

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS II

DANIELLE JACON AYRES PINTO

JOSÉ RENATO GAZIERO CELLA

AIRES JOSE ROVER

FABIANO HARTMANN PEIXOTO

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

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG - Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove - São Paulo

Representante Discente - FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF - Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP - São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM - Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG - Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuriçtiba - Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB - Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Unifor - Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

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

D597

Direito, governança e novas tecnologias II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Aires Jose Rover; Danielle Jacon Ayres Pinto; Fabiano Hartmann Peixoto; José Renato Gaziero Cella – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-260-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Governança. 3. Novas tecnologias. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS II

Apresentação

O II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI, ocorrido entre os dias 02 a 08 de dezembro de 2020, foi realizado exclusivamente a partir da utilização das novas tecnologias de informação e comunicação e recebeu a submissão de um grande número de qualificados trabalhos, gerando a necessidade de estruturação de 3 Grupos de Trabalhos (GTs) específicos para a temática Direito, Governança e Novas Tecnologias.

O Grupo de Trabalho Direito, Governança e Novas Tecnologias II, com apresentações e discussões ocorridas em 03 de dezembro de 2020, organizou seus trabalhos em três grandes blocos temáticos, recebendo trabalhos situados na sociedade informacional, que foi fortemente impactada pela situação de pandemia ocasionada pela Covid-19, com reflexos em especialidades e profissões jurídicas.

No primeiro bloco de trabalhos, discutiu-se sobre o enfrentamento da morosidade na resolução de conflitos, a necessidade de redução de custos e a possibilidade de novas tecnologias a favor do Judiciário. Além do acesso à justiça, a judicialização deve ser equilibrada com a duração razoável do processo. A dificuldade de interoperabilidade de sistemas também foi asseverada. Na mesma linha, foram discutidas as aplicações de ferramentas de vigilância informacional e combinação de dados pessoais em agências, indicando perfil de pessoa propensa a cometer fraudes. A transparência tomou centro das discussões. O bloco seguiu com a construção da relevância do consentimento, mas acompanhado de mecanismos de controle e proteção. Usando-se o exemplo da wikiditadura e os riscos criados ao sistema educacional, também se debateu a estrutura de poder criada em torno de administradores, burocratas, verificadores e outras figuras (geralmente anônimas), que têm poder e controle sobre a comunidade digital. A discussão do bloco abordou também o problema das fake news e o indissociável risco de banalização de tema tão complexo ligado a muitas variáveis, desde a deliberada desinformação até informação incompleta e todos os seus reflexos em termos de fragilização de liberdade e cidadania.

No bloco seguinte, tratou-se dos impactos de ferramentas tecnológicas na privacidade e personalidade das pessoas, colisões de direitos fundamentais, bem como os riscos envolvidos pelo poder gerado com o domínio de ferramentas e tecnologias. Por outro lado, aspectos de proteção de direitos e do incremento dos marcos regulatórios, em especial a LGPD, permitem avançar os estudos para desequilíbrios, interferências e vinculações de/com poderes

constituídos sobre a ANPD, que podem comprometer as diretrizes dos direitos protetivos. Novas experiências tecnológicas de comunicação e interação com crianças também foram objeto do bloco, especialmente com os riscos de revelações de segredos e quebra de privacidades em um ambiente jurídico orientado pelo princípio da proteção integral. A colisão de direitos fundamentais no âmbito digital também foi objeto de discussões, especialmente pela descrição da internet balancing formula e sua atribuição de pesos para orientar decisões. O bloco finalizou com a discussão sobre o direito de não ser lembrado digitalmente como expressão da própria dignidade da pessoa e da insuficiência de tecnologias para assegurar tal direito. Sobre direitos ainda se discutiu o papel do uso da inovação para o desenvolvimento de uma política de propriedade intelectual que envolva o setor público e o setor privado.

No último bloco, tendo como pano de fundo a Covid-19, constatou-se diversos impactos da tecnologia, tanto em trabalhadores invisíveis potencializados na sociedade da informação com profundas alterações nas relações de trabalho, como nas profissões jurídicas tradicionais. Houve a percepção que pelo uso de tecnologias ocorreram alterações e, por outro lado, há uma limitação do Estado para o estabelecimento de soluções, ao tempo e forma que compatibilizem-se proteções e inovações. No campo jurídico, discutiu-se como a advocacia 4.0 também recebe demandas de segurança combinadas com exigências de respostas mais rápidas e precisas. Há, além do cenário de pandemia, muito mais expectativas criadas pela tecnologia no mercado jurídico. Há também o surgimento de uma variada gama de atividades aos especialistas jurídicos para a compatibilização e crescimento do cenário de inovação tecnológica. Os impactos da Covid-19 na aceleração do movimento de transição digital e o desenvolvimento de referenciais e aplicações de inteligência artificial também foram tratados no GT II. Destacou-se, por fim, também, a relevância de pesquisas com levantamento de dados e referenciais da sociedade atual com forma de melhor percepção dos impactos positivos ou riscos apresentados pela utilização de tecnologias.

Os Coordenadores

Prof. Dr. Aires José Rover

Prof. Dr. Fabiano Hartmann Peixoto

Prof. Dra. Danielle Jacon Ayres Pinto

Prof. Dr. José Renato Gaziero Cella

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito, Governança e Novas Tecnologias II apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**PONDERAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO AMBIENTE ONLINE:
PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E INTERNET BALANCING FORMULA**

**BALANCING FUNDAMENTAL RIGHTS ON THE ONLINE ENVIRONMENT:
PROPORTIONALITY PRINCIPLE AND INTERNET BALANCING FORMULA**

Ligia Bueno Asperti ¹
Mario Furlaneto Neto ²

Resumo

Com o crescimento de conflitos entre direitos fundamentais na internet, impõe-se analisar a eficácia da ponderação para sua resolução. Pelo emprego do método dedutivo e os procedimentos de revisão bibliográfica e legislativa, busca-se analisar a Internet Balancing Formula (IBF) como método para a resolução de conflitos de direitos fundamentais online. Para tanto, enfrenta-se os direitos fundamentais e a teoria da ponderação por meio do princípio da proporcionalidade, enquanto referencial teórico para apresentar a fórmula de ponderação online. Conclui-se que a IBF segue os moldes da ponderação tradicional, com adaptações, capaz de dirimir eventuais conflitos ocorridos no âmbito digital.

Palavras-chave: Conflito entre direitos fundamentais, Ponderação, Princípio da proporcionalidade, Internet, Fórmula de ponderação na internet

Abstract/Resumen/Résumé

With the increase of conflicts between fundamental rights on the internet, the analysis of the effectiveness of balancing for its resolution is necessary. Through the deductive method and bibliographic and legislative review procedures, sought to analyze the Internet Balancing Formula (IBF) as a method for resolving fundamental rights conflicts online. For that, fundamental rights and the theory of weighting through the proportionality principle are faced, as a theoretical framework for presenting the internet balancing formula. It is concluded that the IBF follows the traditional weighting model, with adaptations, capable of resolving any conflicts that occur on the internet.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights conflicts, Weighting, Proportionality principle, Internet, Internet balancing formula

¹ Mestranda no Centro Universitário Eurípedes de Marília.

² Doutor em Ciência da Informação pela Universidade Estadual Paulista Julio de Mesquita Filho - UNESP

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal brasileira estabelece diversos direitos tidos como fundamentais, concorrentes, sendo exercíveis simultaneamente e por diversos titulares. Considerando seu caráter relativo, não só é possível, como é inevitável a eventual ocorrência de conflitos entre eles. Ao se pensar em direitos fundamentais exercíveis por meio da internet, verificam-se conflitos, em especial, entre a liberdade de expressão de um titular e a privacidade de outro. Diante dessa realidade, é necessário estabelecer se as colisões ocorridas no âmbito digital serão solucionadas pela mesma técnica que as ocorridas *offline*, qual seja, a ponderação, e, em caso positivo, se esta se realiza da mesma forma em ambos os meios.

Com o emprego do método dedutivo e os procedimentos de revisão bibliográfica e legislativa, busca-se enfrentar a *Internet Balancing Formula* (IBF), como forma de resolução de conflitos de direitos fundamentais ocorridos no ambiente internet.

Para tanto, será necessário discorrer sobre a ponderação de direitos fundamentais *offline*, feita por meio do emprego do princípio da proporcionalidade, como referencial teórico para discutir a IBF, o que se fará a seguir, a partir do esboço sobre os direitos fundamentais.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais foram conquistados, mundialmente, de forma gradativa, por meio de lutas e revoluções, acompanhando a própria evolução da vida em sociedade, sendo importante salientar, no entanto, que, no contexto brasileiro, a conquista de tais direitos se deu independentemente de eventos dessa natureza. São direitos inerentes a todos os indivíduos, intrínsecos à própria condição de ser humano, sendo que a doutrina constitucionalista reconhece três dimensões de direitos fundamentais, havendo discussões acerca da existência, ainda, de uma quarta e uma quinta dimensões.

Os direitos fundamentais têm sua origem com o fim do modelo absolutista de Estado e a imposição de limitações ao poder do soberano, sendo que alguns doutrinadores, como Sarlet (2015), apontam a Magna Carta, de 1215, que submeteu o rei João Sem Terra a um corpo escrito de normas, como um dos primeiros documentos a tratar do tema.

O termo “direitos fundamentais” foi cunhado em 1770, na França, por movimentos que levaram à edição da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, no pós Revolução Francesa, cujo lema “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”, coincide com o núcleo

de proteção trazida pelos direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira dimensões, respectivamente.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão surgem, portanto, da necessidade de restringir o poder do Estado e de proteger o indivíduo de sua ingerência abusiva, sendo direitos negativos ou de defesa, pois exigem uma abstenção, um não fazer do Estado, para garantir a liberdade dos indivíduos.

Apenas no século XX, com a plena afirmação dos direitos econômicos e sociais como direitos fundamentais de segunda dimensão, em especial pelas Constituições Mexicana, de 1917, e de Weimar, de 1919, passa a se reconhecer a faceta positiva dos direitos fundamentais, ou seja, passa a ser possível exigir do Estado um fazer, uma ação, no sentido de promover e garantir a igualdade entre as pessoas.

Por fim, os direitos fundamentais de terceira dimensão referem-se ao ideal da fraternidade e consagram a ideia de solidariedade entre todas as pessoas. São direitos de titularidade coletiva, como o direito ao meio ambiente equilibrado, de modo que exigem uma atuação do Estado e da própria sociedade, no sentido de defender e preservar tais direitos para as presentes e futuras gerações. Com isso, são reconhecidos os direitos transindividuais, de titularidade não individual. Nos dizeres de Streck (1999, p. 15) “o crescimento dos direitos transindividuais e a crescente complexidade social (re)clamam novas posturas dos operadores jurídicos”, como a cooperação internacional, para sua garantia.

Dessa forma, podem ser conceituados como aqueles direitos reconhecidos e positivados no texto constitucional de determinado Estado, que busquem possibilitar uma existência livre, igual e digna para todos os indivíduos, de modo que estabelecem, ao mesmo tempo, obrigações positivas e negativas ao Estado, ou seja, exigem uma atuação no sentido de promover e garantir os direitos fundamentais, e uma abstenção de modo a não violá-los.

O Título II da Constituição Federal de 1988 traz a maioria dos direitos fundamentais atualmente reconhecidos em âmbito nacional, no entanto, por tratar-se de rol exemplificativo, aberto e possivelmente ilimitado, admite novos direitos, sendo certo, ainda, que seu alcance e significado podem sofrer mutações em decorrência da passagem do tempo, adaptando-se à época em que são analisados e empregados.

O § 2º do artigo 5º da Constituição brasileira expressamente admite os direitos decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados e os decorrentes de tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte. Dessa forma, é possível observar direitos fundamentais formalmente constitucionais, expressamente previstos no texto da Constituição de 1988, e materialmente constitucionais, que não estão previstos na Constituição, mas em

outros dispositivos jurídicos, porém cujo conteúdo traz um direito fundamental, de modo que terão status constitucional quando advindos de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados pelo rito das emendas constitucionais.

(...) intrínseca à noção de direitos fundamentais está, justamente, a característica da fundamentalidade, que, de acordo com a lição do jusfilósofo alemão Robert Alexy, recepcionada na doutrina lusitana por Gomes Canotilho, “aponta para a especial dignidade e protecção dos direitos num sentido formal e num sentido material” (SARLET, 2015, p. 92).

Significa dizer que a fundamentalidade de um direito pode advir do fato de estar previsto no texto constitucional como fundamental, ou da matéria tratada em seu bojo, de modo que, ainda que não assim previsto, em sede constitucional, será fundamental em razão de seu conteúdo, sendo reconhecido no âmbito nacional pela cláusula de abertura trazida no § 2º do artigo 5º da Constituição Federal.

Insta salientar que, ao considerarmos a internet no estudo dos direitos fundamentais, não se verificam, em regra, novos direitos, mas sim aqueles já previstos no texto constitucional, porém exercidos em outro plano, qual seja, o digital. Nesse sentido, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas adotou uma resolução, em 2016, na qual reconhece que “os mesmos direitos que as pessoas têm offline devem ser protegidos online, em particular a liberdade de expressão, o que é aplicável independente de fronteiras e por meio de qualquer mídia”¹ (Res. A/HRC/32/L.20, 2016).

2.1 Direitos fundamentais X direitos humanos

É frequente a confusão entre os termos direitos fundamentais e direitos humanos. Por óbvio que os direitos fundamentais, por terem como titulares seres humanos, são, também, direitos humanos, sendo que o que diferencia esses dois institutos é o âmbito de aplicação e reconhecimento de cada um. Ou seja, enquanto os direitos fundamentais são garantidos dentro do território de determinado Estado, os direitos humanos pertencem a todos os seres humanos, independentemente de limites geográficos ou jurídicos.

Em que pese sejam ambos os termos (...) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira, e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que

1 “(...) the same rights that people have offline must also be protected online, in particular freedom of expression, which is applicable regardless of frontiers and through any media (...)”

o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal forma que revela um inequívoco caráter supranacional (internacional) (SARLET, 2015, p. 29).

Os direitos fundamentais podem ser conceituados como “direitos que vigoram numa determinada ordem jurídica, sendo, por isso, garantidos e limitados no espaço e no tempo, pois são assegurados na medida em que cada Estado os estabelece” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 234).

Assim, apesar de tratarem de questões intrínsecas e comuns a todos os indivíduos, os direitos humanos são mais amplos e têm conteúdo mais aberto, considerando o ser humano de forma universal e não se limitando no espaço, enquanto que os fundamentais são mais restritos e de conteúdo mais preciso, pois serão direitos fundamentais quando assim reconhecidos no ordenamento jurídico de determinado Estado.

2.2 Características dos direitos fundamentais

A doutrina estabelece como principais características dos direitos fundamentais o caráter histórico, sua evolução ao longo do tempo, avançando, com cada nova dimensão reconhecida, na proteção do ser humano; a relatividade ou limitabilidade, ou seja, seu caráter não absoluto, mas essa característica será tratada de forma mais aprofundada no subtítulo seguinte; a inalienabilidade ou indisponibilidade, sendo vedada a disposição desses direitos por não possuírem valor econômico, sendo intransferíveis e inegociáveis.

Ainda, a irrenunciabilidade, não sendo possível abrir mão desses direitos, pois são basilares, protetores e promovedores da dignidade humana, sendo vedada a renúncia à condição de pessoa, ou seja, sobre o núcleo essencial do direito, sendo cabível, apenas, o seu não exercício, por exemplo, é possível expor informações personalíssimas sobre si na internet, mas não renunciar ao direito à vida privada. São, também, imprescritíveis, não sofrendo decadência ou prescrição, de modo que o decurso do tempo não os macula, não deixando de ser exigíveis.

São universais, pertencentes a todos, de modo que, pelo fato de uma pessoa fazer parte de um Estado, será, automaticamente, titular dos direitos fundamentais por ele reconhecidos. São, ainda, interdependentes ou concorrentes, podendo mais de um direito fundamental ser usufruído ao mesmo tempo como, por exemplo, em um jornal, onde simultaneamente se exerce o direito à informação e à liberdade de expressão, devendo ser interpretados de forma conjunta.

Por fim, são dotados de aplicabilidade imediata, conforme estabelece o artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal. Significa que, em regra, sua aplicação independe da edição de norma regulamentadora pelo legislador infraconstitucional. Existem, no entanto, aqueles que estão previstos em normas de eficácia limitada, exigindo regulamentação, como o direito à assistência religiosa em entidades civis e militares de internação coletiva, previsto no artigo 5º, VII, da Constituição de 1988. Em razão dessa aplicabilidade imediata, deve ser-lhes conferida a maior eficácia possível, independentemente de regulamentação, salvo nos casos em que seja prevista para viabilizar o gozo efetivo do direito, devendo ser elaborada e promulgada de modo a possibilitar seu exercício pleno.

2.3 A relatividade ou limitabilidade dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais não são absolutos, pois se limitam, reciprocamente, entre si. Ou seja, encontram limites nos demais direitos fundamentais trazidos no texto constitucional e naqueles que a Constituição reconhece, apesar de não trazer em seu bojo, ou seja, oriundos do regime ou dos princípios por ela adotados, e dos tratados internacionais sobre direitos humanos, quando tenham status constitucional.

Isso porque não existem apenas no plano teórico, mas, também, no plano fático, tendo, os mesmos direitos, diversos titulares, sendo certo que o direito fundamental de um acaba por limitar o do outro, como, por exemplo, o direito à liberdade de expressão, trazido no artigo 5º, IX, da Constituição Federal, encontra seu limite no direito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, sendo assegurado, no inciso X do mesmo artigo, o direito à indenização de eventuais danos.

Dessa forma, não pode o exercício dos direitos fundamentais servir de escudo ou defesa quando do cometimento de delitos, ou para afastar ou mitigar eventual responsabilidade civil ou penal por atos criminosos ou danos causados por irresponsabilidade ou insensatez de seu titular, sendo certa a obrigação de reparar quaisquer prejuízos causados a terceiros. Considerando que os direitos fundamentais existem no bojo de um ordenamento

jurídico e de uma sociedade, é necessário à manutenção desse ordenamento e ao atendimento a todos os que compõem essa sociedade, que coexistam em harmonia.

É por meio da imposição de limites ao exercício dos direitos fundamentais que essa harmonia é garantida. Esses limites podem estar expressos no próprio texto constitucional, como, por exemplo, a possibilidade de pena de morte em tempos de guerra limita o direito fundamental à vida, ou, ainda, podem advir da ponderação entre direitos fundamentais, no caso de conflitos ocorridos *offline*, devendo-se prezar pela máxima observância de ambos, aplicando-se a menor restrição possível ao direito identificado como “de menor peso”, sendo vedada a restrição excessiva, que atinja o núcleo essencial do direito.

Em se tratando de conflitos ocorridos *online*, é sustentada, atualmente, sua resolução por meio dessa mesma técnica, no entanto, adaptada às particularidades do âmbito digital, como sua realização por entidades privadas e a necessidade de se solucionar o conflito com extrema celeridade, em razão da facilidade e rapidez de divulgação de informações nesse meio, não havendo tempo disponível para argumentações e debates mais profundos, sob pena de tornar-se a ponderação ineficaz.

3 CONFLITO OU COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O conflito entre direitos fundamentais ocorre sempre que, em um caso concreto, ambas as partes estejam sob a proteção de um desses direitos, sendo que nenhuma pode exercer o seu, de forma plena, sem violar o da outra. Ou seja, ao mesmo tempo em que se tem um direito fundamental garantindo a atuação de uma das partes, se tem um amparando a outra, restando impossibilitada a atuação de ambas até que seja definido qual desses direitos deverá prevalecer e qual deverá ter seu exercício restrito.

Assim, haverá conflito entre direitos fundamentais sempre que pelo exercício de um direito por seu titular, for causado prejuízo a outros no âmbito dos seus direitos fundamentais. Esse conflito deverá ser sanado pelo aplicador do direito, garantindo a harmonia do sistema jurídico. Nesse ponto, importa apresentar a distinção entre as possíveis espécies de conflitos normativos, distinguindo, inicialmente, as normas jurídicas que encerram regras e princípios. Para tanto, adota-se o critério do comportamento prescrito, trazido por Ávila:

Enquanto as regras são normas imediatamente descritivas, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser adotada, os princípios são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem

um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos (ÁVILA, 2006, p. 71).

Assim, é possível a ocorrência de conflitos entre regras, quando se confrontam dois ou mais direitos definitivos, que estabeleçam consequências diversas ao mesmo ato ou fato, não podendo sofrer restrições, de modo que uma deverá ser declarada nula, no caso concreto, no todo ou em parte. Possível, ainda, a colisão entre regras e princípios, onde deverá ser aplicada ao caso concreto a regra devidamente balanceada pelo princípio com o qual colide, sendo que, assim solucionado o conflito, ambos permanecem válidos e eficazes.

Por fim, possível a colisão entre princípios, normas que, por sua própria natureza, são aplicadas através de sua ponderação com outras normas, sendo possível distinguir níveis de aplicabilidade, sendo que, conforme explica Ávila (2006, p. 80), é possível que exista “incerteza quanto ao *conteúdo* do comportamento a ser adotado, mas não quanto à sua *espécie*: o que for necessário para promover o fim é devido”.

Nesses casos, ambos os princípios “estabelecem um estado ideal de coisas que deve ser *promovido*; e, por isso, não exigem do aplicador um exame de correspondência, mas, em vez disso, um exame de *correlação* entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária” (ÁVILA, 2006, p. 83). Exigem, portanto, a realização de algo na maior medida possível, devendo ser estabelecidas o que Silva chama de relações condicionadas de precedência, sopesando os princípios conflitantes de acordo com as condições fáticas e jurídicas específicas existentes, de modo que a solução dependerá do caso concreto. Assim, “(...) nos casos de colisão entre dois princípios – P1 e P2 – o princípio P1 prevalece sobre o princípio P2 apenas nas condições daquele caso C. É possível – e provável –, contudo, que em uma situação C’ seja o princípio P2 que prevaleça sobre o princípio P1 (...)” (SILVA, 2009, p. 50), sendo que os princípios conflitantes, após a solução do conflito, permanecerão plenamente válidos e eficazes.

Não há hierarquia entre direitos fundamentais, de modo que não há como estabelecer, de antemão, qual deverá prevalecer. Assim, na hipótese de conflito entre esses direitos, deve o aplicador do direito realizar juízo de ponderação, ou sopesamento, considerado o caso concreto. Pode-se dizer que é a própria proteção a bens jurídicos, eleitos pela Constituição como dignos dessa proteção, que justifica ou permite a restrição de outros direitos com eles colidentes.

(...) os direitos fundamentais não são absolutos. A necessidade de proteção de outros bens jurídicos diversos, também revestidos de envergadura constitucional, pode

justificar restrições aos direitos fundamentais (SARMENTO; GALDINO, 2006, p. 293).

No caso de conflitos ocorridos *online*, devem ser consideradas as características particulares desse ambiente, em especial, a contração por ele causada na lógica tempo-espaço, no sentido de que diminuem o tempo gasto para se percorrer certa distância geográfica, sendo possível falar com alguém em um país diferente como se estivesse lado a lado. Essa nova realidade não só expande o contato entre as diferentes pessoas e sociedades, mas, também, os efeitos de eventuais atos praticados nesse âmbito. Assim, velocidade da transmissão de informações, a sensação de anonimidade típica da atuação virtual, a dificuldade de identificação do emissor de determinado conteúdo, ou mesmo de sua localidade, e de se excluir o conteúdo da rede, uma vez que é divulgado, acaba por potencializar os efeitos de tudo o que é veiculado na internet.

É o que Giddens (1991) chama de globalização do risco em razão do aumento da quantidade de eventos contingentes que afetam a todos ou, ao menos, grande parte da população mundial, o que justifica o tratamento diferenciado, e mais célere, que deve ser dado a esses conflitos.

A despeito dos altos níveis de segurança que os mecanismos globalizados podem propiciar, o outro lado da moeda é que novos riscos surgiram: recursos e serviços já não estão mais sob controle local e não podem portanto ser localmente reordenados no sentido de irem ao encontro de contingências inesperadas (...) (GIDDENS, 1991, p. 113).

Assim, é importante atentar para dois pontos distintos quando se fala na ponderação *online*. O primeiro é que não será realizado por um juiz, podendo ocorrer de forma prévia, por exemplo, pelo próprio editor de um site de notícias, antes de publicar uma informação, ou, de forma posterior, por empresas intermediárias da internet ou controladores de dados, após alertados do conflito existente, sendo necessária a fixação de critérios claros para a realização da ponderação, o que é proposto pela IBF, conforme será demonstrado adiante. O segundo é:

(...) uma mudança na dimensão online, enquanto a ideia consensual de peso igual do direito à esfera privada perante a liberdade de expressão é substituído por um peso de dependência prática atribuído a esses direitos pelos participantes online. A situação é, portanto, característica de uma compreensão utilitarista ou relativa dos direitos humanos (SUSI; ALEXY, 2020, p. 35).

É questionado o acerto em se permitir a guarda de direitos fundamentais a entidades privadas, inclusive por não haver autorização constitucional para que assumam o papel do Estado em tão relevante tarefa. Porém, atualmente, prevalece a posição de que “intermediários da internet estão bem posicionados para ponderação de direitos fundamentais online” (SUSI; ALEXY, 2020, p. 41), sendo reconhecida essa atuação como inevitável, havendo previsão na Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD, em seu artigo 50, § 2º, I, g, do estabelecimento de planos de resposta a incidentes, com base nos princípios da transparência e segurança.

Estabelecida não só a possibilidade, mas a probabilidade de conflitos entre direitos fundamentais, também no âmbito digital, importa analisar a forma de solução desses conflitos, sejam eles *offline* ou *online*, sendo que a regra é a promoção de todos os direitos fundamentais, e não sua restrição. Insta salientar que não deve haver sacrifício total de nenhum deles, devendo ser garantido o núcleo essencial dos direitos conflitantes.

4 PONDERAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A ponderação é a técnica utilizada para que se possa superar a colisão entre direitos fundamentais, para os fins desse título, ocorridos *offline*. Foi utilizada pela primeira vez para solucionar um conflito entre particulares pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, em 1958, ao decidir o chamado caso Lüth, em que foi decidido que o direito fundamental à liberdade de expressão de Erich Lüth, ao incitar o boicote ao filme de viés nazista “*Jud Suss*”, devia prevalecer sobre limitações e considerações constitucionais com ele conflitantes.

O referido Tribunal assim decidiu, conforme informam Dimoulis e Martins (2011):

As “leis gerais” têm de ser interpretadas à luz do significado especial do direito fundamental à livre expressão do pensamento para o Estado livre e democrático. O direito fundamental do art. 5 GG não protege somente a expressão de uma opinião enquanto tal, mas também um efeito intelectual a ser alcançado por sua expressão. Uma expressão do pensamento que contenha uma convocação a boicote não viola necessariamente os bons costumes na acepção do § 826 BGB; ela pode ser justificada constitucionalmente, em sede de ponderação de todos os fatores envolvidos no caso, por meio da liberdade de expressão do pensamento (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 246/247).

A ponderação tem cabida, portanto, quando a simples subsunção do fato à norma, ainda que acompanhada dos princípios clássicos de resolução de conflitos como a hierarquia, a especialidade e o cronológico, não são suficientes.

A ponderação é uma técnica de decisão empregada para solucionar conflitos normativos que envolvam valores ou opções políticas, em relação aos quais as técnicas tradicionais de hermenêutica não se mostram suficientes. É justamente o que ocorre com a colisão de normas constitucionais, pois, nesse caso, não se pode adotar nem o critério hierárquico, nem o cronológico, nem a especialidade para resolver uma antinomia de valores (MARMELSTEIN, 2008, p. 386).

Assim, havendo colisão entre direitos fundamentais, deve o aplicador do direito buscar a harmonização de tais normas por meio da ponderação entre os valores conflitantes, devendo “fundamentar a relação estabelecida entre os elementos objeto de sopesamento” (ÁVILA, 2006, p. 132), e justificar a prevalência de um sobre o outro. Uma vez realizada, consideradas as circunstâncias particulares do caso concreto, a solução encontrada impõe a aplicação do direito tido como prevalente, de modo que o sopesamento implica no surgimento de uma regra, aplicável àquele caso concreto, e a todos os demais que apresentem idênticas condições fáticas e jurídicas. Eventuais restrições impostas a direitos são, portanto, “resultado de uma ponderação de princípios jurídico-constitucionais conducente ao afastamento definitivo, num caso concreto, de uma dimensão que, *prima facie*, cabia no âmbito prospectivo de um direito, liberdade ou garantia” (CANOTILHO, 1998, p. 1148).

Assim, “inevitavelmente haverá descumprimento parcial ou total de alguma norma constitucional” (MARMELSTEIN, 2008, p. 394), sendo que, “o nível de restrição de cada interesse será inversamente proporcional ao peso específico que se emprestar, no caso, ao princípio do qual ele se deduzir, e diretamente proporcional ao peso que se atribuir ao princípio protetor do bem jurídico concorrente” (SARMENTO, 2000, p. 104).

A ponderação, portanto, deverá sempre obedecer a certos limites, de modo que não se torne arbitrária, como a manutenção do núcleo essencial dos direitos fundamentais e a observância ao princípio da dignidade da pessoa humana. Pode-se dizer que esse núcleo essencial é relativo, dependendo das condições e interesses envolvidos no caso concreto, de modo que “o conteúdo essencial de um direito não será sempre o mesmo e irá variar de situação para situação, dependendo das circunstâncias e dos direitos em jogo em cada caso” (SILVA, 2009, p. 27). Assim, “conteúdo essencial e proporcionalidade – guardam íntima relação: restrições a direitos fundamentais que passam no teste da proporcionalidade não afetam o conteúdo essencial dos direitos restringidos” (SILVA, 2009, p. 197).

O sopesamento entre direitos fundamentais é feito pelo emprego do princípio da proporcionalidade, de modo que, após a análise dos três elementos que o compõe, seja

possível estabelecer quando uma medida será proporcional e, portanto, passível de aplicação no caso concreto. Sendo o meio elencado capaz de garantir a obtenção ou, no mínimo, a promoção do resultado pretendido; sendo aquele que, dentre todos os cabíveis, garanta a maior promoção do direito prevalente e restrinja o mínimo possível aquele tido como de “menor peso”; e, sendo a realização daquele direito fundamental de tamanha importância que justifique a restrição de outro, haverá proporcionalidade na adoção da medida.

4.1 Princípio da proporcionalidade

Conhecido como limite dos limites, o princípio da proporcionalidade visa à preservação de fato dos direitos conflitantes. Surge com a evolução dos direitos humanos, primeiramente como limitador do poder absolutista estatal, depois como exigência de equilíbrio entre os delitos praticados e as penas a eles estabelecidas.

Foi primeiro utilizado como forma de defesa de direitos fundamentais na Alemanha, tendo seu Tribunal Constitucional estabelecido que, para que fosse possível ao Estado a busca por quaisquer objetivos dentro do ordenamento jurídico, deveria ser atendido o critério da proporcionalidade, necessidade e moderação. Enquanto regra aplicada no controle dos atos oriundos do poder estatal, se desenvolve também na Alemanha, em especial após a 2ª Guerra Mundial, tendo como carro-chefe o chamado “caso das farmácias”, no qual foi julgada inconstitucional lei da Bavária que condicionava a abertura de novas farmácias à comprovação de sua viabilidade e de que não causaria problemas econômicos aos farmacêuticos já estabelecidos na região. Realizado o sopesamento entre a limitação ao direito fundamental da livre iniciativa e o direito à saúde, prevaleceu este último.

Assim, considerando a realidade da ocorrência de conflitos entre direitos fundamentais, é necessário que seu aplicador tenha meios de alcançar a harmonia entre eles, de modo que não haja o sacrifício de nenhum. O equilíbrio entre direitos conflituosos é alcançado pelo estabelecimento de limites ao seu exercício, o que se faz pelo emprego do princípio da proporcionalidade. Assim, a aplicação desse princípio a eventual conflito de direitos fundamentais busca o estabelecimento de uma zona de equilíbrio, baseada no critério da equidade, para que sejam garantidos ambos os direitos, mediante decisão pela prevalência de um deles. Dessa forma, entende-se que “(...) para evitar o excesso de obediência a um princípio que destrói os outros, e termina aniquilando os dois, deve-se lançar mão daquele que, por isso mesmo, havemos de considerar o princípio dos princípios” (GUERRA FILHO, 1996, p. 300), o princípio da proporcionalidade.

Assim explicou o ministro Celso de Mello:

Entendo que a superação dos antagonismos existentes entre princípios constitucionais há de resultar da utilização, pelo STF, de critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, *hic et nunc*, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto, a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, tal como adverte o magistério da doutrina (HC 82424, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, DJ 19-03-2004 PP-00024 EMENT VOL-02144-03 PP-00524).

Assim, será esse princípio utilizado para selecionar o direito fundamental prevalente, no caso concreto, bem como para justificar essa prevalência.

O objetivo da regra da proporcionalidade (...) é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais. É, para usar uma expressão consagrada, uma restrição às restrições (SILVA, 2002, p. 24).

Implícito no texto constitucional nacional, esse princípio, para analisar a relação existente entre meios passíveis de serem adotados e fim pretendido, é subdividido em três elementos:

“(...) adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?)” (ÁVILA, 2006, p. 149).

Esses elementos estão elencados na ordem em que serão analisados, de modo que “a análise da adequação precede a da necessidade, que, por sua vez, precede a da proporcionalidade em sentido estrito” (SILVA, 2002, p. 34), havendo entre elas, portanto, relação de subsidiariedade. Pode-se dizer que esse princípio estabelece, “*a priori*”, de forma racional, a sequência em que cada elemento dessa fórmula deverá ser analisado, a fim de se alcançar a melhor solução ao caso concreto, gerando a maior promoção do direito fundamental tido como “superior” e acarretando a menor restrição possível àquele tido como “inferior”.

4.1.1 Adequação ou idoneidade

A adequação refere-se ao aferimento da compatibilidade entre o fim pretendido e os meios empregados para atingi-lo, de modo que haverá desrespeito ao princípio da proporcionalidade sempre que o meio escolhido não for convergente com o objetivo buscado. Trata do “meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado” (SILVA, 2002, p. 36), ou seja, “exige que o administrador utilize um meio cuja eficácia (e não o meio, ele próprio) possa contribuir para a promoção gradual do fim” (ÁVILA, 2006, p. 153).

Assim, para que seja considerado adequado o meio escolhido não é necessário que, por si só, alcance o objetivo pretendido, uma vez que o verbo adequar, no âmbito do princípio da proporcionalidade, é traduzido como promover, sendo considerada adequada uma medida desde que possibilite a obtenção do resultado buscado. Conforme explica Silva, “aplicar a regra da proporcionalidade, nesses casos, significa iniciar com uma primeira indagação: A medida adotada é adequada para fomentar a realização do objeto perseguido?” (SILVA, 2009, p. 170).

Dessa forma, para que seja adequada, é necessário que a medida adotada seja apta a realizar ou, ao menos, promover, a obtenção do resultado almejado, sendo, caso contrário, considerada desproporcional, não progredindo à análise do segundo elemento do princípio da proporcionalidade.

4.1.2 Necessidade ou exigibilidade

Já o elemento da necessidade estabelece que, após a análise da adequação e a seleção das medidas de possível adoção, sejam estas reanalisadas de modo a identificar as passíveis de “promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados” (ÁVILA, 2006, p. 158), ou seja, dentre as medidas aptas à consecução do objetivo, deve-se selecionar aquela necessária, ou seja, nem excessiva nem ineficaz. A medida adotada deve ser indispensável à promoção do direito preponderante no caso concreto, sem, contudo, eliminar ou limitar aquele que não prevaleceu além do estritamente necessário.

A necessidade do meio significa que é ele, entre os que poderiam ser escolhidos *in abstracto*, aquele que melhor satisfaz *in concreto* – com menos custos, nuns casos, e com mais benefícios, noutros – a realização do fim; e, assim, é essa providência, essa decisão que deve ser adotada (MIRANDA, 2008, p. 285).

Trata-se, portanto, da escolha do meio menos gravoso ao direito fundamental que será restringido, que, ao mesmo tempo, seja o mais eficiente na promoção do direito almejado, sendo que tal escolha deve sempre privilegiar a eficiência da medida nessa promoção. Assim, conforme explica Robert Alexy, o elemento da necessidade “não é nenhuma otimização em direção a algum ponto máximo, mas apenas a vedação de sacrifícios desnecessários a direitos fundamentais” (ALEXY, 2008, p. 590).

Superadas as etapas da adequação e da necessidade, não sendo suficientes para determinar a medida a ser aplicada, será analisada a proporcionalidade em sentido estrito.

4.1.3 Proporcionalidade em sentido estrito

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito liga-se à ideia de exame dos benefícios e malefícios que a adoção de determinada medida, já estabelecida como adequada e necessária, acarreta às partes no caso concreto, de modo a verificar se a mesma acabou por sacrificar ou limitar direitos fundamentais mais importantes do que aqueles que pretendeu proteger.

Ensina Konrad Hesse, citado por Ávila, que este elemento é o “princípio de concordância prática que, junto com o da unidade da Constituição, deve orientar a compatibilização dos interesses em colisão mediante uma interpretação orientada ao problema concreto” (ÁVILA, 2007, p. 20), sendo seu exame necessário para que não fosse considerada proporcional “uma medida que fomentasse um direito fundamental com grande eficiência mas que restringisse outros vários direitos de forma muito intensa” (SILVA, 2009, p. 174).

A proporcionalidade em sentido estrito é, assim, o “sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva” (SILVA, 2002, p. 40).

(...) se a constitucionalidade de uma restrição a um direito fundamental garantido por um princípio depende sobretudo de sua fundamentação constitucional, e se essa fundamentação constitucional é controlada a partir da proporcionalidade, pode-se dizer que toda restrição proporcional é constitucional (SILVA, 2009, p. 206).

Parte da doutrina sustenta o emprego de fórmulas aritméticas na análise da proporcionalidade em sentido estrito, atribuindo números para sopesar princípios conflitantes e determinar o prevalente, tendo como variáveis o grau de realização de um e o grau de

restrição do outro. Assim, analisados os três elementos ora expostos, chegando-se à conclusão de que determinada medida é adequada à promoção do objetivo pretendido, necessária à sua obtenção, e proporcional, estará concluído o juízo de ponderação e superado o conflito *offline*.

5 PONDERAÇÃO ONLINE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

As regras para a efetiva ponderação de direitos fundamentais no âmbito da internet ainda estão sendo estabelecidas, sendo certo que, no âmbito digital, os conflitos ocorrem entre o direito à liberdade de expressão, de um lado, e os direitos personalíssimos, de outro. Podemos citar como marcos no seu desenvolvimento o Encontro Global de Partes Interessadas no Futuro da Governança na Internet, realizado em São Paulo, entre 23 e 24/04/2014, Fórum de Governança na Internet das Nações Unidas, que ocorreu em João Pessoa, entre 10 e 13/11/2015 e Código de Conduta da União Europeia para Luta Contra Fala de Ódio Online Ilegal.

Nesses eventos ficou demonstrada a necessidade de se estabelecer critérios comunitários para a direção de conteúdo online e diretrizes para quando um conteúdo legal que afeta a esfera privada de um usuário deve ser removido ou bloqueado. Nesse sentido, Mart Susi propôs a Fórmula de Ponderação na Internet – IBF, baseada na fórmula de ponderação tradicional, de Robert Alexy, porém adaptada à realidade do âmbito digital, como meio para a solução de conflitos ocorridos na internet.

A IBF “propõe que a vulnerabilidade na internet como uma condição ôntica conduzirá a uma mudança na relação inicial entre os direitos conflitantes antes do exercício da ponderação começar” (SUSI; ALEXY, 2020, p. 46), não sendo conferidos pesos iguais a ambos os direitos, pois “os meios tradicionais de proteger a esfera privada de alguém, conhecidos no mundo *offline*, não podem ser efetivamente realizados ou são consideravelmente enfraquecidos no âmbito digital” (SUSI, 2019, p. 202).

Ainda, pela adoção de uma fórmula específica na resolução dos conflitos, pretende resolver dois problemas possíveis na ponderação online, a falta da transparência e a arbitrariedade:

A aplicação dessa fórmula vence a objeção unida à arbitrariedade em virtude da confiança na mesma fórmula padrão em todas as circunstâncias. A objeção unida à transparência é evitável em virtude do conhecimento dos usuários da internet que o resultado do exercício da ponderação originou-se da aplicação da fórmula (SUSI; ALEXY, 2020, p. 49).

Outro óbice enfrentado pela adoção da IBF é a possibilidade da ineficácia da ponderação pelo transcurso do tempo, pois, sendo realizada por empresas privadas, com base em uma fórmula fixa, independente de argumentação ou debate, a resposta ao conflito é muito mais célere, o que é exigido pela natureza do âmbito digital. “Na ponderação offline a dimensão substantiva pode e tem de ser delegada à argumentação. Em contraste com isso, ponderação online racional é somente possível em virtude de uma entrada substantiva sólida” (SUSI; ALEXY, 2020, p. 69/70).

No âmbito digital, é necessário que a fórmula de ponderação seja mais maleável, de modo a acomodar as mudanças impostas à relação entre direitos por seu próprio plano de existência. Assim, a aplicação dessa fórmula tem como primeiro passo identificar se o conflito decorre de discurso de ódio ou da divulgação de informação ou fato histórico. No primeiro, em caso positivo, tal discurso deverá ser excluído, não havendo necessidade de ponderação; no segundo, deverá ser divulgado, uma vez que a IBF não se vale a impedir a divulgação de informação ou fato considerado histórico, relevante à sociedade como um todo, no momento da análise. Não se configurando nenhuma dessas situações, passa-se à segunda fase da ponderação online, qual seja, o estabelecimento do “peso” do direito à esfera privada.

Para tanto, o primeiro elemento – V – é a vulnerabilidade na internet, que recebe um valor constante de 1. O segundo – PR – é a interferência na esfera privada, que será graduado de acordo com sua intensidade – x – a critério do aplicador, variando de 1 a 3, entre leve, moderada e intensa. Por fim, considera-se o tempo – T – uma vez que a interferência na esfera privada diminui com a passagem do tempo, sendo sua intensidade – y – graduada entre 0 e 1, considerando quantos anos se passaram entre a divulgação da informação e a ponderação.

Já a análise do “peso” do direito à liberdade de expressão engloba o nível de interesse público na informação (P1), graduado entre 0 – sem impacto significativo – e 3 – importa à nação toda – conforme sua intensidade (x). Em seguida, analisa-se se a informação é referente à pessoa pública (PF), graduando o nível de publicidade da pessoa (x) entre 3, dotado de poder público significativo, e 1, ingresso involuntário na internet. Por fim, observa-se a origem da informação (O1), sendo graduada (y) entre 0 e - 0,75, sendo este aplicado quando obtida a informação de forma ilegal, tendo, portanto, impacto negativo.

Para que seja preservada a humanidade da ponderação, mesmo quando feita pelo emprego de inteligência artificial, tanto na análise da esfera privada, quanto na da liberdade de expressão, deverá ser considerada a empatia (E), graduada entre 0,25 e 1 (z), não podendo a soma dos lados exceder a 1, de modo que representa “o resultado da avaliação moral dos

direitos conflitantes” (SUSI; ALEXY, 2020, p. 55). Insta salientar que esse elemento é, em regra, facultativo, devendo ocorrer em duas situações. “A primeira é a situação do empate, isto é a situação na qual IBF recebe o valor 1. (...). A segunda é que nela ‘a situação mesma pede para distinguir ela de situações comparáveis para fundamentos morais determinados’” (SUSI; ALEXY, 2020, p. 75).

A fórmula IBF, portanto, traduz o quociente da divisão do valor encontrado para o direito à esfera privada pelo do direito à liberdade de expressão: $IBF = \frac{V(1) + PR(x) + T(y) + E(z)}{P1(x) + PF(x) - O1(y) + E(z)}$, sendo que, “Quando o cociente é maior que 1, o direito à esfera privada prevalece e a informação em questão não pode ser publicada ou deve ser bloqueada. Quando o cociente é menor que 1, a situação é o oposto – a liberdade de expressão prevalece” (SUSI; ALEXY, 2020, p. 56).

Assim, temos que os conflitos entre direitos fundamentais ocorridos *online*, assim como os ocorridos *offline*, são dirimidos pelo emprego da técnica da ponderação. No entanto, a fórmula utilizada para sua realização exigiu uma reformulação, em contraste com aquela inicialmente proposta por Alexy, de modo a atender às exigências impostas pela própria internet, como a observância da vulnerabilidade do usuário e maior celeridade na resposta.

Assim, apesar de existirem diferenças entre as fórmulas de ponderação propostas por Alexy e por Susi, como o caráter geral e abstrato da primeira *versus* o particular e concreto da segunda, e a existência de elementos de valor fixo na segunda, ausentes na primeira, estas decorrem do próprio meio onde ocorre o conflito, físico ou digital, bem como do responsável pela ponderação, o juiz ou Tribunal, no meio físico, capaz de argumentar e justificar sua atividade, ou o controlador de dados, empresa privada, no meio digital, que, em última análise, apenas aplica a fórmula, sem debate.

6 CONCLUSÃO

Nesta oportunidade, estudou-se o fenômeno do conflito entre direitos fundamentais, ocorridos tanto *offline*, quanto *online*, juntamente com a técnica da ponderação, como forma de resolvê-los. A ponderação de conflitos ocorridos *offline* é operacionalizada pelo princípio da proporcionalidade, sendo este, também, analisado, elencando e explicados seus elementos compositores. Após, apresentou-se a Fórmula de Ponderação na Internet – IBF, proposta para solucionar conflitos ocorridos *online*, explicando-a e demonstrando seu funcionamento.

Para tanto, conceituou-se os direitos fundamentais, expondo a diferença entre estes e os direitos humanos, e elencando suas características, focando em sua limitabilidade ou relatividade, ou seja, seu caráter não absoluto, reconhecendo-se que se limitam entre si e que

os mesmos direitos reconhecidos *offline* devem, também, ser protegidos no âmbito digital. A partir daí, foi feita a explanação acerca da existência de conflitos entre os direitos fundamentais.

Inicialmente, foi trazida rápida explicação sobre os conflitos de possível ocorrência, ou seja, conflitos entre regras, entre regra e princípio e entre princípios. Em seguida, apresentou-se a técnica da ponderação, aplicável *offline*, por meio da qual os direitos conflitantes serão analisados e valorados, identificando-se qual tem um “peso maior” e, portanto, deve prevalecer sobre os outros. Tal técnica é instrumentalizada com o emprego do princípio da proporcionalidade, sendo ele analisado e destrinchado, apresentando-se seus três elementos compositores, adequação ou idoneidade, necessidade ou exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito, estabelecendo-se que, para que uma medida seja considerada proporcional e possa ser aplicada ao caso concreto deve-se verificar se é adequada à promover o objetivo almejado, necessária à consecução desse objetivo, não havendo medida alternativa tão eficiente quanto ela, porém que restrinja menos o direito que não prevalece no caso concreto, e, por fim, se há equilíbrio entre a restrição imposta a um direito e o fomento conferido ao outro.

Com a aplicação dessa técnica, é eleito, no caso concreto, o direito fundamental que, reconhecido como de maior peso, deverá prevalecer, sendo restringido o exercício ou alcance daquele com ele conflitante apenas o suficiente para harmonizá-los e eliminar o conflito. Observa-se que o princípio da proporcionalidade atua como mecanismo de controle, estabelecendo regras que balizam a atuação do jurista, de modo que a atividade de ponderação não se torne arbitrária e sujeita a interesses e influências externas.

Após, estudou-se a Fórmula de Ponderação na Internet – IBF, proposta por Mart Susi em razão da necessidade de se estabelecer a forma de solução de conflitos *online*, considerando o aumento de sua ocorrência como decorrência da própria realidade digital atual, indicando como sua adoção solucionaria problemas intrínsecos a esse meio, como a possibilidade de ineficácia pelo decurso do tempo e a solução de dúvidas acerca de transparência e arbitrariedade, decorrente de sua adoção. Ainda, foram elencados os elementos compositores da IBF, explicando como se dá sua valoração, confiando-se ser ela capaz de dirimir conflitos ocorridos *online* com a velocidade e eficácia que o meio exige.

Dessa forma, conclui-se que, havendo colisão entre direitos fundamentais, *offline* ou *online*, devem ser buscadas as medidas adequadas a resolvê-la, sendo que, em ambos os casos, serão estas alcançadas pelo emprego da técnica da ponderação. No entanto, essa se desenvolverá de forma diversa em cada um desses meios, devendo ser feita pelo emprego do

princípio da proporcionalidade, com a análise escalonada de seus subprincípios, quando ocorrerem *offline*, e por meio do emprego da Fórmula de Ponderação na Internet – IBF, considerando as características próprias do meio digital, como a vulnerabilidade dos usuários da internet, quando ocorrerem *online*.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ASSEMBLEIA GERAL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Direitos Humanos. Resolução sobre a Proteção, Promoção e Gozo dos Direitos Humanos na Internet. 2016. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G16/131/89/PDF/G1613189.pdf?OpenElement>. Acesso em: 31 ago. 2020.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5ª ed., São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Provas ilícitas e proporcionalidade**. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2007.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Habeas Corpus 82424**. Relator Min. Moreira Alves, 17 de setembro de 2003. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em 22 jun. 2019.

BRASIL, **Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 31 ago. 2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, 2ª ed, Coimbra: Almedina, 1998.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 3ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. 5ª reimpressão. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Os princípios da isonomia e proporcionalidade como garantias fundamentais. **Ciência Jurídica**, v. 68, mar./abri. 1996.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas: 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO; Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV: direitos fundamentais. 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, 12ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2015.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

_____. GALDINO, Flávio. **Direitos Fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, Vigílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, v. 798, ano 91, p. 23-50, abr. 2002.

_____. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SUSI, Mart. The internet balancing formula. **European Law Journal**, v. 25, n. 2, p. 198-212, abr. 2019.

_____. ALEXY, Robert. **Proporcionalidade e internet**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2020.