

INTRODUÇÃO

Na contemporaneidade, o contexto epistemológico vem sofrendo alterações profundas e constantes, seja no modo com que o indivíduo desenvolve a percepção de si mesmo, seja na forma de interação entre as pessoas. Vive-se a era digital, característica do mundo globalizado, marcado pela intensificação das relações sociais em escala mundial, resultando em uma maior distância na relação entre o tempo e o espaço (GIDDENS, 1991, p. 69).

A sociedade da informação, caracterizada pelo acúmulo de dados disseminados de forma descentralizada e marcados pela transmissão global em alta velocidade, através do uso de novas tecnologias, permite que cada um possa agir, sem intermediário, quando quiser, sem filtro nem hierarquia e, o que é mais importante, em tempo real (WOLTON, 2003, p. 77).

Neste contexto, no qual a divulgação de informações é constante e em ritmo acelerado, as fronteiras entre o espaço público e o espaço privado perdem a nitidez que apresentam no mundo físico. Somando-se isto ao fato de não haver, em regra, uma censura prévia do conteúdo divulgado no ciberespaço, não é rara a constatação da colisão entre os direitos fundamentais de liberdade de expressão e de privacidade, a qual adquire novos contornos no ambiente virtual.

Para Vieira (2007, p. 20), “privacidade e liberdade se amalgamam como duas faces de uma mesma moeda, uma vez que tão somente o manto de proteção da privacidade proporciona a um indivíduo o direito ao exercício da liberdade”. Ocorre que estes direitos não são absolutos, de forma que a liberdade de expressão encontra seus limites no direito à privacidade, que resguarda a esfera privada dos indivíduos da intromissão de terceiros.

Desta forma, no tópico inicial, analisa-se o conceito dos dois direitos fundamentais em questão, expondo-se suas principais nuances de proteção. De um lado, encontra-se o direito individual do sujeito de ter os aspectos de sua vida privada protegidos, resguardados do conhecimento alheio. De outro, o direito fundamental de liberdade de expressão daquele que pretende externar ideias, opiniões ou qualquer outra manifestação de pensamento.

No capítulo seguinte, são destacadas as principais características da sociedade da informação e, especialmente, do ciberespaço. A presença de receptores abertos, o borrado entre o público e o privado, bem como a liberdade de postagem, representam aspectos do ambiente virtual que contribuem para a acentuação do choque entre estes direitos. Busca-se, desta forma, apontar os contornos que a colisão entre o direito à liberdade de expressão e o direito à privacidade recebem diante deste novo paradigma técnico, econômico e social.

No tópico final, em busca de solucionar o problema, são propostos parâmetros a serem utilizados como baliza da atuação jurisdicional. Pretende-se que, por meio do mecanismo de ponderação, diante do caso concreto, a colisão entre estes dois direitos fundamentais seja resolvida de maneira a garantir a maior proteção possível a ambos.

Por fim, a metodologia adotada para a elaboração deste estudo caracteriza-se como bibliográfica, quanto às fontes; qualitativa, quanto à abordagem do problema; e, quanto aos objetivos, como descritiva e exploratória.

1 Os direitos fundamentais à privacidade e à liberdade de expressão

Estabelecidos pelo texto constitucional com o intuito de proteger a dignidade essencial humana, os direitos fundamentais representam direitos “jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente [...], direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica e concreta” (CANOTILHO, 2003, p. 393). Desta forma, a realização de tais direitos se dá por meio da antevisão e da projeção de ângulos específicos ou de esferas determinadas da existência e da atividade humana (FALCÃO, 2013, p. 227).

Nesta senda, o direito à privacidade e o direito à liberdade de expressão, garantidos na Constituição Federal de 1988, figuram neste mosaico de direitos fundamentais, de forma que a lesão a estas garantias traduz-se em lesão ao próprio valor axiológico da dignidade humana. Para Martins (2013, p. 65), “a compatibilização de direitos, traduzida nas situações de compromisso, para que nenhuma ceda ou alcance primazia, é, assim, indispensável”.

Nuno e Sousa (1984, p. 293) põe que “liberdade de expressão e de informação estarão tanto mais alto na escala dos bens jurídicos, quanto mais diretamente manifestarem os princípios da dignidade humana e do Estado de Direito democrático”. Já o direito à vida privada exprime-se, para Dotti (1980, p. 69), na “esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais”.

1.1 Direito à privacidade

Descritos pela doutrina como emanções do valor axiológico da dignidade humana, os direitos da personalidade são considerados, de acordo com Tepedino (2001, p. 33), atributos inerentes e indispensáveis ao ser humano. Em adição, para De Cupis (2008, p. 24), são estes direitos que proporcionam conteúdo à personalidade, constituindo-lhe um mínimo necessário. Neste sentido, a personalidade é compreendida como a aptidão genérica,

reconhecida a todo ser humano para contrair direitos e deveres no âmbito civil, de forma que a tutela destes atributos compõe o conjunto dos direitos da personalidade.

É corrente na doutrina a divisão destes direitos em dois grupos, quais sejam: (i) direitos à integridade física, abrangendo os direitos à vida, à disposição do próprio corpo e ao cadáver; (ii) direitos à integridade moral, onde, dentre outros, se inserem os direitos à honra, à liberdade, à vida privada, à intimidade, à imagem, ao nome e o direito moral do autor (BARROSO, 2004, p. 13).

Coadunando com o exposto, Capelo de Sousa (1995, p. 316-317) esclarece que a dignidade da pessoa humana garante tanto autonomia física, quanto autonomia moral, particularmente na condução da sua vida, em sua atribuição de fins a si mesmo, na assunção de sua escala de valores, na prática dos seus atos, na revalidação dos mesmos e na recondução do seu comportamento, de modo a se pressupor que cada indivíduo possui uma esfera privada onde possa se recolher, sendo vetado aos demais nela se intrometer.

A intimidade e a vida privada são esferas distintas reunidas em um direito mais extenso: o direito à privacidade. Nesta ótica, para Juan Bonilla Sánchez (2010, p. 171), a privacidade alcança um contexto mais amplo que o direito à intimidade, sendo esta entendida como *“o âmbito de independencia de una persona frente a los demás, sean particulares o poderes públicos, que asegura la falta de información sobre ella e que le concede la facultad de controlar toda la que le afecta, tanto previa, como posteriormente a su difusión”*.

Assim, a privacidade, surge, de acordo com Anderson Schreiber (2013, p. 44), “sob uma insígnia individualista, inspirada pela lógica segregacionista, mas acaba por se converter em um direito mais amplo, de caráter social, que abrange hoje especialmente o direito à proteção de dados pessoais”.

Para Rodotà (2008, p. 17), a privacidade exige “um tipo de proteção dinâmico, que segue o dado em todos os seus movimentos”, sendo este o resultado “de um longo processo evolutivo experimentado pelo conceito de privacidade - de uma definição original como o direito de ser deixado em paz, até o direito de controle sobre as informações de cada um e de determinar como a esfera privada deve ser construída”.

Destarte, o direito à privacidade, compreendido por Martins (2013, p. 11) como o último reduto da liberdade, deixa de ser apenas um dever geral de abstenção, passando a implicar em deveres de caráter positivo, de forma a conceder proteção ampla aos dados pessoais. Como exemplos de violação à privacidade, nesta acepção mais abrangente, tem-se a inclusão não autorizada do sujeito em cadastros e a alienação de dados pessoais de clientes entre empresas.

Decorre, portanto, do direito de privacidade, o reconhecimento de espaços da vida particular dos indivíduos que deve ser respeitado e preservado da curiosidade alheia, posto que cingem o modo de ser particular de cada um. Neste âmbito, incluem-se os fatos ordinários que, em regra, não suscitam interesse público, tais como costumes, relações afetivas, comentários, escolhas e dados pessoais.

Diante disto, na sociedade da informação, marcada pela revolução tecnológica, o espaço e o tempo estão sendo constantemente transformados, de forma que a proteção à privacidade assume maior relevo na atualidade, na qual a divulgação de dados e de informações torna-se mais abrangente e mais rápida.

Como leciona Ascensão (1998, p. 13), o domínio da privacidade não se submete ao controle público, sendo tratado como o direito de decisão livre. No ordenamento jurídico brasileiro, o direito à privacidade assenta seu fundamento no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988, o qual estabelece que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Sendo o direito à privacidade um direito fundamental, desta proteção decorrem outros direitos constitucionais, tais como a inviolabilidade do domicílio e a proibição de publicidade do conteúdo de correspondências.

No plano infraconstitucional, o direito à privacidade é resguardado pelo Código Civil de 2002 que, em seu artigo 21, garante a inviolabilidade da vida privada, estabelecendo que caberá ao juiz, a critério do interessado, adotar as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário ao preceito.

Cabe salientar que o legislador tratou este direito, no Código Civil, de maneira muito retraída, dedicando-lhe apenas um artigo que não apresenta sequer um aspecto novo à disposição já contida na Constituição. Neste ponto, cabe salientar que a solução não contempla “os diversos aspectos de um dos mais importantes temas relacionados aos direitos da personalidade e nem outorga critérios de ponderação para a disciplina da matéria” (ANDRADE, 2013, p. 106).

Além disso, a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, o Marco Civil da internet, dispõe, em seu artigo 3º, II, que a proteção da privacidade constitui um dos princípios norteadores do uso da internet no Brasil, e, em seu artigo 8º, que a garantia do direito à privacidade, bem como à liberdade de expressão nas comunicações, é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet.

1.2 Direito fundamental à liberdade de expressão

Considerando ser a liberdade um dos valores essenciais para a existência humana digna, o direito à liberdade de expressão, de acordo com Barroso (2004, p. 16), “destina-se a tutelar o direito de externar ideias, opiniões, juízos de valor, em suma, qualquer manifestação do pensamento humano”.

A doutrina diferencia o direito à liberdade de informação, posto que este se relaciona ao direito individual de comunicar fatos e ao direito de ser deles informados, sem quaisquer óbices. Todavia, explanam Barroso e Talavera (1998, p. 50), que “*esta configuración autónoma de ambos derechos no puede oscurecer el hecho de que la libertad de información es material y lógicamente una faceta de la libertad de expresión*”.

Para Nuno e Sousa (1984, p. 141),

A liberdade de expressão consiste no direito à livre comunicação espiritual, no direito de fazer conhecer aos outros o próprio pensamento. Não se trata de proteger o homem isolado, mas as relações interindividuais. Abrange-se todas as expressões que influenciam a formação de opiniões: não só a própria opinião, de caráter mais ou menos crítico, referida ou não a aspectos de verdade, mas também a comunicação de fatos.

Neste sentido, a liberdade de expressão, sendo um meio para o desenvolvimento da personalidade, pode ser compreendida em uma dupla dimensão, ou seja, na dimensão substantiva, englobando a atividade de pensar, de elaborar a própria opinião e de exteriorizá-la; e na dimensão instrumental, traduzida na possibilidade de utilização dos mais diversos meios para a divulgação do pensamento (MACHADO, 2002, p.147).

Depreende-se do pensamento de Stuart Mill (1976, p. 276), que a liberdade de expressão é o próprio fundamento do conhecimento adquirido pela sociedade, posto que o meio pelo qual o intelecto humano adquire tal conhecimento é a colisão de opiniões diversificadas. Neste sentido, para que o pensamento se torne claro e coerente, é necessário que entre em contato com os fatos, razão pela qual se torna imprescindível que o pensamento livre e a liberdade de expressão permaneçam juntos.

Além disso, o direito fundamental à liberdade de expressão é o instrumento pelo qual ocorre a participação democrática, posto que “sua garantia possibilita que a vontade coletiva seja formada através do confronto livre de ideias, em que todos os grupos e cidadãos tenham a possibilidade de participar, seja para exprimir seus pontos de vista, seja para ouvir os expostos por seus pares” (SARMENTO, 2007, p. 20). Desta maneira, debates públicos, dinâmicos e plurais, que não estejam sujeitos ao controle do Estado ou de poderes econômicos, são essenciais para o funcionamento da democracia.

Neste sentido, para Farias (2000, p. 167), o exercício do direito à liberdade de expressão, “acrescida dessa perspectiva de instituição que participa de forma decisiva na orientação da opinião pública na sociedade democrática, passa a ser estimada como elemento condicionador da democracia pluralista e como premissa para o exercício de outros direitos fundamentais”.

A Constituição Federal de 1988 dispõe, em seu artigo 5º, incisos IV e IX, ser livre a manifestação do pensamento, bem como a expressão da atividade intelectual, artística, científica ou de comunicação, independentemente de qualquer censura ou licença. Além disso, o inciso XIV do referido artigo deixa “assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao sigilo profissional”, enquanto que o artigo 220 da Constituição garante que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição”.

Parece claro que o direito à liberdade de expressão, envolvendo, como explanado, também a liberdade de informação, não é um direito absoluto, encontrando limites na própria Constituição. Neste azo, dentre os limites explícitos, elencam-se, dentre outros, os direitos da personalidade, a segurança da sociedade e do Estado e a proteção da criança e do adolescente.

2 O ciberespaço e os novos desafios

A Revolução da Tecnologia da Informação, iniciada no final do século XX, configurou-se pela indução de “um padrão de descontinuidade nas bases materiais da economia, sociedade e cultura”, sendo fortemente caracterizada por sua penetrabilidade, ou seja, “por sua penetração em todos os domínios da atividade humana, não como fonte exógena de impacto, mas como o tecido em que essa atividade é exercida” (CASTELLS, 2012, p. 50).

Diante destas mudanças de cenário, defronta-se com a existência de um novo paradigma técnico-econômico, descrito, por Takahashi (2000, p. 5) como um fenômeno global que interfere diretamente nas atividades sociais e econômicas, visto que suas estruturas e dinâmicas são afetadas pela infraestrutura das informações disponíveis. Não apenas a economia, mas todos os ramos e processos sociais passam a ser centrados na informação, sendo esta o verdadeiro motor destas transformações.

Nesta senda, a sociedade da informação passa a ser compreendida como a sociedade em que as relações interpessoais são marcadas pelo acúmulo de dados disseminados de maneira descentralizada, de abrangência global, com transmissão em grande velocidade e por

meio do uso de novas tecnologias. Representa uma instituição em construção e expansão e revela-se em um movimento de convergência caracterizado pela possibilidade de conexão entre diversos dispositivos (CASTELLS, 2012, p. 50).

O ciberespaço desponta, neste contexto, como o “ambiente transfronteiriço que não assume uma forma material, palpável e visível ao olho humano, mas capaz de romper com as limitações tempo e espaço, bem como promover interações humanas, necessitando de uma constante atualização por parte dos operadores jurídicos e da sociedade” (OLIVEIRA; SANTOS, 2013, p. 166).

Levy (2000, p. 92) define o ciberespaço como o

[...] espaço de comunicação aberto pela interconexão mundial dos computadores e das memórias dos computadores. Essa definição inclui o conjunto de sistemas de comunicação eletrônicos (aí incluídos os conjuntos de rede hertzianas e telefônicas clássicas), na medida em que transmitem informações provenientes de fontes digitais, pois ela condiciona o caráter plástico, fluido, calculável com precisão e tratável em tempo real, hipertextual, interativo e, resumindo, virtual da informação que é, parece-me, a marca distintiva do ciberespaço.

Como proposto, o ciberespaço representa um ambiente de comunicação contínua e interativa, de natureza digital, possibilitada pela interconexão mundial de dispositivos eletrônicos. Neste espaço, onde a reprodução e a divulgação de dados é contínua e veloz, as informações são acessíveis em tempo real e marcadas por sua fluidez.

Por meio da internet, ocorre uma comunicação baseada na disseminação de ideias advindas de indivíduos ou de grupos diversos, estimulando a participação ativa dos usuários. “A internet é um meio de comunicação que permite, pela primeira vez, a comunicação de muitos com muitos, num momento escolhido, em escala global” (CASTELLS, 2003, p. 8).

A esfera pública, portanto, que, anteriormente, era centralizada na atuação dos meios de comunicação em massa, torna-se cada vez mais aberta à intervenção ativa dos sujeitos, ocorrendo, por conseguinte, a incorporação das conversas privadas ao espaço público (CARDON, 2012, p. 5). Assim, permite-se o surgimento de uma sociedade global em que os indivíduos podem estar em permanente comunicação interativa, independentemente dos limites temporais e espaciais. Nela, os próprios criadores da informação são os destinatários, ou seja, há uma cooperação na criação, na correção e no destino das informações.

Neste sentido, Thomson (2005, p. 72) afirma que

precisamos repensar o significado do ‘caráter público’ hoje, num mundo permeado por novas formas de comunicação e de difusão de informações, onde os indivíduos são capazes de interagir com outros e observar pessoas e eventos sem sequer os encontrar no mesmo ambiente espaço-temporal.

A linha divisória entre a sociabilidade privada e o debate público é invadida por uma nova sensibilidade que conduz os indivíduos à exposição e ao estabelecimento, perante outros, dos fios que ligam sua vida pessoal e questões públicas. Surge um borrado entre as esferas pública e privada, de maneira a denotar o paradoxo da privacidade, isto é, cada internauta demanda simultaneamente proteção à sua liberdade de expressão e ao seu direito à vida privada (CARDON, 2012, p. 5).

Além disso, no ciberespaço, onde as trocas entre indivíduos são facilitadas, os receptores deixam de participar apenas passivamente e, simultaneamente, tornam-se emissores. Neste sentido, estabelece Levy (2007, p. 113) que “no ciberespaço, cada um é potencialmente emissor e receptor num espaço qualitativamente diferenciado, não fixo, disposto pelos participantes, explorável”.

Importante ressaltar que a estrutura aberta da internet, ao passo que reduz as possibilidades de manipulação da informação e da comunicação entre os usuários, impede a realização de um controle prévio do material postado. Adicionalmente, como consequência destas liberdades de postagem e liberação da emissão, tem-se a intensificação da colisão entre os direitos à privacidade e à liberdade de expressão, visto que é possível divulgar qualquer conteúdo, através dos mais diversos meios virtuais, sem que haja censura prévia.

Ademais, a arquitetura da internet abre espaço para que surjam novos mecanismos de coleta e de tratamento de dados pessoais dispostos no mundo virtual, pondo em questão o respeito ao direito à privacidade na rede. Nesta senda, estabelece Correa (1987, p. 241) que “a informática debilita a capacidade de domínio das pessoas sobre os dados que lhes dizem respeito”.

Ao terem a chance de controlar quais dados irão disponibilizar a terceiros, os usuários da rede atuam como protagonistas dos processos envolvendo suas informações pessoais. Não obstante, também atuam como coadjuvantes destes processos, posto que, uma vez que os dados são lançados na rede, não há como realizar o monitoramento dos fins para os quais estão sendo utilizados, de com quem se encontram ou do nível de controle sobre eles.

Importante destacar, a observação de Rodotà (2008, p. 113) para o fato de que

[..] a contrapartida necessária para se obter um bem ou um serviço não se limita mais à soma de dinheiro solicitada, mas é necessariamente acompanhada por uma cessão de informações. Nessa troca, então, não é mais somente o patrimônio de uma pessoa que está envolvido. A pessoa é obrigada a expor seu próprio eu, sua própria persona, com consequências que vão além da simples operação econômica e criam uma espécie de posse permanente da pessoa por parte de quem detém as informações a seu respeito.

Em outras palavras, hoje, o acesso a diversos produtos e serviços disponibilizados online não é concedido pela simples troca de determinada quantia. Na verdade, o modelo de negócio utilizado pela maior parte das plataformas digitais, tais como redes sociais, exige o pagamento pelo serviço com informações pessoais dos usuários.

Destarte, para Doneda (2012, p. 5), “procuram alcançar uma base razoável de usuários para, com base nesta rede de pessoas e interesses interconectados, partir para a exploração comercial propriamente dita, visto que os eventuais lucros derivados das redes sociais online não provém diretamente dos seus usuários, cuja participação não lhes é onerosa”.

As plataformas digitais utilizam mecanismos para incentivar que seus usuários disponibilizem informações pessoais na rede, de forma que o volume de dados pessoais disponibilizados no ciberespaço é cada vez mais expressivo. Neste ponto, é claro o espaço que se abre para a ofensa ao direito à privacidade, posto que um fluxo maior de informações indica uma maior chance de invasão na esfera pessoal do indivíduo.

3 A ponderação de valores como critério para solução de colisões entre normas de direito fundamental

As normas de direito fundamental, quando abstratamente consideradas, encontram-se em permanente estado de tensão, no qual a proteção normativa conferida a determinado bem ou valor encontra-se limitada pela proteção normativa conferida a bens e valores distintos. Este estado de tensão não configura antinomia entre tais normas por não serem os bens ou valores protegidos por estas incompatíveis entre si. Entretanto, pode ocorrer que a aplicação ao caso concreto de determinada norma de direito fundamental implique em necessária exclusão ou restrição de direito fundamental previsto em norma constitucional diversa. Em tal situação, restará caracterizada a colisão entre normas de direito fundamental.

Os critérios utilizados para solução de conflitos entre regras jurídicas, quais sejam, o critério hierárquico, cronológico e da especialidade, são inaplicáveis às colisões entre normas de direito fundamental. O critério cronológico resulta da construção escalonada do ordenamento jurídico, de acordo com a qual a norma jurídica encontra fundamento de validade na norma jurídica de hierarquia superior, em um processo vertical que culmina na constituição. Segundo este critério hierárquico, em um conflito entre normas de hierarquia distinta, prevalece a norma de hierarquia superior, com a consequente invalidade da norma de

hierarquia inferior. As normas de direito fundamental são todas normas constitucionais, dotadas, portanto, do mesmo grau hierárquico, pelo que inaplicável o critério hierárquico.

Segundo o critério cronológico, a antinomia entre regras jurídicas do mesmo grau hierárquico deve ser resolvida em favor da norma mais recente, sob o fundamento de que esta teria revogado tacitamente a norma mais antiga. O critério cronológico resta inservível para a solução de conflitos entre normas de direito fundamental já que tais normas, quando abstratamente consideradas, não se apresentam como antinômicas entre si, o que afasta a possibilidade de se considerar determinada norma constitucional como revogada tacitamente por incompatibilidade material com norma constitucional superveniente, mesmo porque as normas de direito fundamental, em sua grande maioria, foram criadas simultaneamente como obra do poder constituinte originário.

O critério da especialidade deve ser aplicado em antinomia que envolve normas do mesmo grau hierárquico, mas com diferentes graus de generalidade. A norma especial funciona como uma cláusula de exceção à regulamentação prevista na norma geral, retirando do âmbito de regulamentação desta norma geral uma determinada situação hipotética que passa a ser regulamentada pela norma especial. Em havendo antinomia entre norma geral e norma especial, deverá ser aplicada esta última quando o caso concreto coordenar-se com a situação fática hipotética mais restrita por ela disciplinada. A norma geral permanecerá válida e vigente, aplicando-se às demais situações coordenadas com o modelo fático manifestado na norma geral. As normas de direito fundamental possuem alto grau de abstração, manifestando-se, via de regra, como princípios, pelo que não há como se estabelecer uma relação de graus distintos de generalidade entre estas, resultando na imprestabilidade do critério da especialidade como solução de colisão entre normas de direito fundamental.

Não é possível a solução de colisão entre normas de direito fundamental mediante o estabelecimento de uma hierarquia *a priori* de valores constitucionalmente protegidos. Todos os bens e valores consagrados em normas de direito fundamental gozam do mesmo grau de proteção jurídica, não havendo como identificar, *in abstracto*, valores que se sobreporiam a outros. Resta, portanto, afastada a possibilidade de fixação de relações de prevalência abstratas ou absolutas entre direitos fundamentais.

O critério a ser adotado como solução de colisões entre normas de direito fundamental deve ser a *ponderação de valores*. Somente diante do caso concreto, mediante ponderação de valores, poderá o julgador decidir pela precedência de determinada norma de direito fundamental sobre outra. A ponderação de valores permite ao julgador decidir, entre direitos fundamentais distintos, que abstratamente gozam do mesmo grau de proteção jurídica, qual deverá prevalecer

diante das circunstâncias do caso concreto. Esta decisão deverá ser justificada racionalmente, mediante argumentação que envolva juízos acerca da realidade e axiológicos. Explica Alexy:

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro princípio, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, em que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência (2008, p. 93-94).

A ponderação de valores consiste no “estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto”. Diante do caso concreto, o julgador indicará as condições que justificam a precedência de um princípio de direito fundamental sobre outro. Condições distintas poderão resultar em relação de precedência contrária, em caso concreto diverso. A relação de precedência condicionada entre princípios de direito fundamental no caso concreto pode ser descrita mediante o seguinte enunciado: “Em um caso concreto, o princípio *P1* prevalece sobre *P2* se houver razões suficiente para que *P1* prevaleça sobre *P2* sob as condições *C*, presentes no caso concreto” (ALEXY, 2008, p. 97-98).

A ponderação de valores, manifestada como uma relação de precedência condicionada, resulta na criação da norma do caso concreto. Esta norma consiste em norma de direito fundamental decorrente, já que construída a partir de fundamentação referida a princípios de direito fundamental. A norma do caso concreto resultante de ponderação de valores manifesta-se como uma regra cujo suporte fático corresponde às condições que determinaram a precedência de um princípio de direito fundamental sobre outro e cuja consequência jurídica corresponde à medida que concretize faticamente o bem ou valor protegido no princípio considerado como prevalente (ALEXY, 2008, p. 98-103).

A ponderação de valores, manifestada como uma relação de precedência condicionada, resulta na criação da norma do caso concreto. Esta norma consiste em norma de direito fundamental decorrente, já que construída a partir de fundamentação referida a princípios de direito fundamental. A norma do caso concreto resultante de ponderação de valores manifesta-se como uma regra cujo suporte fático corresponde às condições que determinaram a precedência de um princípio de direito fundamental sobre outro e cuja consequência jurídica corresponde à medida que concretize faticamente o bem ou valor protegido no princípio considerado como prevalente (ALEXY, 2008, p. 98-103).

A decisão ponderativa deve ser fundamentada em um juízo de proporcionalidade justificado racionalmente. Este juízo de proporcionalidade deverá justificar a relação de precedência entre normas de direito fundamental estabelecida no caso concreto sob os aspectos da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito (ALEXY, 2008, p. 116-120). É necessário, portanto, que o julgador justifique, racionalmente, mediante argumentação: *a)* que a prevalência de um princípio constitucional em detrimento de outro, em face das circunstâncias do caso concreto, é *condição necessária* para solução do litígio; *b)* que a regra resultante da relação de precedência condicionada entre os princípios colidentes constitui *solução adequada* ao litígio; e *c)* que tal regra atende à *proporcionalidade em sentido estrito*, ou seja, que o princípio tido como de menor “peso” foi afetado o mínimo possível, na medida estritamente necessária à satisfação do princípio prevalente.

4 Parâmetros para construção da decisão ponderativa em face da colisão entre o direito à privacidade e o direito à liberdade de expressão no ciberespaço

De acordo com Canaris (2002, p. 20), o direito, enquanto sistema de preceitos coordenados ou subordinados, deve ser compreendido sistematicamente, não sendo possível que se disperse em uma multiplicidade de valores desconexos. É, portanto, essencial que os conflitos surgidos entre direitos sejam solucionados de forma a realizar uma interpretação sistemática, sendo necessário reconduzir a argumentação aos valores, cabendo ao intérprete a tarefa de, diante do caso específico, realizar as valorações adequadas e decidir qual interesse prevalecerá.

A ponderação, neste contexto, desponta, segundo Larenz (1997, p. 587), como “um método de desenvolvimento do direito que se presta a solucionar colisões de normas, bem como para delimitar as esferas de aplicação das normas que se entrecruzam e, com isso, concretizar os direitos cujo âmbito ficou aberto”.

De acordo com Stinmetz (2001, p. 142-143),

Para a realização da ponderação de bens requer-se o atendimento de alguns pressupostos básicos: a colisão de direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos, na qual a realização ou otimização de um implica a afetação, a restrição ou até mesmo a não-realização do outro, a inexistência de uma hierarquia abstrata entre direitos em colisão, isto é, a impossibilidade de construção de uma regra de prevalência definitiva.

Dessa forma, é imperiosa a clarificação de parâmetros para construção da decisão ponderativa em face da colisão entre o direito à privacidade e o direito à liberdade de expressão no ciberespaço. Diante do conflito entre os direitos à privacidade e à liberdade de

expressão, no contexto da sociedade da informação, são estabelecidos os seguintes parâmetros para a solução do caso concreto: (i) veracidade do fato; (ii) licitude do meio e local de obtenção da informação; (iii) existência de interesse público na divulgação; (iv) condição de personalidade pública ou privada do sujeito objeto da informação; e (v) preferência por sanções *a posteriori* (BARROSO, 2004, p. 25).

4.1 Veracidade do fato

A proteção constitucional da liberdade de expressão recai sobre as informações verdadeiras, de forma que a divulgação de conteúdo falso, em prejuízo à privacidade de outro indivíduo, não representa um direito fundamental do emissor. Importante ressaltar, como esclarece Barroso (2004, p. 25), que “não se trata de uma verdade objetiva, mas subjetiva, subordinada a um juízo de plausibilidade e ao ponto de informação de quem a divulga”.

Neste sentido, tem-se posicionado o Superior Tribunal de Justiça, estabelecendo que, no plano infraconstitucional, o abuso da liberdade de expressão se encontra na ausência de veracidade das afirmações divulgadas (Resp 439.584, 2002, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, STJ).

Importante notar, todavia, que no ciberespaço, onde a informação circula cada vez mais rapidamente, seria uma árdua tarefa pretender que apenas informações incontestavelmente verdadeiras fossem divulgadas, de forma que, este requisito deve ser compreendido do ponto de vista subjetivo, primando pela observação da diligência do informador.

Em complemento, impor que, antes da postagem de determinado conteúdo no meio virtual, seja realizado um estudo de sua veracidade, seria uma forma de frear o debate e o intercâmbio de ideias, fundamentais ao exercício da democracia. Além disso, seria desarrazoado obrigar os usuários a isto, posto que representaria uma ofensa à própria lógica e arquitetura da internet.

4.2 Licitude do meio e local de obtenção da informação

A informação que se pretende divulgar deve ter sido obtida por meios admitidos pelo direito, sendo, portanto, interdita a propagação de informações conquistadas por meios ilícitos. Cabe salientar que, na hipótese de a informação “estar disponível em arquivos públicos ou poder ser obtida por meios regulares e lícitos torna-a pública e, portanto,

presume-se que desse tipo de informação não afeta a intimidade, a vida privada, a honra ou a imagem dos envolvidos” (BARROSO, 2004, p. 26).

Como métodos ilícitos de obtenção de informações no ciberespaço, citam-se os seguintes: (i) coleta de informações no computador do usuário, sem o seu prévio consentimento; (ii) aquisição de informações sobre o usuário em outros computadores; (iii) cruzamento das informações sobre a pessoa, obtidas em sites diversos, sem o seu consentimento explícito; (iv) violação da comunicação através de dispositivos externos de escuta; e (v) monitoramento da linha de comunicação ou do teclado do computador do usuário através de programas invasivos (LINS, 2000, p. 7).

Surge o questionamento, como anteriormente tratado, acerca do que pode ser considerado informação pública no ciberespaço. Existindo um borrado entre as fronteiras dos espaços público e privado no meio virtual, é preciso que, no caso concreto, se analise a expectativa de privacidade do sujeito, ou seja, deverá ser investigado o local na rede de onde as informações foram obtidas, observando se foi em um local de livre acesso ou de acesso restrito.

Parece acertado o entendimento de que, se procedentes de um local de acesso livre, as informações deverão ser tratadas como públicas, posto que a disponibilização de informações em ambientes do ciberespaço onde não há restrição de acesso, gera nítida possibilidade de divulgação. De tal forma, essa expectativa de repasse e acesso à informação será determinante para a análise da licitude da obtenção da informação.

Tratamento diferenciado deverá ser concedido às informações que sejam publicadas em ambientes de acesso restrito a determinado grupo. Nesta hipótese, as informações deverão ser consideradas como privadas, posto que se presume que o conhecimento destes dados ficará limitado a indivíduos específicos.

4.3 Existência de interesse público na divulgação

Como abordado no tópico anterior, a sociedade da informação gravita ao redor de notícias, de novos conhecimentos e de ideias, sendo a liberdade de circulação marca característica deste panorama aberto e pluralista. Neste diapasão, para Barroso (2004, p. 27), a partir do próprio conceito de sociedade da informação, é extraído o entendimento de que o “interesse público na divulgação de qualquer fato verdadeiro se presume, como regra geral”.

Whittle e Cooper (2005, p. 5), analisando este parâmetro de ponderação, levantam as seguintes indagações: qual a natureza da vida privada e, com base na liberdade de expressão,

quais comportamentos justificam a sua intrusão? Qual a natureza do interesse público e como ele deve ser definido?

Estes questionamentos revelam a complexidade com a qual se deparam os juízes ao enfrentar um caso concreto de colisão entre privacidade e liberdade de expressão, posto que, não havendo um conceito pré-determinado ou um rol taxativo daquilo que constitui interesse público, torna-se tênue a linha que demarca quais atitudes serão por ele justificadas.

Esclarece Cabral (2012, p. 134) que

a proteção jurídico constitucional da liberdade de expressão e do direito de informação varia conforme a utilidade pública e social da divulgação do fato ou opinião – que, por sua vez, é diferente conforme se trate de informação ou opinião em matéria política, econômica, social ou cultural, relevante em termos de interesse público, ou vise apenas o entretenimento e a satisfação da curiosidade, sem esquecer a possibilidade de ser motivada pelo sensacionalismo ou pela exploração da morbidez; por outro lado, a intensidade da reserva da intimidade varia conforme se trate de aspectos que constitua, uma esfera de segredo, de privacidade ou de mero resguardo do indivíduo.

Isto posto, ao julgador, diante do caso concreto, caberá, portanto, analisar as colocações acima propostas, de maneira a ponderar se, na hipótese em apreciação, há um interesse privado excepcional que afaste o interesse público derivado do direito à liberdade de expressão.

4.4 Condição de personalidade pública ou privada do sujeito objeto da informação

Na ponderação entre os direitos em conflito, deve-se considerar a qualidade do sujeito objeto da informação, analisando sua qualificação como personalidade pública ou estritamente privada. Figuras públicas, devido à exposição inerente às suas profissões e funções, têm seu direito à privacidade protegido mais brandamente do que pessoas estritamente privadas, ou, como as chama Martins (2013, p. 47), os cidadãos comuns.

Importa salientar que não ocorre a supressão do direito à privacidade para as figuras públicas. A proteção à vida privada “existirá sempre, compreendendo as manifestações essenciais de isolamento, isto é, aquelas que não têm relação necessária com a atividade por virtude da qual a pessoa se tornou notória” (CABRAL, 1989, p. 396). Na verdade, o que há é uma menor esfera de proteção em razão de sua notoriedade, sobrelevando-se, neste caso, o interesse do público. Neste sentido, as pessoas que conscientemente ou inconscientemente se expõem à publicidade, como atores, esportistas, músicos, inventores e políticos, perdem a crosta exterior de proteção da esfera privada, ensejando a prevalência à liberdade de expressão, quando do surgimento de possível conflito (JABUR, 2000, p. 293).

Por outro lado, Miguel Veiga (1997, p. 108) esclarece que os indivíduos que optam por uma vida sem notoriedade pública possuem o direito inviolável de não ter sua privacidade invadida, ainda que isso ocorra sem caráter injurioso, difamatório ou calunioso. Diante de uma colisão desta espécie, portanto, aponta-se para a prevalência do direito à privacidade.

4.5 Preferência por sanções a posteriori

No choque entre os direitos fundamentais à liberdade de expressão e à privacidade, algumas sanções jurídicas podem ser utilizadas pelo julgador como forma de solucionar o conflito, destacando-se, dentre elas, o direito de resposta, a responsabilização civil ou penal do agente, a retratação e a retificação.

Embora a preferência no direito brasileiro seja pelos mecanismos de sanção *a posteriori*, ou seja, pelo reparo posterior dos danos causados pelo abuso do direito à liberdade de expressão, no ciberespaço, abre-se a discussão acerca da possibilidade de aplicação de sanções anteriores à ocorrência do fato.

Tendo em vista que as informações inseridas no meio virtual possuem alto alcance e rápida disseminação, bem como caráter permanente, os danos que ofensas à privacidade podem vir a causar tomam proporções maiores em relação ao que ocorre no mundo físico. Surge, portanto, o questionamento acerca da viabilidade do uso de tutela inibitória para interromper iminente risco de lesão ao direito de privacidade.

Imagina-se a hipótese em que determinado indivíduo toma conhecimento de que informações, imagens ou opiniões a seu respeito serão divulgadas em determinada página virtual, e busca a proteção jurisdicional, com o intuito de impedir a divulgação de tal conteúdo. Ainda que estas situações não sejam correntes, é preciso que se atente para o fato de que a utilização da tutela inibitória demonstra-se um tanto quanto arriscada, posto que não existe um parâmetro para a atuação do julgador, ou seja, não há como prever se a reprodução ou a divulgação do material irá, de fato, causar dano à privacidade do indivíduo.

Parece correto assumir que a decisão do julgador, frente a um pedido de tutela inibitória, deverá levar em consideração o teor daquilo que se pretende divulgar, de maneira a buscar o ponto de equilíbrio entre o direito à privacidade daquele que se sente ameaçado, e o direito à liberdade de expressão daquele que tem a intenção se expressar.

Isto posto, caberá ao juiz, frente ao caso concreto, analisar se é mais coerente a determinação de sanções apriorísticas ou posteriores, objetivando encontrar a situação em que haja maior proteção de ambos os direitos em questão.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, constata-se que o clássico conflito entre os direitos fundamentais à privacidade e à liberdade de expressão ganha novos contornos diante das mudanças trazidas pela revolução tecnológica. No ciberespaço, onde o privado se confunde com o público e onde os emissores são também receptores, não são raras as vezes em que a liberdade de manifestação de um indivíduo entra em choque com a defesa da esfera privada de outro.

Como ambos os direitos em questão integram o rol dos direitos fundamentais trazido pela Constituição Federal de 1988, não há como estabelecer uma ordem fixa de prevalência entre eles. Portanto, frente a uma situação como esta, o método da ponderação deve ser utilizado para solução do conflito.

Na atividade de ponderação dos direitos envolvidos, os seguintes parâmetros são apontados como guia para a atuação jurisdicional: a condição de figura pública do sujeito, a licitude do meio de obtenção da informação, a veracidade do fato, a existência de interesse público na divulgação e a preferência por sanções *a posteriori*.

O fenômeno tecnológico, ao romper com o modelo social e econômico anteriormente adotado, impõe novos desafios para o direito. Esta rápida mudança de paradigma sugere que novas provocações continuarão a surgir, revelando ser imprescindível que a ciência jurídica, por meio da doutrina e da atuação jurisdicional, acompanhe este ritmo de transformações e garanta aos usuários o maior grau possível de proteção frente a esta nova realidade.

REFERÊNCIAS

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

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: Teoria Geral: Relações e Situações Jurídicas**. Vol 3, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei da Imprensa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 235, p.1-36, jan/mar, 2004.

BARROSO, Porfirio; TALAVERA, Maria del Mar López. **La Libertad de expresión y sus limitaciones constitucionales** , Fragua, 1998.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3ª ed. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian. 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARDON, Dominique. **A democracia internet: promessas e limites**. Tradução de Nina Vincent e Tiago Coutinho. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

_____, Manuel. **A sociedade em rede**. A era da informação: economia, sociedade e cultura. Tradução de Roneide Venâncio Majer. 7 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2012.

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. São Paulo, SP: Quorum, 2008.

DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade da informação**. São Paulo: RT, 1980.

FALCÃO, Valdirene Ribeiro de Souza. Os Direitos Fundamentais e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. **Revista da Sessão Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 38, p.227-239, dez. 2013.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada : conflitos entre direitos da personalidade** . São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução José Lamego. 3 ed. Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Rio de Janeiro: Editora 34, 2000.

_____. **O que é virtual**. Rio de Janeiro: Editora 34, 2008.

LIMBERGER. Têmis. Direito e informática: o desafio de proteger os direitos do cidadão. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 195-226.

LINS, Bernardo F. E. **Privacidade e Internet**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2000. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/privacidade_e_internet.pdf>. Acesso em: 10 set. 2015.

MARTINS, Paulo. **O Privado em Público**. Coimbra: Almedina, 2013.

MILL, John Stuart. **Da liberdade de pensamento e expressão**. 2 ed. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1976.

OLIVEIRA, Rafael Santos de; SANTOS, Noemi de Freitas. Judicialização de conflitos no ciberespaço: desafios à liberdade de expressão na blogosfera. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 13, n. 13, p.160-178, 2013.

SÁNCHEZ, Juan José Bonilla. **Persona y derechos de la personalidad**. Madrid: Reus, 2010.

SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão , pluralismo e o papel promocional do Estado. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 16, maio/ junho/ julho/ agosto 2007.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos Civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2013.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SOUSA, Nuno e. **A liberdade de imprensa**. Coimbra: Coimbra, 1984.

TAKAHASHI, Tadao (Org.). **Sociedade da informação no Brasil**: livro verde. Brasília: MCT, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

THOMPSON, John B. **A mídia e a modernidade: uma teoria social da mídia**. 7. Ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

VEIGA, Miguel. Comunicação proferida no seminário comunicação social e direitos individuais. **Seminário comunicação social e direitos individuais**. Porto: Edição da Alta Autoridade para a Comunicação Social, 1997.

VIEIRA, Tatiana Malta. **O Direito à privacidade na sociedade da informação**: Efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação. 2007. 297 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

WOLTON, Dominique. **Internet, e depois?** Porto Alegre: Sulina, 2003.