham acesso. Ou seja, sem o livre consentimento do indivíduo, nenhuma pessoa poderá invadir a sua vida privada, e tão pouco acessar as suas comunicações privadas – bem como seus dados pessoais.

### **Bem jurídico e estado social e democrático de direito**

De acordo com Marcos Renteria <sup>421</sup>, o jurista italiano Stefano Rodotà desde a década

60 realiza estudos acerca da reformulação necessário para o conceito jurídico de propriedade. Segundo ele, “(...) o tema da propriedade não diz respeito apenas e tão somente a um conceito jurídico, mas uma ‘mentalidade’, ou seja, uma certa concepção acerca de como deve ser estruturado o uso e fruição de bens dentro de uma sociedade”<sup>422</sup>. Assim, amplia-se o conceito de propriedade para além das questões e temas patrimoniais do direito civil, surgindo novos conceitos de bens - como a informação e os dados pessoais, por exemplo.

De acordo com Rodotà, o conceito de “proprietário” é caracterizado pelo monopólio da decisão do modo de utilização de bens materiais ou imateriais. Mas para ele, existem bens, em especial na sociedade da informação, que não podem ser conceituados ou definidos limitadamente por esse viés. Partindo do pressuposto de que o conceito de bem jurídico relacionado à ideia de propriedade foi um desdobramento da Revolução Francesa e Americana, conceito de propriedade “(...) é indicativo da prerrogativa natural do indivíduo em tomar para si determinado bem existente no mundo exterior, de modo que o ato de apropriação traduz o exercício da liberdade

---

<sup>421</sup> TEPEDINO, Gustavo. *O direito civil entre o sujeito e a pessoa. Estudos em homenagem ao*

---

*professor Stefano Rodotà*. Ed. Forum. 2016. p. 137.

<sup>422</sup> Idem.

individual<sup>423</sup>. Com isto, nasce o que parte da doutrina jurídica chama de “mentalidade proprietária”, que fundamenta a ideia de que qualquer bem existente em sociedade tem por ideia a atribuição da titularidade exclusiva, onde cabe à pessoa que possui tal titularidade tomar as decisões acerca de sua utilização. Interessante é quando trazemos este conceito de “propriedade” para os bens jurídicos da chamada sociedade da informação, como os dados pessoais e a informação.

Evidente que para os críticos da definição da propriedade como conceito de exclusiva titularidade e decisionismo, uma vez que outras variáveis devem ser analisados, tais como a localização do bem, a nacionalidade do titular, de demais atributos jurídicos que influenciam na conceituação da propriedade do titular do bem. Mas quando trazemos estas análises para os bens jurídicos da sociedade da informação, tais desafios se demonstram ainda maiores.

Evidente que, com as demandas surgidas no século XX, em especial após a Segunda Grande Guerra e a tentativa de criação do Estado de Bem Estar Social, surge a ideia da “função social da

propriedade<sup>424</sup>. Com isto, surge uma necessidade uma nova delimitação da propriedade, uma vez que ela não deve ser vista apenas como algo a ser visto apenas do ponto de vista da propriedade exclusiva do titular, mas também levando-se em conta a sua funcionalidade com o meio e sociedade. O desafio é quando existem alguns bens que já nascem de forma coletiva, como é o caso da internet. Seria ela, categorizada, como um bem comum<sup>425</sup>?

### **Proteção dos bens digitais no direito da personalidade**

A internet propicia ao indivíduo o exercício de sua liberdade de forma ampla, seja através do exercício de sua liberdade de expressão, seja em seu relacionamento interpessoal nas redes sociais, seja exercendo a livre iniciativa através do comércio eletrônico, utilizando da rede para exercer atividade profissionais ou de lazer. Porém, a

---

<sup>424</sup> Inclusive, de acordo com o artigo 5º, XXIII, da Constituição Brasileira, “(...) a propriedade atenderá a sua função social”.

<sup>425</sup> De acordo com De Plácido e Silva, “O sentido de bens comuns (...) pode ser entendido no sentido de bens inapropriáveis, isto é, que não são suscetíveis de um apoderamento por parte da pessoa, a fim de que os particularize em proveito ou utilidade própria. Serão os bens comuns a todos (*res omnium communes*) ou *communia omnium*, na linguagem romana, tais sejam o ar, a água corrente, o mar, a luz, de todos se utilizam. (...) os bens de uso público, para indicar que são bens de uso de todos os habitantes de um lugar. (...) bens que são possuídos em comunhão> têm dois ou mais titulares, pertencem a todos em comunhão.

---

<sup>423</sup> TEPEDINO, Gustavo. *O direito civil entre o sujeito e a pessoa. Estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Ed. Forum. 2016. p. 139.

internet deve ser vista também sob a ótica de, ao permitir que dados pessoais sensíveis<sup>426</sup> possam circular na rede mundial de computadores, podem ameaçar a tutela da dignidade do indivíduo.

Com o surgimento da chamada sociedade da informação, o aumento exponencial da utilização da internet fez com que os dados pessoais passassem a ser visto não apenas como um atributo do indivíduo, mas também como uma forma de “mercadoria”<sup>427</sup>. Assim, com o avanço do desenvolvimento e ampliação da internet, surgem novos bens jurídicos que devem ser tutelados para garantir a dignidade do indivíduo.

Uma das principais questões que a doutrina jurídica deve se debruçar contemporaneamente é sobre como a autonomia privada deverá ter novos contornos, em especial na era digital. O jurista Pietro Pierlingieri conceitua que a autonomia privada pode ser conceituada de forma preliminar como “(...) o poder, reconhecido ou concedido pelo ordenamento jurídico ou a um grupo, de determinar

vicissitudes jurídicas (...) como consequência de comportamentos – em qualquer medida – livremente assumidos”<sup>428</sup>. Ampliando o conceito, segue a análise de forma extensiva, sendo a autonomia privada como “(...) a liberdade de regular por si as próprias ações, (...) de permitir a todos os indivíduos envolvidos em um comportamento comum determinar as regras daquele comportamento através de um entendimento comum”<sup>429</sup>. Segundo Pierlingieri, este conceito da autonomia privada desloca a análise da liberdade sob a ótica exclusivamente econômica, para incluir a liberdade também focada na pessoa.

Ao analisar como os fundamentos diversificados dos atos da autonomia privada, Pierlingieri sustenta que estes

“(...) encontram um denominador comum na necessidade de serem dirigidos à realização de interesses e de funções que merecem tutela e que são socialmente úteis. E na utilidade social existe sempre a exigência de que atos e atividade não contrastem com a segurança, a liberdade e a dignidade humana”<sup>430</sup>

Logo, por trazer uma interpretação extensiva do conceito da autonomia privada,

<sup>426</sup> A Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD), em seu artigo 5º, II, define da seguinte forma dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;

<sup>427</sup> No capítulo 3 da presente pesquisa será aprofundada a análise sobre o conceito de dados pessoais.

<sup>428</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3ª edição. ed. Renovar. 2007. p. 17.

<sup>429</sup> Idem

<sup>430</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3ª edição. ed. Renovar. 2007. p. 19.

incluindo a tutela da personalidade do indivíduo, tal reanálise de Perlingieri contribui para que o ordenamento e a doutrina jurídica incluam as situações subjetivas e existenciais no direito civil, e não apenas as questões patrimoniais. Inclusive, a dignidade da pessoa humana deve ter primazia aos valores patrimoniais, tornando a pessoa a medida do agir econômico.

Quando trazemos o conceito da autonomia privada do indivíduo de Perlingieri para a era digital contemporânea, e em especial sobre a autonomia do indivíduo em decidir acerca de seus dados pessoais, temos que levar em conta o proposto por Stefano Rodotà o ciclo “pessoa-informação-circulação-controle”<sup>431</sup>. Ou seja, a autonomia privada garante ao indivíduo decidir acerca de seus dados pessoais, que cada vez mais estão expostos no ambiente virtual.

Como explica o mestre italiano Rodotà, “(...) a internet representa a criação do maior espaço público que a humanidade já conheceu (...) possibilitando a construção da sociedade verdadeiramente diversa, na qual todas as pessoas podem ser igualmente cidadãos”<sup>432</sup>. Porém, a autonomia privada

não deve ser vista de forma desenfreada na utilização da internet, uma vez que esta não deve ser vista como uma “terra sem lei” – uma vez que todo comportamento humano realizado no ambiente virtual terá as consequências jurídicas do “mundo físico”. Logo, as condutas e ações na internet também devem ter a preeminência da tutela dos direitos da personalidade em relação aos direitos patrimoniais, levando em conta o princípio da dignidade humana.

De acordo com Roberta Mauro Medina Maia, “a principal semelhança entre o direito de propriedade e a privacidade dos dados pessoais talvez resida no fato de que a privacidade não seria apenas a ausência de informação sobre nós mesmos na mente dos outros. É, sobretudo, o controle que temos sobre a informação a respeito de nós mesmos”<sup>433</sup>. O fato de o indivíduo ter o controle sobre seus dados pessoais é o que fundamenta o conceito dos dados pessoais como uma propriedade. Mas a privacidade não deve ser conceituada apenas sob a ótica de direito de propriedade, uma vez que não envolveria apenas o controle do indivíduo sobre a tutela deste direito, pois depende também de questões da relação social do indivíduo com o meio. Ainda de acordo com MAIA (2019. p. 149), a “(...) noção de titularidade não está restrita ao direito de

---

<sup>431</sup> Vide página 08 da presente pesquisa.

<sup>432</sup> RODOTÀ *apud* TEPEDINO, Gustavo. *Da dogmática à efetividade do direito civil. Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional. IV Congresso do IBDCIVIL*. 2ª edição Ed. Fórum. 2019. p. 61

---

<sup>433</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. Revista dos Tribunais. 2019. p. 147.

propriedade (...) mas seria apenas uma das formas deste conceito”.

O conceito de propriedade está disposto no artigo 1.228 do Código Civil. Como nos ensina a jurista Maria Helena Diniz (DINIZ, 2017. p. 940), “A propriedade é o direito que a pessoa física ou jurídica tem, dentro dos limites normativos, de usar, gozar e dispor de uma coisa corpórea ou incorpórea, bem como de reivindicar de quem injustamente a detenha”. Ou seja, os dados pessoais, por ser uma coisa incorpórea e a pessoa natural ter o direito de usar, e até mesmo dispor – como na situação em que o titular dos dados pessoais oferece o seu consentimento para que outro agente compartilhe seus dados.

Mas a doutrina jurídica vem sedimentando o conceito de que a proteção dos dados pessoais não deve ser vista apenas como objeto de um direito de propriedade, mas também sobre a necessidade de conceituar a sua titularidade – uma vez que é de suma importância determinar a quem os dados pessoais pertencem. Com o conceito de titularidade dos dados pessoais, não está previsto apenas o chamado poder de controle sobre eles, mas também prevê a quem eles pertencem e quem terá o poder de decidir acerca de sua disposição. E, como constam nos artigos 17 e 18 da LGPD, o titular dos dados pessoais é a pessoa natural, e que tem garantido os seus direitos

fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade. E estes artigos dispõem acerca tanto da titularidade quanto da propriedade, uma vez que oferecem ao titular dos dados pessoais dispor e controlar os seus dados pessoais – conceitos relacionados aos direitos reais de propriedade.

## **PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E DIREITOS DA PERSONALIDADE**

### **Evolução histórica do conceito de privacidade**

De acordo com o especialista em Proteção de Dados Danilo Doneda, o ordenamento jurídico abordou de forma mais efetiva a questão da privacidade somente a partir do século XIX<sup>434</sup>. De acordo com este jurista, existiam outras questões que não contribuíram para o desenvolvimento da tutela jurídica do conceito da privacidade tais como uma sociedade com rígida hierarquia social, além de espaços públicos e privados que não contribuíram para o desenvolvimento deste conceito de privacidade tal qual conhecemos atualmente.

De uma forma geral, a doutrina jurídica considera como marco inicial da

---

<sup>434</sup> DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais. Fundamentos da lei geral de proteção de dados*. Ed. Revista dos Tribunais. 2019. pg. 29

tutela à privacidade o artigo *The right to privacy*, escrito por Samuel Warren e Louis Brandeis, em 1890. Este artigo traz consigo muito do individualismo da sua época, que não relacionava o conceito de privacidade como sendo um dos aspectos fundamentais para o pleno desenvolvimento da personalidade do indivíduo, mas sim como um conceito do “Direito a ser deixado só”<sup>435</sup>.

A chamada “idade de ouro da privacidade” foi o período compreendido entre a segunda metade do século XIX, em que foi priorizado o conceito de privacidade com tutela da individualidade da vida durante o período de grande desenvolvimento das ideias liberais burguesas. Mas com o avanço do desenvolvimento do conceito, em especial com as transformações ocorridas na Revolução Tecnológica do século XX, a privacidade teve o seu conceito ampliado, e é vista por muitos juristas – como Danilo Doneda – como sendo um dos conceitos salutares para outros direitos e liberdades fundamentais<sup>436</sup>.

Na Sociedade da Informação, o conceito de privacidade foi alargado e não consiste apenas em isolamento, direito a ser

deixado só, ou ao conceito de tranquilidade. Este aspecto mais intimista do conceito de privacidade estava relacionado ao fato do predomínio da importância do tema em estratos sociais extremamente elitista da sociedade aristocrática europeia, envolvendo sigilo de troca de correspondência entre escritores, intelectuais, aristocratas e políticos europeus, dos séculos XVIII, XIX e início do século XX<sup>437</sup>.

Apenas após a Segunda Guerra Mundial que o conceito de privacidade foi tutelado como um dos direitos fundamentais. No ano de 1948, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem<sup>438</sup>, foi quando apareceu pela primeira vez nas declarações internacionais. Nesta Declaração, em seu Capítulo Primeiro, os artigos V, IX e X tratam sobre a tutela de direitos humanos relacionados à privacidade. Em relação ao Direito à proteção à honra, da reputação pessoal e da vida família, prescreve o artigo V: “Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra os ataques abusivos à sua honra, à sua reputação e à sua

---

<sup>437</sup> Para melhor compreensão acerca destas correspondências da elite europeia, veja DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais. Fundamentos da lei geral de proteção de dados*. Ed. Revista dos Tribunais. 2019. pg. 32

<sup>438</sup> A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem foi aprovada na 9ª Conferência Internacional Americana, realizada na cidade de Bogotá (Colômbia) no ano de 1948. Fonte [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao\\_Americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm) . acesso em 16 de junho de 2020

---

<sup>435</sup> O conceito *Rigth to be alone* foi mencionado, pela primeira vez, por Thomas McIntyre Cooley no ano de 1888.

<sup>436</sup> DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais. Fundamentos da lei geral de proteção de dados*. Ed. Revista dos Tribunais. 2019. pg. 31

vida particular e familiar”. Sobre o Direito à inviolabilidade do domicílio, diz o artigo IX: “Toda pessoa tem direito à inviolabilidade de seu domicílio”. Por fim, sobre o Direito à inviolabilidade de correspondência, o artigo X: “Toda pessoa tem direito à inviolabilidade e circulação da sua correspondência”.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos<sup>439</sup>, em seu artigo 11 defende a Proteção da honra e da dignidade, “1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas”.

Ainda no âmbito das Declarações Internacionais, a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), aprovada pela Resolução 217 A (III) proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU) de 10 de dezembro de 1948, estabeleceu pela primeira vez a proteção universal dos direitos humanos<sup>440</sup>. Com um

---

<sup>439</sup> A Convenção Americana sobre Direitos Humanos foi assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969.

<sup>440</sup> Declaração Universal dos Direitos do Homem. Fonte:

dos objetivos de elencar os direitos humanos como garantias mínimas, e que atrocidades sofridas pela humanidade ocorridas durante as duas Grandes Guerras Mundiais, a DUDH influenciou a grande maioria das constituições modernas dos Estados e democracias recentes<sup>441</sup>. O artigo XII da DUDH diz que “Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”. E o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos<sup>442</sup>, em seu artigo 17, diz que “1. Ninguém poderá ser objetivo de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação. 2. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas”.

Mas o sistema internacional, em especial a Carta Internacional de Direitos Humanos, não acompanhou o rápido e

---

<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/> acesso em 21 de junho de 2020.

<sup>441</sup> Declaração Universal dos Direitos do Homem. Fonte: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/> acesso em 21 de junho de 2020.

<sup>442</sup> A Declaração Universal dos Direitos do Homem, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, formam juntos a chamada Carta Internacional dos Direitos Humanos. Fonte: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/> acesso em 21 de junho de 2020

exponencial crescimento tecnológico da indústria da internet e digital. E a dificuldade é ampliada quando analisamos a colisão entre direito à privacidade com o direito à liberdade de expressão.

Ainda tratando da evolução da tutela da privacidade na sociedade contemporânea, importante destacar que a Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU), realizada em 18 de dezembro de 2013, aprovou a Resolução 68/167 “O direito à privacidade na era digital”<sup>443</sup>. Tal Resolução reconheceu que o crescimento acelerado das tecnologias de informação e de comunicação, ofereceu aos governos e às empresas a possibilidade de desenvolver atividades que pudessem interceptar e de obter dados pessoais dos indivíduos. A depender da forma desta obtenção e de interceptação, tal atividade poderia ser uma forma de violação ou transgressão dos direitos humanos<sup>444</sup>. Destacou a importância do respeito à liberdade de buscar, receber e difundir a informação, bem como colocou relevo sobre a vigilância e interceptação ilícitas ou arbitrárias nos dados pessoais dos indivíduos.

---

<sup>443</sup> Resolução 68/167 da Assembleia Geral da ONU. Fonte: <https://undocs.org/es/A/RES/68/167>. Acesso em 21 de junho de 2020.

<sup>444</sup> Em especial ao direito à privacidade, garantido pelo artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, e no artigo 17 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

A Resolução deixa de forma expressa que estes atos de intrusão violam o direito à privacidade e são contrários aos preceitos de uma sociedade democrática. Reconheceu que o rápido avanço global da internet e das comunicações digitais impulsionou o progresso, propiciando o desenvolvimento, porém os direitos dos indivíduos também devem estar protegidos no ambiente da internet – incluindo a tutela da privacidade. Para isso, os Estados devem adotar medidas para garantir o direito à privacidade dentro do contexto das comunicações digitais. Tais medidas devem incluir a criação de legislações que versam sobre o tema da privacidade e proteção de dados na internet. Além disso, a Resolução 68/167 da Assembleia Geral da ONU sugeriu aos Estados que examinassem os seus procedimentos e práticas de vigilância e receptação ou interceptações de dados pessoais, para verificar se estão de acordo com a tutela da privacidade dos seus cidadãos. Um dos principais pontos que a Resolução sugeriu, foi que os Estados adotassem mecanismos nacionais de supervisão independentes, que garantissem a transparência das atividades de vigilância da privacidade, e de proteção de dados, realizados pelo Estado.

Evidente que a questão do controle e acesso à informação sempre foi de suma importância para a sociedade, em suas mais

variadas épocas. Mas o ineditismo que a tecnologia trouxe de impacto para a questão da privacidade e da proteção de dados pessoais foi justamente o aumento exponencial da capilaridade tanto de obtenção e fontes de acesso às informações, bem como a ampla gama de destinatários e fluxos transacional de informações.

Para alguns juristas, como o próprio Danilo Doneda<sup>445</sup>, o aumento da demanda estatal e dos agentes privados em obter cada vez mais um maior nível de detalhamento e de capilaridade de acesso às informações pessoais dos indivíduos, era justificado não apenas pelo fato da informação que seria obtida ser útil já naquele momento, mas simplesmente pelo fato dela ser acessível. Os agentes estatais e privados que captam as informações dos indivíduos assim o fazem seja por uma necessidade do momento, ou por potencial necessidade futura.

Uma das principais alterações sobre a importância da tutela da privacidade nos tempos contemporâneos, foi que o Estado deixou de ser o único ofensor à tutela da privacidade. O setor privado, e em especial a utilização da internet e dos meios digitais, também se transformou em um dos principais ofensores à tutela da privacidade dos indivíduos.

---

<sup>445</sup> DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais. Fundamentos da lei geral de proteção de dados*. Ed. Revista dos Tribunais. 2019. pg. 36.

Um dos marcos históricos que também influenciou a tutela da privacidade foram os atentados terroristas que ocorreram às Torres Gêmeas, nos Estados Unidos, em 11 de setembro de 2001. Após o atentado, houve por parte do Estado norte-americano uma maior interferência na privacidade dos cidadãos norte-americanos, bem como de indivíduos de outras nacionalidades que estavam no território dos EUA. No ano de 2013 o governo dos EUA foi duramente criticado por utilizar a Agência de Segurança Nacional (NSA) e o FBI para, ao tentar proteger os cidadãos norte-americanos do terrorismo, estaria violando a privacidade dos cidadãos. Inclusive, houve uma acusação de que as autoridades americanas colheram dados de milhões de usuários de telefones e exploraram os servidores de nove empresas da internet<sup>446</sup>. Um dos aspectos mais debatidos na doutrina jurídica acerca da tutela da privacidade, e em especial na internet, é se os usuários das redes sociais estão preocupados com a sua privacidade frente à utilização das aplicações e softwares na internet.

Como definido pelo jurista italiano Stefano Rodotà, a tutela da privacidade na Sociedade da Informação não se pauta mais

---

<sup>446</sup> Para maiores informações, acesse: <https://www.terra.com.br/noticias/mundo/estado-s-unidos/escandalo-de-invasao-de-privacidade-coloca-governo-dos-eua-sob-pressao,2358198de4e1f310VgnCLD200000ec6eb0aRCRD.html> acesso em 21 de julho de 2020

no chamado eixo “pessoa-informação-segredo”, mas sim no “pessoa-informação-circulação-controle”<sup>447</sup>. Assim, a tutela da privacidade não se esgota apenas no fato de evitar o acesso do Estado, ou dos demais agentes privados, aos dados pessoais do indivíduo. Mas o conceito se expande, para tutelar a circulação, disseminação e controle das informações – na tentativa de garantir ao indivíduo o protagonismo de seus dados pessoais. Assim, afasta-se a relação do conceito de privacidade como a garantia de isolamento ou tranquilidade, que fora amplamente divulgada e conceituada nos séculos XVIII e XIX, e amplia-se o conceito para que o indivíduo possa obter meios de controlar os seus dados pessoais, através dos conceitos de consentimento e do direito ao esquecimento<sup>448</sup>.

Para parte da doutrina, como Danilo Doneda<sup>449</sup>, a ampliação do conceito de tutela do direito à privacidade para a proteção de dados pessoais faz com que em um primeiro momento esses dois conceitos se confundam. Mas com o desenvolvimento da indústria e economia digital, o conceito de proteção de dados foi ampliado e passa a ter significado ontológico próprio. O direito

à privacidade deixa de ser analisado apenas sob a ótica patrimonialista<sup>450</sup>, e passa a tutelar mais os direitos da personalidade.

Ocorre que o desenvolvimento da indústria informática, e em especial da digitalização e da ampliação da utilização da internet como um sistema da economia, trouxe às ciências jurídicas grandes desafios. Um dos desafios é justamente a ausência de centro de controle hierarquizado da internet. Todo o tráfego de dados da rede mundial de computadores é realizado através de protocolo de comunicações, e os “caminhos” possíveis por esses protocolos não são os mesmos – mesmo se uma terminação parte de um mesmo *device*, e vá para um mesmo destino<sup>451</sup>. Ou seja, os caminhos dos protocolos de comunicação da rede não são únicos, e com conexões que podem variar de acordo com a conectividade, não havendo uma estrutura

---

<sup>450</sup>O civilista Pietro Perlingieri, em sua obra “Perfis do Direito Civil”, relata sobre o processo de “despatrimonialização” que tem ocorrido no Direito Civil. Ele afirma ser necessário “(...) reconstruir o Direito Civil não com uma redução ou um aumento de tutela de situações patrimoniais, mas com uma tutela qualitativamente diversa (...) O Direito Civil reapropria-se (..) da sua originária vocação de *ius civile*, destinado a exercer a tutela dos direitos “civis” em uma nova síntese” (PERLEGRINI, Pietro. *Perfis do direito civil*. ed. Renovar. 3ª edição. 2007. p. 34).

<sup>451</sup> Para exemplificar, pense em um computador conectado à rede de internet fixa que, ao ter o sinal rompido por um problema técnico da operadora de telecomunicações, o usuário reconecta a sua conexão à internet através da utilização do sinal de internet do celular (o chamado “acesso pessoal” ou roteamento de sinal).

---

<sup>447</sup> RODOTÀ, Stefano. *A privacidade hoje*. p.

<sup>448</sup> Os conceitos do consentimento e do direito ao esquecimento serão abordados na presente pesquisa.

<sup>449</sup> DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais. Fundamentos da lei geral de proteção de dados*. Ed. Revista dos Tribunais. 2019. pg. 44.

central das comunicações e dos protocolos da internet. Esta ausência de polo de controle acaba por dificultar até mesmo uma regulação da proteção de dados. Inclusive, justamente esta ausência de controle formalmente hierarquizado contribuiu para que a internet se desenvolvesse independentemente de regulações de Estados e de Organismos Internacionais.

### **Conceito de dado pessoal na sociedade informacional e direitos personalíssimos**

Inicialmente os dados pessoais estavam relacionados à informações cadastrais das pessoas naturais, tais como nome, sobrenome, endereço residencial e de correio eletrônico, número de telefone e dados bancários. Ocorre que, com a vultoso desenvolvimento da economia digital, ocorreu uma ampliação deste conceito passando a incluir dados e histórico de navegação na internet, *clickstream*<sup>452</sup>, localização geográfica, endereço de *Internet Protocol (IP)*<sup>453</sup>.

---

<sup>452</sup> O termo *clickstream analysis* faz referência à análise dos dados de navegação do usuário em um web site com o objetivo de descobrir padrões e regras de associação do tipo: se um usuário visitou a página A ele também visitou a página B. Fonte: <https://www.devmedia.com.br/analise-clickstream-analisando-dados-de-navegacao-em-seu-site/29941>. Acesso em 16 de agosto de 2020.

<sup>453</sup> BRANCHER, Paulo Marccos Rodrigues. BEPPU, Ana Cláudia. *Proteção de dados pessoais no Brasil. Uma nova visão a partir ds Lei. Nº 13.709/2018*. Ed. Forum. 2019. p. 65.

Um dos principais vetores para a ampla utilização dos dados pessoais como verdadeira “moeda de troca”, é devido à utilização massiva das plataformas digitais e das redes sociais da internet, através do *Big Data*<sup>454</sup>. A alta conectividade dos indivíduos à internet, com o alto desenvolvimento de novas tecnologias, e somado à este contexto a diversificada utilização da internet com altíssima velocidade de conexão, propiciou aos indivíduos realmente tivessem uma “vida virtual”. Para alguns analistas, a próxima etapa da internet (*Internet of Things – IoT*) poderá ser responsável pela maior imersão do ambiente “virtual” com o “real”.

Conseqüentemente as plataformas digitais e redes sociais, sejam para facilitar, acelerar o tempo de resposta, ou até mesmo para propiciar ao seu usuário uma experiência mais individualizada, coletam os dados pessoais<sup>455</sup> dos seus usuários. Com isso, surge o conceito da economia movida a dados pessoais (*data-drive-in economy*). Ana Frazão, ao explicar a função das plataformas digitais na economia de dados diz,

---

<sup>454</sup> Big Data é a análise e a interpretação de grandes volumes de dados de grande variedade. Fonte: <https://canaltech.com.br/big-data/o-que-e-big-data/> Acesso em 02 de agosto de 2020.

<sup>455</sup> De acordo com o artigo 5º, I, da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD), define dados pessoais como “I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável”.

A racionalidade econômica das plataformas digitais está associada especialmente à viabilização dos mercados de dois lados, os quais se caracterizam pela promoção da interação entre os usuários das pontas (...) Assim ambos os lados (...) precisam encontrar-se e interagir, com vistas a beneficiarem-se do aumento de participantes do outro lado”<sup>456</sup>

Mesmo que as plataformas digitais não detenham os “meios de produção” para as trocas econômicas, elas possuem algo que é de importância salutar para a economia digital: conectar demandantes e demandados – seja na venda *on line* de determinado produto, na prestação de um serviço, ou como meio de pagamento ou propiciar a comunicação.

Mas como, e de que forma, os dados pessoais são utilizados pelas plataformas digitais? E de que forma elas podem gerar valor, através do tratamento dos dados pessoais de seus usuários? Um dos principais conceitos de tratamento de dados pessoais utilizados pelas plataformas digitais são o *matchmaking* e a recomendação. O primeiro trata-se de uma prática onde, através do conhecimento dos interesses dos usuários das plataformas ou aplicações digitais, combinam-se os interesses dos usuários – numa espécie de “conexão entre os consumidores corretos para os produtores

corretos”<sup>457</sup>. Enquanto o segundo, através das informações obtidas pelos dados pessoais do usuário, como o histórico de navegação em *web sites*, de produtos comprados, localizações geográficas percorridas, as plataformas e as aplicações digitais recomendam aos seus usuários produtos e serviços semelhantes, de acordo com os dados pessoais tratados. As plataformas detêm “(...) a importante função de controle, gestão e, conforme o caso, igualmente de utilização comercial dos dados pessoais dos usuários”<sup>458</sup>. Evidente que, sem o tratamento e acesso aos dados pessoais de seus usuários, as plataformas e aplicações digitais não conseguiriam atingir seus objetivos e eficiência.

Para as plataformas digitais, através do *big analytics* ocorreu a possibilidade de, através dos dados, extrair as correlações, padrões e associações que possam ser consideradas informações que possam ter grande valor. Os algoritmos<sup>459</sup> das plataformas digitais buscar acessar o *Big*

---

<sup>457</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Ed. Fórum. 2019. p. 335

<sup>458</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Ed. Fórum. 2019. p. 335

<sup>459</sup> Algoritmos são a base do processo de desenvolvimento de software e fazem parte das ferramentas pelas quais programadores criam estratégias para fracionar problemas em etapas e processos que podem ser traduzidos computacionalmente. Fonte:

<https://www.techtudo.com.br/listas/2020/05/o-que-e-algoritmo-entenda-como-funciona-em-apps-e-sites-da-internet.ghtml> Acesso em 02 de agosto de 2020.

---

<sup>456</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Ed. Fórum. 2019. p. 334.

*Data* e relacioná-lo com o *Big Analytics*<sup>460</sup> para gerar valor ao dado pessoal e transformá-lo em informação. Isso faz com que as plataformas e aplicações digitais busquem, através do *Big Data*, obter a maior quantidade de dados pessoais possíveis de seus usuários, para depois realizar o tratamento e saber como irão monetizar ou gerar valor. Isso faz com que as plataformas digitais seja um dos agentes com maior participação na obtenção dos dados pessoais dos usuários da internet – principalmente pela alta conexão entre os usuários, agentes econômicos e até os governos<sup>461</sup>.

Ao fim e ao cabo, o sistema econômico, utilizando das plataformas digitais e seus algoritmos, oferecem aos agentes decisões com base na menor probabilidade de erro, com maior eficiência e com menor custo de operação. Um dos principais ganhos ao utilizar decisões baseadas em algoritmos é justamente substituir as análises humanas, que são cognitivas e fundamentadas em um pensamento causal e indutivo, pelas análises e decisões estatísticas e racionais de tais aplicações.

---

<sup>460</sup> Em síntese, quando se trata de *Big Data*, se referem à quantidade massiva de obtenção de dados recolhidos por aplicações e mecanismos digitais e virtuais. Já *Big Analytics*, se refere aos dados massivos já tratados e analisados.

<sup>461</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Ed. Fórum. 2019. p. 338

Mesmo que de forma indireta, os algoritmos interferem a relação do indivíduo com a internet, chegando até mesmo a prevêê-la<sup>462</sup>. O debate acerca da utilização dos algoritmos perpassa a questão da suposta invasão de privacidade, uma vez que as informações geradas por eles advêm de dados pessoais que nem sempre tem o consentimento dos titulares, mas devem ser analisados sob a ótica dos impactos que os algoritmos podem ter na vida dos indivíduos. De decisões que vão desde quanto a pessoa deverá pagar por determinado serviço, como a contratação de um seguro de automóvel – baseado nas informações geográficas de localização e deslocamento – até sobre como a pessoa reage a exposição a determinadas situações – tendo por base as informações da expressão facial da pessoa.

Dentro do chamado processo de “despatrimonialização” do direito civil, no qual os bens jurídicos tutelados deixam de ser apenas o patrimônio, e passando a incluir também os chamados direitos da personalidade, tutelam a dignidade da pessoa humana – e contribuem substancialmente para que outros bens jurídicos venham a ser categorizados, como os dados pessoais. Daí

---

<sup>462</sup> Ao utilizar os dados de deslocamentos por meio das conexões de aparelho celular de uma pessoa às respectivas antenas, é possível prever com até 95% de precisão onde o indivíduo estará em dois meses, e em que hora do dia. Fonte: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-39535650> Acesso em 03 de agosto de 2020.

a característica de que os direitos da personalidade não são acabados, mas sim em constante construção.

Para grande parte da doutrina jurídica contemporânea, os dados pessoais também devem ser incluídos como uma nova categoria de direitos da personalidade. Daí a comprovação de que os direitos da personalidade não devem ser considerados de uma forma restritiva, mas sim capaz de incluir as novas demandas da sociedade da informação. Inclusive a própria doutrina alemã, que o direito da personalidade deve ser como uma das principais funções jurídicas a garantia de que o indivíduo possa desenvolver a sua personalidade de forma livre. Ou seja, se este desenvolvimento incluir também a tutela dos dados pessoais, o direito da personalidade deve integrá-lo como um de seus bens tutelados. Assim sendo, os direitos da personalidade passariam a ser repersonalizados, e não mais vistos apenas de forma patrimonial do direito civil.

De acordo com Maria Celina Bodin, desde os primórdios da Idade Antiga o direito civil teve como um de seus principais elementos o direito à propriedade (senão o principal)<sup>463</sup>. Mas a partir do final do século XIX foi percebido pelos indivíduos a necessidade de uma tutela da privacidade.

---

<sup>463</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana. Estudos de direito civil-constitucional*. Editora Processo. 2016. p. 121

Celina (MORAES, 2016. p. 122) destaca que até finais do século XVIII os indivíduos não tinham uma vida privada, ocorrendo uma mistura com a sua vida pública. Foi somente com o Código Civil de Napoleão que surge o sujeito com direitos subjetivos, principalmente devido às conquistas da burguesia na revolução Francesa, que demandaram uma maior tutela dos contratos para protegerem os bens e as titularidades, para proteger um direito de propriedade sobre os bens.

Segundo Bodin (MORAES, 2016. P. 122), somente após duzentos anos que no direito civil houve a prevalência dos direitos da personalidade sobre os direitos patrimoniais, em especial no que tange à proteção da identidade e integralidade. Na sociedade da informação, os meios de comunicação em massa, e em especial a utilização da internet, podem ameaçar os direitos da personalidade – em especial pela intromissão, e muitas vezes vigilância, que o indivíduo tem em sua vida particular. Surge então um debate na doutrina jurídica acerca da informação. Seria ela um bem jurídico que deve ser tutelado “(...) através dos direitos da personalidade ou através do direito de propriedade?”<sup>464</sup>.

De acordo com Bodin (MORAES, 2016. P. 127), o direito da personalidade

---

<sup>464</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana. Estudos de direito civil-constitucional*. Editora Processo. 2016. p. 123.

deve ser uma categoria aberta uma vez que “(...) sempre se evidenciam novas instâncias concernentes à personalidade do sujeito, não previstas nem previsíveis pelo legislador (...)”<sup>465</sup>. Como o legislador brasileiro não quis criar uma norma geral dos direitos da personalidade, para da doutrina, assim como Bodin, sustenta que o artigo 1º, inciso III da Constituição Brasileira, ao tutelar o princípio da dignidade da pessoa humana, deve ser visto pela ótica de uma norma geral dos direitos da personalidade,

(...) ao considerar a dignidade humana como valor sobre o qual se funda a República, representa uma verdadeira cláusula geral de tutela de todos os direitos que da personalidade irradiam. Assim, em nosso ordenamento, o princípio da dignidade da pessoa humana atua como uma cláusula geral de tutela e promoção da personalidade, em suas mais diversas manifestações. Não pode, portanto, ser limitada em sua aplicação pelo legislador ordinário”<sup>466</sup>

No caso concreto em que ocorra a colisão de direitos da personalidade (inclusive, Bodin cita o caso entre a colisão do direito à informação, vis-à-vis o direito à imagem, honra e privacidade)<sup>467</sup>, sugere a

<sup>465</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana. Estudos de direito civil-constitucional*. Editora Processo. 2016. p. 127

<sup>466</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana. Estudos de direito civil-constitucional*. Editora Processo. 2016. p. 128

<sup>467</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana. Estudos de direito*

utilização da técnica da ponderação<sup>468</sup> para verificar – de acordo com o caso concreto – de qual dos “lados” em colisão se tutela de forma mais plena o princípio da dignidade da pessoa humana. Inclusive é o que determina o Enunciado nº 274 da “IV Jornada de Direito Civil”,

Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação<sup>469</sup>

A grande dúvida, segundo Bodin (MORAES, 2016. p. 134) é definir quais são os limites da autodeterminação quando da ocorrência da colisão entre direitos da personalidade e a aplicação da ponderação com base no princípio da dignidade da pessoa humana. Inclusive, de acordo com o Enunciado nº 279 da “IV Jornada de Direito Civil”,

A proteção à imagem deve ser ponderada com outros interesses

*civil-constitucional*. Editora Processo. 2016. p. 128

<sup>468</sup> A aplicação da técnica da ponderação de princípios, através da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, será desenvolvida no próximo capítulo da presente pesquisa.

<sup>469</sup> Fonte: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/219> Acesso em 30 de julho de 2020.

constitucionalmente tutelados, especialmente em face do direito de amplo acesso à informação e da liberdade de imprensa. Em caso de colisão, levar-se-á em conta a notoriedade do retratado e dos fatos abordados, bem como a veracidade destes e, ainda, as características de sua utilização (comercial, informativa, biográfica), privilegiando-se medidas que não restrinjam a divulgação de informações<sup>470</sup>.

Como consta no histórico julgamento da Lei do Censo alemão, realizado em março de 1983<sup>471</sup>, as restrições deste direito à “autodeterminação sobre a informação” são permitidas,

(...) somente em caso de interesse predominante da coletividade. Tais restrições necessitam de uma base legal constitucional que deve atender ao mandamento da clareza normativa próprio do Estado de Direito. O legislador deve, além disso, observar, em sua regulamentação, o princípio da proporcionalidade. Também deve tomar precauções organizacionais e processuais que evitem o risco de uma violação do direito da personalidade”<sup>472</sup>

Os dados pessoais e as informações, especialmente com a massiva disponibilidade de acesso, divulgação,

<sup>470</sup> Fonte: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/236> Acesso em 30 de julho de 2020.

<sup>471</sup> Reveja a análise do julgamento da Lei do Censo alemã, na página 33 desta pesquisa.

<sup>472</sup> Fonte: [http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/jurisprudencias-e- pareceres/jurisprudencias/docs-jurisprudencias/50\\_anos\\_dejurisprudencia\\_do\\_tribunal\\_constitucional\\_federal\\_alemao.pdf](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/jurisprudencias-e- pareceres/jurisprudencias/docs-jurisprudencias/50_anos_dejurisprudencia_do_tribunal_constitucional_federal_alemao.pdf). p. 235. Acesso em 16 de agosto de 2020.

obtenção e transferência que a internet e as grandes empresas e aplicações na internet, acabam por transformar, definir, classificar e segmentar os indivíduos através de suas informações e dados pessoais. Logo o direito à personalidade, no que tange à questão da tutela da privacidade, deve considerar como uma das principais necessidades o controle da circulação da informação do indivíduo. Ou seja, cabe a este definir quais as informações a seu respeito podem ser armazenadas, divulgadas, transmitidas a terceiros e, até mesmo, comercializadas ou excluídas.

## TEORIA DA PONDERAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

### Direitos fundamentais tutelados para a garantia da dignidade da pessoa humana

O jurista Robert Alexy, em sua obra Teoria dos Direitos Fundamentais, teve o objetivo de conceituar uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais. Segundo Alexy, uma das principais atribuições desta teoria é justamente fazer a distinção ente regras e princípios, principalmente quanto à resolução de casos de colisões de direito. Regras e princípios são normas pois, de acordo com Alexy, são expressões deonticas

do dever, da permissão e da proibição<sup>473</sup>. Ele define que princípios, tanto quanto regras, são razões para juízos concretos de dever-ser. Sendo, assim, duas espécies de normas.

Existem vários critérios para distinguir regras de princípios, mas para Alexy a tese correta seria a que entre princípios e regras não existem apenas uma diferença de grau<sup>474</sup>, mas também uma diferença qualitativa. Ao conceituar o seu *mandamento de otimização*, Alexy define princípios como “(...) normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”<sup>475</sup>. O que vai determinar o grau de satisfação do mandamento de otimização de determinado princípio seriam as possibilidades tanto jurídicas quanto fáticas. A colisão de princípios e regras determinam o âmbito das possibilidades jurídicas. Para Alexy, regras são normas que contém determinações que devem, ou ser satisfeitas, ou não ser satisfeitas.

Como para Alexy não existe o conceito de gradualidade da regra<sup>476</sup>, se duas

regras têm consequências jurídicas contraditórias entre si em determinado caso concreto, uma delas deve permitir a inclusão de uma cláusula de exceção frente à possibilidade de ocorrer a necessidade de aplicação da regra conflitante. Se não for possível a utilização de uma cláusula de exceção, uma das duas regras deverá ser considerada inválida, pois trata-se de uma questão sobre validade. Ele menciona que existem vários critérios que devem ser levando em conta para decidir qual regra deverá ser considerada inválida<sup>477</sup>, inclusive levando-se em consideração a importância de cada regra em conflito. Mas o mesmo não ocorre com a colisão de princípios. Segundo Alexy, quando ocorre colisão, um deles precisará ceder. Mas isto não significa que o princípio que irá ceder deva ser considerado inválido, ou que tenha que ter uma cláusula de exceção – tal como ocorre nos casos das regras. Em determinadas condições, um dos princípios deverá ter precedência frente ao outro, no caso concreto. Inclusive, se as condições se alterarem, o princípio cedente poderá se “sobrepor”, resolvendo a problemática da colisão entre princípios de

---

<sup>473</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. ed. Malheiros. 2ª edição. 2015. p. 87

<sup>474</sup> O critério da generalidade define que Princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, em contraposição ao das regras, que é relativamente baixo. ref. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. ed. Malheiros. 2ª edição. 2015. p. 89

<sup>475</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. ed. Malheiros. 2ª edição. 2015. p. 90

<sup>476</sup> Uma vez que toda regra deve ser válida, ou inválida, em sua totalidade. ALEXY, Robert.

---

*Teoria dos direitos fundamentais*. ed. Malheiros. 2ª edição. 2015. p. 91

<sup>477</sup> Como os conceitos elencados na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

forma oposta. Isto decorre, segundo Alexy, porque nos casos concretos os princípios têm pesos diferentes e, aquele com maior “peso” no caso concreto (e frente à colisão com determinado princípio) deverá se sobrepor. Em suma, o conflito entre regras deve ser solucionados pelo âmbito da validade. Já a colisão dos princípios, na “dimensão de peso”, através de um sopesamento entre os interesses conflitantes.<sup>478</sup>

Geralmente, e ainda de acordo com o pensamento de Robert Alexy, o sopesamento ocorre quando ambos os polos desta colisão têm o dever de garantir, na maior medida possível, a aplicação de determinado princípio – dentro das possibilidades fáticas e jurídicas de sua realização. Na ausência de um dos polos, tornaria obrigatório ou permitida a realização do outro. Portanto, a existência de um princípio compromete a do outro.

Para solucionar esta colisão de princípios, o que Alexy sugere é o estabelecimento de “precedência condicionada entre os princípios”, mas considerada de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Se estabelecem “(...) condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro. Sob outras condições, é possível que a questão da

precedência seja resolvida de forma contrária”<sup>479</sup>.

Para este jurista alemão, de uma forma geral os princípios de direito constitucional não têm precedência um sobre o outro (exceção pode ser feita no caso do princípio da dignidade da pessoa humana). Ou seja, não existe uma precedência absoluta de princípios constitucionais. Mas para resolver a colisão entre princípios de direito constitucional, Alexy defende que deve ser usada uma relação de precedência condicionada (também chamada de concreta ou relativa), cuja questão decisiva é definir em determinadas condições qual será o princípio que deverá prevalecer e qual deverá ceder. Diz ele “Em um caso concreto, o princípio terá um peso maior que o princípio colidente se houver razões suficientes para que aquele prevaleça, em determinadas condições, presentes neste caso concreto”<sup>480</sup>. Mas se uma ação violar um direito fundamental, esta deverá ser proibida.

Alexy conceitua em sua “lei de colisão” que “As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do

---

<sup>478</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. ed. Malheiros. 2ª edição. 2015. p. 94

---

<sup>479</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. ed. Malheiros. 2ª edição. 2015. p. 96

<sup>480</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. ed. Malheiros. 2ª ed. 2015. p. 97

princípio que tem precedência<sup>481</sup>. Para ele, esta lei reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização, uma vez que não existe relação absoluta de precedência e a sua referência a ações e situações não quantificáveis. Mas esta “lei de coalização” não estabelece a questão do “tudo-ou-nada”, mas sim o “afastamento do direito fundamental em relações individuais”.

A condição de precedência e, com isso, o suporte fático da regra que corresponde ao enunciado da preferência segundo a lei de coalisão, incluem uma cláusula *ceteris paribus*, a qual permite o estabelecimento de exceções.

Alexy define que os princípios são definidos como mandamento de otimização (ou seja, exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes – pois seus mandamentos são *prima facie*- e as regras, como normas que sempre ou são satisfeitas, ou não são. Mas define que os princípios sempre têm o mesmo caráter *prima facie* seria uma definição incompleta. Inclusive, para Alexy uma regra pode ter a inclusão de uma cláusula de exceção em virtude de um princípio.

De acordo com este mandamento de otimização os princípios, por não terem um

mandamento definitivo, representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. Portanto, não são os princípios que possuem as razões e as contra-razões que devem ter preponderância na possibilidade fática – diferente das regras que, por exigirem que deva ser feito justamente o que ordenam, possuem uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas.

Um princípio pode ser fortalecido, segundo Alexy, quando introduzindo uma “carga argumentativa” em seu favor, bem como em desfavor ao princípio colidente. Inclusive define, de acordo com Bernhard Schlink, que “direitos fundamentais são regras sobre o ônus argumentativo”. Mas regras e princípios continuam a ser considerados como de natureza distinta, por este são sempre razões *prima facie* e aquelas, razões definitivas. Alexy passa a analisar as considerações possíveis para conceituar razões em dois tipos, a saber: razões para normas universais (como gerais e abstratas) e/ou normas individuais (juízos concretos do dever ser).

Segundo a lei de colisão de Alexy, a definição de uma relação de preferência é a definição de uma regra. Quando um princípio for uma razão decisiva para o juízo concreto para decidir o dever-ser, este será o fundamento de uma regra – pois representa

<sup>481</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. ed. Malheiros. 2ª edição. 2015. p. 99

uma razão definitiva para esse juízo concreto. Logo, para o jurista alemão os princípios, em si mesmos, não são razões definitivas e sim fundamento, critério e justificação de diretivas.

Os princípios, por não terem relação com as completudes fáticas e normativas, são de natureza geral. Quando os princípios entram em contato com as limitações do mundo fático e normativo, surge o chamado sistema diferenciado de regras. Inclusive, este sistema é de suma importância para criticar a tentativa de criar uma pretensa teoria generalizante do sopesamento.

Ele questiona se existem princípios absolutos, que nunca podem ser colocados em uma relação de preferência em face de outros. Uma das críticas centrais de existirem princípios absolutos é quanto ao fato destes, por serem absolutos, devem prevalecer mesmo no caso de uma colisão a direitos fundamentais. Isto porque, como existem princípios que tutelam direitos coletivos e, outros, direitos individuais, defender a ideia de que existem princípios absolutos é definir que estes, em um caso concreto de colisão, poderiam prevalecer mesmo que tutelasse direitos coletivos frente a princípios que tutelassem direitos individuais fundamentais. Ou seja, um princípio por ser absoluto poderia se sobrepôr a princípios de direitos fundamentais. Em caso de colisão, “(...) ou

os princípios absolutos não são compatíveis com os direitos individuais, ou os direitos individuais que sejam fundamentados pelos princípios absolutos não podem ser garantidos a mais de um sujeito de direito”<sup>482</sup>.

Alexy critica o chamado “Modelo puro de princípios” como aquele em que as regras são inteiramente dependentes dos princípios – estes definem as disposições que garantem os direitos fundamentais; já aqueles, surgem da fixação de relações de precedência como resultados de sopesamentos. Exemplificando o conceito utilizado por Eike von Hippel, Alexy critica este modelo que na solução determina que ao conflito deva ser conferido um peso especial a determinados interesses da sociedade (como liberdade de crença, de opinião, de proteção à propriedade, e demais direitos fundamentais). Para Eike, os direitos relacionados à autodeterminação individual deveriam ter maior peso na ponderação. Tal modelo estaria bem presente em análise de conflitos entre liberdade de expressão e direito à privacidade na internet.

Mas o Modelo de Eike não exclui a necessidade de avaliar diversos pontos de vista, e que a decisão sobre qual o princípio deverá “prevalecer” deverá sopesar os conflitos e interesses em jogo no caso

---

<sup>482</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. ed. Malheiros. 2ª edição. 2015. p. 111

concreto. Ou seja, através de uma valoração de interesses, as circunstâncias de cada caso particular é que sopesariam a decisão. Mas, Alexy critica um modelo puro de princípios, pois a ideia de uma cláusula geral de restrição estaria em desacordo com a Constituição Alemã - que regula a restrição de acordo com a natureza de cada direito fundamental. Mas não desconsidera a contribuição do Modelo Puro de Princípios de Eike, inclusive a necessidade de contrapô-lo a um Modelo Puro de Regras, ou até mesmo a uma modelo misto. Vejamos o Modelo Puro de Regras.

Para os defensores da aplicação deste Modelo Puro de Regras seria uma alternativa que garantiria uma maior segurança jurídica, pois vincula a regra ao texto constitucional. Além disso, nesse modelo, por mais que as normas de direitos fundamentais necessitam de complementação, a sua aplicação no caso concreto não deve ser feita com ponderação – visto que este “sopesamento” poderia causar uma grande insegurança jurídica devido á necessidade de interpretação da regra.

Porém Alexy também critica tal modelo puro de regras sem sopesamento e, para fundamentar a sua crítica, explana sobre três normativas de direitos fundamentais que precisam ser compatíveis em um modelo puro. São eles: 1) os direitos fundamentais

garantidos sem reserva; 2) os direitos fundamentais com reserva simples e; 3) os direitos fundamentais com reserva qualificada. Sem ao menos uma dessas normativas não for compatível com um modelo puro de regras, em que não deva ser levado em conta o sopesamento, então tal modelo puro de regras não são deve ser aplicado.

Explanando sobre uma possibilidade de normativa de direitos fundamentais garantidos sem reserva, o problema de um modelo puro de regras baseados seguindo esta normativa é latente quando a aplicabilidade de tal modelo foca apenas no texto de forma estrita. Mas o ponto central discutido pelo jurista alemão é se é possível um modelo puro de regras em que pese a garantia dos direitos fundamentais garantidos sem reserva, mesmo que não utilize sopesamento, estabelecer mesmo assim critérios para estabelecimento de decisões de proteção a um direito fundamental. Ele aprofunda a sua análise explicando o conceito de restrições imanentes de não perturbação de Düring<sup>483</sup>. A análise de Alexy é se as três restrições originárias de não-perturbação de Düring – “restrição imanente lógico-jurídica”, atribuída a direitos de terceiros; “restrição socialmente imanente”, atribuída à ordem

---

<sup>483</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. ed. Malheiros. 2ª edição. 2015. p. 125

moral e; “restrição eticamente imanente”, atribuída á lei moral – são livres de sopesamento<sup>484</sup>. Um dos pontos centrais é que sopesamentos são inevitáveis quando “todos são titulares de direitos fundamentais”<sup>485</sup>. Quando surgem dúvidas, a necessidade de sopesamento é inafastável, segundo Alexy, “critérios livres de sopesamento são sempre o resultado de um sopesamento que os sustenta (...) e que podem resumir-lo de maneira geral”<sup>486</sup>. Mesmo nos casos em que ocorra a “restrição eticamente imanente”, mesmo a lei moral não pode ser aplicada no caso concreto sem que ocorra sopesamento.

Em relação aos direitos fundamentais com reserva simples, a crítica que Alexy faz é no sentido de que estas normas tutelam apenas o que está restrito no seu conteúdo essencial. Ou seja, o conteúdo que está além do que está garantido no texto da regra de direitos fundamentais com reservas simples não está tutelado por esta. Para evitar esse esvaziamento, também deve-se recorrer ao exercício do sopesamento e de proporcionalidade – e mais uma vez surge a crítica a existência de um modelo puro de regras. Isso pode ser

percebido pelo critério de determinadas relações de preferência entre princípios, pois

“(…) para todos os casos de restrição a direitos fundamentais, exige que sejam atendidas as máximas de adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito – está alinhada com as perspectivas teórico-normativas e de fundamentação da teoria dos princípios”<sup>487</sup>

E mesmo a aplicação do modelo puro de regras no caso de direitos fundamentais com reserva qualificada também fracassa. Para Alexy, esse seria a situação em que tal modelo teria maiores chances de obter êxito. Solucionar estes casos tendo por base apenas a subsunção, e não a aplicação do sopesamento, é uma técnica fadada ao fracasso, uma vez que não respeitaria critérios de proporcionalidade e de razoabilidade. Portanto, segundo Alexy, o modelo puro de regras não se justifica, uma vez que não permite a utilização de sopesamento, proporcionalidade e razoabilidade. E tais critérios de análise de suporte fático são essenciais para analisar os casos de colisão de direitos fundamentais – tanto os garantidos “sem reserva”, com “reserva simples” ou com “reserva qualificada”.

---

<sup>484</sup> Idem

<sup>485</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. ed. Malheiros. 2ª edição. 2015. p. 126

<sup>486</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. ed. Malheiros. 2ª edição. 2015. p. 128

---

<sup>487</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. ed. Malheiros. 2ª edição. 2015. p. 131

Como, tanto o modelo puro de regras e o modelo puro de princípios como modelos considerados como “puros” e antagônicos, são rejeitados, surge a possibilidade de um modelo misto, que combine uma ligação entre o modelo puros de princípios com o modelo puro de regras. E este modelo, segundo Alexy, é o modelo de regras e princípios.

Como explicado nos tópicos anteriores, os chamados direitos *prima facie* são os direitos fundamentais individuais, que geralmente estão relacionados a algum direito subjetivo. Mas também existem os direitos fundamentais coletivos, que inclusive podem ser aplicados, no caso concreto, contrário a um direito *prima facie*. Inclusive, interesses coletivos podem, inclusive, serem utilizados em um caso concreto para fortalecer um direito fundamental. Não basta que um princípio tenha relevância apenas por seu aspecto formal, como em uma norma constitucional por exemplo, mas é necessário também que seja destacado a sua relevância do ponto de vista material e substancial na garantia de um direito fundamental.

O fato das normas de direitos fundamentais serem consideradas não apenas em face da garantia e tutela de princípios, mas também sobre fatores de exigências de princípios contrapostos, torna

necessário a existência de critérios de sopesamento em situações fáticas. Sendo assim, para a exigência de uma garantia de direito fundamental não é necessário apenas um princípio, mas também uma regra, e que esta deve ser aplicada levando-se em conta os critérios de sopesamentos – pois do contrário, segundo Alexy, esta regra torna-se incompleta<sup>488</sup>. E esta incompletude das regras deve ser sanado com a utilização do recurso dos princípios. Mas Alexy faz uma ressalva, já que o fato de decisões nos níveis das regras estarem vinculadas à Constituição as tornam estas com primazia frente às decisões a “(...) determinadas alternativas baseadas em princípios”<sup>489</sup>. Mas tal primazia não deve ser vista de forma absoluta, nem mesmo inafastável, uma vez que em determinadas situações fáticas jurídicas, a primazia do nível das regras tenha um peso menor do que os princípios colidentes. Isto ocorre quando existirem razões que não estejam determinadas na regra, e que os princípios colidentes tenham um sopesamento maior que a própria regra literal da Constituição. Surge a necessidade do que Alexy chama de “argumentação constitucional” para justificar a primazia de um princípio frente a uma regra.

<sup>488</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. ed. Malheiros. 2ª edição. 2015. p. 140

<sup>489</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. ed. Malheiros. 2ª edição. 2015. p. 140

**Privacidade e Liberdade de expressão:  
ponderação de princípios para a  
prestação de uma única resposta aplicada  
ao caso concreto**

Já o jurista brasileiro Lenio Streck faz uma crítica à aplicação da proporcionalidade. Em sua obra *30 Anos da CF em 30 Julgamentos – Uma Radiografia do STF* faz uma análise do que ele chama de “Riscos da Ponderação”, em que o caso analisado fora o julgamento do *habeas corpus* 82.242-2/RS<sup>490</sup> pela Suprema Corte. O paciente já tinha sido absolvido em primeira instância, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu pela condenação, o Superior Tribunal de Justiça denegou o HC. Portanto, foi feito recurso.<sup>491</sup>

De acordo com a análise de Streck, o HC teve como uma das análises uma “(...) eventual colisão entre a liberdade de expressão e o princípio da dignidade da pessoa humana”<sup>492</sup>. O resultado do julgamento de referido HC foi a negação do recurso. Mesmo sendo um direito fundamental, a liberdade de expressão não é um direito absoluto e, na decisão da

Suprema Corte foi destacado que “(...) o direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal”<sup>493</sup>. As liberdades devem ser vistas, segundo este entendimento do STF, de forma harmônica, e não de forma incondicional. Quem estabelece esses limites é a própria Constituição Federal, como dispõe o artigo 5º, §2º<sup>494</sup>, e um direito individual não deve salvaguardar condutas ilícitas, uma vez que a dignidade da pessoa humana e a igualdade jurídica devem prevalecer.

Mas ao aprofundar a sua análise do caso concreto do julgamento deste HC, o jurista Lenio Streck a faz sob a ótica de sua Teoria da Decisão. Para ele, o STF errou na fundamentação da decisão, pois a fez com base na colisão entre a liberdade de expressão e dignidade da pessoa humana<sup>495</sup>. Mas para Streck, não haveria uma “colisão de princípios”, uma vez que a conduta do acusado não era de liberdade de expressão, mas sim de um ato ilícito. Logo, uma fundamentação da decisão baseada na

<sup>490</sup> O paciente fora acusado de (“...”) escrever, editar e publicar livros com conteúdo antissemita”. (STRECK, Lenio. *30 Anos da CF em 30 julgamentos. Uma radiografia do STF*. Ed. gen. 2018. p. 35

<sup>491</sup> STRECK, Lenio. *30 Anos da CF em 30 julgamentos. Uma radiografia do STF*. Ed. gen. 2018. p. 35-36

<sup>492</sup> STRECK, Lenio. *30 Anos da CF em 30 julgamentos. Uma radiografia do STF*. Ed. gen. 2018. p. 36

<sup>493</sup> STRECK, Lenio. *30 Anos da CF em 30 julgamentos. Uma radiografia do STF*. Ed. gen. 2018. p. 37

<sup>494</sup> Art. 5º, §2º CF: § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

<sup>495</sup> STRECK, Lenio. *30 Anos da CF em 30 julgamentos. Uma radiografia do STF*. Ed. gen. 2018. p. 38

Teoria da Ponderação e Argumentação, o próprio direito à liberdade de expressão seria relativizado<sup>496</sup>. Inclusive, Streck questiona como uma conduta poderia ser considerada lícita – se o caso fosse olhado sob a ótica da liberdade de expressão – e, ao mesmo tempo, ilícita – considerado o caso como crime de racismo. Neste caso, o voto do Ministro Marco Aurélio foi fundamentado na utilização do método de ponderação de bens e interesses jurídicos, desde que não importasse no “(...) esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos humanos”<sup>497</sup>. Decidiu o Ministro que para equalizar com esta colisão de princípios e direitos fundamentais, a utilização do método da ponderação de bens e valores tem a sua essência no fato de caber ao Estado a defender os chamados “(...) postulados essenciais, que são aqueles que proclamam a dignidade da pessoa humana (...) com inaceitável ofensa aos valores da igualdade e da tolerância (...)”<sup>498</sup>. O Ministro Maurício Corrêa também fundamentou o seu voto com base na utilização da ponderação frente à colisão de direitos, vejamos:

---

<sup>496</sup> STRECK, Lenio. *30 Anos da CF em 30 julgamentos. Uma radiografia do STF*. Ed. gen. 2018. p. 38

<sup>497</sup> STRECK, Lenio. *30 Anos da CF em 30 julgamentos. Uma radiografia do STF*. Ed. gen. 2018. p. 39

<sup>498</sup> STRECK, Lenio. *30 Anos da CF em 30 julgamentos. Uma radiografia do STF*. Ed. gen. 2018. p. 40

“E nesses casos há necessidade de proceder-se a uma ponderação jurídico-constitucional, a fim de que se tutele o direito prevalente. Cabe ao intérprete harmonizar os bens jurídicos em oposição, como forma de garantir o verdadeiro significado da norma e a conformação simétrica da Constituição (...) Em situações como a presente, acaso caracterizado o conflito, devem preponderar os direitos de toda a parcela da sociedade atingida com a publicação das obras sob a responsabilidade do paciente, sob pena de colocar-se em jogo a dignidade, a cidadania, o tratamento igualitário (...)”<sup>499</sup>

A principal crítica que Lenio Streck<sup>500</sup> faz ao STF aplicar a Teoria da Ponderação de Princípios de Robert Alexy para fundamentar a sua decisão no caso do HC em tela, é que o Egrégio Tribunal, justamente ao criar e aplicar a ponderação, ocorre em dois equívocos: 1) a recepção equivocada que os Tribunais e a doutrina jurídica brasileira vem aplicando da Teoria da Ponderação de Robert Alexy; e 2) a forma que a Teoria da Ponderação acaba criando o que Streck chama de “discrecionalidade judicial”.<sup>501</sup>

Ao decidir qual o princípio deveria prevalecer, os Ministros da Suprema Corte utilizaram o que, segundo Streck, a doutrina alemã definiu como a Jurisprudência de Valores. No caso em questão, não seria a aplicação da ponderação, mas sim da

---

<sup>499</sup> STRECK, Lenio. *30 Anos da CF em 30 julgamentos. Uma radiografia do STF*. Ed. gen. 2018. p. 40

<sup>500</sup> Idem

<sup>501</sup> Idem

subsunção – uma vez que não trata-se de liberdade de expressão, mas sim da conduta tipificada pelo racismo. Sobre a conceituação de princípios gerais do Direito, para Streck, eles “(...) adquirem um significado apenas quando considerados em conjunto como restante do sistema jurídico: daí a necessidade de pressupô-lo como uma totalidade”<sup>502</sup>.

Ainda sobre a ótica da análise do jurista Lenio Streck, mas utilizando a sua obra “Dicionário de Hermenêutica”, ele critica a forma com que a doutrina jurídica brasileira tem defendido a resolução dos chamados *hard cases*. Lenio explica que Alexy, através do postulado da ponderação como uma forma de resolver os conflitos jurídicos, é composto por três etapas: 1) a adequação; 2) a necessidade ; e 3) a proporcionalidade em sentido estrito<sup>503</sup>

A adequação e a necessidade estão relacionadas, segundo Lenio, para esclarecer as possibilidades fáticas. Já a proporcionalidade é utilizada para a solução dos conflitos jurídicos, através da lei do sopesamento<sup>504</sup>. A crítica que Lenio faz é

---

<sup>502</sup> STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Livraria do Advogado. 1999. p. 88

<sup>503</sup>STRECK, Lenio. *Dicionário de hermenêutica. 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. ed. casa do direito. 2ª edição. 2020. p. 257.

<sup>504</sup> De acordo com Lenio, Alexy define a lei do sopesamento como “(...) quanto maior for o grau de satisfação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”. (STRECK, Lenio. *Dicionário de*

que ao utilizar a ponderação como uma nova “hierarquização ponderativa em favor da subjetividade do intérprete” (STRECK, 2020. p. 258), traz à baila que a resolução do caso possa ser pautada na discricionariedade do intérprete. Assim, fornece ao juiz uma fundamentação para dizer o direito, de acordo com a sua subjetividade, qual o princípio deve ser sopesado na solução do caso concreto. Inclusive o protagonismo judicial, estaria relacionado com a “teoria alexyana”<sup>505</sup>.

## Estudo de caso

O estudo de caso irá analisar se o postulado da ponderação de princípios pode ser devidamente aplicado, quando da colisão entre o direito à liberdade de expressão com o discurso do ódio, quando ocorrem nas redes sociais e na internet. É sintomático que cada vez mais tem aumentado o debate acerca desta colisão de princípios, em especial nas redes sociais. Inclusive, como um dos reflexos dos movimentos civis que ocorreram recentemente nos Estados Unidos devido à morte de George Floyd, uma das maiores redes sociais da internet tem sido

---

*hermenêutica. 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. ed. casa do direito. 2ª edição. 2020. p. 257.)

<sup>505</sup> *Dicionário de hermenêutica. 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. ed. casa do direito. 2ª edição. 2020. p. 258

pressionada, por um grupo composto pelas maiores empresas que realizam publicidade em sua plataforma, para criar meios e aplicações para frear o chamado discurso do ódio, e postagens com conteúdo racista<sup>506</sup>. O chamado “discurso do ódio” é categorizado como sendo aquele em que incentiva a violência, bem como perseguições, de minorias étnicas, políticas, religiosas, da comunidade LGBTQIA+, bem como condutas racistas. Ocorre que, devido à utilização cada vez maior das redes sociais, esta conduta também invadiu os meios digitais e ampliou a propagação deste discurso. Inclusive, se aproveitando em sociedades em que existe uma situação de grande polarização político-ideológico.

Sob o prisma dos princípios e garantias constitucionais, uma das questões salutaras é verificar como pode ser analisada a colisão entre dois princípios, que são a liberdade de expressão – que justificaria a possibilidade da pessoa propagar a sua opinião, mesmo que seja defendendo ideais anti-jurídicos, ou até mesmo ilícitos -, e a defesa de direitos fundamentais que podem ser violados frente à propagação do discurso do ódio, tais como a autodeterminação sexual, de gênero, político-ideológica e religiosa do(a) indivíduo, e inclusive a sua

própria dignidade humana – em especial quando o discurso do ódio tem por objetivo ferir a dignidade de uma pessoa devido à sua etnia ou cor de pele (como ocorre em situação de racismo ou injúria racial).

Como demonstrado ao longo deste Artigo, o debate acerca do tema da colisão de princípios e direitos fundamentais ocorrem muitas dissensões doutrinárias. O objetivo foi, longe de findar este debate, justamente analisar como os postulados da proporcionalidade de princípios de Robert Alexy e a construção da Teoria da Decisão do jurista Lenio Streck podem analisar este debate. Além disso, para contribuir a análise deste estudo de caso, será utilizado a construção teórica de José Emílio Medauar Ommati, em sua obra “Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio na Constituição de 1988”, que analisa profundamente este tema.

Preliminarmente, será adotado o conceito de Recuero (2009, p.102, apud BOYD e ELLISON, 2007) que define redes sociais como sendo web sites ou sistemas que permite aos seus usuários a construção de uma persona através de um perfil ou página pessoa, cuja interação entre os pares ocorre através do envio de comentários e/ou mensagens que podem, ou não, ter exposição pública. Além disso, de acordo

506

Fonte

<https://olhardigital.com.br/noticia/boicote-de-anunciantes-coloca-facebook-em-risco-e-finalmente-pressiona-zuckerberg/102875> acesso em 11 de julho de 2020.

com a Pesquisa “TIC Domicílios 2018”<sup>507</sup> realizada pelo cetic.br, o telefone celular é o principal equipamento de acesso utilizado pelo brasileiro, chegando a ser responsável por 97 % do acesso à internet.

A temática do discurso do ódio nas redes sociais é um fenômeno que tem aumentado consideravelmente, inclusive se associado com a possibilidade do anonimato ou perfis falsos que acabam por dificultar a identificação de quem origina tal discurso. Ainda de acordo com os dados da Pesquisa “TIC Domicílios 2018” a internet é utilizada em 92% para troca de mensagens simultâneas, sendo esta a principal utilização da internet feita pelos brasileiros, seguida pela utilização das redes sociais, que é responsável por 75% da utilização da internet no Brasil<sup>508</sup>. Considerando que o discurso do ódio, na maioria das vezes, se propaga através de aplicativos de mensageria e redes sociais da internet, a dimensão de seu alcance e velocidade de propagação na rede é considerável levando em conta o perfil de utilização da internet nos domicílios brasileiros mensurados pela pesquisa citada. Outro dado importante, e

verificado na pesquisa<sup>509</sup>, é que compartilhar textos, imagens ou vídeos seguiu como sendo uma das atividades mais citadas para utilização da internet (74%) nas redes sociais e aplicativos de troca de mensagens. Outro comportamento em pode contribuir para a disseminação do discurso do ódio na rede.

A contrário senso, uma vez que a ampliação da utilização da internet poderia ser uma ferramenta utilizada para favorecer o debate de ideias e acesso a argumentos contrários, segundo dados de uma pesquisa realizada pela revista PNAS (“Proceedings of the National Academy of Science”), as pessoas têm utilizado a internet para buscar reafirmar as suas ideias e opiniões. Ou seja, os usuários das redes sociais não estão dispostos a repensarem as suas opiniões a respeito do mundo e de suas convicções. Um dos fenômenos muito estudados atualmente em relação às redes sociais é a criação e utilização das chamadas “câmaras de eco”.

As chamadas “câmaras de eco” trazem uma sensação de que o indivíduo está interagindo com o mundo exterior, mas os algoritmos<sup>510</sup> das redes sociais podem

---

<sup>507</sup> Para acessar a pesquisa na íntegra acesse [https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/12225320191028-tic\\_dom\\_2018\\_livro\\_eletronico.pdf](https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/12225320191028-tic_dom_2018_livro_eletronico.pdf). Acesso em 11 de julho de 2020.

<sup>508</sup> Fonte [https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/12225320191028-tic\\_dom\\_2018\\_livro\\_eletronico.pdf](https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/12225320191028-tic_dom_2018_livro_eletronico.pdf) p. 120. Acesso em 11 de julho de 2020

---

<sup>509</sup> Fonte [https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/12225320191028-tic\\_dom\\_2018\\_livro\\_eletronico.pdf](https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/12225320191028-tic_dom_2018_livro_eletronico.pdf) p. 123. Acesso em 11 de julho de 2020.

<sup>510</sup> Os algoritmos implementados pelos sites de mídias sociais para fornecer conteúdo personalizado claramente desempenha um papel importante em garantir que os usuários encontrem apenas informações que correspondam às suas crenças. Disponível em:

definir, e até mesmo limitar, as notícias e informações que as pessoas acessam. Assim, a interação com pessoas e páginas de aplicativo de uma rede social, com conteúdo em que o indivíduo se identifica, chega até mesmo a limitar o acesso na internet – como uma espécie de mecanismo de retroalimentação das informações e um espaço em que o indivíduo escuta e tem acesso a informações somente de acordo com suas convicções pessoais. O discurso do ódio prejudica a sociedade, em todo o seu conjunto, uma vez que a hostilidade de tal conduta gera intolerância e predisposição para que a sociedade aceite a discriminação e a violência, ameaçando a convivência social pacífica tão necessária numa sociedade plural e democrática.

Em 8 de dezembro de 2015, a Comissão Europeia Contra o Racismo e a Intolerância (ECRI) produziu a Recomendação Geral nº 15, relativa à luta contra o discurso do ódio. Nesta Recomendação, já no segundo parágrafo de seus “Considerandos” diz que “(...) a liberdade de expressão e de opinião não constituem direitos ilimitados e que devem ser exercidos de forma que não atente contra os demais direitos”<sup>511</sup>. Inclusive esta

Recomendação recorda que a história do continente europeu destaca a importância desse discurso ser combatido, e sempre lembrado, para que as atrocidades ocorridas – em especial durante a Segunda Grande Guerra – não retornem a ocorrer.

A Recomendação Geral n. 15 possui uma ampla definição acerca da terminologia de expressões relacionadas ao discurso do ódio, mas em breve síntese define tal conduta como o uso de uma ou mais formas de expressão específicas para promover e instigar o ódio, a humilhação o menosprezo de uma pessoa ou grupo de pessoas, com difusão de estereótipos negativos ou que ameçam ou menospreze uma pessoa ou um grupo de pessoas. O discurso do ódio se baseia em uma lista não exaustiva de características pessoais que incluem raça, cor, idioma, religião ou crenças, nacionalidade e origem étnico-nacional, idade, sexo, gênero, identidade de gênero e orientação sexual<sup>512</sup>.

A conduta de incitar o discurso do ódio significa que existe uma intenção de instigar o cometimento de atos de violência, hostilidade ou discriminação. É como se uma pessoa utilizasse o discurso do ódio para fazer uma espécie de “chamamento”

---

<https://exame.abril.com.br/tecnologia/a-surpreendente-velocidade-que-nos-tornou-polarizados-on-line/> Acesso em: 10 de julho de 2020.

<sup>511</sup> Fonte: <https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-n-15-on-combating-hate->

---

[speech-adopt/16808b7904](https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-n-15-on-combating-hate-speech-adopt/16808b7904) Acesso em 11 de julho de 2020.

<sup>512</sup> Fonte: <https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-n-15-on-combating-hate-speech-adopt/16808b7904> p. 18. Acesso em 11 de julho de 2020.

para o cometimento de condutas relacionadas à infringir a dignidade da pessoa humana, em especial às características mencionadas na página 18 da referida Recomendação<sup>513</sup>. Mas um dos maiores desafios, e que certamente dependerá da situação fático-jurídico, é justamente comprovar a intenção de quem propaga ou origina o discurso do ódio. E especialmente, quando esta conduta ocorre nas redes sociais.

A Recomendação Geral nº 15 sugere algumas metodologias para verificação quanto às circunstâncias em que foi feita a conduta do discurso do ódio, tais como: a) verificar o contexto em que se utiliza o discurso do ódio, em especial se existe alguma tensão na sociedade; b) a capacidade que a pessoa que emprega o discurso do ódio tem para exercer influência sobre as demais pessoas; c) a natureza e contundência da linguagem empregada (por exemplo, se é provocativa ou direta, se utiliza de informação enganosa, se utiliza

divulgação de estereótipos negativos ou de estigmatização, ou se é capaz por outros meios de incitar o cometimento de atos de violência); d) o meio utilizado, ou seja, se é possível oferecer uma resposta pública imediata; e f) a natureza da audiência, como no caso das redes sociais, por exemplo.

Se considerará que uma expressão de discurso do ódio foi utilizada em público quando foi produzida em um espaço físico ou por comunicação eletrônica, em que o público em geral tem acesso. Sobre a relação jurídica entre o discurso do ódio e o direito a liberdade de expressão deve ser visto de forma complementar, e não como um “jogo de soma zero”. Evidente que o direito à igualdade e à não discriminação e o direito à liberdade de expressão devem ser reconhecidos e ter a sua tutela garantida na legislação dos países, inclusive com políticas e práticas de direitos humanos que se apoiam mutuamente<sup>514</sup>. Inclusive, o artigo 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos garante o direito à liberdade de expressão. No entanto, no artigo 17 do mesmo dispositivo consta a proibição de atos e atividades que tenham por objetivo a destruição de quaisquer direitos e liberdades daquela Convenção. Logo, o discurso do ódio estaria proibido com base neste artigo 17.

<sup>514</sup> Fonte: <https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-n-15-on-combating-hate-speech-adopt/16808b7904> p. 24 Acesso em 12 de julho de 2020.

<sup>513</sup> A saber, a Recomendação Geral n. 15 possui uma ampla definição acerca da terminologia de expressões relacionadas ao discurso do ódio, mas em breve síntese define tal conduta como o uso de uma ou mais formas de expressão específicas para promover e instigar o ódio, a humilhação o menosprezo de uma pessoa ou grupo de pessoas, com difusão de estereótipos negativos ou que ameçam ou menospreze uma pessoa ou um grupo de pessoas. O discurso do ódio se baseia em uma lista não exaustiva de características pessoais que incluem raça, cor, idioma, religião ou crenças, nacionalidade e origem étnico-nacional, idade, sexo, gênero, identidade de gênero e orientação sexual.

Evidente que a promoção e proteção do direito à liberdade de expressão pode e deve ser limitado, frente ao discurso do ódio - como já fundamentado pela Teoria da Decisão de Lenio Streck ao longo da presente pesquisa. Mas esse mesmo direito à liberdade de expressão também contribui para conhecer os possíveis danos causados pelo discurso do ódio. Ou seja, o direito à liberdade de expressão também contribui para combater os prejuízos causados pelo discurso do ódio, oferecendo pontos de vistas contrário, contribuindo assim para uma sociedade justa, plural e democrática. O que deve ser combatido é que os excessos cometidos pela conduta do discurso do ódio não utilize como justificativa a liberdade de expressão para defender a sua, suposta, licitude de “liberdade de opinião”. É necessário mudar a mentalidade e as percepções de discurso acerca da suposta relação entre a liberdade de expressão e o discurso do ódio.

Mas um dos aspectos centrais para a análise do Estudo do Caso é que a Recomendação nº 15 cita o informe de nº A/67/357, da Assembleia das Nações Unidas de 07 de setembro de 2012, feito pelo Relator Especial sobre a Promoção e Proteção ao Direito de Liberdade de Opinião e de Expressão do Conselho de Direitos

Humanos das Nações Unidas<sup>515</sup>. Resumidamente, este informe foi centrado justamente na colisão da chamada “expressão e incitação ao ódio” e o direito à liberdade de expressão e de opinião. De forma bem geral o Relator apresentou as normas e os princípios internacionais, incluindo as distinções entre os tipos expressão e incitação ao ódio existentes bem como exemplos de leis nacionais que se contrapõem às normas internacionais. O Relator, ao aprofundar a análise, diz ser de fundamental importância existir leis claras nacionais que estejam em consonâncias com as normas e princípios dos organismos internacionais. Além disso, destacou também a importância de adotar medidas não somente de ordem jurídica para abordar as causas fundamentais da existência do discurso do ódio e da intolerância. Concluindo, faz uma série de recomendações para combater o discurso do ódio de forma eficaz, sem restringir o direito à liberdade de expressão e opinião.

Um das principais dificuldades que o Informe teve à época foi justamente em estabelecer elementos e definições para determinar quais os tipos de opiniões ou “liberdade de expressão” que poderiam constituir apologia ao discurso do ódio nacional, racial ou religioso que incitariam a

<sup>515</sup> Fonte <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N12/501/28/PDF/N1250128.pdf?OpenElement>. Acesso em 19 de julho de 2020.

discriminação, a hostilidade ou a violência<sup>516</sup>. Ou seja, o direito à liberdade de expressão e a proibição à incitação ao ódio não são incompatíveis, mas sim complementares – uma vez que o diálogo público e aberto deve sempre ser visto como um dos melhores antídotos para conter o avanço da intolerância.

O Informe destaca que o direito à liberdade de expressão é fundamental para salvaguardar o exercício dos demais direitos humanos, principalmente como um dos pilares essenciais para a democracia, pois é salutar a livre circulação de ideais, pensamentos e opiniões para garanti-la. Mas, além disso, a livre circulação de ideia é essencial para combater o próprio discurso do ódio, além de promover o entendimento, a tolerância e a desmontar os estereótipos negativos. As normas internacionais de direitos humanos reconhecem que o direito a liberdade de expressão pode ser restringido quando o seu exercício representa uma grave ameaça aos demais direitos humanos. Inclusive, como consta no artigo 19. 3 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos – promulgado pelo Brasil através

do Decreto Presidencial nº 592, de 06 de julho de 1992<sup>517</sup>

Artigo 19.

(...)

3. “O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Consequentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para:

- a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
- b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.

E o artigo 20 do mesmo Pacto determina que “Será proibida por lei qualquer apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou a violência”. E a expressão do ódio baseada em origem racial ou étnico está proibida, como consta a “Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial”, promulgada no Brasil pelo Decreto Presidencial nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969, em seu artigo IV<sup>518</sup>

(...)

- a) a declarar delitos puníveis por lei, qualquer difusão de idéias baseadas na superioridade ou ódio raciais, qualquer incitamento à discriminação racial, assim como quaisquer atos de

<sup>516</sup> O Informe não incluiu as demais definições sobre minorias que poderiam ser alvo do discurso do ódio. Para maiores informações, vide <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N12/501/28/PDF/N1250128.pdf?OpenElement> p. 4. Acesso em 19 de julho de 2020.

<sup>517</sup>

Fonte [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm) acesso em 26 de julho de 2020

<sup>518</sup>

Fonte [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1950-1969/D65810.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html) Acesso em 26 de julho de 2020

violência ou provocação a tais atos, dirigidos contra qualquer raça ou qualquer grupo de pessoas de outra cor ou de outra origem técnica, como também qualquer assistência prestada a atividades racistas, inclusive seu financiamento;

b) a declarar ilegais e a proibir as organizações assim como as atividades de propaganda organizada e qualquer outro tipo de atividade de propaganda que incitar a discriminação racial e que a encorajar e a declara delito punível por lei a participação nestas organizações ou nestas atividades.

c) a não permitir as autoridades públicas nem às instituições públicas nacionais ou locais, o incitamento ou encorajamento à discriminação racial.

O Relator do Informe destaca também que a restrição ao direito à liberdade de expressão deve cumprir 03 condições, que estão estabelecidas no artigo 19 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

a) Toda restrição deve estar fixada por lei, que deve ser clara e sem ambiguidades, escrita de forma precisa e acessível à todos;

b) O Estado deve demonstrar que é necessário e legítimo proteger os direitos ou a reputação dos demais, a segurança nacional, a ordem pública, a saúde ou a moral pública;

c) O Estado deve demonstrar que se trata da medida menos restritiva e que é uma forma proporcionada de alcançar o objetivo desejado.

Inclusive, o Informe sugere critérios, baseado em 07 elementos, tais como: 1) a gravidade do ódio – de acordo com a gravidade do que foi expressado -, além de analisar a magnitude e a intensidade e o meio em que foi realizado; 2) Outro

elemento importante é a intenção do autor de incitar a discriminação, a hostilidade ou a violência; 3) O conteúdo ou a forma do discurso, incluindo os argumentos que foram usados, e quais os limites que o discurso é provocador ou direto. Inclusive as expressões artísticas não devem incitar a violência, a discriminação ou a hostilidade; 4) A projeção de audiência e o alcance da expressão; 5) A probabilidade de produzir danos, e a incitação – mesmo que seja um ato preparatório – é um ato punível se existir um grande risco de que a incitação possa resultar danos de grandes proporções; 6) A iminência dos atos propagados; 7) O contexto, a audiência e o dano possível, a existência de obstáculos para a difusão midiática, as restrições amplas e pouco claras sobre o conteúdo que se pode publicar ou difundir. Além disso, a ausência de críticas ao governo ou de debates políticos de amplo alcance nos meios de comunicações. E o fato de não existir uma condenação social das declarações e discurso do ódio contribuem para que a difusão seja ampliada.

O Relator do Informe define como elementos fundamentais para determinar se uma expressão constitui incitação ao ódio: perigo real e iminente de violência, que seja resultado da expressão; a intenção do autor em incitar a discriminação, a hostilidade ou a violência, e um exame cuidadoso do Poder

Judiciário do contexto em que se expressou o ódio. O que deve ser levado em conta não é apenas o conteúdo das expressões, mas sim de suas consequências e potencial de propagação. A melhor forma de combater a intolerância, incitação ao ódio religioso, hostilidade ou violência, deve ser combatido através do diálogo intercultural, público e aberto, a nível local, nacional e internacional, fortalecendo a democracia. Inclusive a própria Constituição Brasileira, ao proibir a prática do racismo através de discursos preconceituosos, não limita a liberdade de expressão uma vez que “(...) já não se trata de liberdade de expressão, mas uso do discurso para negar direitos fundamentais”<sup>519</sup>. Inclusive, o jurista Omatti critica a utilização do postulado da proporcionalidade para a solução da colisão de princípios (OMATTI, 2019. p. 21).

#### HC 82.424/RS – CASO ELLWANGER

Analisando o HC 82.424/RS, o jurista brasileiro Omatti discorre sobre a importância deste julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, devido ao fato de ter sido feita uma correta delimitação sobre os princípios da igualdade e da liberdade. O caso é sobre um editor e autor (Siegfried Ellwanger), que havia publicado diversas

<sup>519</sup> OMMATI, José Emílio Medaur. *Liberdade de expressão e discurso do ódio na constituição de 1988*. Ed. Lumen Juris. 4ª edição. 2019. p. 20.

obras que discorriam sobre um suposto “revisão histórico” do Holocausto do povo judeu, ocorridos na Segunda Grande Guerra. Ele foi processado pelo crime de racismo<sup>520</sup>. Devido a um entendimento do juiz de 1ª instância de que ele estava protegido pelo direito à liberdade de expressão, foi absolvido. Mas a acusação recorreu ao Tribunal do Rio Grande do Sul, que o condenou a uma pena de 02 anos, com *sursis*. Mesmo com impetração de HC no STJ, o Superior Tribunal manteve a condenação. Por fim, Ellwanger impetrou HC no STF, fundamentando que “(...) o fato de judeu não ser raça (...) não poderia ter cometido crime de racismo, mas de simples discriminação”<sup>521</sup>.

O STF teve que enfrentar uma aparente colisão entre a liberdade de expressão e a abrangência do termo “racismo”. A decisão do STF, por oito votos contra três, foi de que o paciente não gozaria de liberdade de expressão uma vez que, ao publicar as suas obras, incorreu no crime de racismo<sup>522</sup>. Mas mesmo estando de acordo com a posição majoritária do STF, Omatti

<sup>520</sup> De acordo com o Artigo 5º, XLII, da CF e com o artigo 20 da Lei 7.716/89 (com redação dada pela Lei 8.081/90).

<sup>521</sup> OMMATI, José Emílio Medaur. *Liberdade de expressão e discurso do ódio na constituição de 1988*. Ed. Lumen Juris. 4ª edição. 2019. p. 22.

<sup>522</sup> Para uma análise mais pormenorizada do caso, ler OMMATI, José Emílio Medaur. *Liberdade de expressão e discurso do ódio na constituição de 1988*. Ed. Lumen Juris. 4ª edição. 2019. p. 21-24)

discorda da metodologia utilizada pelos Ministros, que fundamentaram seus votos utilizando o postulado da ponderação. Para fundamentar a sua crítica, Ommati diz que ao se aplicar o postulado da proporcionalidade, os operadores do direito passam a “(...) decidir com base em um método pré-fixado, em que os próprios valores dos aplicadores envolvidos não são tematizados, gerando-se um déficit na racionalidade da decisão”<sup>523</sup>. Critica-se, desta forma, a aplicação do grau de otimização defendido pela Teoria da Colisão dos Princípios, de Robert Alexy. O desafio do caso foi, para Ommati, relacionar igualdade, com liberdade de expressão e proibição ao discurso do ódio – e mantendo o pilar de uma Constituição rígida, formal e democrática.

Ao criticar uma visão “originalista” da interpretação da legislação – ou o que também a doutrina chama de interpretação histórica do legislador – a vontade do legislador não deve ser vista de uma forma estática ou retornando ao contexto em que as normas foram produzidas, mas sim de forma dinâmica e levando em consideração o momento presente da aplicação da norma.

O jurista Ommati critica o voto do Ministro Moreira Alves, que foi um dos que decidiram que, no caso do julgamento do

HC 82.424/RS, o termo racismo deveria ser interpretado de forma “originalista”, ou seja, levando em conta apenas questões relacionadas ao crime de racismo contra os negros. Inclusive, o voto do Ministro afirma que o termo “judeu” não deve ser considerado uma raça, mas sim um povo. Portanto, o significado do termo “raça”, que quis o legislador à época da promulgação da Constituição de 1988, se relacionaria tão somente à discriminação da raça negra. Logo, o termo racismo deveria ser interpretado, de acordo com o voto deste Ministro, de forma restrita, e que o delito que Ellwanger tinha cometido era o de discriminação – e que já tinha prescrito.

Criticando o voto do Ministro Maurício Correa, Ommati analisa que este Ministro fez uma breve explanação bíblica dos judeus, passando pelas citações históricas do Holocausto, chegando à conclusão de que através de pesquisas genéticas recentes o termo raça não deve ser mais visto sob a ótica de um conceito biológico, mas sim social. Conclui que o racismo como sendo um termo que traz uma valorização negativa a determinado grupo de indivíduos, que é utilizado para que determinado grupo humano justifique a sua supremacia e se sobreponha a outro grupo. Ou seja, mesmo que o termo “raça” não mais se justifique, do ponto de vista biológico, ele ainda permanece como um

<sup>523</sup> OMMATI, José Emilio Medaur. *Liberdade de expressão e discurso do ódio na constituição de 1988*. Ed. Lumen Juris. 4ª edição. 2019. p. 25.

fenômeno social (OMMATI, 2019, p. 45). O voto do Ministro Maurício Correa foi, portanto, pela denegação do HC e que houvera, sim, o crime de racismo no caso em tela. Mas a crítica que Ommati faz ao voto deste Ministro foi a sua demasiada fundamentação em aspectos religiosos.

Já o voto do Ministro Gilmar Mendes, ao julgar este HC, foi baseado na utilização do princípio da proporcionalidade. O Ministro também destacou que o racismo deve ser visto sob o espectro e seu caráter social, e não apenas biológico, e que o crime de racismo ameaça a igualdade e a própria democracia. Mas o Ministro Gilmar Mendes faz o uso da ponderação para teorizar a respeito de quais os limites da liberdade de expressão vis-a-vis a intolerância e a ameaça à dignidade da pessoa humana. Citando Alexy,

O postulado da proporcionalidade em sentido estrito pode ser formulado como uma lei de ponderação, cuja fórmula mais simples voltada para os direitos fundamentais diz: 'quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção'<sup>524</sup>.

O Ministro também utilizou, segundo ele, o necessário sopesamento do máximo peso relativo quando do conflito de

princípios constitucionais (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Ele votou que a decisão do TJRS foi acertada ao definir a conduta do paciente como sendo de crime de racismo, pois ao assim fazer buscou-se uma sociedade mais plural e tolerante.

Já o Ministro Marco Aurélio também utilizou o princípio da proporcionalidade para fundamentar o seu voto, mas sendo favorável ao HC. A justificativa utilizada foi que o direito a liberdade de expressão deve ser visto em suas mais variadas derivações, tais como o direito ao discurso, direito de opinião, direito de imprensa, direito à informação e proibição à censura. Segundo o Ministro, o direito a liberdade de expressão é fundamental para garantir a democracia, uma vez que garante ao indivíduo ter uma opinião contra majoritária ou mesmo que seja contra a intenção do estado. Mas destacou que o direito à liberdade de expressão, tal qual os demais direitos fundamentais, não deve ter uma garantia absoluta, tendo a sua limitação junto aos demais direitos fundamentais. Para este Ministro, não deve ser feita uma análise levando em conta uma regra geral abstrata, mas sim de acordo com o caso concreto. Não caberia ao Estado, através de uma censura, proibir a divulgação de ideia, mesmo que preconceituosas, mas sim à

---

<sup>524</sup> MENDES, Gilmar, nos autos do processo do HC 82.424/RS, apud. OMMATI, José Emílio Medaur. *Liberdade de expressão e discurso do ódio na constituição de 1988*. Ed. Lumen Juris. 4ª edição. 2019. p. 45.

sociedade repugná-las e ela mesma não a absorver. Sobre a análise da aplicação do princípio da proporcionalidade, o Ministro Marco Aurélio votou que no caso concreto a manutenção da pena do paciente seria desproporcional, e que o crime de racismo – devido a sua imprescritibilidade – deveria ser interpretado de forma restritiva, e apenas com a prática racista contra as pessoas negras (pois segundo ele, fora esta a vontade do legislador constituinte).

Por fim, o voto do Ministro Celso de Mello foi pela denegação do HC. Ao fundamentar o seu voto, o Ministro destacou os Tratados e Acordos Internacionais de Direitos Humanos e foi enfático na análise de que o direito à liberdade de expressão não deve ser absoluto – uma vez que deve ser limitado pela igualdade dos demais indivíduos e compatibilizada com a dignidade da pessoa humana, constituindo estes como limitadores externos do direito à liberdade de expressão. Mesmo que não cabe ao Estado impor uma censura ao que deve, ou não, ser publicado, isto não dá o direito da liberdade de expressão ser absoluta e ofender a dignidade humana e a igualdade. Para o Ministro, não houve colisão de princípios nem de direitos, uma vez que a incitação ao ódio racial é um dos núcleos do tipo penal do crime de racismo. Ou seja, para o Decano o próprio texto constitucional já limitara a liberdade de

expressão, em detrimento da igualdade e da dignidade humana.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste Artigo foi discorrer acerca da aplicação do postulado da Ponderação de Princípios e a Teoria de Direitos Fundamentais para a resolução de *Hard Cases*, em que ocorram colisão entre o direito à privacidade e o direito à liberdade de expressão, no meio digital. Foi desenvolvido a conceituação do que vem a ser bem jurídicos, se a informação, os dados pessoais e a privacidade podem ser considerados como um bem jurídico digital, que devem ser tutelados pela legislação infraconstitucional.

Com o constante processo de “despatrimonialização” do direito civil – em que cada vez mais são inseridos novos temas a serem tutelados pelo ordenamento jurídico para garantir os direitos da personalidade - a proteção dos dados pessoais e da privacidade devem ser tutelados como um direito personalíssimo. Esta necessidade advém, principalmente, pelo fato do amplo desenvolvimento da autodeterminação informacional do indivíduo, uma vez que caberá a ele não a manutenção do segredo das suas informações, mas sim de decidir o que poderá ser feito com elas. Evidente que a “economia de dados”, com o aumento da

utilização das plataformas digitais e a sua influência na sociedade atual, cada vez mais os dados pessoais são utilizados como uma “moeda de troca”, uma vez que para os indivíduos acessarem determinados conteúdos, plataformas ou sites na internet, devem disponibilizar suas informações e dados. Mas a grande quantidade de legislações específicas sobre proteção de dados – como a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) e o GDPR na União Européia – faz com que a tutela da privacidade e dos dados pessoais tenham importante relevo.

Em relação à aplicação do postulado da ponderação de princípios num caso de colisão de princípios (como a liberdade de expressão vis a vis o discurso do ódio), de acordo com o pensamento de Robert Alexy, o sopesamento deve ocorrer quando ambos os polos desta colisão têm o dever de garantir, na maior medida possível, a aplicação de determinado princípio – dentro das possibilidades fáticas e jurídicas de sua realização. Na ausência de um dos polos, tomaria obrigatória ou permitida a realização do outro. Portanto, a existência de um princípio compromete a do outro.

Para solucionar esta colisão de princípios, o que Alexy sugere é o estabelecimento de o que ele chama de “precedência condicionada entre os princípios”, mas considerada de acordo com

as circunstâncias do caso concreto. Se estabelecem “(...) condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária. Porém juristas brasileiros, como Lenio Steck, criticam a absorção dos Tribunais brasileiros (em especial o STJ e STF) da Teoria de Alexy, uma vez que abrem a possibilidade de, na ausência de uma Teoria da Decisão dos Tribunais, muitas vezes os Magistrados utilizarem da daquela teoria para justificar decisões baseadas por critérios exclusivamente subjetivos e, algumas vezes, até arbitrária. A jurisprudência internacional, como os Informes e Relatórios da ONU citados ao longo deste Artigo, indicam como a liberdade de expressão deve ser contida, quando utilizada para justificar a emissão de discurso do ódio. Tendo por base a análise do HC 82.424/RS – CASO ELLWANGER, a maioria do plenário do STF denegou o HC, não aceitando a tese da defesa de que o autor, ao emitir uma opinião antissemita, estava “protegido” pelo direito à liberdade de expressão. O STF nesse caso, além de consolidar que o entendimento do conceito de “raça” não deve ser visto apenas por um viés étnico-biológico, mas também por um valor histórico-social, cristalizou que a liberdade de expressão não deve ser utilizada para justificar opiniões ilícitas. *Mutatis*

*mutandis*, a liberdade de expressão não deve ser utilizada como uma justificativa para “discursos de ódio”, como a sociedade tem visto aumentar, de forma exponencial, nas redes sociais. Além disso, esta mesma liberdade de expressão não pode acobertar discursos do chamado “negacionismo epistêmico”, conceito este que também está em grande divulgação na sociedade atual em que indivíduos, sem a mínima base científica, desacreditam conhecimentos científicos.

## BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- ASTURIANO, Gisele. *Direito à imagem na internet e a responsabilidade civil: A (re)significação do homo virtualis*. São Paulo: Boreal, 2017.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2018.
- BAUMAN, Z. RAUD, Reins. *A individualidade numa época de incertezas*. ed. Zahar. 2015
- BELLEIL, Arnaud. *@-Privacidade: o mercado dos dados pessoais: proteção da vida privada na idade da internet*. São Paulo: Instituto Piaget, 2001.
- BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. São Paulo: Forense, 2018.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BRANCO, Paulo G. Gonet. *Juízo de ponderação na jur. constitucional*. SP: Saraiva, 2009.
- CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra. 2018
- COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. *Liberdade de expressão na internet*. ed. JusPodivm
- COTS, Márcio. OLIVEIRA, Ricardo. *Lei geral de proteção de dados pessoais comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- DINIZ, Maria H.. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. TGDC. 35 ed. SP: Saraiva, 2018
- DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2017
- DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. *T. G. dos D. Fundamentais*. SP: RT. 6ª ed. 2018.
- DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais. Fundamentos da lei geral de proteção de dados*. ed. Revista dos Tribunais. 2ª edição. 2020.
- \_\_\_\_\_. *A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental*. SP: Espaço. 2011
- \_\_\_\_\_. *Os direitos da personalidade no código civil*. ed. Renovar. 2002.
- EGAÑA, José Luis Cea. *Derecho constitucional chileno*. ed. UC. 2012.
- FILHO, Agassiz Almeida. LEITE, George Salomão. ABBOUD, Georges. *Ronald Dworkin. Direito, política e pessoa humana*. ed. Empório do Direito. 2018.
- FRAJHOF, Isabella Z. *O direito ao esquecimento na internet*. ed. Almedina. 2019.
- FRAZÃO, Ana. MULHOLLAND, Caitlin. *Inteligência artificial e direito*. SP: RT. 2019.

- GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e direitos de personalidade. Fundamentação ontológica da tutela*. ed. Almedina. 2008.
- JÚNIOR, Fernando Taveira. *Bens digitais (digital assets) e a sua proteção pelos direitos da personalidade sob a perspectiva da dogmática civil brasileira*. Porto Alegre-SR: Ed. Simplíssimo, 2018.
- MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e direito do consumidor*. Linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MORAES, Maria Celina Bodin de.  
KONDER, Carlos Nelson. *Casos e decisões sobre os novos desafios para a tutela da pessoa humana nas relações existenciais*. .
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana. Estudos de direito civil-constitucional*. ed. Processo. 2016.
- NETO, Luisa. *Informação e liberdade de expressão na internet e a violação de direitos fundamentais. Comentários em meio de comunicação on-line*. Lisboa: Ed. Incm, 2014.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. ed. Renovar. 3ª edição. 2007
- PINHEIRO, Patrícia Peck. *Proteção de dados pessoais*. Comentários à lei n. 13.709/2018 (LGPD). São Paulo: Saraiva, 2018.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional. Um estudo comparado dos sistemas regionais europeus, interamericanos e africanos*. ed. Saraivajur. 9ª edição. 2019.
- REVISTA DE DIREITO CIVIL, n. 1, 2019; <https://revistas.anchieta.br/index.php/RevistaDirCivil/issue/archive>
- REVISTA DE DIREITO CIVIL, n. 2, 2019; <https://revistas.anchieta.br/index.php/RevistaDirCivil/issue/archive>
- REVISTA DE DIREITO CIVIL, n. 3, 2020; <https://revistas.anchieta.br/index.php/RevistaDirCivil/issue/archive>
- REVISTA DE DIREITO CIVIL, n. 4, 2020; <https://revistas.anchieta.br/index.php/RevistaDirCivil/issue/archive>
- RODOTÀ, Stefano. *O direito à verdade*. ed. Civilistica. 2013
- \_\_\_\_\_. *A vida na soc. da vigilância: a privacidade hoje*. SP: Renovar, 2008.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1 (2003): 607-630.
- SCHMIDT, Eric; COHEN, Jared. *A nova era digital*. São Paulo: Intrínseca, 2013.
- TEIXEIRA, Tarcisio. MAGRO, Américo Ribeiro. *Proteção de dados. Fundamentos jurídicos*. ed. Jus Podivm. 2020.
- TEPEDINO, Gustavo. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. ALMEIDA, Vitor. *Da dogmática à efetividade do direito civil. Anais do congresso internacional de direito civil constitucional. IV congresso do IBDCIVIL*. ed. Fórum. 2ª edição. 2019.
- TEPEDINO, Gustavo. MENEZES, Joyceane Bezerra. *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. ed. Fórum. 2019.
- TEPEDINO, G., TEIXEIRA, Ana Carolina B., ALMEIDA, Vitor. *O direito civil. Entre o sujeito e a pessoa. Estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà* ed. Fórum. 2016.
- ZANINI, Leonardo estevam de Assis. *Direitos da Personalidade*. ed. Saraiva. 2011
- WIENER, Norbert. *Cibernética ou controle e comunicação no animal e na máquina*. ed. Perspectiva. 1948.